



REVISTA
BOLIVIANA
DE DERECHO



Publicación de circulación Internacional

Revista Boliviana de Derecho

<https://www.revista-rbd.com/>

Edita Fundación Iuris Tantum

C/ Luis García Berlanga, núm. 7, I-15

Valencia, España. 46023.

Correo Electrónico: contacto@idibe.org

Edita: Instituto de Derecho Iberoamericano

C/ Luis García Berlanga, núm. 7, I-15

Valencia, España. 46023.

Correo Electrónico: contacto@idibe.org

web: www.idibe.org

Edita: Tirant lo Blanch

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

Telf. +34 963 61 00 48

Correo electrónico: tlb@tirant.com

www.tirant.com

Indexada en:

- LATINDEX (Producido por la Universidad Nacional Autónoma de México).
- CIRC (Clasificación Integrada de Revistas Científicas).
- ESCI (ISI-Thomson Reuters).
- JCR (Journal Citation Reports): Q4
- ANVUR (Agencia Nacional de Evaluación del sistema universitario y de investigación en Italia).
- REDIB (Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España).
- MIAR (Matriz de Información para el Análisis de Revistas).
- RRDe (Ranking de las Revistas de Derecho por Especialidades de la Conferencia de Decanas y Decanos de Derecho): Q1 Multidisciplinar.

Depósito Legal: 4-3-18-06

ISSN: 2070-8157

e-ISSN: 2706-8080

© Derechos Reservados de los Autores

Impreso en Bolivia - Printend in Bolivia

Diagramación General: Elías On - elias.on@live.com

SUMARIO

42

DOCTRINA

A) DERECHO DE LA PERSONA

- 01/ La sobreexposición digital de los menores y sus límites jurídicos: entre responsabilidad parental y el interés superior del menor. Loredana Tullio (Italia)..... 14
- 02/ La ancianidad como categoría jurídica. Valerio Rotondo (Italia).....40
- 03/ Raíces históricas de la tutela a la infancia en el orden jurídico español: 1873-1925. Pablo Carrizo Aguado (España) 54

B) DERECHO DE FAMILIA

- 04/ La incidencia de la ruptura parental en los hijos mayores con discapacidad: la respuesta del Derecho estatal y del Derecho aragonés. Aurora López Azcona (España).....82
- 05/ La respuesta del Derecho civil ante la violencia vicaria: por una mejora de la protección familiar integral de las mujeres y de los menores en situación de peligro. Laura Fernández Echegaray (España). 116

C) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

- 06/ Las piscinas son para el verano: responsabilidad civil derivada de los accidentes de menores en piscinas. Begoña Ribera Blanes (España). 150
- 07/ Profili statici e dinamici dell'obbligazione con prestazione negativa. Carmine Maiorano (Italia). 210
- 08/ Convergenza normativa e divergenza funzionale tra IDD e MIFID II. Piermarco Di Lallo (Italia).....242

D) DERECHOS REALES

- 09/ Derecho de superficie en suelo rural y energías renovables. Juan Carlos Velasco-Perdigones (España).....262
- 10/ Equidad judicial, movilidad reducida y propiedad horizontal: tutela civil frente a la rigidez comunitaria. Carlos de Lara Vences (España). 308
- 11/ El proceso introducido por la ley 5/2018 para la inmediata recuperación de viviendas ocupadas ilegalmente y su relación con el precario. Carmen María Montserrat Arroyo (España).....336

- 12/ Tradizione e innovazione: usi civici nel bilanciamento fra transizione energetica e tutela ambientale. Davide Ianni (Italia).....376

E) DERECHO DE SUCESIONES

- 13/ Incapacidades relativas para suceder (art. 753.2 CC) y tutela civil de las personas vulnerables. Almudena Carrión Vidal (España).....402
- 14/ Vulnerabilità senile e libertà testamentaria: un confronto tra Italia e Spagna. Giovanna Cirillo (Italia). 420
- 15/ La aceptación de la herencia a beneficio de inventario por persona con discapacidad. Problemas prácticos. Manuel Patuel Pardo (España). 460

F) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- 16/ El derecho de acceso a la protección de datos, control de fronteras, población extranjera y el nuevo sistema de entradas y salidas (SES). Alfonso Ortega Giménez (España).....486
- 17/ La mujer migrante ante la reagrupación familiar: obstáculos jurídicos desde una perspectiva de género. Rosa Lapiedra Alcamí (España). 520
- 18/ Accesibilidad y digitalización: el derecho fundamental de acceso a las tecnologías de apoyo en la Unión Europea. Isabel Reig Fabado (España). 552
- 19/ La condición de sujeto vulnerable ante la discontinuidad transfronteriza del estatuto personal en Europa. Luis Pérez Orozco (España). 586

G) DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

- 20/ ¿Puede la inteligencia artificial ser justa? Atención específica al ámbito de las relaciones privadas. Luca Moratal Roméu (España). 638
- 21/ Vulnerabilidad digital, sistemas de diseño adictivo y perspectivas de protección de los usuarios. Paolo Misuraca (Italia).....672
- 22/ Patentes e IA en México: perspectivas y retos legislativos. Paulina Reza Serrano (México).....704

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

- 23/ El desperdicio de alimentos y las obligaciones de la cadena alimentaria. Jorge Requena Cases y Francisca Ramón Fernández (España). 734
- 24/ Emprendimiento y autoempleo de las personas con discapacidad: inclusión laboral y políticas públicas en el caso español. Rafael Pardo Gabaldón (España). 754
- 25/ Decisiones relevantes en intervención de la familia en Aragón: el caso de la Junta de Parientes a propósito de la sentencia del TSJ Aragón de 19 de marzo de 2025. Mario Diez Royo (España). 774
- 26/ Cuidado y captación de la voluntad: la influencia del hijo cuidador en las decisiones patrimoniales de la persona mayor. Sonia María Jordán Almeida (España). 792

27/ Procedimiento inspector tributario en España e Italia: análisis comparativo normativo, doctrinal y jurisprudencial. Eva María Getino Calama (España).....	806

COMENTARIOS DE SENTENCIAS

A) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

28/ Responsabilidad civil del tutor por daños causados por persona con discapacidad: el impacto de la Convención de Nueva York y la Ley 8/2021. Comentario a la STS de España, núm. 560/2026, de 13 de abril. Carlos Bellido González del Campo (España).....	836

B) DERECHO PROCESAL

29/ Del principio acusatorio y las alteraciones sorpresivas del objeto del proceso. Comentario a la STS de España, Sala de lo Penal, núm. 321/2026, de 5 de mayo. María Leticia Ruiz Pacheco (España)..	848
30/ Prueba de cargo, incertidumbre fáctica y criterios de diferenciación entre imprudencia grave y menos grave en el homicidio imprudente de tráfico. Comentario a la STS de España, Sala de lo Penal, núm. 315/2026, de 29 de abril. María Leticia Ruiz Pacheco (España).	858

C) DERECHO TRIBUTARIO

31/ Efectos del valor de referencia tras la STC 13/2026. Análisis de la STSJ de Galicia 233/2026: capacidad económica, subasta administrativa y garantías del contribuyente. Fernando Hernández Guijarro (España).....	868

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

32/ Crónica jurisprudencial sobre el derecho de usufructo. José Ramón de Verda y Beamonte y Ausias Cáceres Canet (España).	886

RECENSIONES

33/ Ramón Fernández, F.: <i>La obra científica ante la inteligencia artificial. Retos y propuestas de la definición de la autoría</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 2026. Por José Ramón de Verda y Beamonte.....	912
34/ AA.VV.: <i>El Derecho aragonés, un Derecho vivo</i> (dir. por A. López Azcona), Colex, La Coruña, 2026. Por Maitena Arakistain Arriola...	915
35/ Lacruz Mantecón, M. L.: <i>Inteligencia Artificial, Sociedad y Derecho</i> , Colex, La Coruña, 2024. Por Gemma Rosés Sáiz.	919
36/ Ortega Giménez, A.: <i>La dimensión extraterritorial del Derecho de la Unión Europea</i> , Atelier, Barcelona, 2026. Por Fernando Hernández Guijarro.	926
37/ Hernández Guijarro, F.: <i>El control de los procedimientos de evaluación académica</i> , Tirant Lo Blanch, Valencia, 2026. Por Pedro Chaparro Matamoros.....	931

FUNDACIÓN IURIS TANTUM

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

DIRECCIÓN GENERAL

DR. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DIRECCIÓN ACADÉMICA

DR. ALEX PARADA MENDÍA
Profesor Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

SECRETARÍA

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

CONSEJO EDITORIAL

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

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

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

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

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

COMITÉ CIENTÍFICO:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RESPONSABLES DE SECCIÓN:

Derecho y Bioética

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

Derecho Constitucional

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

Derecho y Deporte

DR. EMANUELE INDRACCOLO
Catedrático de Derecho Privado, Universidad de Salerno, Italia

Derecho Internacional Privado

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

Derecho Mercantil

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

Derecho Procesal

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

Derecho de Consumo

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

Derecho Financiero

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

Derecho Medioambiental

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

Derecho Notarial y Sucesorio

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

Derecho Penal

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

Propiedad Intelectual e Industrial

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

Teoría General del Derecho

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

Derecho Comparado

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

Derecho del Trabajo

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente: DR. ÁLVARO BUENO BIOT
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

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

DR. JAVIER BADENAS BOLDÓ
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

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

DR. JOSÉ M.ª CARDÓS ELENA
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DRA. ALMUDENA CARRIÓN VIDAL
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DR. NICOLÒ CEVOLANI
Profesor Investigador de Derecho Privado, Universidad de Bolonia, Italia

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

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

D. DAVIDE IANNI
Investigador predoctoral, Universidad de L'Aquila, Italia

DR. FEDERICO IOANNONI FIORE
Investigador Postdoctoral, Luiss University Roma, Italia

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

DR. FRANCESCO LA FATA
Profesor Investigador de Derecho de la Economía, Universidad de Mesina, Italia

DR. ANDRÉS MARÍN SALMERÓN
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España

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

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

D. PABLO MURUAGA HERRERO
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

D. MANUEL PATUEL PARDO
Investigador predoctoral, Universidad de Valencia

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

D. LORENZO PANDOLFELLI
Investigador predoctoral, Universidad de Camerino, Italia

D. VINCENZO PORTANOVA
Investigador predoctoral, Universidad de Salerno, Italia

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



DOCTRINA



LA SOBREEXPOSICIÓN DIGITAL DE LOS MENORES Y
SUS LÍMITES JURÍDICOS: ENTRE RESPONSABILIDAD
PARENTAL Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

*DIGITAL OVEREXPOSURE OF MINORS AND ITS LEGAL LIMITS:
BETWEEN PARENTAL RESPONSIBILITY AND THE BEST
INTEREST OF THE CHILD*

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 14-39

Loredana
TULLIO

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de mayo de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2026

RESUMEN: El presente trabajo analiza los riesgos y las garantías jurídicas inherentes al *sharenting*, entendido como la práctica consistente en la difusión en línea, constante o excesiva, por parte de los progenitores, de contenidos – fotografías, videos o información – relativos a sus hijos menores de edad. partir de la irrupción de esta nueva manifestación de vulnerabilidad digital, la autora analiza el régimen de protección de los datos personales de las personas menores de edad en el entorno digital, el correcto ejercicio de la responsabilidad parental en dicho ámbito, el alcance de la regla del consentimiento y de la autodeterminación progresiva del menor con suficiente madurez, así como los mecanismos de tutela civil más adecuados para la salvaguarda efectiva de los derechos fundamentales potencialmente lesionados.

PALABRAS CLAVE: Obreexposición en línea de menores; vulnerabilidad digital; menores de edad; privacidad; datos personales.

ABSTRACT: *This paper analyzes the risks and safeguards of sharenting, i.e. the practice of parents excessively sharing content about their children online, such as photos, videos, and information. Beginning with the emergence of this new digital vulnerability, the author examines the protection of minors' personal data in the digital environment, the proper fulfilment of parental responsibilities, the principle of consent or self-determination of the child, and the appropriate civil remedy.*

KEY WORDS: *Sharenting; digital vulnerability; children; privacy; personal data.*

SUMARIO: I. EL EMERGENTE FENÓMENO DEL SHARENTING: ENTRE EL SER Y EL APARENTAR.- II. LOS DERECHOS DEL MENOR EN EL ENTORNO DIGITAL.- III. LA PUBLICACIÓN DE FOTOGRAFÍAS DE PERSONAS MENORES DE EDAD EN LAS REDES SOCIALES Y EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL: LA EXPERIENCIA JURÍDICA ITALIANA.- 1. La “mayoría de edad digital” y el consentimiento para el tratamiento de los datos personales del menor.- 2. El “justo remedio” en el ámbito civil.- IV. CONCLUSIONES.

I. EL EMERGENTE FENÓMENO DEL SHARENTING: ENTRE EL SER Y EL APARENTAR.

La irrupción de las redes sociales ha transformado profundamente las modalidades de comunicación e interacción social, configurando asimismo nuevas dinámicas en las relaciones familiares¹. La familia, tradicionalmente considerada el “espacio” privilegiado y exclusivo de socialización y de intercambio interpersonal, se ve hoy afectada por la profunda metamorfosis derivada del desarrollo de las nuevas tecnologías, las cuales modelan la vida de los integrantes de esta formación social², sumergiéndolos en un inédito entorno digital en el que documentos, datos e informaciones de carácter personal quedan expuestos a una auténtica “ágora virtual”³. En este contexto adquiere relevancia no solo la capacidad de autodeterminación de los menores de edad⁴, sino, sobre todo, la función que corresponde a los progenitores como guías de sus hijos en el mundo digital y como garantes de su protección frente a los innumerables riesgos y amenazas inherentes a la red.

No obstante, no resulta infrecuente advertir, en la práctica, situaciones en las que, de forma paradójica, son los propios adultos quienes, mediante actuaciones negligentes o un ejercicio inadecuado de las funciones que les corresponden,

1 RODOTÀ, S.: “Una Costituzione per Internet”, *Politeia*, 2006, p. 177, sostiene que la profunda transformación tecnológica contemporánea altera las relaciones interpersonales y sociales, proyectando sus efectos sobre la propia dimensión antropológica de la persona. Observa que no existe ámbito alguno del derecho de familia que pueda considerarse ajeno a los cambios impuestos por la realidad virtual, ya sea en el ámbito de las relaciones conyugales y familiares, ya sea en el relativo a la protección y garantía de los derechos de los menores de edad, WINKLER, S.: “L’impatto delle nuove tecnologie sul diritto di famiglia”, *Annali della Facoltà giur. Univ. Camerino*, 2021, 10, p. 149 ss.

2 En particular, véanse PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, 4ª ed., Napoli, 2020, p. 96, para quien la familia constituye “una función instrumental al servicio de la plena realización de los intereses afectivos y existenciales de sus miembros”. Véase también ID.: “Sulla famiglia come formazione sociale” (1979), en ID.: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 421 ss.; ID.: “I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare” (1982), *ivi*, especialmente p. 428.

3 Cass. pen., Sez. I, 12 de septiembre de 2014, n.º 37596, *Criminalia*, 2014, p. 503 ss.

4 IRTI, C.: “Persona minore di età e libertà di autodeterminazione”, *Giust. civ.*, 2019, p. 617 ss.; VIVARELLI, A.: “Diritto di autodeterminazione dei minori di età e principio di responsabilità nel diritto contemporaneo”, *Dir. succ. fam.*, 2019, pp. 877-908; TAFARO, L.: *L’età per l’attività*, Napoli, 2003, p. 11 ss.

• Loredana Tullio

Catedrática de Derecho civil, Università degli Studi del Molise. Correo electrónico: loredana.tullio@unimol.it.

vulneran los derechos de los miembros más vulnerables del núcleo familiar. Tal como se representa metafóricamente en la película *Family Switch*, en la que un insólito acontecimiento cósmico provoca un intercambio de roles, los progenitores llegan a comportarse de manera infantil o inmadura, ejerciendo de forma inadecuada las responsabilidades que les incumben. De este modo, quienes deberían velar por el cuidado de sus hijos, salvaguardar sus intereses y derechos, y proporcionarles asistencia material y moral, terminan, por el contrario, consolidando e incluso agravando su situación de vulnerabilidad⁵.

Son numerosas, en efecto, las situaciones en las que los progenitores⁶, desatendiendo los posibles perjuicios futuros para sus hijos⁷, difunden en las plataformas de redes sociales auténticas “escenas de vida” de estos últimos: fotografías, vídeos, ilustraciones, ecografías correspondientes a la etapa prenatal, documentos y otros contenidos que son incorporados al entorno digital ya sea para compartir con familiares momentos de crecimiento o hitos fundamentales de su desarrollo, ya sea para interactuar con amigos y conocidos, reales o virtuales, o incluso —como ha sucedido en el caso de determinadas celebridades⁸— con la mera finalidad de incrementar el número de seguidores y fomentar la obtención de *like* o comentarios. El aparentar —más que el ser— parece constituir, por tanto, “la más importante carta de presentación del individuo”⁹.

- 5 En general, BERNARDINI, M.G.: “Il soggetto vulnerabile. Status e prospettive di una categoria (giuridicamente controversa)”, *Riv. fil. dir.*, 2017, p. 365 ss.; CHENAL, R.: “La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali”, *Ars Interpretandi*, 2018, 2, p. 35 ss.; LIPARI, N.: “Vulnerabilità esistenziale e strumenti di tutela”, *Annali Sisdic*, 2018, 2, p. 1 ss.; GENTILI, A.: “La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale”, *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, p. 41 ss.; BATTELLI, E.: “I soggetti vulnerabili: prospettive di tutela della persona”, *Riv. dir. pers. fam.*, 2020, p. 286 ss. En lo concerniente al desarrollo de las nuevas tecnologías, véase, entre las contribuciones más recientes, CREA C., DE FRANCESCHI A. (Eds): *The New Shapes of Digital Vulnerability in European Private Law*, Baden Baden, 2024, p. 8 ss.
- 6 Según una reciente investigación internacional elaborada por Save the Children, el 73 % de los niños europeos, de media, cuenta con una presencia digital antes de los dos años de edad; porcentaje que se eleva al 92 % en los Estados Unidos de América. Vid. “14.º Atlas de la Infancia (en riesgo en Italia)”, *Tiempos Digitales*, 2023 (disponible en: www.savethechildren.it/cosa-facciamo/pubblicazioni/14-atlante-dell-infanzia-a-rischio-tempi-digitali).
- 7 Resulta paradigmático el caso de Chloe Clem, una menor cuya imagen fue captada y difundida por su madre en 2013. Conocida en Internet con el sobrenombre de Side-Eyeing Girl, la fotografía, convertida en un fenómeno viral, fue subastada en 2021 como non-fungible token (NFT) por un importe de 73.000 dólares estadounidenses. Dos años atrás, en una entrevista concedida a la revista People, la madre reconoció estar “preocupada porque su hija se hubiera vuelto demasiado accesible en las redes sociales” (<https://people.com/side-eyeing-chloe-mom-recalls-fame-regret-and-a-lot-of-guilt-exclusive-8773941>). Vid. asimismo BROSCI, A.: “When the Child is Born into the Internet: Sharenting as a Growing Trend among Parents on Facebook”, disponible en <https://czasopisma.marszalek.com.pl/images/pliki/tner/201601/tner20160119.pdf>.
- 8 Especialmente conocidos son los casos, ampliamente difundidos por los medios de comunicación, de menores cuya imagen y vida privada han sido objeto de una intensa exposición en las redes sociales. Baste mencionar, a título ilustrativo, la sobreexposición mediática de los hijos de Charlène de Mónaco o la de Leone, hijo de Chiara Ferragni y Fedez.
- 9 SCAFFIDI RUNCHELLA, L.: “Pubblicazione e condivisione di foto sui social network: la tutela del minore fra diritto all'immagine e diritto alla protezione dei dati personali”, *Freedom, Security & Justice: Eur. Legal Studies*, 2021, 3, p. 282. El “mundo inefectivo o virtual se convierte en el ámbito del aparentar, y este termina por prevalecer sobre el ser, desplazado por la necesidad de relacionarse con los omnes o, más aún, de hacerse visible y, si es posible, admirar, así como por la tendencia a homologar a la persona a las exigencias del consumidor perfecto, no solo de bienes y servicios, sino también de imágenes y de máscaras; y un sujeto que acaba, inevitablemente, siendo él mismo consumido y alienado de su propia identidad”, CONSOLO, C.: *Un approccio al Maestro in dialogo con l'allievo: Rodotà, laico profeta giuridico del domani tecnologico, (forse) non*

De este modo, la vida de los menores es objeto de un continuo proceso de “datificación”, siendo permanentemente registrada y, mediante las tecnologías digitales, difundida en la red¹⁰. Así, al igual que bajo la mirada omnipresente de un “Gran Hermano observador”¹¹, queda expuesta de manera indefinida a los ávidos ojos del “mayor espacio público jamás conocido por la humanidad”¹²: Internet, ámbito en el que todas estas huellas digitales, sobre las cuales los menores carecen de un control efectivo, terminan sedimentándose e integrándose en la construcción de su futura identidad digital¹³.

Esta práctica ha adquirido con el tiempo una dimensión considerable, hasta el punto de dar lugar a la acuñación del neologismo *sharenting*. Dicho término, surgido en los Estados Unidos¹⁴ a partir de la fusión de las voces inglesas *to share* (compartir) y *parenting* (parentalidad o ejercicio de la función parental)¹⁵, hace referencia al fenómeno consistente en la difusión constante en línea, por parte de los progenitores —o de quienes ejercen funciones tutelares—, de contenidos relativos a sus hijos. Esta sobreexposición¹⁶ mediática de los menores comporta una continua puesta en circulación de sus datos personales, susceptible de generar

apocalittico, Roma, 2018, 104. Sobre esta cuestión, vid. asimismo, DE CARO, M.: “L’era delle macchine: tre problemi morali e politici,” en PERLINGIERI, P., GIOVA, S., PRISCO, I (coord.): *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Atti del XIV° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Napoli, 2020, p. 7 ss.

- 10 La red termina por contener una cantidad indeterminable de información, concebida no solo de manera estática, sino, sobre todo, como un conjunto de datos en movimiento y, por ello, susceptible de transformarse, mediante su interconexión, en nuevas y más sofisticadas formas de información. Así, PERLINGIERI, P.: “Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato”, *Foro nap.*, 2018, p. 481; ID.: “L’informazione come bene giuridico”, *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 326 ss.)
- 11 Expresión vinculada a la novela distópica de ORWELL, G.: 1984, Londres, 1949, en la que la vida de los ciudadanos es objeto de observación, vigilancia y control permanentes. “Surge así el denominado *síndrome del pez rojo*, esto es, la sensación del individuo medio de encontrarse dentro de una pecera de cristal transparente, constantemente observado por millones de ojos; también denominado *síndrome del Gran Hermano*, para poner de relieve que quienes vigilan al ser humano en todo lugar y respecto de cualquier aspecto de su existencia son las nuevas tecnologías de la información y, en última instancia, el ordenador electrónico: precisamente, el Gran Hermano omnipresente que, si por una parte ayuda al individuo a desempeñar con mayor eficacia determinadas actividades, por otra lo somete a un control inexorable y despiadado”: DI CIOMMO, F.: “Diritti della personalità tra media tradizionale e avvento di Internet”, en COMANDÉ G. (coord.): *Persona e tutele giuridiche*, Torino, 2003, p. 15. Cfr., inoltre, ID.: “Internet e crisi del diritto privato: tra globalizzazione, materializzazione e anonimato virtuale,” *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 117.
- 12 RODOTÀ, S.: *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 379. Acerca de la ingente cantidad de datos que circulan en Internet y que dan origen a un auténtico “mercado-mundo digital”, véase GIORGINI, E.: “Algorithms and Law”, *Italian Law Jour.*, 2019, p. 132.
- 13 Sobre el riesgo de “contaminación de sus identidades en línea y digitales”, véanse UGWUDIKE, P.: “Prefazione”, en LAVORGNA, A., TARTARI, M.: *La sovraesposizione digitale dei minori. Un approccio multidimensionale al fenomeno dello sharenting*, Milano, 2023, p. 7; BIANCA, M.: “La filter bubble e il problema dell’identità digitale”, *MediaLaws*, 2019, 2, p. 1 ss.; ALPA, G.: “L’identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione”, *Contr. impr.*, 2017, p. 723 ss.
- 14 El término fue utilizado inicialmente por el Wall Street Journal en una acepción mucho más amplia y explícita; véase, al respecto, LICHTER, A.: “Oversharenting: Parents Juggle Their Kids’ Lives Online”, *Wall Street Jour.*, 16 de marzo de 2012.
- 15 BONANOMI, G.: *Sharenting. Genitori e rischi della sovraesposizione dei figli online*, Milano, 2020, p. 7, habla de una “parentalidad vitrinizada” (genitorialità vetrinizzata), retomando la reflexión de CODELUPPI, V.: *La vetrinizzazione sociale. Il processo di spettacolarizzazione degli individui e della società*, Torino, 2007. Abordan específicamente la cuestión de los “hijos en escaparate” (figli in vetrina) CINO, D., DEMOZZI, S.: “Figli in vetrina. Il fenomeno dello sharenting in un’indagine esplorativa”, *Riv. it. educ. fam.*, 2017, 2, p. 153 ss.
- 16 Se habla de over-sharenting para designar la excesiva e incesante sobreexposición en línea de los menores por parte de sus progenitores; véase, más ampliamente, MIGLIETTI, L.: “La sovraesposizione digitale dei

una multiplicidad de riesgos —entre ellos, la usurpación de identidad, las estafas, la creación de *deepfakes*, la pornografía infantil, el grooming o captación de menores con fines ilícitos¹⁷, la explotación comercial de imágenes, la elaboración de perfiles (*profiling*) y otras formas de tratamiento invasivo de datos—, riesgos que resultan aún más graves y difíciles de detectar debido al creciente empleo de sistemas de inteligencia artificial¹⁸ y que pueden incidir negativamente en el libre desarrollo de la personalidad del menor. Nos encontramos ante supuestos en los que los progenitores, aun estando jurídicamente legitimados para llevar a cabo el tratamiento de los datos personales de sus hijos menores de edad en virtud de la responsabilidad parental que ostentan, no ejercen dicha facultad de conformidad con el principio del interés superior del menor (*best interest of the child*)¹⁹. Así, creyendo compartir simples “recuerdos” de la vida ajena, terminan contribuyendo, mediante la difusión de tales datos personales, a la construcción de identidades digitales predeterminadas y condicionadas, esto es, de “identidades encerradas en una jaula construida por terceros”²⁰.

II. LOS DERECHOS DEL MENOR EN EL ENTORNO DIGITAL.

El fenómeno ha adquirido en Italia, durante los últimos años, una relevancia particularmente significativa, siendo numerosas las resoluciones judiciales que han abordado controversias surgidas a raíz de la publicación de fotografías o vídeos de menores en redes sociales (Meta, Instagram, X/Twitter, YouTube, WhatsApp, etc.)²¹ por parte de uno de los progenitores o, más en general, de algún miembro de la familia. Se trata de supuestos que ponen de manifiesto la necesidad de una protección reforzada de los menores en relación con la tutela de sus derechos

minori ed i suoi effetti. Note comparative sul fenomeno del cd. “sharenting” negli ordinamenti francese e italiano”, *Riv. dir. comp.*, 2024, p. 204 ss.

17 SALVADORI, I.: *L'adescamento di minori. Il contrasto al child-grooming tra incriminazione di atti preparatori ed esigenze di garanzia*, Torino, 2018, p. 15 ss.

18 Una impactante campaña publicitaria, creada en 2023 por Deutsche Telekom con el fin de sensibilizar acerca de las consecuencias negativas del sharenting, pone de manifiesto cómo la inteligencia artificial puede manipular imágenes con gran facilidad. El video tiene como protagonista a Ella, una niña de nueve años modificada digitalmente para aparentar ser una persona adulta, quien advierte a los padres sobre los riesgos de compartir fotografías y vídeos de sus hijos en las redes sociales, mostrando las posibles consecuencias perjudiciales de dicha conducta: disponible en https://www.repubblica.it/cronaca/2023/07/17/video/la_clip_che_i_genitori_ma_non_solo_dovrebbero_vedere_per_difendere_i_propri_figli_online_e_nella_vita-422484162/.

19 GARACI, I.: “Il superiore interesse del minore nel quadro di uno sviluppo sostenibile dell’ambiente digitale”, *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, p. 800 ss.; DI LANDRO, A.C.: “Best interest of the child e tutela dei minori nel dialogo tra legislazione e giurisprudenza”, *ivi*, 2020, p. 45 ss.; SCALISI, V.: “Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto”, *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 405 ss.; LENTI, L.: “Best interests of the child o best interests of children”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 157 ss.

20 RODOTÀ, S.: *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 304. Pone de relieve “cómo la construcción de la identidad personal, y en particular de la identidad digital, escapa con frecuencia al control de su titular; en este sentido, se habla de una identidad externa, en cuanto es impuesta al interesado por terceros”, FOGLIA, M.: “Sharenting e riservatezza del minore in rete”, *Attualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, 16 bis, p. 3553.

21 D’AMBROSIO, M.: “Diritto all’immagine e reputazione nell’era dei social network”, en PERLINGIERI, C., RUGGIERI, L. (coord.): *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, p. 155 ss.; FALLETTO, E.: “I social network: primi orientamenti giurisprudenziali”, *Corr. giur.*, 2015, p. 992 ss.

en el entorno digital²²; un entorno de dimensión inmaterial y global, regido por una lex informática²³ integrada por automatismos tecnológicos aparentemente neutrales²⁴, en los que la construcción de la identidad individual y social queda confiada a la denominada “dictadura del algoritmo”²⁵.

En un contexto tan complejo y articulado, el acceso a los datos personales constituye “el momento fundamental en la arquitectura jurídica de la regulación de la red”²⁶, puesto que, una vez incorporado al entorno digital, el dato personal del menor pasa a ser objeto de conocimiento más allá de los destinatarios inicialmente previstos de la comunicación. Cedido al espacio virtual, dicho dato será recopilado a una escala cada vez más amplia, difundido y reutilizado hasta el punto de influir en la percepción y en la propia identidad de la persona configurada a través del tratamiento automatizado de la información que le concierne²⁷.

Resulta necesario, por tanto, dirigir la atención hacia aquello que, de manera sugestiva, ha sido definido como los “enemigos del acceso”²⁸, esto es, el conjunto de derechos reconocidos por los ordenamientos jurídicos nacional e internacional orientados a garantizar una tutela específica del menor.

En primer lugar, la protección del derecho a la propia imagen, entendido como el interés legítimo de la persona a que su retrato no sea difundido ni expuesto públicamente sin autorización (art. 10 del Código Civil italiano)²⁹. La Ley de 22 de abril de 1941, n.º 633, sobre la “protección del derecho de autor y de otros derechos conexos a su ejercicio”, establece que la imagen de una persona no puede ser expuesta ni publicada sin su consentimiento (art. 96)³⁰. En cuanto dato dotado

22 PERLINGIERI, C.: “La tutela dei minori di età nei social networks”, *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1324 ss.

23 MAESTRI, E.: *Lex informatica. Diritto, persona e potere nell'età del cyberspazio*, Napoli, 2015, p. 96, afirma que “el desarrollo de normas mediante soluciones de carácter tecnológico e internas a la propia Red constituiría la respuesta más adecuada al problema de la regulación de la web. Sin embargo, la elaboración de las reglas técnicas, aun cuando incorpora y vehicula opciones de naturaleza política, tiene lugar al margen del proceso democrático y constituye una expresión unilateral de uno de los sectores de los actores implicados, concretamente el de los proveedores de servicios y las empresas que controlan y gestionan el medio tecnológico”. Véase también LAGHI, P.: “Lex informatica e regolazione del cyberspazio: riflessioni sul rapporto tra “diritto” e “tecnica” nella disciplina del web”, *Corti salernitane*, 2014, p. 55 ss.

24 PERLINGIERI, C.: “La tutela dei minori di età nei social networks”, cit., p. 1331; EAD.: *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, p. 18 ss.

25 RODOTÀ, S.: *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma, 2014, p. 32; GIORGINI, E.: “Algorithms and Law”, cit., p. 131 ss.

26 FEMIA, P.: “Una finestra sul cortile. Internet e il diritto all’esperienza metastrutturale”, en PERLINGIERI, C., RUGGERI, L. (coord.): *Internet e diritto civile*, cit., p. 44.

27 S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 396.

28 FEMIA, P.: “Una finestra sul cortile”, cit., p. 44.

29 URCIUOLI, M.A.: *Autonomia negoziale e diritto all’immagine*, Napoli, 2000, p. 7 ss.; PERLINGIERI, C.: *Sub Art. 10*, en PERLINGIERI, G. (coord.), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, 3ª ed., Napoli, 2010, p. 293; MEZZASOMA, L.: “Il diritto all’immagine fra codice civile e Costituzione”, *Rev. inter. doc. jur.*, 2013; ANEMOLA, L.: “La tutela delle fotografie sul “web””, *Riv. dir. arti spett.*, 2019, I, pp. 25-38.

30 La ley exige de la necesidad de consentimiento (siempre que se respeten los límites establecidos) cuando la reproducción esté justificada por la notoriedad o por el cargo público desempeñado por la persona

de un “carácter polivalente y polifuncional”³¹, la imagen del menor constituye un elemento esencial de su identidad personal y, aunque puede ser objeto de tratamiento por terceros para finalidades específicas dignas de tutela jurídica, queda sometida a un particular régimen normativo de circulación basado en la regla del consentimiento³², manifestado —como se expondrá más adelante— por quienes ejercen la responsabilidad parental o por el denominado “gran menor”.

El mismo principio inspira la tutela de la privacidad y la protección de los datos personales del menor en relación con los nuevos instrumentos de difusión de contenidos, conforme a lo dispuesto en la normativa sobre protección de datos personales, actualmente reforzada por el Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD), en particular por los arts. 6.1.a y 9.2.a)³³. El derecho a la privacidad permitiría una forma de protección, por así decirlo, estática y de contenido negativo, en cuanto derecho a mantener reservadas las informaciones personales; mientras que el derecho a la protección de los datos personales configuraría, por el contrario, un derecho dinámico y de contenido positivo, consistente en la facultad de controlar el tratamiento y la circulación de los propios datos³⁴.

Asimismo, debe mencionarse la tutela de la vida privada y familiar; reconocida en diversas fuentes supranacionales, entre ellas la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño (arts. 1 y 16.I), la Convención Internacional sobre los Derechos de la Infancia (art. 19) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 24)³⁵.

Sin olvidar, finalmente, el controvertido derecho al olvido, esto es, el derecho a ser olvidado o, empleando una expresión más evocadora, a “ser dejado en paz”³⁶. Ello se justifica porque las imágenes y los datos personales, además de poder lesionar la esfera privada y los derechos fundamentales del menor, pueden ser republicados por otros usuarios e indexados por los motores de búsqueda,

retratada, cuando responda a fines de justicia o de policía, o cuando la reproducción aparezca vinculada a acontecimientos públicos o desarrollados en lugares abiertos al público.

31 VITERBO, F.: *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, Napoli, 2008, p. 156.

32 CARAPEZZA FIGLIA, G.: “Sharenting: nuovi conflitti familiari e rimedi civili”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, I, p. 1104.

33 ASTONE, A.: *I dati personali dei minori in rete. Dall'internet delle persone all'internet delle cose*, Milano, 2019, p. 32 ss.; Id., “L'accesso dei minori di età ai servizi della c.d. società dell'informazione: l'art. 8 del Reg. (UE) 2016/679 e i suoi riflessi sul codice per la protezione dei dati personali”, *Contr. impr.*, 2019, p. 614 ss.

34 RODOTÀ, S.: *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 397 s.

35 Se trata de necesidades específicas de protección que encuentran un amplio reconocimiento también en instrumentos de soft law, como, por ejemplo, el primer Libro Blanco sobre Medios de Comunicación y Menores; cfr. BIANCA, M.: “La tutela dei minori nell'età digitale. Riflessione a margine della lettura del Libro bianco AGCOM 2.0 su media e minori”, *Comunicazione.doc*, 2018, p. 59 ss.

36 DI MARZIO, M.: “Il diritto all'oblio”, *Pers. danno*, 6 de julio de 2006.

permaneciendo atrapados y perpetuamente accesibles en un entorno virtual destinado, por su propia naturaleza, a no desaparecer³⁷.

Se configura, así, un sistema normativo heterogéneo y complejo que diseña una nueva forma de protección jurídica en favor del menor, caracterizada por la interacción entre relaciones sociales que ya no se limitan al ámbito familiar, sino que se proyectan hacia un número potencialmente ilimitado de usuarios de la red, deseosos de conocer, captar, manipular y difundir datos, imágenes e informaciones.

El menor se convierte, de este modo, en un sujeto de especial vulnerabilidad digital y, por consiguiente, merecedor de una protección reforzada, tal como proclama expresamente el Considerando 38 del Reglamento General de Protección de Datos, al establecer que: “Los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de los datos personales”.

III. LA PUBLICACIÓN DE FOTOGRAFÍAS DE PERSONAS MENORES DE EDAD EN LAS REDES SOCIALES Y EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL: LA EXPERIENCIA JURÍDICA ITALIANA.

Es en este contexto donde adquiere especial relevancia el consentimiento para el tratamiento de los datos personales³⁸, en cuanto manifestación de la autonomía de la persona e instrumento destinado a salvaguardar la intangibilidad de su vida privada frente a la difusión en línea, por parte de los adultos, de fotografías o informaciones relativas al menor. En la mayoría de los casos, la divulgación de tales datos en Internet es realizada por los progenitores sin el consentimiento de sus hijos, ya sea porque estos son todavía demasiado pequeños o porque aún no han alcanzado un grado de madurez suficiente que les permita oponerse eficazmente a dicha difusión³⁹. No obstante, tampoco faltan supuestos en los que el consentimiento digital, aun debiendo ser recabado del denominado *grand enfant* —todavía incapaz legal de obrar, pero dotado de la madurez necesaria para el ejercicio de situaciones jurídicas de carácter existencial—, resulta excluido a consecuencia de decisiones oportunistas adoptadas por los propios progenitores.

37 TULLIO, L.: “Tracce evolutive del *right to be forgotten* tra esigenze di anonimato e richieste di deindicizzazione”, *Ianus*, 2020, p. 107 ss. La necesidad de olvido se ha hecho sentir con mayor intensidad como consecuencia del desarrollo de las nuevas tecnologías (RODOTA, S.: *Tecnologie e diritto*, Bologna, 1995, p. 19 ss.) y de la creciente difusión de Internet: FROSINI, T.E.: *Liberté Egalité Internet*, 3ª ed., Napoli, 2023, p. 90 ss.; D'AMBROSIO, M.: “Confidentiality and the (Un)Sustainable Development of the Internet”, *Italian Law Jour.*, 2016, p. 253 ss.; FINOCCHIARO, G.: “Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità”, en PERLINGIERI, C., RUGGIERI, L. (coord.): *Internet e diritto civile*, cit., p. 147 ss.; PANICHELLA, A.: “Efficacia extraterritoriale dei provvedimenti del Garante della privacy e bilanciamento degli interessi in tema di diritto all'oblio”, *Tecn. dir.*, 2023, p. 449 ss.

38 VIVARELLI, A.: *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale. Sfide tecnologiche e soluzioni giuridiche*, Napoli, 2019, p. 15 ss.

39 *Infra*, § 4.

Al examinar la primera de las hipótesis mencionadas —dejando para el apartado siguiente la cuestión de los denominados “grandes menores”—, surge la necesidad de determinar si, en el ejercicio de la responsabilidad parental, para compartir en redes sociales la imagen de un hijo menor de edad basta el consentimiento de uno solo de los progenitores o si, por el contrario, resulta necesaria una legitimación conjunta, conforme al art. 320, párrafo tercero, del Código Civil italiano, por tratarse de un acto susceptible de calificarse como excedente de la administración ordinaria.

La problemática aflora, en la mayoría de los casos examinados por la jurisprudencia, en aquellos núcleos familiares caracterizados por una elevada conflictividad entre los progenitores, quienes, separados, divorciados o inmersos en un proceso de ruptura, discrepan acerca de la conveniencia o no de compartir imágenes de sus hijos en Internet, ya sea mediante publicaciones realizadas por uno solo de ellos o por terceras personas.

La orientación favorable a atribuir a un único progenitor la facultad de prestar el consentimiento fue sostenida en una aislada —y hoy superada— resolución de la Corte Suprema italiana⁴⁰, relativa a la publicación fuera de línea de la imagen de un menor. En dicha ocasión, la Corte, confirmando la decisión de la instancia inferior, consideró “lógica” y “razonable” la apreciación según la cual la conducta del padre revelaba un “consentimiento implícito” tanto a la captación fotográfica como a la posterior publicación de la imagen de su hijo, dado que había quedado acreditado que, en el momento en que las fotografías fueron tomadas y difundidas, aquel ejercía la potestad parental sobre el menor. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que los hechos examinados por la Corte de Casación eran anteriores a la entrada en vigor de la Ley n.º 675/1996 —posteriormente sustituida por el Decreto Legislativo n.º 196/2003 y complementada por el Reglamento (UE) 2016/679⁴¹— y que, por consiguiente, en aquel contexto podía admitirse la validez de un consentimiento presunto, implícito o tácito para la publicación de la imagen, modalidad que ya no resulta compatible con la normativa actualmente vigente⁴².

40 Cass., 29 de septiembre de 2006, n.º 21172, *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 807 ss., con nota de GAUDINO, L.: “Dell’immagine, del luogo pubblico e della tutela del minore”.

41 CAGGIANO, I.A.: “Privacy e minori nell’era digitale. Il consenso al trattamento dei dati dei minori all’indomani del Regolamento UE 2016/679, tra diritto e tecno-regolazione”, *Famiglia*, 2018, p. 3 ss.; CAMARDI, C.: “Minore e privacy nel contesto delle relazioni familiari”, en SENIGAGLIA, R. (coord.): *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, Pisa, 2019, p. 141 ss.

42 Debe recordarse que ya el Decreto Legislativo n.º 196/2003 establecía que el tratamiento de datos personales por parte de sujetos privados solo era lícito con el “consentimiento expreso” del interesado (art. 23). Dado que la imagen constituye un dato personal protegido por la normativa sobre protección de datos, el consentimiento para su utilización ya no podía considerarse “tácito” ni “implícito” (como se sostenía al amparo de la legislación sobre derechos de autor); cfr. Trib. Roma, 12 de marzo de 2004, *Danno resp.*, 2005, p. 879, con nota de TASSONE, B.: “Diritto all’immagine: fra uso non autorizzato del ritratto e lesione della privacy”.

Dicha orientación ha sido posteriormente superada por una línea jurisprudencial más reciente que considera ilícita la difusión en línea de imágenes de hijos menores por parte de uno de los progenitores sin el consentimiento del otro. Los jueces han reiterado en numerosas ocasiones que “la publicación de fotografías de menores en redes sociales constituye una conducta potencialmente perjudicial para estos”, destacando los riesgos derivados de la “difusión de las imágenes entre un número indeterminado de personas”⁴³. La capacidad incontrollable de Internet para vehicular la transmisión de fotografías y datos personales con extrema rapidez implica, en efecto, que estos puedan propagarse fácilmente y quedar al alcance de personas desconocidas, algunas de ellas potencialmente malintencionadas. Tampoco se ignora la posibilidad adicional de encontrarse ante “conductas de sujetos que etiquetan (tag) fotografías de menores publicadas en línea y, mediante procedimientos de fotomontaje, elaboran material pedopornográfico destinado a su ulterior circulación”⁴⁴, en abierta vulneración de la normativa civil y penal aplicable. Por ello, al considerar que el perjuicio para el menor se encuentra ínsito en la propia difusión de su imagen en las redes sociales, los tribunales han acordado con frecuencia medidas inhibitorias destinadas a impedir la publicación de fotografías, acompañadas de la orden de eliminación de imágenes y datos personales difundidos sin el consentimiento de ambos progenitores. En la mayoría de los casos, además, los jueces han reforzado la eficacia de sus decisiones

43 Trib. Rieti, 7 de marzo de 2019, *Fam. dir.*, 2019, p. 591, con nota de FORCINITI, R.: “Tutela cautelare e d’urgenza e diffusione di immagini di soggetti minori sui social networks”. En el mismo sentido, ya Trib. Mantova, 19 de septiembre de 2017, *ivi*, 2018, 380 s., con nota de NITTI, M.: “La pubblicazione di foto di minori sui social network tra tutela della riservatezza e individuazione dei confini della responsabilità genitoriale”, *ivi*, p. 386 ss., donde el juez —conociendo de una solicitud de modificación del convenio de separación en materia de guarda y custodia de los menores, acompañada de una petición de prohibición de publicar en las redes sociales fotografías de los propios menores y de retirada de las ya publicadas— puso de relieve la necesidad ineludible de contar con el consentimiento conjunto de ambos progenitores. En la misma línea, Trib. Pistoia, 7 de julio de 2018, en relación con el caso de un padre separado que publicaba de forma desmesurada imágenes de su hija en Facebook, declaró la obligación de cesar dicha conducta perturbadora, al considerar que semejante comportamiento generaba situaciones de malestar para la menor en los ámbitos social y escolar. También se sitúa en esta misma orientación Trib. Ravenna, 15 de octubre de 2019, n.º 1038, según el cual la participación de una menor en eventos promocionales y la publicación de las correspondientes imágenes en perfiles de redes sociales sin el consentimiento de ambos progenitores titulares de la responsabilidad parental constituye una conducta ilícita, ex art. 2043 c.c., imputable a los organizadores del evento, por vulnerar el principio de participación conjunta de los progenitores en las decisiones relativas a los hijos menores. No obstante, en tales supuestos, la constatación de la ilicitud de la conducta no comporta automáticamente el derecho a la indemnización de daños y perjuicios, siendo necesaria la prueba del perjuicio efectivamente sufrido. En el caso concreto, el progenitor disconforme, presente en el momento de celebración del evento y plenamente conocedor de la participación de su hija, no manifestó oposición alguna ni impidió su participación en el desfile, por lo que resultó aplicable la exclusión de la indemnización por concurrencia culpable del perjudicado conforme al art. 1227, apartado 2, del Código Civil italiano, al haber sido el propio progenitor quien, mediante su conducta omisiva e inerte, contribuyó a la producción del daño alegado, que habría podido evitar.

44 Trib. Rieti, 7 de marzo de 2019, cit., p. 593. En otros términos, tales datos —esto es, “toda entidad susceptible de ser objeto de utilización artificial y automatizada”— son capaces de “generar nuevos valores mediante su creación y recopilación; agregación y organización; tratamiento; análisis, comercialización y distribución; así como mediante su utilización y reutilización”; en estos términos, PERLINGIERI, C.: “Creazione e circolazione del bene prodotto dal trattamento algoritmico dei dati”, en PERLINGIERI, P., GIOVA, S., PRISCO, I. (coord.): *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, cit., pp. 178-180.

mediante la imposición de una “*astreinte*”, esto es, una suma de dinero devengada por cada día de retraso en el cumplimiento de la orden judicial⁴⁵.

La solución acogida por la jurisprudencia italiana en materia de consentimiento parece ser, por tanto, tras algunas vacilaciones iniciales, la de exigir en estas situaciones un acuerdo entre ambos progenitores⁴⁶, como expresión del correcto ejercicio conjunto de la responsabilidad parental y como garantía de los derechos de la personalidad del menor⁴⁷. Ello incluso cuando la publicación de fotografías o vídeos sea realizada por terceras personas —abuelos, tíos, primos o nuevas parejas de los progenitores⁴⁸—, con independencia de que dicha difusión tenga lugar a través de redes sociales, blogs, perfiles de WhatsApp o aplicaciones similares. No obstante, procede realizar una precisión. En la argumentación desarrollada por los tribunales, la exigencia de consentimiento conjunto de los progenitores para la difusión de cualquier información relativa al hijo, incluidas las imágenes, suele fundamentarse en la consideración de que se trata de un acto excedente de la administración ordinaria, de conformidad con el art. 320, párrafo tercero, del Código Civil italiano. Sin embargo, debe subrayarse que no solo la tradicional distinción entre actos de administración ordinaria y extraordinaria “no puede trasladarse del ámbito de la representación del hijo en las relaciones patrimoniales al de la sustitución en actividades de naturaleza personal”, sino que, además, tal “interpretación conduciría a consecuencias aplicativas manifiestamente absurdas”⁴⁹, puesto que la publicación de imágenes de un *petit enfant* no podría realizarse, conforme al citado precepto, sino por razones de necesidad o utilidad evidente para el hijo y “previa autorización del juez tutelar”.

45 Così anche Trib. Trani, 30 de agosto de 2021, relativo al caso de una madre separada que había publicado varios vídeos de su hija de nueve años en la conocida plataforma TikTok. También en esta ocasión, el juez consideró procedente ordenar la retirada inmediata del vídeo de dicha red social y condenar a la madre al abono de la cantidad de cincuenta euros por cada día de incumplimiento o de retraso en la ejecución de la resolución judicial, suma que debía ingresarse en una cuenta bancaria abierta a nombre de la menor.

46 Sobre el acuerdo entre los progenitores, véase, con carácter general, DOGLIOTTI, M.: “Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione”, en *Tratt. dir. civ. comm. Cicu Messineo*, Milano, 2019, p. 310 ss.

47 RECINTO, G.: *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016, p. 87 ss.

48 Así lo afirmó Trib. Mantova, 19 de septiembre de 2017, cit., p. 380 s., según el cual la prohibición de publicar en Internet imágenes de hijos menores de edad también resulta aplicable cuando dichas imágenes son difundidas por la nueva pareja de uno de los progenitores, en ausencia del consentimiento del otro titular de la responsabilidad parental. En ese caso, los jueces condenaron a la nueva compañera del padre al pago de cincuenta euros por cada día de retraso en la retirada de las publicaciones difundidas y por cada nueva publicación no autorizada. Más recientemente, Trib. Rieti, 17 de octubre de 2022, n.º 443, *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, I, p. 1108 ss., condenó a una mujer, tía de dos gemelos de seis años, a indemnizar con cinco mil euros al padre de los menores, quien había interpuesto la correspondiente demanda, por haber compartido imágenes de los niños sin su consentimiento. En particular, el juez declaró que “la publicación en las redes sociales de fotografías que reproduzcan la imagen de personas menores de edad requiere necesariamente el consentimiento previo y expreso de ambos progenitores, de conformidad con el art. 320 c.c., por tratarse de un acto que excede la administración ordinaria y que tiene por objeto el tratamiento de datos sensibles. En caso de difusión de la imagen autorizada por uno solo de los progenitores, procede la indemnización del daño moral derivado de la lesión del derecho a la propia imagen y del derecho a la privacidad del menor retratado, siempre que dicho perjuicio haya sido alegado de manera suficientemente específica y debidamente acreditado, aunque sea mediante prueba presuncional”.

49 CARAPEZZA FIGLIA, G.: “Sharenting: nuovi conflitti familiari e rimedi civili,” cit., p. 1106.

La solución más adecuada parece ser, por consiguiente, aquella que identifica en el art. 320, pero concretamente en el párrafo primero de dicha disposición, la norma aplicable a la representación ejercida por los progenitores en relación con las situaciones existenciales del menor. Ello confirma la imposibilidad de reconducir las problemáticas inherentes a las relaciones personales entre padres e hijos a instrumentos jurídicos concebidos originariamente para la gestión de relaciones patrimoniales⁵⁰. En este sentido, la referencia a la representación conjunta de los progenitores “en todos los actos civiles”, patrimoniales y no patrimoniales, expresamente prevista en el apartado primero del art. 320 del Código Civil italiano, constituye el fundamento normativo más adecuado para garantizar la protección del menor frente a la decisión de divulgar su imagen en Internet.

I. La “mayoría de edad digital” y el consentimiento para el tratamiento de los datos personales del menor.

Más compleja y delicada resulta la hipótesis en la que fotografías, vídeos o datos personales del menor sean difundidos en Internet por sus progenitores sin el consentimiento de aquel, pese a haber alcanzado la denominada “mayoría de edad digital”. Se trata de una ampliación de las capacidades especiales reconocidas al menor, orientada a “garantizarle la posibilidad de conformar autónomamente hacia el exterior su propia identidad personal”, respecto de la cual “la exigencia del consentimiento de los progenitores corre el riesgo de impedir, en la práctica, el ejercicio efectivo de su libertad”⁵¹.

A este respecto, el Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD) exige, para el tratamiento de los datos personales —y, por consiguiente, también de las imágenes que permitan identificar al interesado—, el consentimiento expreso del menor que haya cumplido los dieciséis años de edad. Por debajo de dicho umbral, el tratamiento únicamente será lícito si y en la medida en que el consentimiento haya sido “dado o autorizado por el titular de la responsabilidad parental”. Así lo establece el art. 8 del RGPD, el cual, no obstante, reconoce a los Estados miembros la facultad de fijar legislativamente una edad inferior a tales efectos, siempre que no sea inferior a los trece años. La normativa italiana de adaptación a las disposiciones europeas, apartándose parcialmente de la referencia temporal contenida en el RGPD, ha fijado en los catorce años la edad mínima⁵² para prestar

50 Como ya ha señalado la doctrina más atenta: PERLINGIERI, P.: “Sui rapporti personali nella famiglia”, *Dir. fam. pers.*, 1979, p. 1253 ss. (Id., *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 461 ss.).

51 THOBANI, I: *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Sant’Arcangelo di Romagna, 2016, p. 24; VIVARELLI, A.: *Il consenso al trattamento dei dati personali nell’era digitale*, cit., p. 51 ss.; PORCELLI, M.: “Minore d’età e rapporti giuridici non patrimoniali”, *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 581 ss.; LONGOBUCCO, F.: “Interesse del minore e rapporti giuridici a contenuto non patrimoniale: profili evolutivi?”, *ivi*, 2014, p. 1642.

52 Edad que difiere entre los distintos Estados miembros de la Unión Europea. Así, por ejemplo, la denominada “mayoría de edad digital” se fija en los 13 años en España. No obstante, recientemente, tanto España como Portugal han manifestado su intención de prohibir el acceso a las redes sociales a los menores de dieciséis años, sumándose así a un grupo de países, entre ellos el Reino Unido y Francia, que están considerando

válidamente el consentimiento al tratamiento de los propios datos personales en relación con la oferta directa de servicios de la sociedad de la información (art. 2-quinquies del Decreto Legislativo de 10 de agosto de 2018, n.º 101). A la luz de este marco normativo, cabe distinguir tres hipótesis diferentes en relación con la prestación del consentimiento para el tratamiento de datos personales en el ámbito de la “oferta directa de servicios de la sociedad de la información” — como, por ejemplo, la creación de una cuenta en una red social—:

a) la del menor de trece años, absolutamente incapaz de autorizar el tratamiento de sus datos personales, incluso con la intervención de quien ejerce la responsabilidad parental;

b) la del menor de edad inferior a los dieciséis años, que puede autorizar el tratamiento de sus datos personales a través del titular de la responsabilidad parental y, conforme a la legislación italiana, únicamente a partir de los catorce años, de acuerdo con la expresa previsión legal;

c) la del menor mayor de dieciséis años, facultado para prestar por sí mismo el consentimiento al tratamiento de sus datos personales, sin necesidad de la intervención de quienes ejercen la responsabilidad parental o, más exactamente (*rectius*), con el consentimiento de estos únicamente a los efectos de la validez del negocio jurídico celebrado entre la plataforma digital o red social y el usuario menor de edad, tal y como ha puesto de relieve una autorizada doctrina⁵³.

Excluida la primera de las hipótesis descritas (apartado a), se configura un escenario particularmente complejo en relación con el *grand enfant* o “gran menor”, esto es, el menor mayor de catorce años y menor de dieciséis (apartado b), quien puede prestar válidamente su consentimiento al tratamiento de sus datos personales “en relación con la oferta directa de servicios de la sociedad de la información”, pero requiere, al mismo tiempo, la concurrencia legitimadora de quienes ejercen la responsabilidad parental. Respecto de este sujeto, caracterizado por una especial vulnerabilidad digital pero dotado de suficiente capacidad de discernimiento, cabe preguntarse si dicha capacidad puede proyectarse no solo “en forma de derecho a ser escuchado, sino también como una auténtica facultad de autodeterminación informativa”⁵⁴. En otros términos, se trata de determinar si la decisión relativa a la difusión de la propia imagen en el entorno digital — al incidir sobre opciones existenciales estrechamente vinculadas al núcleo más

adoptar posiciones más restrictivas en relación con la denominada mayoría de edad digital para el acceso a las plataformas sociales. Esta tendencia se ha visto reforzada tras la decisión de Australia, que en diciembre se convirtió en el primer país del mundo en prohibir el acceso a dichas plataformas a los menores de dieciséis años.

53 PERLINGIERI, C.: “La tutela dei minori di età nei social networks”, cit., 1337 s.; DI SABATO, D.: “Le relazioni economiche del minore”, *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 701 ss.

54 CARAPEZZA FIGLIA, G.: “Sharenting: nuovi conflitti familiari e rimedi civili,” cit., p. 1105.

íntimo de la vida privada— puede quedar encomendada exclusivamente al menor, sin necesidad de recabar la intervención de los progenitores; esto es, a un menor mayor de catorce años que posee capacidad de discernimiento y que, por consiguiente, se encuentra en condiciones de decidir acerca de la reproducción y circulación de un elemento representativo de sí mismo que constituye, al mismo tiempo, un atributo esencial de su personalidad⁵⁵. No obstante, lejos de pretender establecer una delimitación rígida entre las decisiones reservadas exclusivamente a la autodeterminación del menor y aquellas atribuidas únicamente a quienes ejercen la responsabilidad parental —y teniendo en cuenta, además, la exposición a los potenciales riesgos derivados del uso ilícito de imágenes en el entorno digital, riesgos que el menor, aun siendo un “nativo digital”⁵⁶, con frecuencia desconoce—, la solución más adecuada parece consistir en someter la difusión de la imagen del menor a la autorización conjunta de los progenitores, condicionándola, sin embargo, a la previa audiencia del propio menor. Esta audiencia debe entenderse como un criterio rector y como un “elemento de primordial importancia en la valoración”⁵⁷ del interés superior del menor, capaz de orientar de manera más adecuada a los progenitores en la adopción de decisiones relativas, en este caso, a la circulación de la imagen personal, en el marco de una interacción recíproca entre el ejercicio de la función educativa y el libre desarrollo de la personalidad del hijo⁵⁸.

Por último, ¿qué sucede cuando los progenitores —o uno de ellos— difunden fotografías o datos personales de un menor mayor de dieciséis años (hipótesis c) sin contar con su consentimiento?

En Italia se produjo un caso que suscitó una notable repercusión mediática y que marcó profundamente el difícil proceso de crecimiento y la historia personal, caracterizada por un intenso sufrimiento, de un adolescente de dieciséis años cuyos progenitores habían sido ambos privados del ejercicio de la responsabilidad parental debido a conductas consideradas gravemente perjudiciales para su bienestar y desarrollo⁵⁹. A pesar de ello, la madre continuó publicando en Internet comentarios y mensajes destinados a presentar a su hijo como un joven

55 GIARDINA, F.: “Interesse del minore: gli aspetti identitari”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 159 ss.

56 VOTANO, G.: “Protezione e tutela dei minori in internet”, en CASSANO, G., PREVITI, S. (coord.): *Il diritto di internet nell'era digitale*, Milano, 2020, p. 118 ss.

57 Cass., 25 de enero de 2021, n.º 1741, *Fam. dir.*, 2021, p. 714.

58 CARAPEZZA FIGLIA, G.: “Sharenting: nuovi conflitti familiari e rimedi civili,” cit., p. 1107. Observa OSSERVA DE BELVIS, E.: “La tutela del diritto all'immagine dei minori in rete”, en EAD. (coord.): *Diritto di famiglia e nuove tecnologie*, Napoli, 2022, p. 65, que el acuerdo común de los progenitores debe responder a un interés específico del hijo en la difusión de su propia imagen en la red, sin que ello excluya automáticamente posibles perfiles de ilicitud de la conducta, “cuando dicha difusión resulte, en concreto, perjudicial”.

59 Cfr., asimismo, Trib. Roma, 23 de diciembre de 2017, *Fam. dir.*, 2018, p. 381 ss., con nota de PERON, S.: “Sul divieto di diffusione sui social networks delle fotografie e di altri dati personali dei figli”, *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 589 ss. El tribunal romano ordenó además al tutor que requiriera el cumplimiento de tales medidas “protectoras” del menor también a terceros distintos de la madre e incluso que solicitara a los gestores de los motores de búsqueda la desindexación de la información relativa al menor, configurando de

problemático y conflictivo, aquejado de diversos trastornos de carácter psíquico. Ante tales circunstancias, los tribunales no solo ordenaron la eliminación de las fotografías y de los datos personales difundidos, prohibiendo asimismo cualquier publicación futura de contenidos análogos, sino que también condenaron a la demandada al pago de una suma de dinero en favor del propio hijo⁶⁰. Dicha condena se fundamentó en la existencia de un daño extrapatrimonial derivado de la lesión del derecho a la propia imagen (arts. 10 y 2059 del Código Civil italiano) y del derecho a la protección de los datos personales (art. 82 del RGPD) del menor mayor de dieciséis años. Además, habida cuenta de los efectos perjudiciales reconocidos como consecuencia de la publicación de imágenes sin el consentimiento del interesado, con la consiguiente vulneración de su dignidad personal, la tutela ya dispensada por la resolución judicial fue reforzada mediante la aplicación de la medida coercitiva prevista en el art. 614-bis del Código de Procedimiento Civil italiano⁶¹.

Otro supuesto análogo se refirió a la publicación, por parte de ambos progenitores, de fotografías de su hijo en redes sociales sin el consentimiento de este. En dicha ocasión, el órgano jurisdiccional⁶² se limitó esencialmente, tanto en la fundamentación jurídica como en la parte dispositiva de la resolución, a ordenar a ambos progenitores —inmersos en un procedimiento de divorcio y enfrentados recíprocamente por la publicación de imágenes consideradas “inapropiadas” de su hijo menor— que “se abstuvieran de realizar tales publicaciones en ausencia del consentimiento expreso del interesado”. Asimismo, el juez destacó una circunstancia de singular relevancia: haber oído personalmente al adolescente, quien había cumplido ya los dieciséis años y se encontraba próximo a alcanzar los diecisiete.

2. El “justo remedio” en el ámbito civil.

Con el fin de garantizar, por una parte, la adecuada observancia de los deberes inherentes a la responsabilidad parental y, por otra, el efectivo ejercicio de la capacidad de autodeterminación del menor mayor de catorce años, y en tanto no se adopte una regulación específica destinada a disciplinar la difusión de fotografías y vídeos de menores en las plataformas digitales⁶³, la tutela de estos ha sido

este modo a favor de este último un auténtico derecho al olvido; cfr., más ampliamente, MIGLIETTI, L.: “La sovraesposizione digitale dei minori ed i suoi effetti”, cit., p. 223 s.

60 Una sentencia histórica en España condenó a una madre influencer a indemnizar a su hijo con 50.000 euros por haber publicado fotografías suyas sin su consentimiento (<https://www.biancolavoro.it/stop-allo-sharenting-genitori-condannati-a-risarcire-i-figli-per-le-foto-sui-social-la-legge-che-fa-tremare-gli-influencer/>).

61 Disposición reformulada por el Decreto Legislativo n.º 149, de 10 de octubre de 2022 (la denominada Reforma Cartabia).

62 Trib. Chieti, 21 de julio de 2020, n.º 403.

63 Ante la proliferación de controversias derivadas de la sobreexposición de los menores en Internet por parte de sus progenitores y a la luz de una mayor y más extendida conciencia acerca del potencial

articulada por la jurisprudencia⁶⁴ mediante un amplio catálogo de remedios de naturaleza civil. Se trata de un sistema remedial flexible y diversificado, modulable en función de los intereses comprometidos en cada supuesto concreto, que “no se limita a dar efectividad a un único principio, sino a una pluralidad de principios sustantivos de alcance general [...] y puede ejercitarse también con carácter preventivo para evitar la lesión”⁶⁵.

Más allá de la mera exigencia del consentimiento conjunto de los progenitores, expresado en atención al interés superior del menor, la jurisprudencia ha procurado identificar, en el carácter “fundamental” de los derechos implicados, la necesidad de adoptar instrumentos de tutela que encuentren “su justificación sistemática tanto en el rango primario de las situaciones protegidas como en la insuficiencia de los remedios indemnizatorios para ofrecer una reparación verdaderamente

lesivo de este fenómeno, con la finalidad de introducir instrumentos aún más incisivos y eficaces para su regulación, se presentó ante la Cámara de Diputados italiana, el 21 de marzo de 2024, una proposición de ley titulada “Modificaciones del artículo 37 del Decreto Legislativo de 8 de noviembre de 2021, n.° 208, en materia de utilización de menores en plataformas digitales para la compartición de vídeos e imágenes, así como disposiciones relativas al derecho del menor a la supresión de los datos y contenidos que le conciernen en Internet y en los motores de búsqueda” (<https://documenti.camera.it/leg19/pdl/pdf/leg.19.pdl.camera.1800.19PDL0083610.pdf>).

Dicha iniciativa legislativa persigue: a) proteger a los hijos de los influencers, limitando su exposición mediática; b) prevenir el riesgo de explotación comercial de los hijos menores de edad, garantizando una adecuada protección patrimonial de sus derechos; y c) permitir que los menores, una vez cumplidos los catorce años, puedan solicitar la eliminación de Internet de todos los contenidos en los que aparezcan como protagonistas. Véase, más recientemente, también el Proyecto de Ley n.° 1136 de 2025, que tiene por objeto introducir la prohibición de acceso y registro en las redes sociales para los menores de quince años, así como la obligación de identificación mediante un “mini-wallet” digital nacional, destinado a verificar de forma segura la edad de los usuarios.

Con mayor celeridad, Francia ha promulgado recientemente la Ley n.° 2024-120, de 19 de febrero de 2024, destinada a reforzar la protección de la vida privada y de los derechos de imagen de los menores y, al mismo tiempo, a sensibilizar y responsabilizar a los progenitores respecto de las consecuencias perjudiciales derivadas de la difusión, sin límites ni restricciones, de fotografías (y/o de otros contenidos multimedia) de sus hijos menores en plataformas digitales. Como subraya MIGLIETTI, L.: “La sovraesposizione digitale dei minori ed i suoi effetti”, cit., p. 228, dicha normativa “persigue la finalidad de regular esta extendida práctica parental y constituye una respuesta significativa a las crecientes preocupaciones que suscita”, situándose en la estela de otras importantes iniciativas legislativas: la normativa sobre la explotación comercial de imágenes de menores en plataformas en línea (Ley n.° 2020-1266, de 19 de octubre de 2020), considerada pionera en el ámbito internacional y destinada a regular el conocido fenómeno de los denominados baby influencers; la ley destinada a reforzar el control parental respecto de las modalidades de acceso a Internet (Ley n.° 2022-300, de 2 de marzo de 2022); y la ley que introdujo la denominada “mayoría de edad digital” en Francia (Ley n.° 2023-766, de 7 de julio de 2023).

- 64 Conviene señalar que le Tribunal Europeo de Derechos Humanos todavía no ha tenido la oportunidad de abordar directamente esta problemática. Sin embargo, en aquellos casos en los que ha sido llamado a efectuar una ponderación entre los intereses del menor y los de sus progenitores, ha afirmado la prevalencia de los primeros, al considerar que revisten una “particular importancia” dentro del juicio de equilibrio entre los derechos e intereses en conflicto (CEDU, 7 de agosto de 1996, n.° 17383/90, Johansen c. Norway, § 78; Corte edu, Grande Camera, 13 de julio de 2000, n. 25735/94, Elsholz v. Germany, § 52).
- 65 En este sentido, PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, V, *Tutela e giurisprudizione*, 4ª ed., Napoli, 2020, pp. 118 e 121, pone de relieve cómo los estudios sobre esta materia revelan la falacia de la lógica de la hipótesis normativa abstracta y del mecanismo de la subsunción, según la cual “el remedio se vincula necesariamente a una necesidad cualificada de tutela y, solo de manera indirecta, al interés cuya protección se pretende” [en este sentido, sin embargo, DI MAJO, A.: *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001, p. 6 ss.; ID.: “Forme e tecniche di tutela”, en GRISI, G. (coord.): *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 2019, p. 25 ss.]. De este modo, se produciría una inversión metodológica basada en la premisa de que las necesidades de tutela únicamente serían “cualificadas” en la medida en que pudieran vincularse a intereses susceptibles de protección jurisdiccional.

efectiva de las lesiones sufridas por los intereses existenciales"⁶⁶. En efecto, una interpretación teleológico-funcional del sistema de tutela permite apreciar, por ejemplo, en la acción de cesación (acción inhibitoria), una técnica de protección de las situaciones existenciales susceptible de activarse preventivamente, durante la fase fisiológica de realización de intereses jurídicamente relevantes, y no únicamente cuando la lesión ya se ha producido⁶⁷. En este sentido, el presupuesto de la tutela inhibitoria no es necesariamente la existencia de un ilícito consumado —que incluso puede faltar—, sino la amenaza de un daño, especialmente cuando este presenta caracteres de potencial irreparabilidad.

Junto a la prohibición de continuar las conductas dirigidas a la difusión de la imagen del menor y a la orden de retirada de los contenidos ya publicados en las redes sociales —incluida la supresión de los datos personales conforme al art. 17 del RGPD—, los tribunales han dispuesto con frecuencia la imposición de sanciones pecuniarias para el supuesto de incumplimiento de las medidas judicialmente acordadas. El remedio inhibitorio y coercitivo previsto en el art. 614-bis del Código de Procedimiento Civil italiano ha sido utilizado de manera recurrente con el propósito de impedir la propagación de informaciones y datos relativos a la personalidad del menor en el entorno social y digital.

Junto a esta medida coercitiva, en el ámbito de las relaciones intrafamiliares ha adquirido igualmente relevancia la condena al resarcimiento del daño extrapatrimonial derivado de la lesión del derecho a la propia imagen (art. 10 del Código Civil italiano) y del derecho a la protección de los datos personales del menor (art. 82 del RGPD). Por el contrario, difícilmente la difusión ilícita de la imagen de un menor en Internet por parte de sus progenitores puede integrar los presupuestos del ciberacoso (*cyberbullying*), dado que este exige la concurrencia de la “finalidad intencional predominante” de “aislar a un menor o a un grupo de menores mediante la realización de un abuso grave, un ataque lesivo o su ridiculización”, conforme a lo dispuesto en el art. 1, apartado 2, de la Ley italiana de 29 de mayo de 2017, n.º 71.

Por último, cuando la conducta de los progenitores reviste una especial gravedad —ya sea por las concretas modalidades de ejecución del *over-sharing*, ya por la intensidad de la lesión causada a la dignidad del menor o por el perjuicio ocasionado a sus intereses fundamentales, hasta el punto de permitir apreciar una infracción de los deberes inherentes a la función parental o un abuso de las facultades derivadas de la misma—, resulta plenamente admisible la intervención

66 CARAPEZZA FIGLIA, G.: “Sharenting: nuovi conflitti familiari e rimedi civili”, cit., p. 1107; *Id.*: “Diritto all'immagine e giusto rimedio civile. Tre esperienze di civil law a confronto: Italia, Spagna e Francia”, *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 859 ss.

67 P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, V, cit., p. 127; *Id.*, “Azione inhibitoria e interessi tutelati”, *Giusto proc. civ.*, 2006, p. 7 s.

judicial sobre el ejercicio de la responsabilidad parental, ya sea mediante las medidas previstas en los arts. 330 y siguientes del Código Civil italiano, ya mediante la adopción de resoluciones limitativas de dicha responsabilidad conforme al art. 333 del mismo cuerpo legal⁶⁸.

IV. CONCLUSIONES.

Se configura así un sistema de tutela amplio y articulado, que debe ser reinterpretado desde una perspectiva funcional⁶⁹ a la luz de los principios de proporcionalidad y efectividad, de los criterios de adecuación y razonabilidad⁷⁰, así como de los valores consagrados por la Constitución y por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Todo ello con el objetivo de proporcionar al juez, llamado a verificar la entidad real del perjuicio sufrido, los instrumentos jurídicos más idóneos para garantizar una reparación efectiva y adecuada.

En conclusión, en la era de la denominada “web 4.0”⁷¹, el fenómeno del *sharenting* pone de manifiesto una profunda transformación de las relaciones entre progenitores e hijos, situadas hoy más que nunca en un espacio fronterizo entre lo real y lo virtual, entre lo privado y lo público⁷², entre las oportunidades y los riesgos, entre la libertad de expresión y el interés superior del menor a que sus imágenes y datos personales no sean indiscriminadamente difundidos en Internet, comprometiendo no solo su identidad digital, sino también sus relaciones presentes y futuras. El desafío para el jurista consiste, por tanto, en llevar a cabo, a la luz del sistema jurídico en su conjunto, una adecuada ponderación de los intereses concurrentes en cada caso concreto, identificando la solución normativa más idónea para garantizar la protección efectiva de los derechos del menor merecedores de tutela⁷³.

68 ALFONSI, D.: “La tutela degli infanti nelle pratiche di sharenting”, *Riv. dir. civ.*, 2026, p. 101 ss.

69 PERLINGIERI, P.: “Il giusto rimedio nel diritto civile”, *Giusto proc. civ.*, 2011, pp. 1-23.

70 PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 58 ss.

71 FERRANDI, F.: “Il diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati personali del minore al tempo del web 2.0: nuovi orizzonti di valutazione della responsabilità genitoriale?”, *Oss. dir. fam.*, 2021, 2, p. 40 ss.

72 En relación con la “confusión existente acerca de la delimitación entre lo público y lo privado”, véase VOLPATO, S.: “Il fenomeno dello sharenting nel nuovo paradigma dei rapporti genitoriali”, *Annali Fac. derecho*, 33 diciembre 2016, p. 98. Apelan a la necesidad de “compartir con cuidado” TARTARI, M., LAVORGNA, A., UGWUDIKE, P.: “Share with care: Negotiating children's health and safety in sharenting practices”, *Media cult. soc.*, 2023, 45(7), p. 1453 ss.

73 En efecto, “[l]a elección del método —y, por consiguiente, de los cánones hermenéuticos que deben emplearse— ha de orientarse tanto a la búsqueda de la normativa más adecuada, esto es, más justa, como a la identificación del *remedio justo* [...]. Se trata de valoraciones de lo *justo* que deben realizarse a la luz de los principios y valores que identifican al sistema jurídico” (PERLINGIERI, P.: “Principio personalista, dignità umana e rapporti civili”, *Annali Sisidic*, 2020, 5, p. 7 ss.).

BIBLIOGRAFÍA

ALFONSI, D.: "La tutela degli infanti nelle pratiche di sharenting", *Riv. dir. civ.*, 2026.

ALPA, G.: "L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione", *Contr. impr.*, 2017.

ANEMOLA, L.: "La tutela delle fotografie sul "web"", *Riv. dir. arti spett.*, 2019, I.

ASTONE, A.:

- "L'accesso dei minori di età ai servizi della c.d. società dell'informazione: l'art. 8 del Reg. (UE) 2016/679 e i suoi riflessi sul codice per la protezione dei dati personali", *Contr. impr.*, 2019.
- *I dati personali dei minori in rete. Dall'internet delle persone all'internet delle cose*, Milano, 2019.

BATTELLI, E.: "I soggetti vulnerabili: prospettive di tutela della persona", *Riv. dir. pers. fam.*, 2020.

BERNARDINI, M.G.: "Il soggetto vulnerabile. Status e prospettive di una categoria (giuridicamente) controversa", *Riv. fil. dir.*, 2017.

BIANCA, M.:

- "La filter bubble e il problema dell'identità digitale", *MediaLaws*, 2019, 2.
- "La tutela dei minori nell'età digitale. Riflessione a margine della lettura del Libro bianco AGCOM 2.0 su media e minori", *Comunicazione.doc*, 2018.

BONANOMI, G.: *Shareting. Genitori e rischi della sovraesposizione dei figli online*, Milano, 2020.

BROSCH, A.: "When the Child is Born into the Internet: Sharenting as a Growing Trend among Parents on Facebook", en <https://czasopisma.marszalek.com.pl/images/pliki/tner/201601/tner20160119.pdf>.

CAGGIANO, I. A.: "Privacy e minori nell'era digitale. Il consenso al trattamento dei dati dei minori all'indomani del Regolamento UE 2016/679, tra diritto e tecno-regolazione", *Famiglia*, 2018.

CAMARDI, C.: "Minore e privacy nel contesto delle relazioni familiari", en SENIGAGLIA, R. (coord.): *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*.

CARAPEZZA FIGLIA, G.:

- "Diritto all'immagine e giusto rimedio civile. Tre esperienze di civil law a confronto: Italia, Spagna e Francia", *Rass. dir. civ.*, 2013.
- "Sharenting: nuovi conflitti familiari e rimedi civili", *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, I.

CASSANO, G., PREVITI, S. (coord.): *Il diritto di internet nell'era digitale*, Milano, 2020.

CHENAL, R.: "La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali", *Ars Interpretandi*, 2018, 2.

CINO, D., DEMOZZI, S.: "Figli in vetrina. Il fenomeno dello sharenting in un'indagine esplorativa", *Riv. it. educ. fam.*, 2017, 2.

CODELUPPI, V.: *La vetrinizzazione sociale. Il processo di spettacolarizzazione degli individui e della società*, Torino, 2007.

COMANDÈ G. (coord.): *Persona e tutele giuridiche*, Torino, 2003.

CONSOLO, C.: *Un approccio al Maestro in dialogo con l'allievo: Rodotà, laico profeta giuridico del domani tecnologico, (forse) non apocalittico*, Roma, 2018.

CREA C., DE FRANCESCHI A. (Eds): *The New Shapes of Digital Vulnerability in European Private Law*, Baden Baden, 2024.

D'AMBROSIO, M.:

- "Confidentiality and the (Un)Sustainable Development of the Internet", *Italian Law Jour.*, 2016.
- "Diritto all'immagine e reputazione nell'era dei social network", en PERLINGIERI, C., RUGGIERI, L. (coord.): *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015.

DE BELVIS, E.:

- *Diritto di famiglia e nuove tecnologie*, Napoli, 2022.
- "La tutela del diritto all'immagine dei minori in rete", en EAD. (coord.): *Diritto di famiglia e nuove tecnologie*, Napoli, 2015.

DE CARO, M.: "L'era delle macchine: tre problemi morali e politici," en PERLINGIERI, P., GIOVA, S., PRISCO, I. (coord.): *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia, Atti del XIV° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C.*, Napoli, 2020.

DI CIOMMO, F.:

- "Diritti della personalità tra media tradizionale e avvento di Internet", in COMANDÈ G. (coord.): *Persona e tutele giuridiche*, Torino, 2003.
- "Internet e crisi del diritto privato: tra globalizzazione, materializzazione e anonimato virtuale," *Riv. crit. dir. priv.*, 2003.

DI LANDRO, A.C.: "Best interest of the child e tutela dei minori nel dialogo tra legislazione e giurisprudenza", *Nuove leggi civ. comm.*, 2020.

DI MAJO, A.:

- "Forme e tecniche di tutela", in GRISI, G. (coord.): *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*.
- *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001.

DI MARZIO, M.: "Il diritto all'oblio", *Pers. danno*, 6 de julio de 2006.

DI SABATO, D.: "Le relazioni economiche del minore", *Dir. succ. fam.*, 2015.

DOGLIOTTI, M.: "Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione", in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu Messineo*, Milano, 2019.

FALLETTI, E.: "I social network: primi orientamenti giurisprudenziali", *Corr. giur.*, 2015.

FEMIA, P.: "Una finestra sul cortile. Internet e il diritto all'esperienza metastrutturale", in PERLINGIERI, C., RUGGERI, L. (coord.): *Internet e diritto civile*.

FERRANDI, F.: "Il diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati personali del minore al tempo del web 2.0: nuovi orizzonti di valutazione della responsabilità genitoriale?", *Oss. dir. fam.*, 2021, 2.

FINOCCHIARO, G.: "Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità", in PERLINGIERI, C., RUGGERI, L. (coord.): *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015.

FOGLIA, M.: "Sharenting e riservatezza del minore in rete", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, 16 bis.

FORCINITI, R.: "Tutela cautelare e d'urgenza e diffusione di immagini di soggetti minori sui social networks", *Fam. dir.*, 2019.

FROSINI, T.E.: *Liberté Egalité Internet*, 3ª ed., Napoli, 2023

GARACI, I.: "Il superiore interesse del minore nel quadro di uno sviluppo sostenibile dell'ambiente digitale", *Nuove leggi civ. comm.*, 2021.

GAUDINO, L.: "Dell'immagine, del luogo pubblico e della tutela del minore", *Resp. civ. prev.*, 2007.

GENTILI, A.: "La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale", *Riv. crit. dir. priv.*, 2019.

GIARDINA, F.: "Interesse del minore: gli aspetti identitari", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II.

GIORGINI, E.: "Algorithms and Law", *Italian Law Jour.*, 2019.

GRISI, G. (coord.): *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 2019.

IRTI, C.: "Persona minore di età e libertà di autodeterminazione", *Giust. civ.*, 2019.

LAGHI, P.: "Lex informatica e regolazione del cyberspazio: riflessioni sul rapporto tra "diritto" e "tecnica" nella disciplina del web", *Corti salernitane*, 2014.

LENTI, L.: "Best interests of the child o best interests of children", *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I.

LICHTER, A.: "Oversharenting: Parents Juggle Their Kids' Lives Online", *Wall Street Jour.*, 16 de marzo de 2012.

LIPARI, N.: "Vulnerabilità esistenziale e strumenti di tutela", *Annali Sisdic*, 2018, 2.

LONGOBUCCO, F.: "Interesse del minore e rapporti giuridici a contenuto non patrimoniale: profili evolutivi?", *Dir. fam. pers.*, 2014.

MAESTRI, E.: *Lex informatica. Diritto, persona e potere nell'età del cyberspazio*, Napoli, 2015.

MEZZASOMA, L.: "Il diritto all'immagine fra codice civile e Costituzione", *Rev. inter. doc. jur.*, 2013.

MIGLIETTI, L.: "La sovraesposizione digitale dei minori ed i suoi effetti. Note comparative sul fenomeno del cd. "sharenting" negli ordinamenti francese e italiano", *Riv. dir. comp.*, 2024.

NITTI, M.: "La pubblicazione di foto di minori sui social network tra tutela della riservatezza e individuazione dei confini della responsabilità genitoriale", *Fam. dir.*, 2019.

ORWELL, G.: 1984, Londres, 1949.

PANICHELLA, A.: "Efficacia extraterritoriale dei provvedimenti del Garante della privacy e bilanciamento degli interessi in tema di diritto all'oblio", *Tecn. dir.*, 2023.

PERLINGIERI, C., RUGGIERI, L. (coord.): *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015.

PERLINGIERI, C.:

- "Creazione e circolazione del bene prodotto dal trattamento algoritmico dei dati", in PERLINGIERI, P., GIOVA, S., PRISCO, I. (coord.): *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Atti del XIV° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Napoli, 2020.
- "La tutela dei minori di età nei social networks", *Rass. dir. civ.*, 2016.
- *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014.
- Sub Art. 10, in PERLINGIERI, G. (coord.), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, 3ª ed., Napoli, 2010.

PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.

PERLINGIERI, P., GIOVA, S., PRISCO, I. (coord.): *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Atti del XIV° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Napoli, 2020.

PERLINGIERI, P.:

- "Azione inibitoria e interessi tutelati", *Giusto proc. civ.*, 2006.
- "I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare" (1982), in ID.: *La persona e i suoi diritti*.
- *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, 4ª ed., Napoli, 2020.
- *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, V, *Tutela e giurisdizione*, 4ª ed., Napoli, 2020.
- "Il giusto rimedio nel diritto civile", *Giusto proc. civ.*, 2011.
- "L'informazione come bene giuridico", *Rass. dir. civ.*, 1990.
- *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005.

- "Principio personalista, dignità umana e rapporti civili", *Annali Sisdic*, 2020, 5.
- "Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato", *Foro nap.*, 2018.
- "Sui rapporti personali nella famiglia", *Dir. fam. pers.*, 1979.
- "Sulla famiglia come formazione sociale" (1979), en *Id.*: *La persona e i suoi diritti*.

PERON, S.: "Sul divieto di diffusione sui social networks delle fotografie e di altri dati personali dei figli", *Resp. civ. prev.*, 2018.

PORCELLI, M.: "Minore d'età e rapporti giuridici non patrimoniali", *Dir. fam. pers.*, 2018.

RECINTO, G.: *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016.

RODOTÀ, S.:

- "Una Costituzione per Internet", *Politeia*, 2006.
- *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.
- *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma, 2014.
- *Tecnologie e diritto*, Bologna, 1995.

SALVADORI, I.: *L'adescamento di minori. Il contrasto al child-grooming tra incriminazione di atti preparatori ed esigenze di garanzia*, Torino, 2018.

SCAFFIDI RUNCHELLA, L.: "Pubblicazione e condivisione di foto sui social network: la tutela del minore fra diritto all'immagine e diritto alla protezione dei dati personali", *Freedom, Security & Justice: Eur. Legal Studies*, 2021, 3.

SCALISI, V.: "Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto", *Riv. dir. civ.*, 2018.

SENIGAGLIA, R. (coord.): *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, Pisa, 2019.

TAFARO, L.: *L'età per l'attività*, Napoli, 2003.

TARTARI, M., LAVORGNA, A., UGWUDIKE, P.: "Share with care: Negotiating children's health and safety in sharenting practices", *Media cult. soc.*, 2023, 45 (7).

TASSONE, B.: "Diritto all'immagine: fra uso non autorizzato del ritratto e lesione della privacy", *Danno resp.*, 2005.

THOBANI, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2016.

TULLIO, L.: "Tracce evolutive del *right to be forgotten* tra esigenze di anonimato e richieste di deindicizzazione", *Ianus*, 2020.

UGWUDIKE, P.: "Prefazione", in LAVORGNA, A., TARTARI, M.: *La sovraesposizione digitale dei minori. Un approccio multidimensionale al fenomeno dello sharenting*, Milano, 2023.

URCIUOLI, M.A.: *Autonomia negoziale e diritto all'immagine*, Napoli, 2000.

VITERBO, F.: *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, Napoli, 2008.

VIVARELLI, A.:

- "Diritto di autodeterminazione dei minori di età e principio di responsabilità nel diritto contemporaneo", *Dir. succ. fam.*, 2019.
- *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale. Sfide tecnologiche e soluzioni giuridiche*, Napoli, 2019.

VOLPATO, S.: "Il fenomeno dello sharenting nel nuovo paradigma dei rapporti genitoriali", *Anales Fac. derecho*, 33 dicembre 2016.

VOTANO, G.; "Protezione e tutela dei minori in internet", in CASSANO, G., PREVITI, S. (coord.): *Il diritto di internet nell'era digitale*, Milano, 2020.

WINKLER, S.: "L'impatto delle nuove tecnologie sul diritto di famiglia", *Annali della Facoltà giur. Univ. Camerino*, 2021, 10.

LA ANCIANIDAD COMO CATEGORÍA JURÍDICA*

OLD AGE AS A LEGAL CATEGORY

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 40-53

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación "Impacto social de la tutela civil de las personas con discapacidad" (PID2023-151835OB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España, del que son Investigadores principales los Profesores José Ramón de Verda y Beamonte y Pedro Chaparro Matamoros.

El texto recoge la ponencia presentada en el marco del congreso internacional titulado "Tutela de la persona con discapacidad II", celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia el 29 de abril de 2026.

Valerio
ROTONDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de mayo de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2026

RESUMEN: El fenómeno del envejecimiento de la población invita al intérprete a reflexionar sobre la “condición jurídica” de la persona en edad senil que, más allá de los casos de incapacidad declarada para proveer a sus propios intereses, se ve a menudo aquejada por una condición de vulnerabilidad que afecta a la realización concreta de actos y actividades. Esta circunstancia llama la atención sobre los problemas relacionados con las capacidades de la persona en edad senil y sobre la verificación del valor actual de las instituciones destinadas a protegerlas y promoverlas.

PALABRAS CLAVE: Envejecimiento de la población; protección de la persona; vulnerabilidad.

ABSTRACT: *The phenomenon of an aging population invites the interpreter to reflect on the 'legal condition' of the elderly person who, outside of cases of declared inability to provide for his or her own interests, is often afflicted with a condition of vulnerability that affects the concrete performance of acts and activities. This circumstance calls attention to the problems related to the elderly person's capabilities and to the verification of the current worthiness of the institutions in charge of their protection and promotion.*

KEY WORDS: *Aging population; protection of the person; vulnerability; power of attorney.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL.- II. CONDICIÓN SENIL Y SU RELEVANCIA JURÍDICA.- III. SENILIDAD Y VULNERABILIDAD.- IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL.

El título de mi intervención tiene, deliberadamente, un carácter provocador. En efecto, no considero que sea metodológicamente correcto abordar a las personas mayores como una categoría jurídica autónoma, y menos aún calificarlas, de forma generalizada, como sujetos vulnerables —o, más precisamente, como sujetos necesariamente vulnerables— por las razones que expondré en el tiempo del que dispongo.

Desde una perspectiva jurídica, el fenómeno del envejecimiento de la población¹ impone al intérprete la necesidad de centrar su atención en los problemas relativos a la protección que el ordenamiento dispensa a la persona mayor, así como en las eventuales situaciones de vulnerabilidad que pueden caracterizar su condición². Tales cuestiones adquieren una relevancia tanto individual como social, y se inscriben en el marco más amplio de la tutela y promoción de la persona humana³, con especial referencia a los denominados sujetos débiles o vulnerables.

- 1 En el contexto de las transformaciones demográficas que afectan la composición de las sociedades contemporáneas, el envejecimiento de la población es un fenómeno que afecta ampliamente a los países industrializados. En el área de la UE, Italia es el país con el índice de vejez más alto. Este marco demográfico llevó al legislador italiano a promulgar recientemente la ley del 23 de marzo de 2023, n. 33, que contiene “Delegaciones al Gobierno en materia de políticas a favor de las personas mayores” cuyo primer decreto de aplicación, de 15 de marzo de 2024, núm. 29, establece por primera vez una tripartición de la edad senil distinguiendo entre: a) “persona mayor”: la persona que ha alcanzado la edad de 65 años; b) “persona muy mayor”: la persona que ha alcanzado la edad de 80 años; c) “persona mayor no autosuficiente”: la persona mayor que, también en consideración de la edad y de las discapacidades previas, presenta graves limitaciones o pérdida de autonomía en las actividades fundamentales de la vida diaria y del funcionamiento bio-psico-social.
- 2 ROTONDO, V.: “Personas mayores vulnerables y protección civil”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2025, p. 134 ss.; ROTONDO, V.: “Anziani vulnerabili e tutela civilistica”, en AA.VV.: *La tutela delle persone con disabilità in una prospettiva multidimensionale* (coord. por. in M. D’AMBROSIO, V. LUCIANI y C. MURENA), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2026, p. 161 ss.; ROTONDO, V.: “Invecchiamento della popolazione e strumenti civilistici di protezione e promozione della persona anziana”, en AA.VV.: *Vulnerabili. Questioni giuridiche, dilemmi bioetici* (coord. por. A. PATRONI GRIFFI), Mimesis, Milano, 2025, p. 167 ss.; CARIMINI, F. y GIOVA, S.: “Anziani vulnerabili e tutele civilistiche”, *ivi*, p. 125 ss.; ROTONDO, V., GIOVA, S. y EPIFANIA, M.: “La protezione legale nelle relazioni di cura agli anziani”, en AA.VV.: *Considerazioni multidisciplinari sulla domanda di assistenza agli anziani in Italia Avanzare insieme nella società anziana*. (coord. por C. TOMASSINI, M. ALBERTINI, C. LALLO), Il Mulino, Bologna, 2024, pp. 165-175. Sobre este tema en la doctrina, véase, entre otros, PERLINGIERI, P.: “Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale”, *Rassegna di diritto civile*, núm. 1, 1990, p. 85. ss. y STANZIONE, P. (coord. por): *Anziani e tutele giuridiche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991; ROSSI CARLEO, L., SAULLE, M.R., SINISCALCHI, L. (coord. por.): *La terza età nel diritto interno ed internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999.
- 3 La persona ocupa el primer lugar en la jerarquía de valores del ordenamiento jurídico italiano: PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 1972, p. 11 ss. habla de “la persona como valor [que] representa la parte caracterizadora del sistema jurídico” y, desde esta perspectiva, de “un sistema caracterizado por perspectivas axiológicas unitarias”. V., también, PERLINGIERI,

• **Valerio Rotondo**

Profesor Titular de Derecho privado de la Università degli Studi del Molise. Correo electrónico: valerio.rotondo@unimol.it.

Nos encontramos en un ámbito en el que confluyen perfiles éticos, existenciales y jurídicos, en el que resulta ineludible la consideración del caso concreto⁴. En efecto, el intérprete está llamado a ofrecer respuestas que, en coherencia con las normas y los principios del ordenamiento jurídico⁵, tengan en cuenta las circunstancias fácticas individuales, necesariamente singulares e irrepetibles, en las que confluyen necesidades siempre diversas⁶. La realidad concreta —incluida la normativa— conoce al ser humano en su individualidad: con sus peculiaridades, sus limitaciones, sus enfermedades, sus necesidades y su tiempo histórico.

Como enseña desde hace décadas la mejor doctrina italiana, el problema de la protección de la personalidad —entendida como la persona en cuanto valor— afecta a todas las fases y a todos los momentos de la vida en sociedad⁷. Esta cuestión adquiere una especial relevancia en relación con los problemas vinculados a la capacidad de las personas mayores y a la adecuación de los instrumentos destinados a su protección y promoción; aspectos que serán abordados con mayor profundidad por la profesora Giova⁸.

P.: *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli 2006, p. 179, y más recientemente PERLINGIERI, P.: "Principio personalista, dignità umana e rapporti civili", *Annali della Società Italiana degli Studiosi del Diritto civile*, núm. 5, 2020, p. 4, donde se afirma que la protección y promoción de la persona constituye un principio de orden público.

- 4 Sobre la necesidad de identificar la disciplina más adecuada a las particularidades del caso concreto Perlingieri, P.: "Principi generali e interpretazione integrativa nelle pagine di Emilio Betti", *Rassegna di diritto civile*, núm. 1, 2019, p. 106 ss.; Id.: "La teoria del diritto generale e neutrale di Claudio Luzzati", *Annali della Società Italiana degli Studiosi del Diritto civile*, núm. 2, 2018, p. 13; Id.: "L'interpretazione giuridica e i suoi canoni. Una lezione agli studenti della Statale di Milano", *Rassegna di diritto civile*, núm. 2, 2014, p. 406; ya antes Id.: "Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa", *Diritto e giurisprudenza*, 1975, p. 826 ss.
- 5 Sobre la necesidad de combinar razonablemente normas y principios v. para todos PERLINGIERI, P.: "I principi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo", *Annali della Società Italiana degli Studiosi del Diritto civile*, núm. 1, 2017, pp. 12 y 14, por el qual "los principios expresan valores e intereses preeminentes que caracterizan la axiología general del sistema y, como tales, exigen que el intérprete ajuste el sentido y la razón de ser de las normas a su ámbito de aplicación", por lo tanto "la interpretación de la ley en una función ordenadora no es una operación aséptica y neutra, exclusivamente lógica, sino una operación cultural, atenta a que sus consecuencias sean razonables y, por tanto, conformes a los principios valorativos identificadores del sistema de derecho que concretamente se pretende aplicar": así PERLINGIERI, P.: "Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione", *Rassegna di diritto civile*, núm. 2, 2018, p. 594, pero ya Id.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., pp. 11 ss. e 154 ss. En la reconstrucción más reciente del debate sobre la pertinencia de los principios PERLINGIERI, P.: "Il processo evolutivo del diritto civile nella legalità costituzionale. Una lezione alla Camera civile di Milano", *Rassegna di diritto civile*, núm. 4, 2023, p. 1358 ss.
- 6 Como señala la mejor doctrina italiana el jurista debe tener "sensibilidad para interpretar [y] conocer la realidad" con "capacidad crítica en la reconstrucción de hechos y problemas": PERLINGIERI, P.: "Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare", *Rivista di diritto commerciale*, núm. 1, 1969, p. 455. Esta enseñanza se afirma hoy en PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, I, *Metodi e tecniche*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020, p. 31.
- 7 PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 12.
- 8 A este respecto, cabe señalar que antes de la entrada en vigor de la ley núm. 6 de 2004, estableciendo la administración de apoyo, el código civil italiano de 1942, a raíz del de 1865, preveía dos instituciones para la protección de los incapaces: la interdicción y la incapacitación centradas principalmente en la protección de las enfermedades mentales. El sistema de protección se basaba en la combinación de enfermedad mental e incapacidad y reflejaba una visión patrimonialista del problema de la protección de los incapaces basada, por un lado, en la necesidad de evitar la dispersión del patrimonio familiar; por el otro garantizar la correcta y expedita circulación de las mercancías. Interdicción e inhabilitación se caracterizaban por una extrema rigidez, tanto en términos de las condiciones subjetivas requeridas como en términos de los efectos de las sentencias que, predeterminadas por la ley, no dejaban lugar a la facultad discrecional del

II. CONDICIÓN SENIL Y SU RELEVANCIA JURÍDICA.

Por lo que respecta a la relevancia jurídica de la condición senil, cabe señalar, en términos generales, que no es posible concebir al ser humano al margen de su dimensión temporal, en cuanto vive y actúa en un determinado contexto histórico⁹. La edad, entendida como un determinado *punctum temporis* comprendido entre el nacimiento y la muerte, ha sido definida como un modo de ser de la persona en la progresión temporal del fenómeno biológico, que adquiere relevancia jurídica en la medida en que el ordenamiento le atribuye determinados efectos en relación con la capacidad¹⁰.

En el ámbito de la Constitución italiana no existen referencias específicas al estatuto jurídico de las personas mayores¹¹, ni se establece un límite máximo de edad para el ejercicio de funciones públicas electivas o para el goce de las libertades civiles y el ejercicio de derechos¹².

Los principios consagrados en los artículos 2 y 3 garantizan una protección plena e incondicionada de la persona humana en cuanto tal. La persona —y la garantía de sus libertades— se sitúa, en efecto, en la base del ordenamiento jurídico como valor supremo¹³. Asimismo, la unidad del valor de la persona exige

juéz. Estas características - junto con razones de carácter social, cultural y médico-científico - estuvieron en la base de las razones que permitieron a la doctrina, desde principios de los años 1970, esperar, sobre la base de la pertinencia de las normas y principios constitucionales, para la remodulación del sistema de inhabilidades contenidas en el código. El largo camino que condujo al desmantelamiento del código de protección de las enfermedades mentales culminó con la introducción en el ordenamiento jurídico de la institución de la administración de apoyo, que de conformidad con el art. 404 cc permite proteger a la persona que “a consecuencia de una enfermedad o de una deficiencia física o mental, se ve incapaz, incluso parcial o temporalmente, de cuidar de sus propios intereses”. La medida, que de conformidad con el art. 1 l. 6/2004 “tiene como objetivo proteger, con la menor limitación posible de la capacidad de acción, a las personas privadas total o parcialmente de autonomía para el desempeño de las funciones de la vida diaria, mediante intervenciones de apoyo temporales o permanentes”, tiene el mérito de valorizar, desde el punto de vista de protección personal y patrimonial, los matices heterogéneos de la fragilidad humana. Sobre esto tema v. BONILINI, G. y TOMMASEO, F.: *Dell'amministrazione di sostegno*, 2a ed., Giuffrè, Milano, 2018.

9 MOSCATI, E.: “Tempo (diritto civile)”, *Novissimo Digesto Italiano*, XVIII, Utet, Torino, 1977, p. 1115.

10 PANUNZIO, S.P.: “Età, (dir. pubbl.)”, *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1989, p. 1.

11 Sin embargo, cabe señalar que en la Carta Constitucional se pueden encontrar huellas de la relevancia de la condición senil. Los perfiles inherentes a la senescencia son tomados en consideración por el art. 38, desde el punto de vista de la jubilación del trabajador, vinculando la vejez a un hecho natural que produce efectos jurídicos. De ahí la combinación - probablemente arbitraria- de edad de jubilación/edad de vejez.

12 La edad senil no puede ser un aspecto accesorio del status personae ya que no afecta por sí misma a la titularidad de situaciones subjetivas: así PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, 4a ed., Napoli, 2020, p. 5; PERLINGIERI, P.: *Commento alla Costituzione italiana*, 2ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, pp. 6-12.

13 Más recientemente PERLINGIERI, P.: “Principio personalista, dignità umana e rapporti civili”, cit., p. 4; pero ya ID.: “Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia”, *Rivista di diritto civile*, núm. I, 1978, pp. 408 e 430. En esta perspectiva, “el hombre no está en función del Estado, sino que el Estado está en función del hombre, en el sentido de que su finalidad es garantizar el desarrollo de la persona humana”: MORTATI, C.: *Istituzioni di Diritto Pubblico*, I, Cedam, Padova, 1975, p. 155. Por tanto “el proyecto institucional de desarrollo integral de la persona expresado por las disposiciones constitucionales afecta, por tanto, a todos los sectores del ordenamiento jurídico”: así BESSONE, M. y FERRANDO, G.: “Persona fisica”, *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, p. 193 ss. Importante en esta perspectiva jurisprudencial Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, *Foro italiano*, núm. I, 2008, c. 125, que afirma que “nuestra Constitución, considerando a la persona humana como un valor ético en sí mismo, [...] contempla el límite

que su protección no pueda fragmentarse en compartimentos estancos en función de la edad, evitando así el riesgo de formas de marginación o guetización¹⁴.

El ordenamiento constitucional se orienta, por tanto, a la tutela integral de la persona en su desarrollo cronológico, asegurando no solo la prevención, sino también la promoción de las condiciones que permitan el pleno desarrollo de la personalidad.

Incluso a nivel supranacional, mirando en particular la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se puede excluir la relevancia autónoma de la condición senil.

El art. 25 Carta de la UE, titulado “Derechos de las personas mayores”, sobre la base del art. 23 de la Carta Social Europea, titulado “Derecho de las personas mayores a la protección social”, dispone que “la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a conducir, una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural”¹⁵. Semejante predicción, que podría aparecer como un reconocimiento formal de la condición senil, no es otra cosa que un fortalecimiento del principio de no discriminación consagrado en la anterior 21 Carta de la UE. Esta interpretación se ve favorecida por la ubicación sistemática de las previsiones, a que se refiere el mismo capítulo III dedicado a la “Igualdad”, y desde el marco de los “valores indivisibles y universales de la dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad” aceptados en la Carta y especificados en el Preámbulo.

Incluso la legislación privada no hace referencia directa a la edad senil y a las personas mayores como portador de intereses particulares. En el Código Civil de 1942 la edad, en una lógica marcadamente patrimonialista¹⁶, se configura como un mero divisor de aguas entre la mayoría de edad y la menor, perfilando los efectos sobre la incapacidad o capacidades de la persona física¹⁷. En particular, al artículo 2 Código Civil, de hecho, se atribuye la función de determinar el *dies a quo* a partir del cual la persona física adquiere la capacidad de expresar voluntad directa para adquirir y ejercer derechos o asumir obligaciones, con independencia de los

del «respeto a la persona humana» con referencia al individuo, en cualquier momento de su vida y en la totalidad de su persona”.

14 Esta es la perspectiva compartida por PERLINGIERI, P.: *Profili del diritto civile*, 3a ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994, p. 139; *Id.*: *La personalità umana*, cit., pp. 44 e 183 ss.; *Id.*: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, 4a ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 19. Similarmente LIPARI, N.: “Diritti fondamentali e categorie civilistiche”, *Rivista di diritto civile*, núm. I, 1996, p. 417; *contra* IRTI, N.: “Persona e mercato”, *Rivista di diritto civile*, núm. I, 1995, p. 289.

15 STANZIONE, P.: “Diritti esistenziali della persona, tutela delle minorità e Drittwirkung nell’esperienza europea”, *Europa e diritto privato*, núm. I, 2022, p. 50; Bacciardi, E.: “La tutela civile degli anziani alla luce dell’art. 25 della Carta di Nizza”, *Nuove leggi civili commentate*, núm. II, 2015, p. 293 ss.

16 PERLINGIERI, P.: *La personalità umana*, cit., p. 140 ss.

17 TAFARO, L.: *L’età per l’attività*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003.

intereses que intervienen en cada momento. Sin embargo, el Código carece de indicaciones respecto del plazo inicial a partir del cual se prevé “senilidad” y no se prevé ninguna limitación de la capacidad de obrar por el simple hecho de superar un determinado umbral de edad. De hecho, la edad, considerada en abstracto, no integra los requisitos para la aplicación de las medidas de protección contenidas en el Libro Primero.

De ello se deduce que la progresión fisiológica en la edad permite que el menor, una vez adulto, adquiera plena capacidad de obrar, pero no se contempla el procedimiento inverso, al no existir disposiciones que vinculen la pérdida de la capacidad de obra previamente adquirida con la consecución de dicha capacidad de un umbral de edad específico que, en cambio, puede perderse - o limitarse - en la persona adulta cuando se presenten determinadas condiciones normativamente identificadas. La eventual limitación de su ejercicio solo puede justificarse en función de la capacidad del sujeto para autodeterminarse, que debe evaluarse en concreto, mediante una valoración que tenga en cuenta la efectiva aptitud para realizar elecciones conscientes¹⁸. Por lo tanto, debe rechazarse la opinión de quienes identifican en el deterioro fisiológico y progresivo de las funciones psíquicas y físicas que acompaña al envejecimiento el elemento distintivo de una categoría unitaria y, en particular, de personas que deben considerarse vulnerables.

III. SENILIDAD Y VULNERABILIDAD.

La reflexión sobre la vulnerabilidad atraviesa hoy de manera transversal múltiples disciplinas. En el ámbito del Derecho privado constituye actualmente un tema ampliamente debatido por la doctrina, llamada a reflexionar sobre esta cuestión en relación con las categorías típicas que gobiernan la disciplina: capacidad, incapacidad y representación¹⁹. La vejez ha sido comparada con autoridad con “la época de las infirmitas, no necesariamente entendida como enfermedad, sino como debilidad, precariedad, [...] menor capacidad para resistir los desafíos que nos plantea la convivencia”²⁰.

A menudo se asocia a la persona mayor con el concepto de vulnerabilidad. Esta asociación se desprende también de las fuentes normativas. Piénsese, a este respecto, en el reciente Reglamento 2023/988, relativo a la seguridad general de los productos, que en sus considerandos 5 y 23 y en el artículo 6, apartado I, letra

18 PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit. p. 19 s.

19 V. en la doctrina CORRIAS, P. (coord por.): *I soggetti vulnerabili nella disciplina comune e nei mercati regolamentati*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 2022; CORRIAS, P. y PIRAS, E. (coord. por): *I soggetti vulnerabili nell'economia, nel diritto e nelle istituzioni*, vol. I e II, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 2021; FUSARO, AR.: *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile. Oltre il soggetto debole: vulnerabilità della persona e condizionamento del volere*, Jovene, Napoli, 2019.

20 BOBBIO, N.: “I valori e i diritti umani degli anziani cronici non-autosufficienti”, en AA.VV.: *Eutanasia da abbandono*, Rosenberg & Sellier, Torino, 1988, p. 53.

e), incluye a la persona mayor, junto con el menor y la persona con discapacidad, entre las personas más vulnerables.

A nuestro juicio, en realidad para comprobar si esta comparación es correcta, es necesario comprobar qué se entiende jurídicamente por el adjetivo “vulnerable” y si, por tanto, la persona mayor puede ser considerada siempre como tal. Vulnerabilidad “es uno de esos conceptos [...] cuya extensión y amplitud de significado hacen extremadamente difícil definir”²¹.

A este respecto, tal y como se señala en la doctrina, “a veces es precisamente la vaguedad lo que mide la importancia de ciertos conceptos. Pensemos en pluralismo, valor, persona. Se trata de conceptos inevitablemente vagos, a veces esquivos, en ocasiones incluso expuestos al riesgo de la inconsistencia. Sin embargo, estos mismos conceptos, aunque parecen reacios a ser comprimidos en unas pocas definiciones mesuradas, no pierden su claridad intrínseca”²². Escapa, por lo tanto, a estar enjaulado en estrechas mallas definitorias. Se trata de un concepto necesariamente indeterminado que, sin embargo, cuando se refiere a la persona humana, remite, al de desigualdad o a la situación objetiva de desventaja en que se encuentran unos respecto de otros²³.

Esta conciencia lleva a la afirmación de que nunca se puede ser vulnerable en abstracto sino siempre en relación con alguien o algo. El adjetivo “vulnerable” es, por tanto, un término valorativo que puede especificarse exclusivamente sobre la base de un juicio de valor²⁴.

Por ello se trata de una noción abierta - que rechaza cualquier tipificación - y una “palabra contenedora”²⁵, cuyo contenido sólo puede determinarse tras la evaluación de la condición concreta en que se encuentra la persona, de manera estable o transitoria, y que por ello requiere una protección particular con referencia a aquellas conductas o hechos que el ordenamiento jurídico considera dignos de especial atención en relación con el contexto en el que ocurren.

A nivel práctico, la principal dificultad reside precisamente en establecer, en un momento histórico determinado, qué situaciones determinan la condición de

21 OGILO, O. Y PASTORE, B. (coord. por): *Vulnerabilità: analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2018, p. 11.

22 DIMITRI, N.: *Essere se stessi e non essere soli. Ragione giuridica, pluralismo e conflitti di valore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2025, p. 5 s.

23 GIOVA, S.: “Minori in condizioni di particolari vulnerabilità”, *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, núm. 3, 2022, p. 168.

24 GIOVA, S.: “Minori in condizioni di particolari vulnerabilità”, cit., p. 167.

25 RE, L.: *Introduzione*, en AA.VV.: *Vulnerabilità: Etica politica diritto* (coord. por M.G. BERNARDINI, B. CASALINI, O. GIOLO, L. RE), If Press, Roma, 2018, p. 20.

vulnerabilidad²⁶ y cuándo adquieren valor jurídico. Como se ha señalado en la doctrina “la persona vulnerable no es una figura jurídica teórica como el deudor o el propietario”²⁷ y las categorías jurídicas difícilmente se prestan a abarcar los múltiples y heterogéneos matices de la debilidad humana²⁸.

Aunque a nivel calificativo las fuentes no ayudan al intérprete que quiere limitar el contenido de los conceptos de “vulnerabilidad” y “persona vulnerable”, existen diferentes normas en la Constitución que tienen en cuenta situaciones específicas similares, si no superponibles, a la condición de vulnerabilidad. Por ejemplo, piénsese en el art. 32 cost., sobre el trato gratuito a los indigentes o el art. 24 cost., en materia de acceso a la justicia para los pobres. De manera más general, es el principio supremo de igualdad al que se refiere el art. 3 cost. – como expresión completa del principio de protección de la persona a que se refiere el art. 2 cost. – a identificar posibles condiciones de vulnerabilidad que puedan conducir a la exclusión, marginación y/o discriminación (sexo, raza, idioma, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales)²⁹.

El silencio del legislador - a quien creemos que debe atribuirse el deseo de garantizar plena flexibilidad a la noción dejando su delimitación a las peculiaridades del momento jurisdiccional, y por tanto a la resolución del caso concreto - se ve contrarrestado por el uso generalizado de las palabras vulnerabilidad y vulnerable en la jurisprudencia constitucional y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estas sentencias han identificado progresivamente categorías de sujetos vulnerables, basando ahora las distinciones en consideraciones de cualidades personales intrínsecas o las llamadas situaciones de contexto (menores extranjeros, mujeres víctimas de violencia doméstica, personas sometidas a detención), ahora en relaciones con grupos de personas vulnerables (como por ejemplo personas con discapacidad mental, solicitantes de asilo).

De ello se deduce que la atribución de la condición de vulnerabilidad a la persona humana debe construirse no como un estatus constante e invariable, sino como una condición dependiente de los contextos relacionales y de las características personales del sujeto que emergen en situaciones particulares y que en tales situaciones requieren protección. Esta conciencia confirma la necesidad de evitar tipificaciones a priori de sujetos vulnerables, capaces sólo de tranquilizar al intérprete necesitado de certezas y legitimar formas irrazonables

26 LIPARI, N.: “Vulnerabilità esistenziale e strumenti di tutela”, *Annali della Società Italiana degli Studiosi del Diritto civile*, núm. 2, 2018, p. 4.

27 GENTILI, A.: “La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale”, *Rivista critica del diritto privato*, núm. 1, 2019, p. 46.

28 FUSARO, AR.: *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, cit., p. 9.

29 STANZIONE, P.: “Costituzione, diritto civile, soggetti deboli”, *Famiglia e diritto*, 2009, p. 305 ss.

de paternalismo que presagian hipótesis injustificadas de “privación o fuerte reducción de la libertad individual”³⁰.

IV. CONSIDERACIONES FINALES.

El reconocimiento de la necesidad de parametrizar la evaluación de la vulnerabilidad al caso concreto individual permite, por tanto, rechazar cualquier presunción legal de vulnerabilidad de las personas mayores. De ello se deduce que el mero estado senil sólo cuando está vinculado a circunstancias diferentes, ulteriores y posibles -como un estado de salud patológico- permite clasificar a la persona como sujeto vulnerable.

Por lo tanto, exclusivamente una alteración de las facultades psicofísicas, que debe determinarse de manera concreta y directa, puede justificar razonablemente — cumpliendo una función de garantía— limitaciones proporcionadas de las capacidades de la persona en edad senil. De ello se deriva la necesidad de distinguir entre la persona mayor autosuficiente y no autosuficiente. En el primer caso, no deberían admitirse limitaciones de la capacidad de obrar en función exclusiva de la edad, en ausencia de un deterioro de las facultades cognitivas³¹; en el segundo, en cambio, la tutela debería modularse de manera proporcionada, según un modelo funcional orientado a la protección de la persona, en línea con el principio personalista de nuestra Constitución (art. 2).

En definitiva, estas breves reflexiones pretenden no solo afirmar que no se puede hablar de las personas mayores en términos de categoría jurídica, sino que la vejez y la vulnerabilidad, aunque sean conceptos que a menudo se asocian, no constituyen un binomio inseparable. Lo que se quiere destacar, y con esto voy a concluir, es que la atribución de la condición de vulnerabilidad a la persona humana —y, en lo que aquí nos interesa, a la persona mayor— no puede ni debe entenderse como un estatus constante e inmutable, sino como una condición que depende de los contextos relacionales y de las características personales que, en situaciones concretas, se manifiestan y que, en tales situaciones, requieren protección.

30 COSENTINO, F.: “Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati”, *Quadrimestre*, 1993, p. 120, habla de paternalismo en términos de “privación o restricción severa de la libertad de elección por parte del individuo, operada por el ordenamiento jurídico con el fin de garantizar una protección particular de la persona, o de toda una categoría de personas”. V. el análisis sobre el tema realizado por CATERINA, R.: “Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato”, *Rivista di diritto civile*, 2005, núm. II, p. 771.

31 “Las mismas solo pueden considerarse legítimas en ausencia de la capacidad de entender y de querer”: PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 19.

BIBLIOGRAFÍA

BACCIARDI, E.: “La tutela civile degli anziani alla luce dell’art. 25 della Carta di Nizza”, *Nuove leggi civili commentate*, núm. II, 2015.

BESSONE, M. y FERRANDO, G.: “Persona fisica”, *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983.

BLANGIARDO, G.C.: “Introduzione”, en AA.VV.: *Invecchiamento attivo e condizione di vita degli anziani in Italia* (coord. por L. QUATTROCIOCCHI y M. TIBALDI), Istat, Roma 2020.

BOBBIO, N.: *I valori e i diritti umani degli anziani cronici nonautosufficienti*, en AA.VV.: *Eutanasia da abbandono*, Rosenberg & Sellier, Torino, 1988.

CATERINA, R.: “Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato”, *Rivista di diritto civile*, 2005, núm. II.

CORRIAS, P. (coord por.): *I soggetti vulnerabili nella disciplina comune e nei mercati regolamentati*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 2022.

CORRIAS, P. y PIRAS, E. (coord. por.): *I soggetti vulnerabili nell’economia, nel diritto e nelle istituzioni*, vol. I e II, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 2021.

COSENTINO, F.: “Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell’autonomia dei privati”, *Quadrimestre*, 1993.

FUSARO, Ar.: *L’atto patrimoniale della persona vulnerabile. Oltre il soggetto debole: vulnerabilità della persona e condizionamento del volere*, Jovene, Napoli, 2019.

GENTILI, A.: “La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale”, *Rivista critica del diritto privato*, núm. I, 2019.

GIOVA, S.: “Minori in condizioni di particolari vulnerabilità”, *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, núm. 3, 2022.

IRTI, N.: “Persona e mercato”, *Rivista di diritto civile*, núm. I, 1995.

LIPARI, N.:

- “Diritti fondamentali e categorie civilistiche”, *Rivista di diritto civile*, núm. I, 1996.
- “Vulnerabilità esistenziale e strumenti di tutela”, *Annali della Società Italiana degli Studiosi del Diritto civile*, núm. 2, 2018.

MORTATI, C.: *Istituzioni di Diritto Pubblico*, I, Cedam, Padova, 1975.

MOSCATI, E.: "Tempo (diritto civile)", *Novissimo Digesto Italiano*, XVIII, Utet, Torino, 1977.

OGIOLO, O. y PASTORE, B. (coord. por): *Vulnerabilità: analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2018.

PANUNZIO, S.P.: "Età, (dir. pubbl.)", *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1989.

PERLINGIERI, P.:

- *Commento alla Costituzione italiana*, 2ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001.
- "Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale", *Rassegna di diritto civile*, núm. 1, 1990.
- "I principi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo", *Annali della Società Italiana degli Studiosi del Diritto civile*, núm. 1, 2017.
- *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, I, *Metodi e tecniche*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020.
- III, *Situazioni soggettive*, 4ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.
- "Il processo evolutivo del diritto civile nella legalità costituzionale. Una lezione alla Camera civile di Milano", *Rassegna di diritto civile*, núm. 4, 2023.
- "Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione", *Rassegna di diritto civile*, núm. 2, 2018.
- "Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa", *Diritto e giurisprudenza*, 1975.
- "L'interpretazione giuridica e i suoi canoni. Una lezione agli studenti della Statale di Milano", *Rassegna di diritto civile*, núm. 2, 2014.
- *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli 2006.
- *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 1972.

- "La teoria del diritto generale e neutrale di Claudio Luzzati", *Annali della Società Italiana degli Studiosi del Diritto civile*, núm. 2, 2018.
- "Principi generali e interpretazione integrativa nelle pagine di Emilio Betti", *Rassegna di diritto civile*, núm. 1, 2019.
- "Principio personalista, dignità umana e rapporti civili", *Annali della Società Italiana degli Studiosi del Diritto civile*, núm. 5, 2020.
- "Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare", *Rivista di diritto commerciale*, núm. 1, 1969.
- *Profili del diritto civile*, 3 ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994.
- "Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia", *Rivista di diritto civile*, núm. 1, 1978.

RE, L.: *Introduzione*, en AA.VV.: *Vulnerabilità: Etica politica diritto* (coord. por M.G. BERNARDINI, B. CASALINI, O. GIOLO, L. RE), If Press, Roma, 2018.

ROSSI CARLEO, L., SAULLE, M.R., SINISCALCHI, L. (coord. por.): *La terza età nel diritto interno ed internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999.

STANZIONE, P. (coord. por): *Anziani e tutele giuridiche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991.

STANZIONE, P.:

- "Costituzione, diritto civile, soggetti deboli", *Famiglia e diritto*, 2009.
- "Diritti esistenziali della persona, tutela delle minorità e Drittwirkung nell'esperienza europea", *Europa e diritto privato*, núm. 1, 2022.

TAFARO, L.: *L'età per l'attività*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003.

TOMASSINI, C., ALEBERTINI, M. y LALLO, C. (coord. por): *Avanzare insieme nella società anziana. Considerazioni multidisciplinari sulla domanda di assistenza agli anziani in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2024.



RAÍCES HISTÓRICAS DE LA TUTELA A LA INFANCIA EN EL ORDEN JURÍDICO ESPAÑOL: 1873-1925*

HISTORICAL ROOTS OF CHILD PROTECTION IN THE SPANISH LEGAL SYSTEM: 1873–1925

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 54-81

* Estudio realizado en el marco de las actividades de los siguientes Grupos de Investigación de los que el autor forma parte. i) Grupo de Investigación Consolidado ULE “Derecho Europeo, Historia Jurídica y Organizaciones sociales” —EUROHIST.org—; ii) Grupo de Investigación Reconocido de la Universidad Isabel I “Tecnologías digitales aplicadas a las Ciencias Jurídicas y Económicas” en la línea “Nuevas Tecnologías aplicadas a las relaciones laborales”. Además, está ejecutado en el marco de una estancia de investigación en la Universidade Lusófona bajo la tutorización del Prof. Dr. José De Faria Costa.

Quisiera dejar constancia de mi profundo agradecimiento al Prof. Dr. Dr. Fernando De Arvizu, Catedrático Emérito de Historia del Derecho y de las Instituciones, por sus valiosas orientaciones, precisiones y sugerencias que han contribuido de manera decisiva al desarrollo de esta investigación. Con todo, los planteamientos valorativos aquí sostenidos son de exclusiva responsabilidad del autor.

Pablo CARRIZO
AGUADO

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de junio de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2026

RESUMEN: Este estudio de investigación aborda las primigenias normas del legislador español en materia de menores, esencialmente desde la perspectiva sociolaboral -abuso sin límites en la libertad de contratación, exceso de la oferta de trabajadores a causa del éxodo rural a la ciudad, condiciones de la jornada de trabajo, seguridad y salubridad, entre otras- y civil -centrada fundamentalmente en los supuestos de abuso en el ejercicio de la patria potestad-. El principal hito en la franja temporal examinada, dominada por una crisis económica, social y política, estriba en el plano jurisdiccional con la creación del Tribunal para Niños cuya misión queda subsumida en la protección, corrección y reeducación de menores en situación de suma fragilidad -pobreza, mendicidad, delincuencia...- sustituyendo la respuesta represiva propia del Derecho penal ordinario por una intervención de naturaleza protectora y correctora a fin de procurar su inclusión en la sociedad a través de medidas tutelares protectoras más que punitivas, orientadas a su reintegración para evitar su contacto con los establecimientos penitenciarios.

PALABRAS CLAVE: Menores sujetos a protección; condiciones del marco laboral infantil; responsabilidad parental; autoridades inspectoras competentes; Tribunal para Niños.

ABSTRACT: *This research study examines the early legislation enacted by the Spanish legislature regarding minors, primarily from a socio-labour perspective – including unchecked abuse of the freedom to contract, an oversupply of workers due to rural-to-urban migration, working conditions, and health and safety, amongst others – and from a civil law perspective – primarily the issue of the abuse of parental authority. The main milestone in the period under review, dominated by an economic, social and political crisis, lies in the judicial sphere with the establishment of the Children's Court, whose mission is centred on the protection, correction and re-education of minors in situations of extreme vulnerability – poverty, begging, delinquency... – replacing the repressive response typical of ordinary criminal law with an intervention of a protective and corrective nature, with the aim of securing their inclusion in society through protective rather than punitive guardianship measures, geared towards their reintegration to prevent their contact with prisons.*

KEY WORDS: *Children in need of protection; conditions in the child labour sector; parental responsibility; competent supervisory authorities; the Children's Court.*

SUMARIO: I. PREMISAS INICIALES.- II. LAS INCIPIENTES GARANTÍAS JURÍDICAS PARA EL MENOR TRABAJADOR.- 1. La aparición del movimiento higienista.- 2. La “Ley Benot”: el punto de partida en la regulación del trabajo infantil.- 3. La “Ley Dato”: el cimiento jurídico esencial en la regulación de las condiciones de trabajo de mujeres y niños.- A) *Observación inicial.*- B) *Garantías legales.*- C) *Régimen sancionador.*- III. UNA EXPANSIÓN DE LA ACCIÓN LEGISLATIVA FRENTE A LA INFANCIA VULNERABLE.- 1. Los abusos de la patria potestad.- 2. La infancia mendicante y abandonada: génesis de su tutela penal y asistencial.- 3. La creación de órganos inspectores.- 4. La instauración de tribunales para menores infractores.- A) *Primeras tentativas fallidas.*- B) *Un consenso para la puesta en práctica de los Tribunales para Niños.*- IV. REFLEXIONES DE CIERRE.

I. PREMISAS INICIALES.

A lo largo del siglo XIX, debido a los distintos cambios políticos y agravado por una debilitada economía y a unas pésimas condiciones laborales, la situación de la infancia en España era alarmante, ocasionada principalmente por la falta de higiene, escasa formación, inadecuada alimentación y una deficiente atención sanitaria¹. Al mismo tiempo que se producía una explotación laboral, eran reiterados los casos de abuso sexual, ya fuese dentro o fuera del hogar familiar².

Debido al excedente de mano de obra a consecuencia de la industrialización y sumado a la libertad de trabajo plasmado en el contrato de arrendamiento de servicios característico del sistema liberal, las condiciones laborales de la clase obrera sufrieron un empeoramiento, especialmente las llamadas medias fuerzas, esto es, las mujeres y los niños. Las clases trabajadoras comenzaron a manifestar su desazón ante las órdenes impuestas por el régimen liberal, lo que pasó a denominarse la *cuestión social*³. La réplica a este preocupante y delicado contexto laboral sufrido por los trabajadores, igualmente afectaba a otros ámbitos

1 La gran mayoría de las familias contaban con una maltrecha economía causando un efecto negativo en los niños, a los cuales se les consideraba hombres en pequeño siendo utilizados como mano de obra barata, e incluso, en algunas ocasiones trabajando a cambio de comida. Argumento de CANES GARRIDO, F.: “Álvaro López Núñez (1865-1936) y la protección a la infancia en España”, en AA.VV.: *El largo camino hacia una educación inclusiva: la educación especial y social del siglo XIX a nuestros días: XV Coloquio de Historia de la Educación, Pamplona-Iruñea, 29, 30 de junio y 1 de julio de 2009* (coord. por M.R. BERRUEZO ALBÉNIZ y S. CONEJERO LÓPEZ), Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2009, p. 43.

2 En muchos casos, las preocupantes condiciones de vida de los niños y niñas obreros les empujaban a ejercer la prostitución. Así lo deja reflejado CASAS DÍAZ, L.: “Virtud y vicio del obrero en la España del siglo XIX”, *Iuslabor*, núm. 2, 2019, p. 183.

3 El Instituto de Reformas Sociales define este concepto como a “todo lo relativo a las relaciones entre obreros y patronos, a los problemas que las mismas suscitan y a cuantas entrañan un interés público o privado orientado hacia el mejoramiento de las clases trabajadoras”. *Vid al respecto:* INSTITUTO DE REFORMAS SOCIALES.: *Catálogo de documentos y resumen de debates parlamentarios sobre cuestiones sociales*, Imprenta de la sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1910, p. IV.

• Pablo Carrizo Aguado

Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, Universidad Isabel I. Correo electrónico: pablo.carrizo.aguado@uii.es.

de la esfera social pudiéndose afirmar que el Derecho del Trabajo comenzaba a emerger.

En consecuencia, el alarmante estado de los niños, en especial aquellos ligados a las clases trabajadoras, despertó el interés de diferentes grupos sociales, a saber: políticos, educadores, médicos e higienistas. Aunque los posicionamientos ideológicos eran dispares, no obsta que estos colectivos materializaran su labor social en dar notoriedad a los problemas de la infancia que la sociedad aún no era sumamente consciente. Además, toda esta inquietud se vio fortalecida por el concepto de familia; ya no solo se veía como un mero instrumento de transmisión de la vida, sino fue más allá, comenzándose a dar una mayor importancia a las relaciones afectivas, a la educación y al futuro de los niños⁴.

II. LAS INCIPIENTES GARANTÍAS JURÍDICAS PARA EL MENOR TRABAJADOR.

I. La aparición del movimiento higienista.

La preocupación por las condiciones laborales comenzó a cobrar interés en el contexto médico, al objeto de mejorar las condiciones higiénico-sanitarias en las que vivía la infancia, con una atención especial a aquellos que sufrían serios problemas en su salud y crecimiento⁵.

A tal efecto, los discursos higienistas abogaban por el postulado basado en que el gobierno era quien debía asumir la responsabilidad de desarrollar las medidas pertinentes para proteger la salud e higiene de la clase obrera. Con el objeto de evitar una población enferma, incluida la infantil, el Estado debía ofrecer unas condiciones óptimas en el trabajo, en concreto, un ambiente salubre, libertad y comodidad en el ejercicio de las profesiones, junto con una buena educación e instrucción. En referencia al trabajador infantil se quería dar a entender que el beneficio inmediato que podía suponer la utilización temprana del menor en el trabajo iba a causar un gran problema en el futuro⁶.

4 Al Estado se le recordó su deber de proporcionar escuelas con unas mínimas condiciones, todo lo contrario a lo que existía en ese momento. Asimismo, se subrayó en la tarea subsidiaria que la sociedad debía desempeñar con las familias que no pudieran brindar a sus hijos una mínima calidad de vida. Aspectos apuntados por RAMAS VARO, M.L.: *La protección legal de la infancia en España. Orígenes y aplicación en Madrid (1900-1914)*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 2001, p. 93.

5 A parte de la disciplina médica, la pedagogía o la arquitectura también insistieron en intensificar la mejora de las condiciones de vida y educación de los niños y niñas. Se impulsó la celebración de congresos, reuniones científicas o la emisión de publicaciones científicas y divulgativas con el propósito de alertar a los poderes públicos. En este sentido, vid. GÓMEZ GUTIÉRREZ, J.L.: "Higienismo y educación en España entre los siglos XIX-XX. Enrique Salcedo, aportaciones de higiene infantil y escolar", *Historia de la educación: Revista interuniversitaria*, núm. 41, 2022, pp. 324-325.

6 La instrucción laboral como pieza fundamental en la educación de los menores fue una de las propuestas para tratar de reducir las extensas jornadas laborales que sufrían los menores. Se hacía necesario el cuidado de las diferentes etapas de la infancia con el fin de paliar la elevada mortalidad y el alto índice de criminalidad y pobreza existente. Así lo deja recogido DELGADO PASTOR, D.: "La medicalización de la infancia

Ahora bien, en 1856, a consecuencia de la revolución burguesa surgida dos años antes⁷, y dicho sea de paso, con una enorme agitación de la clase obrera, el médico e higienista D. Pedro Felipe Monlau en su obra *Higiene Industrial*⁸ propuso al Gobierno, aunque con muy poco éxito, una serie de medidas higiénicas en beneficio de los obreros⁹. Respecto de esta contribución, cabe destacar la octava medida bajo la rúbrica “Dictar una ley sobre el trabajo de los niños de ambos sexos en las fábricas”¹⁰, en la cual se demandaba que se fijase una edad mínima obligatoria para la incorporación del menor al mercado laboral, así como una duración máxima de la jornada de trabajo o que el médico inspector supervisara la salud de los menores. Debido a las terribles condiciones laborales de los niños se insertaron términos como “miseria, codicia y explotación homicida” hacia aquellos

como optimización de la fuerza laboral en España. Higienismo, población infantil y biopolítica (1800-1850)”, *Encrucijadas: Revista Crítica de Ciencias Sociales*, Vol. 22, núm. 2, 2022, versión online.

- 7 La situación revolucionaria de 1854 nació como un esfuerzo común en el que los diversos grupos sociales, con intereses específicos cada uno, necesitaban expulsar al Gobierno en el poder. Para la burguesía, la necesidad de regular el beneficio económico y realización de una serie de reformas imprescindibles al desarrollo capitalista. Para el proletariado, la lucha por el derecho de asociación; para la pequeña burguesía, un cúmulo de reformas económicas que matizarán en sus frustrados programas electorales, cfr. DE URQUIJO Y GOITIA, J.R.: *La Revolución de 1854 en Madrid*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas - Instituto de Historia Jerónimo Zurita, Madrid, 1984, p. 7.
- 8 MONLAU, P.F.: *Higiene Industrial ¿Qué medidas higiénicas puede dictar el Gobierno a favor de las clases obreras? Memoria que obtuvo el premio de una medalla de oro ofrecido acerca de esta cuestión por la Academia de Medicina y Cirugía de Barcelona en su programa de 2 de enero de 1855*, Imp. y Librería Politécnica de Tomás Gorchs, 1856. Doctrina autorizada afirma que, Monlau es considerado el precursor del movimiento higienista en España. En 1847 publicó “Elementos de higiene pública” donde hacía referencia a que en las salas de clase de las escuelas de instrucción primaria deberán cumplir una serie de mínimos respecto a su disposición, número de alumnos y dimensiones, además de la más severa higiene, vid. GÓMEZ GUTIÉRREZ, J.L.: “Higienismo y educación”, cit., 326-327.
- 9 1.ª Descentralizar las fábricas y talleres. 2.ª Sujetar la construcción de los talleres y de los edificios-fábricas a las condiciones de salubridad convenientes, y mandar inspeccionar los mismos edificios, bajo el punto de vista higiénico, después de contruidos o mientras sirvan para el objeto que fueron contruidos. 3.ª Mandar construir casas-modelos con habitaciones adecuadas para los obreros y sus familias y fomentar la construcción de casas análogas por cuenta de los particulares. 4.ª Construir lavaderos públicos económicos o gratuitos y abrir establecimientos o casas de baños, con iguales condiciones, para las clases obreras. 5.ª Proporcionar la abundancia y baratura de los alimentos y condiciones más necesarias. 6.ª Perseguir sin descanso y castigar severamente las falsificaciones y adulteraciones de los artículos más usuales de comer, beber y arder. 7.ª Vigilar incesantemente las tabernas, bodegones, posadas y demás casas o puestos donde se da de comer o se venden alimentos preparados o bebidas. 8.ª Dictar una ley sobre el trabajo de los niños de ambos sexos en las fábricas. 9.ª Evitar, y en su caso remediar, los accidentes y desgracias que ocasionan a veces las máquinas. 10.ª Evitar la competencia del trabajo de los establecimientos penales y de beneficencia con el trabajo de las fábricas y talleres libres. 11.ª Abrir paseos y jardines de recreo para la clase obrera, en los cuarteles o barrios donde viven por lo común los jornaleros. 12.ª Establecer casas-cunas y salas de asilo para las criaturas de los obreros. 13.ª Establecer escuelas primarias para los niños y las niñas de los obreros. 14.ª Establecer escuelas dominicales para los obreros adultos. 15.ª Mandar componer y distribuir gratis, una cartilla higiénica para uso de los obreros de cada arte o industria. 16.ª Ofrecer y adjudicar premios anuales a los autores de cualquier método o descubrimiento que contribuya a disminuir los peligros o la insalubridad de ciertas artes o industrias. 17.ª Establecer cajas de ahorros en todos los pueblos de alguna importancia fabril o que abundan en población obrera. 18.ª Fomentar y proteger el establecimiento de Sociedades de socorros mutuos. 19.ª Facilitar la asistencia médica gratuita y socorros domiciliarios a las familias obreras. 20.ª Abrir una información general acerca de la situación o de las condiciones físicas y morales de las clases obreras y formar la estadística de la industria fabril en España.
- 10 Monlau recomienda “no admitir ningún niño o niña menor de diez años, y siempre previo reconocimiento y declaración, del Médico inspector del establecimiento, de que el respectivo trabajo no podrá perjudicar á la salud ni al crecimiento o desarrollo del niño. Fijar la duración máxima del trabajo á seis horas diarias para los niños de diez á doce años, y á diez horas para los de doce á diez y seis. Prohibir absolutamente el trabajo de noche. El Médico inspector reconocerá con frecuencia a los niños ocupados en las labores fabriles, y dispondrá la suspensión temporal ó la cesación absoluta del trabajo á aquellos cuyo estado de salud ó cuya constitución lo reclame”. Vid. in extenso, MONLAU, P.F., *Higiene Industrial*, cit.

que se aprovechaban del trabajo infantil haciendo patente que el trabajo fatigoso y desproporcionado, impuesto desde la niñez, es una de las causas más poderosas de enfermedad y de muerte en las clases obreras.

Un aspecto que se tuvo en cuenta fue la utilización de la educación como herramienta previsor y protectora contra los efectos causados por el trabajo¹¹. Para ello, en la decimotercera medida, se instó al Gobierno a crear escuelas primarias para los hijos e hijas menores de los obreros¹². Estas escuelas debían ubicarse próximas al centro de trabajo e incluso se impuso la obligación de crearlas en las fábricas donde hubiera un ingente número de trabajadores infantiles.

Otro de los higienistas precursores de la medicina del trabajo que abogaron por una mejora de las condiciones de salud de los trabajadores, en este caso, en el sector algodonero fue JOAQUIM SALARICH¹³. Su obra *Higiene del Tejedor* constituye una memoria en forma de cartilla que señalaba los diversos medios higiénicos con los que se precavían las fábricas, talleres, obradores, etc., para evitar las enfermedades que acarreaban los materiales utilizados, las máquinas y los instrumentos que se usaban, entre otros¹⁴. Coincidió con Monlau en la duración excesiva del trabajo de los niños y la falta de instrucción. Asimismo, le inquietó el trabajo nocturno, las viviendas insalubres y, los accidentes que ocurrían en los talleres, donde trabajaban “los infelices” -así referidos por el autor a la clase obrera- y recomendó la adopción de medidas capaces de aminorar los efectos de estas causas, que tan rudamente gravitaban sobre esta clase desvalida de la sociedad¹⁵.

11 Con el fortalecimiento de las condiciones higiénicas y escolares de la clase obrera se pretendía resolver la llamada cuestión social y el pauperismo. Se entendía que iba a suponer una mejora de la raza humana y, por ende, iba a repercutir positivamente en la economía. Da cuenta de ello VIÑAO FRAGO, A.: “Higiene, salud y educación en su perspectiva histórica”, *Áreas. Revista Internacional de Ciencias Sociales*, núm. 20, 2000, p. 16.

12 Utiliza el concepto de escuelas-gimnasio con el fin de que los niños adquiriesen el posible grado de desarrollo y robustez, su inteligencia las primeras semillas de la instrucción elemental, y su corazón los principios eternos de la moral cristiana.

13 En sus investigaciones daba cuenta de los males que azotaban a la clase obrera, en particular, la pereza, el juego o el alcohol, acarreando graves problemas en el orden social. Al mismo tiempo, advertía de las elevadas probabilidades de transmisión entre los trabajadores, vid. SANTOS SACRISTÁN, M.: “Una aproximación a la ley de mendicidad de 1903”, *Revista de la Inquisición. Intolerancia y derechos humanos*, núm. 16, 2012, p. 232.

14 Cfr. SALARICH, J.: *Higiene del Tejedor*, Imprenta y librería de Soler Hermanos, 1858. De tal magnitud es esta obra en tanto que fue premiada con medalla de oro y título de socio corresponsal por la Academia de Medicina y Cirugía de Barcelona.

15 En un clima de agitación como el existente a finales del siglo XIX, quien más sufría era el más desfavorecido, es decir, la clase obrera. Así pues, el médico Salarich señalaba que, por su condición social, el obrero era un enfermo en potencia. Además, sufría el riesgo de padecer problemas de orden moral, humano, económico y familiar. Por otra parte, el médico apelaba a que los gobiernos tenían la obligación de no olvidarse de las masas obreras. Así queda apuntado por CARRERAS ROCA, M.: “Sobre medicina social e higiene del trabajo (Siglo XIX) comentarios a la Higiene del Tejedor del Dr. D. Joaquín Salarich”, *Medicina & historia: Revista de estudios históricos de las ciencias médicas*, núm. 6, 1971, pp. V-VI.

2. La “Ley Benot”: el punto de partida en la regulación del trabajo infantil.

La primera norma laboral de carácter superior data de 24 de julio de 1873¹⁶, la archiconocida Ley Benot, la cual supuso una fuerte transformación en la sociedad, implicando ello el final del abstencionismo estatal y el comienzo del paternalismo o proteccionismo del Estado¹⁷. Conforme a MARTÍN VALVERDE, la Ley fue muy ambiciosa para la época debido a las materias que regulaba. Su breve articulado gira en torno a tres cuestiones clave. La primera, la limitación de la edad mínima para el acceso al trabajo y la extensión de la jornada laboral; en segundo lugar, el deber de sostenimiento de escuelas de instrucción primaria por parte de determinadas fábricas y, en último término, en materia de seguridad e higiene, requería la contratación de médicos-cirujanos, disponer de un botiquín y el sometimiento a la aprobación de los planos por un jurado mixto para verificar que las industrias cumplieran con las condiciones de seguridad e higiene¹⁸.

Conviene subrayar que esta norma no tenía un carácter genérico, es decir, no estaba destinada a cualquier menor obrero, sino únicamente se aplicaba a aquellos que trabajaban en fábricas, talleres, fundiciones o minas, tal y como establece su art. 1. Sus cuatro primeros preceptos regularon los límites tanto de edad como de duración de la jornada. Con relación al primer elemento cabe destacar que la edad es un dato objetivo al que el Derecho vincula con la posesión de la aptitud necesaria para ejercer actos dotados de eficacia jurídica, específicamente en el Derecho del Trabajo determina el instante en el que se incorpora el sujeto en el mundo de las relaciones laborales, como el momento en el que lo abandona y alcanza la jubilación¹⁹. Así, la Ley Benot prohibió el empleo de niños y niñas menores de diez años en los establecimientos reseñados,

En cuanto a la jornada laboral se fijó un máxima de cinco horas diarias para los niños menores de trece años y para las niñas menores de catorce, sin distinción

- 16 Ley excluyendo a los niños y niñas menores de 10 años del trabajo en fábricas, talleres, fundiciones o minas, y fijando las horas de trabajo en las mismas, *Gaceta de Madrid*, núm. 209, de 28 de julio de 1873, p. 1193. Con otro título consta en el *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española*, apéndice 4º al número 48, 24 de julio de 1873, a saber, Ley decretada y sancionada por las Cortes Constituyentes, regularizando el trabajo de los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros de ambos sexos.
- 17 Esta Ley, como principal manifestación del programa reformista republicano, constituye al mismo tiempo, el principio cardinal de la legislación obrera y, con ella, de nuestro Derecho del Trabajo. Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “La contribución de la OIT a la construcción normativa del Derecho del Trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020, p. 147.
- 18 Esta norma contempló diferentes aspectos normativos que se tratarían en sucesivas normas del ordenamiento jurídico laboral, tales como, la limitación de edad para el acceso al trabajo, la extensión de la jornada laboral o la regulación del trabajo nocturno. Interesante punto de vista de MARTÍN VALVERDE, A.: “Estudio Preliminar. La Formación del Derecho del Trabajo en España”, en AA.VV.: *La legislación social en la historia de España. De la Revolución Liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, p. LII.
- 19 En el ámbito del Derecho Civil, la edad determina la configuración de dos estados civiles, el de menor y mayor de edad; en materia penal identifica quienes pueden ser objeto de imputación de un delito y quienes no poseen imputabilidad en sentido estricto por carecer del suficiente grado de discernimiento y voluntad. Interesante idea apuntada por LOZANO LARES, F.: *La regulación del trabajo de menores y jóvenes*, Mergablum, Sevilla, 2000, p. 21

de la época del año. No obstante, se amplió el límite de jornada a ocho horas para los jóvenes varones de trece a quince años y para las jóvenes de catorce a diecisiete. En último término, se prohibió el trabajo nocturno para los menores de quince años y para las menores de diecisiete en establecimientos que empleasen motores hidráulicos o de vapor, considerándose horario nocturno aquel a partir de las ocho y media de la tarde.

En definitiva, este texto legal se inscribió dentro de las tendencias legislativas europeas de la época, caracterizadas por un creciente intervencionismo estatal en regular las condiciones laborales de los colectivos más vulnerables. A ello se sumó su contenido, al prohibir el trabajo nocturno de los menores y evidenciar una especial atención y preocupación por la educación de estos²⁰.

3. La “Ley Dato”: el cimiento jurídico esencial en la regulación de las condiciones de trabajo de mujeres y niños.

A) Observación inicial.

La Ley de 13 de marzo de 1900²¹, impulsada por EDUARDO DATO²², junto con el Reglamento para su aplicación de 13 de noviembre de 1900²³ contemplaron la regulación del trabajo de las mujeres²⁴ y de los niños, dos colectivos objeto de

20 Aunque su aplicación práctica fue prácticamente nula, el legado de la Ley Benot fue notable, dado que se comenzó a elaborar una legislación laboral que dotó de protección, higiene, salubridad y derechos a los niños, pero también al conjunto de los obreros y en general de trabajadores. Razonamiento efectuado por MONTERDE GARCÍA, J.C.: “Origen y repercusión de la Ley Benot (1873), pionera del derecho laboral español”, (coord. por P. LÓPEZ HERRAIZ, R. POLO MARÍN y E. TORIJANO PÉREZ), *Transmisión del saber jurídico: escuelas, disciplinas, docencia y poder*, Dykinson, Madrid, 2026, p. 657.

21 Ley dictando disposiciones para que los menores de ambos sexos que no hayan cumplido diez años no sean admitidos en ninguna clase de trabajos, *Gaceta de Madrid*, núm. 73, 14 de marzo de 1900, pp. 875-876.

22 El 3 de mayo de 1899, una época en la que España sufría diversos conflictos sociales, Dato asumía ser ministro de la Gobernación durante el primer gobierno de Silvela. En esta primera etapa, saca adelante dos leyes muy importantes que significaron una clara implicación del Estado en la llamada “cuestión social”, a saber, la Ley sobre accidentes del trabajo de 30 de enero de 1900 y la Ley supra. Sea como fuere, conviene poner de manifiesto el tenor ideológico que lo inspiraba que, parafraseando al propio Dato *no soy socialista, ni individualista, yo soy intervencionista*. Vid. webpage del CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Un conservador comprometido con la justicia social*: <https://www.congreso.es/es/vidparl1920-1>.

23 Real Decreto aprobando el Reglamento para la aplicación de la ley acerca del trabajo de mujeres y niños, *Gaceta de Madrid*, núm. 320, 16 de noviembre de 1900, pp. 574-575. Incorporaba los términos de patrono, obrero, taller de familia, trabajo nocturno, trabajo subterráneo, todas ellas aceptadas casi literalmente durante años por el ordenamiento jurídico-laboral. Así queda apuntado por DE LA VILLA GIL, L.E.: *La formación histórica del Derecho español del Trabajo*, Comares, Granada, 2003, p. 89.

24 Por primera vez se extiende la protección al otro colectivo vulnerable, las mujeres trabajadoras. Puntualización de DIÉGUEZ CUERVO, G.: “Derechos humanos en el orden laboral y social”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 53, 1992, versión online. En este sentido, la intervención legislativa era admitida en base a argumentaciones vinculadas a la debilidad física, intelectual y moral de la mujer, llevando a tratamientos normativos discriminatorios. Se alegaba la supuesta debilidad física del género femenino, la incompatibilidad entre la exigencia laboral y el cuidado de la prole y el hogar familiar, o la indignidad que representaba para la mujer entrar en contacto con ambientes insalubres. Junto a estas razones, las primeras normas se apoyan también en el hecho diferencial biológico de la maternidad, justificando la especial protección de la mujer en el ámbito laboral con el fin de que su salud no sufriera deterioro, que más tarde redundaría en perjuicio de sus hijos y por tanto de las generaciones futuras y del interés nacional. Argumento de GARCÍA GONZÁLEZ, G.: “Las Leyes de Eduardo Dato” en AA.VV.: *Esquemas de Historia del*

especial tutela del sistema jurídico por su incapacidad y vulnerabilidad²⁵; si bien, en lo que aquí respecta, únicamente se profundizará en el estudio y análisis del trabajo infantil. Con todo, en 1944, ambas normas fundamentales fueron derogadas por la Ley del Contrato de Trabajo²⁶.

B) Garantías legales.

El espíritu de la Ley quedó anclado en el postulado en base al cual los niños de ambos sexos menores de diez años -nueve años en el que caso de que se acreditase que poseían la enseñanza primaria- no podían ser admitidos en ninguna clase de trabajo²⁷; sin embargo, la cobertura real excluyó al realizado en los talleres de familia y al sector agrícola²⁸.

A propósito de la jornada laboral, los menores de catorce años no podían trabajar más de seis horas en la industria ni ocho en el comercio, con un máximo de tres y cuatro horas continuadas respectivamente, y con descansos de al menos una hora. Adicionalmente, se prohibía el trabajo nocturno -entre las siete de la tarde y las cinco de la mañana- a los menores de catorce años, si bien, podía autorizarse excepcionalmente para menores de dieciocho. Para los jóvenes de catorce a dieciséis años, la jornada máxima se establecía en ocho horas, con un límite de cuatro horas seguidas y un descanso mínimo de una hora y media. En todos los casos, quedaba prohibido trabajar en domingos y días festivos.

Derecho Social y de las instituciones laborales, (dir. por M.J. ESPUNY TOMÁS y O. PAZ TORRES), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 81.

- 25 Se trató de una regulación fundamentada en la protección de la natalidad, basada en una ideología de carácter moral y benéfico, que promovía una legislación de carácter asistencial y filantrópica. Da cuenta de ello MORENO SOLANA, A.: "La nueva regulación de la maternidad y la paternidad: nacimiento, cuidado de menor y corresponsabilidad en el cuidado del lactante en el RDL 6/2019, de 1 de marzo" en AA.VV. *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social* (dir. por A. DE LA PUEBLA PINILLA y J.R. MERCADER UGUINA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 286.
- 26 Decreto de 26 de enero de 1944 por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 55, 24 de febrero de 1944, pp. 1627-1634. La cláusula final derogaría la Ley de 13 de marzo de 1900, el Reglamento para la aplicación al Ramo de Guerra de la Ley de Mujeres y Niños aprobado por Real Decreto de 26 de marzo de 1902 y la Ley de 27 de febrero de 1912. Acerca de esta sucesión normativa, vid. ESPUNY TOMÁS, M.J.: "Aproximación histórica al principio de igualdad de sexos (IV): De la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 a las últimas disposiciones franquistas", *Iuslabor*, núm. 1, 2008, versión online.
- 27 Como se ha expuesto previamente, la Ley estuvo en vigor hasta 1944. No obstante, la Comisión Organizadora de la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Washington en 1919 consultó al gobierno acerca de la posibilidad de aumentar hasta los catorce años la edad límite para el acceso al trabajo. La respuesta dada por nuestro país sobre esta cuestión fue que el aumento a esa edad retrasaría considerablemente la formación profesional del obrero. A ello se sumaba que los jóvenes temían quedar como simples peones y las familias consideraban positivo la incorporación del niño al trabajo una vez finalizada la instrucción primaria y, de esta manera, evitar que cayesen en la ociosidad o vagancia. Así queda resaltado por MAYORDOMO PÉREZ, A. y FERNÁNDEZ SORIA, J.M.: "Perspectiva histórica de la protección a la infancia en España", *Historia de la educación: Revista interuniversitaria*, núm. 3, 1984, p. 202.
- 28 Esta excepción se realizó mediante un doble mecanismo: el art. 3.º del Decreto de 13 de noviembre de 1900 excluyó, "expresis verbis", el trabajo agrícola y el realizado en talleres familiares y; directamente en el texto de la Ley, puesto que la mayoría de sus prescripciones estaban formuladas para regir únicamente en la industria y en el sector servicios. Puntualización de DIÉGUEZ CUERVO, G., "Derechos humanos", cit., versión online.

En materia educativa, los menores de catorce años que no acreditasen formación se les debía conceder dos horas diarias fuera de la jornada laboral, con horarios fijados legalmente si había una ausencia de acuerdo entre padres y patronos. Además, se exigía que las escuelas estuvieran situadas en un radio de dos kilómetros del lugar de trabajo o, en su defecto, que el empresario habilitase una en el propio establecimiento si había un mínimo de veinte niños. En todos los casos, el patrono debía contar con la autorización de los padres o tutores, un certificado del Registro Civil en el que se hiciese constar la edad del menor y una acreditación facultativa en el que se manifestase que no padecía enfermedad alguna²⁹.

Otro aspecto a tener en consideración fue la prohibición de trabajar a menores de dieciséis años en tareas calificadas de peligrosas e insalubres³⁰. Asimismo, se impidió su contratación en actividades que, aun siendo legales, pudiesen herir su moralidad.

C) Régimen sancionador.

Los empresarios que infringieran la ley podían ser sancionados con multas de entre 25 y 250 pesetas, cuya imposición y cobro correspondía a las autoridades municipales bajo la supervisión de las juntas locales y provinciales. Además, estas últimas estaban legitimadas para actuar de oficio ante los tribunales en caso de infracciones.

En base a la elevada información recabada y analizada por la Comisión de Reformas Sociales y posteriormente por el Instituto de Reformas Sociales, resulta cierto que las primeras normas laborales fueron objeto de un incumplimiento generalizado, justificado principalmente por un clima social y empresarial propenso a la inobservancia en su aplicación, sumado a la inexistencia de un aparato institucional -en la actualidad la jurisdicción social o la Inspección de Trabajo- capaz de garantizar su cumplimiento³¹.

29 Todo ello queda recogido en el art. 8º de la Ley de 13 de marzo de 1900 y los arts. 12º, 13º, 15º y 16º del Reglamento de 13 de noviembre de 1900.

30 No obstante, la timidez del legislador se hizo patente, por cuanto dejó al albur de un reglamento específico, la casuística en la que los niños de edades comprendidas entre los trece a los dieciocho años fueran empleados en tales arduas condiciones de laboriosidad. Art. 5º de la Ley y art. 9º del Reglamento.

31 No por ello se debe infravalorar la importancia a nivel fundacional de estas leyes, que sientan las bases de nuestro actual Derecho del Trabajo. Sabia apreciación de MONTAÑA MELGAR, A.: "Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales", *Aranzadi social*, núm. 5, 2000, versión online.

III. UNA EXPANSIÓN DE LA ACCIÓN LEGISLATIVA FRENTE A LA INFANCIA VULNERABLE.

I. Los abusos de la patria potestad.

La pobreza infantil fue otro de los severos y preocupantes asuntos que inquietaban a los gobernantes³². Los propios progenitores cedían a sus hijos para que otros demandaran con ellos la caridad de la persona que transitaba por la calle. En muchos de los casos, estos acababan abandonados por su familia, siendo vistos por la sociedad como “golfos o vagos”³³.

En vista de las circunstancias descritas, el 26 de julio de 1878 se desarrolló una nueva disposición normativa cuyo eje vertebral se asentó en la salvaguarda de los trabajadores menores de edad, la *Ley de Protección a los niños*³⁴. Es necesario apuntar que no se trataba de una norma con cariz laboral³⁵ sino de carácter penal, cuya pretensión fue paliar los abusos de la patria potestad y la explotación empresarial sobre los trabajadores menores en espectáculos circenses o similares³⁶. El legislador patrio, contempló bajo pena de prisión que, las actividades en las que se precisaban ejercicios peligrosos de *equilibrio, fuerza o dislocación*, entre las que se situaban las representaciones circenses, se restringiera el acceso de los niños y niñas menores de dieciséis años salvo aquellos que fueran descendientes de *acróbatas, gimnastas, funámbulos, buzos, domadores de fieras, toreros y Directores de circos*. Asimismo, podrían ser condenados los ascendientes que, ejerciendo tales profesiones emplearan en sus representaciones a sus descendientes menores de doce años³⁷.

32 Ya sea por necesidad, forma de vida o por vagancia, el ejercicio de la mendicidad, a consecuencia de una situación personal límite fruto de la pobreza extrema, representa, desde siglos, una de las características más comunes de la sociedad. Así lo deja reflejado ALCAIDE GONZÁLEZ, R.: “Inmigración y marginación: prostitución y mendicidad en la ciudad de Barcelona a finales del siglo XIX. Una comparación con la actualidad”, *Scripta Nova: Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, núm. extra 5, 94, 2001, versión online.

33 Se alimentaban de lo que sobraba y dormían en los asilos de mendigos o incluso en la calle, teniendo altas probabilidades de convertirse en delinquentes en un futuro. Más dura era la situación que sufrían las niñas, ya no solo por la mendicidad, sino también porque en muchas de las ocasiones eran tratadas como objetos sexuales. Todo esto conlleva a que la Administración, con la ayuda de movimientos filantrópicos y caritativos, tomase conciencia, con la misión de protegerles de la explotación y el abandono, ofreciéndoles una instrucción y preparación profesional, vid. RUIZ RODRIGO, C.: *La fábrica o la escuela. Trabajo infantil y educación protectora en la España de los siglos XIX y XX*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 77-79.

34 Ley de Protección a los niños. *Gaceta de Madrid*, núm. 209, de 28 de julio de 1878, p. 250.

35 Vid. ESPUNY TOMÁS, M.J.: “La cuestión social y la reforma social. El intervencionismo estatal (1873-1903)”, en AA.VV.: *Esquemas de Historia del Derecho Social y de las instituciones laborales*, (dir. por M.J. ESPUNY TOMÁS y O. PAZ TORRES), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 58; BOCCIO SERRANO, M.J.P.: *El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección. La actividad protectora de los poderes públicos en el ordenamiento español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 38.

36 El mecanismo que se utilizó para alcanzar este fin consistió, en primer lugar, en perseguir penalmente a los padres que consentían o fomentaban este abuso y, solo subsidiariamente la de los responsables de organizar los espectáculos, en el supuesto de que recayese en la misma persona. Así queda reflejado por MARTÍN VALVERDE, A.: “Estudio Preliminar”, cit., p. LIII.

37 Párrafos segundo y tercero del art. I de la Ley de Protección a los niños.

En este sentido, su articulado recogió las penas de prisión correccional en su grado mínimo y medio y multa de 125 a 1250 pesetas frente a los ascendientes, tutores, maestros o encargados de un menor de dieciséis años que les fueran entregados gratuitamente a individuos que ejercían las profesiones reseñadas o se *consagraran habitualmente a la mendicidad o a la vagancia* elevando la pena al grado máximo si la entrega se hubiese verificado mediante precio. De esta manera, se complementaba con los arts. 501 y 603 del Código Penal de 1870³⁸. A propósito del primer precepto, se ha de poner en valor la estipulación de castigar con arresto mayor y multa de 125 a 1250 pesetas a las personas que abandonaran a un niño menor de siete años y, con relación al art. 603 la imposición de reprensión y arresto de cinco a quince días a los padres de familia que abandonasen sus hijos, no procurándoles la educación que requiera su clase y sus facultades permitan; igualmente, a los tutores, encargados o curadores de un menor de quince años que desobedeciesen los criterios imperativos sobre instrucción primaria obligatoria o abandonasen el cuidado de su persona.

Por último, la Ley de 1878 se refirió únicamente al supuesto de la entrega de menores a los que *habitualmente se consagran a la vagancia o mendicidad*; sobre este particular, el legislador parece suponer el desprendimiento total por parte de los padres entrañando una escasa aplicación por dificultades de prueba o exceso de penalidad, y dejando sin castigo otros hechos análogos de menor gravedad que sí debían ser reprimidos. La inclusión de la mendicidad en el marco de los trabajos peligrosos de los niños que contemplaba la Ley de 1878 se justificaba, de un lado, por la explotación laboral directa a cargo del responsable del menor -padre, tutor, maestro o encargado- o indirecta, con contraprestación económica o sin ella y, de otro, por la entrega a un habitual de la vagancia y de la mendicidad de los niños que ejercía tal mendicidad como si se tratase de un oficio³⁹.

2. La infancia mendicante y abandonada: génesis de su tutela penal y asistencial.

A la luz de la gravedad en la que se encontraba la infancia en su conjunto, el 28 de octubre de 1899, Eduardo Dato, ministro de la Gobernación solicitó un dictamen a la Comisión de Reformas Sociales sobre un *Proyecto de ley sobre los niños que ejercían la mendicidad o abandonados por sus padres* con la intención de atajar este grave problema⁴⁰. La respuesta de la Comisión, a cargo de Vicente

38 Ley provisional autorizando el planteamiento del Código penal reformado adjunto, de 17 de junio de 1870, *Gaceta de Madrid*, núm. 243, de 31 de agosto de 1870, pp. 9-23.

39 Cfr. ESPUNY TOMÁS, M.J.: "Mendicidad infantil: Ley sobre mendicidad y vagancia de los menores de diez y seis años de 23 de julio de 1903", *Iuslabor*, núm. 4, 2005, versión online.

40 Sobre la base de los postulados de Dato, la solución a los problemas de la población infantil no culminaba con la regulación de las condiciones de trabajo, sino que también era esencial codificar sobre la explotación a la que algunos padres sometían a sus hijos a la mendicidad. Así lo deja reseñado SANTOS SACRISTÁN, M.: "Una aproximación", cit., p. 243.

Santamaría de Paredes⁴¹, estuvo sustentada en la situación en la que, a pesar de las observaciones legislativas ya contempladas en las que se recogía el principio de punibilidad frente al abandono de los infantes, éste se consideraba deficiente por tres motivos. En primer lugar, el Código Penal no abordó la conceptualización del abandono en los ya citados arts. 501 y 603. En segundo término, el legislador penal no contempló si el abandono que daba lugar a la vagancia y la mendicidad se hallaba comprendido en dichos artículos, conllevando la perplejidad del juzgador en tanto que, si decide a interpretarlos en sentido amplio podría ocasionar ciertas disrupciones sociales debido a que en la mayoría de las ocasiones eran toleradas por los mayores.

Además de ello se hizo referencia al art. 171 CC -hoy derogado- en el cual se establecía que los Tribunales podrán privar a los padres de la patria potestad, o suspender el ejercicio de ésta, si tratasen a sus hijos con dureza excesiva o si les dieran órdenes, consejos o ejemplos corruptores⁴². El documento remitido por la Comisión de Reformas Sociales recogió en forma de artículos todos los elementos del problema: el penal, el civil, el administrativo y el económico⁴³, convirtiéndose, cuatro años más tarde, en la Ley relativa a la mendicidad de menores de 23 de julio de 1903⁴⁴.

Esta norma, a fin de regular la acción protectora en favor de los niños mendigos y abandonados por sus padres, prohibió desde un primer momento el ejercicio de la mendicidad para aquellos con una edad inferior a los dieciséis años. A su vez, consagró como responsables a los padres, tutores o guardadores, castigándoles con penas en proporción al daño. Así pues, impuso una multa de 5 a 50 pesetas si sus hijos o pupilos se encontraban mendigando; de 50 a 125 pesetas y arresto de diez a treinta días a aquellos que maltratasen a los niños obligándoles a mendigar por no haber recaudado lo suficiente. Misma multa para aquellos que cediesen a

41 SANTAMARÍA DE PAREDES, V.: *Informe dirigido al Excmo. Sr. Ministro de la Gobernación acerca de un Proyecto de ley sobre los niños habitualmente dedicados a la mendicidad o abandonados por sus padres*, Comisión de Reformas Sociales, 1899, p. 2.

42 Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil, *Gaceta de Madrid*, núm. 206 de 25 de julio de 1889.

43 En este informe, Santamaría de Paredes presentó una comparativa de Códigos o Leyes especiales de otros países que castigaban el abandono de los niños. La ley belga de 6 de marzo de 1866 mandaba detener al menor de catorce años que se hallase mendigando o en estado de vagancia, recogiénolo en una escuela de reforma o en un establecimiento benéfico, castigando con arresto de ocho días a tres meses a cualquiera que hiciese mendigar a un menor de esta edad o se hiciese acompañar de él para excitar la conmiseración pública. El Código penal alemán de 1871 castigaba con arresto de un día a seis semanas a los que provocasen a los niños a la mendicidad o les enviasen a mendigar, o no los apartasen de la mendicidad, si los tenían bajo su poder o custodia. El Código penal italiano de 1888 castigaba con arresto de uno a treinta días y multa de 1 a 100 liras a cualquiera que permitiese la mendicidad a un niño del cual estuviese encargado, o se valiese de él para mendigar. La ley inglesa de 17 de agosto de 1894 imponía una multa hasta de 25 libras y prisión subsidiaria o simultánea, con trabajo forzado, hasta por tres meses a los que forzasen o incitasen a un menor de catorce años o una menor de diez y seis, o, de tenerlos en su poder, les autorizasen para mendigar o para provocar limosnas con cánticos o pretextos de hacer o de vender algo, *vid.* SANTAMARÍA DE PAREDES, V.: *Informe dirigido*, cit., p. 2.

44 Ley relativa a la mendicidad de menores, *Gaceta de Madrid*, núm. 214, 2 de agosto de 1903, p. 1747.

sus niños a otros para ejercer la mendicidad. El castigo sería de 125 a 1250 pesetas y arresto mayor si la cesión fuese mediante un acuerdo económico. En este caso, además del padre o tutor, implicaba a la otra parte que hubiera concertado el pacto.

Adicionalmente, los padres o tutores que fuesen reincidentes y con atención al caso concreto, poseían aparejada la limitación del derecho a la guarda y educación de los niños, siendo estos ingresados en un establecimiento de Beneficencia. Esta suspensión tendría una duración de dos años, con la posibilidad de reducirla o ampliarla si así lo determinaba el Tribunal competente, previa valoración del informe de la persona responsable del centro benefactor donde se encontrase el niño⁴⁵. Asimismo, otros de los puntos destacables de la Ley fueron la imposición a las autoridades gubernativas y judiciales de recabar y remitir al Juzgado de primera Instancia todos aquellos testimonios para aplicar, cuando así se estimase oportuno, la suspensión de la patria potestad⁴⁶.

Conviene tener presente que, en nuestro país, el recurso del abandono siempre estuvo vinculado a la presión que ejerció la moral católica referente al aborto, habida cuenta que desde un posicionamiento religioso implicaba un pecado mortal. Por esta razón, el desamparo del niño era una alternativa más deseada; a pesar de ser un pecado, era menos gravoso debido a que cabía el ejercicio de la caridad de la Iglesia a través de la Inclusa⁴⁷. Desde comienzos del siglo XVIII, la creación del hospitales, incluidas o casas de expósitos fue una tónica general⁴⁸, si bien, con la industrialización y, por ende, con la cronificación de la pobreza en los colectivos más vulnerables acarreo que estos quedasen insuficientes para albergar a todos los pauperizados⁴⁹. Por esta razón, durante el siglo XIX, con la Ley General

45 Si durante este periodo cambiasen las condiciones de la representación legal del menor, el propio Tribunal podría confiar su guarda y educación a las personas llamadas a esta representación, siempre que ofreciesen suficientes garantías de cumplir tales deberes. Así deja constancia de ello ESPUNY TOMÁS, M.J.: "Mendicidad infantil", cit., versión online.

46 López Núñez esgrimía la deficiente gestión de los recursos destinados a los establecimientos de Beneficencia pública. Consideraba que la cantidad consignada en los presupuestos era suficiente para atender a todos aquellos que, por su situación de invalidez, requerían de la atención del Estado. Asimismo, para alcanzar una mayor eficacia, abogaba por una combinación entre la Beneficencia pública y la privada. Así queda apuntado por LÓPEZ NÚÑEZ, A.: *Los inicios de la protección social a la infancia en España*, Ciencias de la Educación Preescolar y Especial - CEPE, Madrid, 1992, p. 129.

47 La Iglesia ofreció una solución para aquellas familias que, por motivos económicos o sociales, se quisieran desvincular de su hijo de una forma anónima. La misión social se basaba en corregir los pecados ligados al desprecio maternal, transformando a los niños en virtud y así ejercer un efecto redentor en el abandono. Así lo deja reflejado SÁNCHEZ VILLA, M.C.: "«Los hijos del vicio». El problema del niño expósito y la modernización de la Inclusa en España durante el cambio de los siglos XIX y XX", *Cuadernos de historia contemporánea*, núm. 38, 2016, p. 330.

48 La gran mayoría de estos centros estaban destinados a la recogida y asilo de menores de edad, donde existía una población mucho mayor a la capacidad que podían albergar. A esto, se sumaba que la educación que recibían distaba mucho de lo que realmente alardeaba su ideario. Apunte aclaratorio de SÁNCHEZ VÁZQUEZ, V. y GUIJARRO GRANADOS, T.: "Apuntes para una historia de las instituciones de menores en España", *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, Vol. 22, núm. 84, 2002, p. 123.

49 Los establecimientos destinados a ocuparse de los recién nacidos abandonados estuvieron caracterizados por una alta mortalidad, a consecuencia, entre otros motivos, de la falta de recursos y donde los expósitos

de la Beneficencia de 1822 se produjo un trasvase de competencias en la gestión del sistema asistencial de la Iglesia a los poderes públicos, principalmente a los municipales⁵⁰.

3. La creación de órganos inspectores.

Manuel Tolosa Latour⁵¹, desde su posición como miembro fundador de la Sociedad Española de Higiene, diseñó en 1899 unas Bases para la elaboración de una Ley de Protección a la Infancia. Este proyecto se presentó ante las Cortes el 26 de enero de 1904 por el ministro de la Gobernación, José Sánchez Guerra. La propuesta normativa comenzó con la advertencia de la preocupación del Estado por la situación de la infancia, denunciando las alarmantes tasas de mortalidad infantil y la urgente necesidad de atender a los menores huérfanos o abandonados, además de controlar la explotación del trabajo infantil⁵².

Finalmente, el gran paso se dio el 12 de agosto de 1904 cuando el rey Alfonso XIII y el ministro de Gobernación, José Sánchez Guerra, ordenaron publicar la Ley de protección a la infancia⁵³. La descripción de la situación infantil puesta de manifiesto en el preámbulo reflejó fielmente la realidad del momento: elevada mortalidad, abandono, explotación y una incorporación temprana al trabajo. En esta coyuntura, se legitimó la intervención del Estado, sustentada en los principios de justicia, caridad y prosperidad nacional⁵⁴. Estos argumentos sirvieron para

sanos convivían con los que estaban enfermos. Este hecho resultaba incongruente y a alarmante al mismo tiempo, ya que la finalidad de estos centros consistía en reducir la mortalidad y la exposición callejera. Puntualización de ROSTOLL ARIZA, J.: "El prohijamiento de los niños expósitos en El Puerto de Santa María en la segunda mitad del siglo XIX", *Revista de Historia de El Puerto*, núm. 64, 2020, p. 57.

- 50 Se tomó la decisión de que todos los bienes de Beneficencia pasasen a un fondo común y dependiendo de su uso se dividiesen en bienes municipales o generales. Asimismo, cambiaron a manos del Estado los bienes y establecimientos privados. En consecuencia, se terminaba con los abusos que los administradores de los establecimientos privados venían practicando hasta ese momento. De esta manera, el Estado asumía la obligación de atender la Beneficencia como un servicio más al ciudadano. Así deja constancia de ello VIDAL GALACHE, F.: "El impacto de la Ley General de la Beneficencia de 1822 en Madrid", *Espacio, tiempo y forma. Serie V, Historia contemporánea*, núm. 1, 1988, p. 49.
- 51 Además de su puesto en la Sociedad Española de Higiene, fue médico del Hospital del Niño Jesús de Madrid y desempeño cargos de vocal del Consejo de Sanidad y del Patronato de sordomudos y ciegos e inspector del Cuerpo médico escolar. Desde muy joven frecuentó los círculos progresistas y liberales, fue socio y asiduo asistente del Ateneo madrileño. Destacó en el ámbito periodístico fundando la revista *La Madre y el Niño* y colaborando con infinidad de artículos en *Anales de Ciencias Médicas*, *Boletín de la Sociedad Protectora de los Niños*, *El Siglo Médico*, *La Medicina Contemporánea*, *La Ilustración Española*, *El Liberal*, *ABC*. La obra bibliografía de Manuel Tolosa Latour es muy importante, destacando "El Niño (1880)", "La protección médica al niño desvalido (1881)", "Organización de los hospitales de niños (1883)", "Higiene del trabajo en la segunda infancia (1887)", "Niñerías (1889)", "Medicina e higiene de los niños (1893)". Datos recogidos en RODRÍGUEZ PÉREZ, J.F.: "Manuel Tolosa Latour (1857-1919) y Elisa Mendoza Tenorio (1856-1929): precursores de la protección a la infancia en España", *El Futuro del Pasado: revista electrónica de Historia*, núm. 5, 2014, pp. 358-359.
- 52 RODRÍGUEZ PÉREZ, J. F.: "La protección a la infancia en España durante los siglos XIX y XX" en AA.VV.: *En torno a la Educación Social. Estudios, reflexiones y experiencias* (coord. por J.L. HERNÁNDEZ HUERTA), FahrenHouse, Salamanca, 2014, p. 18.
- 53 Ley sobre protección a la infancia, *Gaceta de Madrid*, núm. 230, 17 de agosto de 1904, pp. 589-590.
- 54 El Juez determinaba si el menor debía ser internado en algún centro. En ese momento, nuestro país contaba con 56 centros de internamiento de menores que dependían de los Tribunales Tutelares de Menores, 56 centros propios de internamiento de menores que dependían de las Juntas Provinciales de Protección de

respaldar la acción estatal en la regulación del trabajo infantil. Por ello, la Ley de 1904 estableció que la protección estatal de la infancia debía extenderse tanto a la salud física como a la moral del menor de diez años, ya fuesen entregados a la *lactancia mercenaria*, o estuviesen en *Casa-cuna, Escuela, Taller, Asilo, etc.* Dentro de esta concepción, la instrucción y la educación se consideraron componentes esenciales de esa protección integral, siguiendo la misma orientación que ya se había marcado por la Ley de 24 de julio de 1873⁵⁵.

Entre los principales cometidos que englobó esa salvaguarda fue la inspección de los centros que acogieron a estos niños⁵⁶. Para ello, una de las novedades que contempló esta disposición para el ejercicio de esas funciones estuvo basada en el establecimiento de una organización jerárquica de tres niveles. En la cúspide figuraba el Consejo Superior de Protección a la Infancia presidido por el ministro de la Gobernación, seguidamente las juntas provinciales presididas por el gobernador de la provincia y, por último, las juntas locales bajo la presidencia del alcalde⁵⁷. Este organismo se desglosó en cinco secciones que reflejaron sus cometidos y funciones: puericultura y primera infancia; higiene y educación protectora; vagancia y mendicidad; patronatos y corrección paternal; y jurídica y legislativa⁵⁸. Sin embargo, la Ley de 1904 no englobó a los menores delincuentes, quedando esta cuestión enmarcada por el Derecho penal común⁵⁹.

Ahora bien, ha de considerarse como el verdadero antecedente del proceso de la regulación del sistema de protección de menores en España en tanto que

Menores, 27 centros dedicados a menores de reforma y 688 centros de internamiento escolares y de otros tipos que colaboraban con la Obra de Menores y que en su mayor parte eran administrados por órdenes religiosas. Puntualización de ACEDO BARROSO, A.I. y RIQUELME SOTO, V.: "Acogimiento residencial como medida de protección a la infancia" en AA.VV.: *Educación, familias e infancia: desafíos y propuestas* (coord. por P.M. SAHUQUILLO MATEO, V. RIQUELME SOTO y P. CÁNOVAS LEONHARDT), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 593.

- 55 La forma de plantear la protección que esta Ley contemplaba significó un avance en la legislación española y con respecto a la Ley Roussel en la que se inspiró, pues la Ley del país galo se limitaba a regular la salvaguarda de los niños entregados a la lactancia por una mujer que no era su madre biológica. La Ley de 1904, conocida también como Ley Tolosa, pretendía proteger de forma directa e indirecta al conjunto de la vida de los niños, porque así se defenderían los derechos del niño, de los que dependía la salud del país. Así lo pone de manifiesto RAMAS VARO, M.L.: *La protección*, cit., pp. 162-163.
- 56 Otras de sus principales tareas fueron la investigación de los daños o explotaciones a que fuesen sometidos, la persecución de los delitos contra menores, la educación protectora para los niños "moralmente abandonados", "corrección paternal" para los rebeldes o delincuentes, educación e instrucción de los anormales, etc. De esta manera queda recogido por MAYORDOMO PÉREZ, A. y FERNÁNDEZ SORIA, J.M.: "Perspectiva histórica", cit., p. 204.
- 57 También, se fundaba la revista "Pro Infancia" como órgano de expresión del Consejo. Puntualización de GAMEZ MONTALVO, M.F.: "Aproximación histórico-jurídica a la infancia" en AA.VV.: *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia* (dir. por Á. LARA AGUADO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 97.
- 58 Vid. SÁNCHEZ VÁZQUEZ, V. y GUIJARRO GRANADOS, T.: "Apuntes para", cit., p. 126.
- 59 Sin embargo, a comienzos del siglo XX ya se advertía el estrecho límite que separaba la situación de abandono de los menores y la delincuencia infantil. Esta última generalmente provenía de una previa situación de abandono. Desde las sociedades filantrópicas se propugnaba dejar a los menores fuera del marco del Código Penal y la creación de unos Tribunales especiales para su tratamiento. Así lo expresa DE PALMA DEL TESO, Á.: *Administraciones Públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2006, p. 26.

se circunscribe en el ámbito del Derecho administrativo al prever la creación de diversos organismos públicos encargados de ejercer y supervisar dicha función garantista⁶⁰.

Cuatro años después, el 24 de enero de 1908 se aprobó el Reglamento de la Ley de protección a la infancia⁶¹ en el que se especificaron los campos en los que se debía aplicarse su defensa. Así, las juntas de protección a la infancia, con nuevas competencias, tuvieron el deber de vigilancia en el cumplimiento de leyes que estaban vigentes en ese momento, tales como la Ley de 13 de marzo de 1900 o la Ley de 26 de julio de 1878⁶². El 24 de febrero de 1908, otro Real Decreto amplió las competencias de este organismo, que pasó a denominarse Consejo Superior de Protección a la Infancia y Represión de la Mendicidad, el cual asumió de forma integral las funciones relativas al control de la mendicidad callejera⁶³.

4. La instauración de tribunales para menores infractores.

A) Primeras tentativas fallidas.

El incremento de las denuncias promovidas por los movimientos filantrópicos ante la desatención y abandono social de la infancia supuso el primer paso para la creación de instituciones de tutela del menor, así como la adopción de un sistema de enjuiciamiento independiente de la jurisdicción ordinaria, todo ello materializado en los Tribunales para niños⁶⁴. Ello tuvo por consecuencia que, la aplicación del Derecho penal común dificultó la posibilidad de reeducar y reintegrar socialmente a los menores infractores⁶⁵.

60 Cfr. BOCCIO SERRANO, M.J.P.: *El derecho*, cit., p. 40.

61 Real Decreto aprobatorio del adjunto Reglamento de la ley de Protección a la Infancia, *Gaceta de Madrid*, núm. 26, 26 de enero del 1908, pp. 358-359.

62 Otras normas eran la Ley de 23 de julio de 1903 sobre mendicidad y vagancia de los menores de dieciséis años y el cumplimiento del apartado 3 del art. 8 del Código Penal referente a las circunstancias que eximen de la responsabilidad criminal -ser menor de nueve años-, y de la responsabilidad limitada -entre los nueve y los quince años-. Así lo deja reflejado SÁNCHEZ-VALVERDE VISUS, C.: *La Junta Provincial de Protección a la Infancia de Barcelona, 1908-1985: aproximación y seguimiento histórico*, Departamento de Acción Social y Ciudadanía de la Generalitat de Catalunya, 2009, p. 83.

63 El respaldo definitivo a este nuevo organismo se consolidó con la Ley de Presupuestos Generales del Estado, que estableció un impuesto especial del cinco por ciento sobre las entradas y localidades de todos los espectáculos públicos, destinado a su sostenimiento.

64 Con la vista puesta en tratar de evitar que la infancia tuviera la cárcel como destino final de reclusión y de castigo, esta nueva jurisdicción permitía dar salida a la delincuencia juvenil bajo el prisma de la educación y reintegración social. Da cuenta de ello, RODRIGO CATALÁN, M.P.: "Género, moral y religión en el tratamiento de las menores en el Tribunal Tutelar de Zaragoza durante el primer franquismo", *Hispania Sacra*, Vol. 76, núm. 153, 2024, versión online.

65 Los jueces de estos tribunales estaban llamados a adoptar medidas tanto respecto de la infancia abandonada o en situación de riesgo como de los menores infractores. La opinión del momento se asentó en que la infancia delincuente se debía a factores como la pertenencia a clases sociales bajas, el maltrato, la negligencia familiar o el abandono. Por este motivo, resultaba difícil trazar una distinción nítida entre los discursos de vulnerabilidad y de culpabilidad en torno a los menores. Sustento ofrecido por RAMIRO, J.: *Ciudadanía e infancias. Los derechos de los niños en el contexto de la protección*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 121-122.

El preocupante aumento de la delincuencia infantil, a causa de una saturación del mercado de trabajo producida por un trasvase poblacional del medio rural a las ciudades en detrimento de la economía familiar⁶⁶ fue motivo suficiente para que se sucediesen distintos intentos de creación de tribunales propios para menores⁶⁷. El primero de ellos fue mediante el Real Decreto de 28 de octubre de 1912⁶⁸ en el que Diego Arias de Miranda, ministro de Gracia y Justicia, presentó un proyecto a las Cortes para implantar Tribunales para niños, además de fomentar las Sociedades protectoras de la infancia, si bien, una crisis de gobierno propició que finalmente no aconteciese. Un tiempo más tarde, el 4 de julio de 1914, durante el transcurso de Asamblea Nacional de Protección a la Infancia, se presentó una Proposición de Ley en la que se estableció unas bases para la organización de los Tribunales para niños desarrollada por Avelino Montero-Ríos y Villegas⁶⁹, dando como resultado dos Proyectos de Ley, uno el 1 de noviembre de 1915⁷⁰ y otro el 5 de febrero de 1917⁷¹. Ambos fueron desestimados, incluso este último fue declarado inconstitucional⁷².

B) Un consenso para la puesta en práctica de los Tribunales para Niños.

El 4 de mayo de 1918, Avelino Montero-Ríos y Villegas, apoyado por el Conde de Romanones, ministro de Gracia y Justicia, y Gabriel de Ybarra, finalmente presentó al Senado su Proposición de Ley de Bases sobre Organización y Atribuciones de Tribunales para niños, cuya aprobación se materializó en las Cortes el 2 de agosto

66 Ambos padres, con la obligación de buscar los medios económicos para subsistir, abandonaban a sus hijos a su suerte. Estos niños vivieron en grupos que se mantuvieron a través de pequeños trabajos sin la supervisión de un patrono que los sometiese (recogida de colillas, transporte de paquetes poco pesados, encargos, etc.), incurriendo, en ocasiones, a cometer delitos menores. Las estadísticas de 1904 muestran la existencia de 2.217 menores de 14 años y 6.209 entre quince y diecisiete años encarcelados. De esta manera queda constatado por SAIZ ROCA, M. y SAIZ ROCA, D.: "Los inicios de la observación psicológica y el proceso de tutela del niño abandonado y delincuente en Cataluña", *Revista de Historia de la Psicología*, vol. 32, núm. 1, 2011, p. 74.

67 Los Tribunales para niños de España siguieron el modelo de los "Children's Court of Cook Country" implementado en la ciudad de Chicago en 1899, surgidos a raíz del movimiento de los "Salvadores de los Niños". Sus fundamentos teóricos se vieron muy extendidos a través de la escuela correccionalista. Desde esta perspectiva, el positivismo sostiene que toda conducta humana responde a causas que influyen en su realización. En el marco del positivismo correccionalista, las conductas desviadas se interpretan como expresión de una anomalía en la personalidad del individuo, de tal modo que este es más un enfermo que alguien a castigar. Así queda recogido por DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I.: *Menores infractores y sistema penal*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 2010, p. 37.

68 Real Decreto autorizando al Ministro de este Departamento para que presente a las Cortes un proyecto de ley creando Tribunales especiales para niños, *Gaceta de Madrid*, núm. 305, 31 de octubre de 1912, pp. 303-305.

69 En este sentido, *vid.* RODRIGO CATALÁN, M.P.: *Los Tribunales Tutelares de Menores, origen, desarrollo y funcionamiento (1921-1948)*, Tesis doctoral, Universidad de Zaragoza, 2022, p. 152.

70 Real Decreto autorizando al Ministro de este Departamento para presentar a las Cortes un proyecto de ley estableciendo Tribunales para niños, *Gaceta de Madrid*, núm. 315, 11 de noviembre de 1915, pp. 359-363.

71 Real Decreto autorizando al Ministro de este Departamento para presentar a las Cortes un proyecto de ley creando Tribunales para niños, *Gaceta de Madrid*, núm. 42, 11 de febrero de 1917, pp. 346-347.

72 Sin embargo, se declaraba la necesidad de implementar con urgencia Tribunales especiales para los menores con la finalidad de "convertir a los jóvenes en hombres útiles para la sociedad y para la patria. Así lo recoge MINGO BASAIL, M.L.: "Proceso histórico en el tratamiento de los menores infractores en España: de la punición a la educación", *Indivisa: Boletín de Estudios e Investigación*, núm. 5, 2004, p. 205.

de 1918⁷³. Así, tras una rápida tramitación, fue aprobada por el Congreso de los Diputados mediante el Real Decreto de 25 de noviembre de 1918⁷⁴. A esta norma le siguió un Reglamento provisional adoptado por el Real Decreto de 10 de julio de 1919⁷⁵ el cual se cristalizó definitivamente el 6 de abril de 1922⁷⁶. De esta manera, se consagró un tribunal especial para menores conformado por un juez de primera instancia, actuando el mismo de presidente. Sobre este particular, cabe indicar que el ministro de Gracia y Justicia, previa propuesta del Consejo Superior de Protección a la Infancia podía designar como presidente del tribunal de menores a una persona ajena a la carrera judicial. Además de ello, estaba integrado por dos vocales junto con sus respectivos suplentes. En este sentido, la Junta Provincial de Protección a la Infancia fue la encargada de designarlos, valorando que sus capacidades pedagógicas y sus conocimientos profesionales fuesen los apropiados para el desempeño de sus responsabilidades⁷⁷.

El juez centraba su actuación en conocer las circunstancias -sociales, familiares, morales, etc.- que afectaban al entorno del menor. Una vez recabada toda la información, procedía a imponer una medida de carácter educativa, partiendo de la premisa en base a la cual el menor no había obrado con discernimiento, salvo en aquellos casos en los que no existía dudas al respecto⁷⁸.

La jurisdicción de estos órganos tutelares se extendió a conocer de los delitos llevados a término por los menores de quince años, siguiendo lo establecido por el Código Penal de 1870⁷⁹, el cual fijó en esa edad el umbral de la mayoría de edad penal. Las resoluciones dictadas adoptaban la forma de acuerdo con fuerza ejecutiva⁸⁰. En ella, se debía detallar la medida acordada: la entrega del

73 Ley autorizando al Gobierno para publicar una ley sobre Organización y atribuciones de los Tribunales para niños, con arreglo a las bases que se publican, *Gaceta de Madrid*, núm. 227, 15 de agosto de 1918, p. 470.

74 Real Decreto disponiendo se publiquen en este periódico oficial los artículos que forman la ley sobre Organización y atribuciones de los Tribunales para niños, y que se dé cuenta de la misma a las Cortes, *Gaceta de Madrid*, núm. 331, 27 de noviembre de 1918, pp. 766-767.

75 Real Decreto aprobando el Reglamento provisional de la ley sobre organización y atribuciones de los Tribunales para niños, *Gaceta de Madrid*, núm. 194, 13 de julio de 1919, pp. 157-164.

76 Real Decreto aprobando el Reglamento, que se publica, para aplicación de la ley de Bases de 2 de agosto de 1918, sobre organización y atribuciones de los Tribunales para niños, *Gaceta de Madrid*, núm. 99, 9 de abril de 1922, pp. 98-105.

77 Se prefirió definir un Tribunal colegiado por estimar que la diversidad de personas que lo componían favorecía el dominio de conocimientos específicos "médicos, pedagógicos y jurídicos" y ello ofrecía mayores garantías de acierto en las decisiones adoptadas. Así queda recogido por GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.: "Los Tribunales para niños. Creación y desarrollo", *Historia de la Educación: Revista interuniversitaria*, núm. 18, 1999, p. 115.

78 La Ley, al entender que el niño delinquía sin discernimiento y por lo tanto sin responsabilidad, no podía imponer una pena. De esto modo, la figura delictiva se atenúa y la atención del juez se centraba en la persona autora del hecho, buscando los medios para lograr su arrepentimiento, su enmienda y posterior corrección. Da cuenta de ello, RODRÍGUEZ PÉREZ, J.P.: "La justicia de menores en España: análisis histórico-jurídico", *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna*, núm. 8, 2001, p. 434.

79 Art. 8. No delinquen, y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal, el menor de nueve años y; el mayor de nueve años y menor de quince, a no ser que haya obrado con discernimiento.

80 Lo delitos y las faltas cometidas por los menores se tramitaban sin someterse a formalidades ni reglas procesales, resolviéndose a través de "acuerdos", en lugar de sentencias. Puntualización de GUARDIOLA

niño a su familia, a otra persona, a una organización tutelar o el ingreso en un establecimiento benéfico durante un tiempo limitado⁸¹.

En lo que concierne a la observancia y ejecución de los acuerdos se crearon dos figuras. Por un lado, las denominadas Sociedades tutelares, entidades especializadas bajo un modelo inspirado en el correccionalismo y paternalismo social de la época, es decir, con un enfoque más educativo y preventivo que represivo; y, por otro, la del Delegado de Protección de la Infancia, nombrado por el Tribunal para Niños cuyo cometido quedaba abocado a *la constante vigilancia del menor y de la persona o Sociedad a cuya custodia haya sido confiado*. Con ello, se sientan las bases del sistema de desjudicialización en favor de otras personas públicas o privadas y que, en gran parte, se mantienen en la actualidad⁸².

Por lo demás, las apelaciones eran admitidas en un solo efecto, sin que en ningún caso pudiesen determinar la suspensión del acuerdo recurrido, garantizando, de esta manera, su defensa. Una Comisión del Consejo Superior de Protección a la Infancia, perteneciente al Ministerio de la Gobernación, formado por tres integrantes siendo su presidente el funcionario de mayor categoría judicial, sería el encargado de resolver las apelaciones sin ulterior recurso.

Una vez aprobada la creación de los Tribunales para Niños y las normas reguladoras para su funcionamiento, su efectiva implantación se demoró dos años. El primer tribunal de esta naturaleza comenzó su andadura en Bilbao, cuya primera sesión tuvo lugar el 8 de mayo de 1920⁸³.

En base a la experiencia de los primeros años y a raíz de la introducción en 1925 de modificaciones en el Código Penal, a esta primera Ley de los Tribunales para Niños le sucedieron algunas reformas, si bien, de escasa relevancia. Con el Real Decreto de 15 de julio de 1925⁸⁴, la denominación de los órganos jurisdiccionales pasó a calificarse como Tribunales Tutelares para Niños. Además, en base a las modificaciones acaecidas en el Código Penal mediante un Real Decreto de 14

GARCÍA, J.: *Peligrosidad, sanción y educación. Veinte años de Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 17.

- 81 En todo caso, correspondía al denominado delegado de protección a la infancia, velar por el menor, durante el tiempo de duración de tales medidas reformativas. Puntualización de MARTÍNEZ TABOAS, M.T.: "Origen y evolución de la Justicia Penal de Menores en España" en AA.VV.: *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno* (coord. por E. PILLADO GONZÁLEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 27-52, p. 39.
- 82 Cfr. JIMÉNEZ FORTEA, F.J.: "La evolución histórica del enjuiciamiento de los menores de edad en España", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, 2014, p. 169.
- 83 De manera progresiva, los Tribunales para niños se fueron asentando en otras ciudades, una vez que iban recabando los apoyos necesarios para constituir los establecimientos auxiliares con los que necesariamente debían contar de cara a su funcionamiento. Con el apoyo del Consejo Superior de Protección de la Infancia, finalmente se logró en 1954 la implantación total de los Tribunales Tutelares de Menores en España. Da cuenta de ello MINGO BASAÍL, M.L.: "Proceso histórico", cit., p. 206.
- 84 Real Decreto aprobando con el carácter de Ley el proyecto de reforma de la de 25 de noviembre de 1918, sobre organización y atribuciones de los Tribunales tutelares para niños, *Gaceta de Madrid*, núm. 197, 16 de julio de 1925, pp. 383-385.

de noviembre de 1925⁸⁵, se estableció el límite de edad en los dieciséis años fijando la edad mínima en los nueve años, por debajo de la cual no quedaban sometidos a estos Tribunales. Por último, si en la Ley de 1918 los Tribunales fijaron el internamiento de los menores en un establecimiento benéfico durante un "tiempo determinado", en la reforma de 1925 la duración no fue prefijada y por este motivo quedó sujeta a expensas de la persistencia o desaparición de las circunstancias que motivaron su adopción.

IV. REFLEXIONES DE CIERRE.

La realidad de la infancia en la España del ocaso del siglo XIX y el primer tercio del siglo XX permite afirmar que su protección emergió de un proceso gradual influido por las profundas transformaciones sociales, económicas y políticas. La apremiante precariedad en la que vivían los menores, especialmente los pertenecientes a las clases trabajadoras, evidenció la insuficiencia del modelo liberal económico, el cual abogaba por un sistema de relaciones laborales individualizadas bajo el convencimiento de que el Estado debía abstenerse de legislar en materia laboral.

En este contexto, el movimiento higienista desempeñó un papel crucial al introducir un discurso científico-sanitario que vinculaba las condiciones de trabajo y de vida con la salud pública, legitimando así la necesidad de intervención estatal. Estas primeras formulaciones teóricas sirvieron de base para la adopción de las primeras medidas legislativas orientadas a limitar la explotación infantil y garantizar unas condiciones mínimas de protección.

La aprobación de la *Ley Benot* el 24 de julio de 1873 marcó un punto de inflexión con el inicio del intervencionismo estatal en materia laboral, si bien su alcance fue limitado tanto por su ámbito de aplicación como por la ausencia de unos mecanismos eficaces de control. Posteriormente, la *Ley Dato* de 13 de marzo de 1900 consolidó un marco jurídico más sistemático en la regulación del trabajo infantil, ampliando garantías en materia de jornada laboral, educación, seguridad e higiene, si bien, del mismo modo que su predecesora adoleció de instrumentos jurídicos que favoreciesen su aplicación práctica.

Paralelamente, el legislador extendió su intervención a otras expresiones de la vulnerabilidad infantil -mendicidad, abandono y abusos derivados de la patria potestad- mediante disposiciones de naturaleza penal y asistencial. La primera respuesta normativa frente a este grave problema fue la llevada a cabo por la Ley de 26 de julio de 1878, articulada desde una perspectiva eminentemente penal.

85 Real Decreto disponiendo que el art. 8.º del Código penal vigente, en lo que expresa el número tercero, quede modificado en la forma que se indica, Gaceta de Madrid, núm. 319, 15 de noviembre de 1925, pp. 834-836.

Con la Ley de 23 de julio de 1903 se delimitó con mayor claridad la responsabilidad de los progenitores o tutores en la que se encuadró un sistema sancionador graduado, además de articular determinados mecanismos de intervención que permitían, incluso, la suspensión de la patria potestad. Ambas normas reflejaron una creciente preocupación por la dimensión moral y social de la infancia al trascender del ámbito estrictamente laboral.

De igual forma, la creación de órganos administrativos especializados, como son el Consejo Superior de Protección a la Infancia -12 de noviembre de 1904- y las Juntas de protección a la infancia -24 de enero de 1908- supuso realmente un avance significativo en la institucionalización de la tutela pública del menor. Este proceso se vio perfeccionado con la instauración de los Tribunales para Niños el 25 de noviembre de 1918, por cuanto introdujo un modelo jurisdiccional diferenciado del común, orientado más a la reeducación y protección que a la sanción habida cuenta asentó las bases del moderno Derecho de menores.

Sea como fuere, la evolución normativa analizada pone de relieve la transición desde un modelo de desprotección de los menores hacia un sistema progresivamente más garantista en el que el Estado asume un papel central en la defensa de los derechos de la infancia. Sin embargo, en esta etapa embrionaria se evidencia que la efectividad de estas medidas se vio limitada por determinados factores -resistencias sociales, falta de recursos institucionales, persistencia de estructuras económicas y culturales- que dificultaron su plena implementación.

BIBLIOGRAFÍA

ACEDO BARROSO, A.I. y RIQUELME SOTO, V.: "Acogimiento residencial como medida de protección a la infancia" en AA.VV.: *Educación, familias e infancia: desafíos y propuestas* (coord. por P.M. SAHUQUILLO MATEO, V. RIQUELME SOTO y P. CÁNOVAS LEONHARDT), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ALCAIDE GONZÁLEZ, R.: "Inmigración y marginación: prostitución y mendicidad en la ciudad de Barcelona a finales del siglo XIX. Una comparación con la actualidad", *Scripta Nova: Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, núm. extra 5, 94, 2001, versión online.

BOCCIO SERRANO, M.J.P.: *El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección. La actividad protectora de los poderes públicos en el ordenamiento español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

CANES GARRIDO, F.: "Álvaro López Núñez (1865-1936) y la protección a la infancia en España", en AA.VV.: *El largo camino hacia una educación inclusiva: la educación especial y social del siglo XIX a nuestros días: XV Coloquio de Historia de la Educación, Pamplona-Iruñea, 29, 30 de junio y 1 de julio de 2009* (coord. por M.R. BERRUEZO ALBÉNIZ y S. CONEJERO LÓPEZ), Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2009.

CARRERAS ROCA, M.: "Sobre medicina social e higiene del trabajo (Siglo XIX) comentarios a la Higiene del Tejedor del Dr. D. Joaquín Salarich", *Medicina & historia: Revista de estudios históricos de las ciencias médicas*, núm. 6, 1971.

CASAS DÍAZ, L.: "Virtud y vicio del obrero en la España del siglo XIX", *Iuslabor*, núm. 2, 2019.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I.: *Menores infractores y sistema penal*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 2010.

DE LA VILLA GIL, L. E.: *La formación histórica del Derecho español del Trabajo*, Comares, Granada, 2003.

DE PALMA DEL TESO, Á.: *Administraciones Públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2006.

DE URQUIJO Y GOITIA, J. R.: *La Revolución de 1854 en Madrid*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas - Instituto de Historia Jerónimo Zurita, Madrid, 1984.

DELGADO PASTOR, D., "La medicalización de la infancia como optimización de la fuerza laboral en España. Higienismo, población infantil y biopolítica (1800-1850)", *Encrucijadas: Revista Crítica de Ciencias Sociales*, Vol. 22, núm. 2, 2022, versión online.

DIÉGUEZ CUERVO, G.: "Derechos humanos en el orden laboral y social", *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 53, 1992, versión online.

ESPUNY TOMÁS, M. J.:

- "Aproximación histórica al principio de igualdad de sexos (IV): De la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 a las últimas disposiciones franquistas", *Iuslabor*, núm. 1, 2008, versión online,
- "La cuestión social y la reforma social. El intervencionismo estatal (1873-1903)", en AA.VV.: *Esquemas de Historia del Derecho Social y de las instituciones laborales*, (dir. por M.J. ESPUNY TOMÁS y O. PAZ TORRES), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- "Mendicidad infantil: Ley sobre mendicidad y vagancia de los menores de diez y seis años de 23 de julio de 1903", *Iuslabor*, núm. 4, 2005, versión online.

GÁMEZ MONTALVO, M. F.: "Aproximación histórico-jurídica a la infancia", en AA.VV.: *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia* (dir. por Á. LARA AGUADO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

GARCÍA GONZÁLEZ, G.: "Las Leyes de Eduardo Dato", en AA.VV.: *Esquemas de Historia del Derecho Social y de las instituciones laborales*, (dir. por M.J. ESPUNY TOMÁS y O. PAZ TORRES), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

GÓMEZ GUTIÉRREZ, J. L.: "Higienismo y educación en España entre los siglos XIX-XX. Enrique Salcedo, aportaciones de higiene infantil y escolar", *Historia de la educación: Revista interuniversitaria*, núm. 41, 2022.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.: "Los Tribunales para niños. Creación y desarrollo", *Historia de la Educación: Revista interuniversitaria*, núm. 18, 1999.

GUARDIOLA GARCÍA, J.: *Peligrosidad, sanción y educación. Veinte años de Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

INSTITUTO DE REFORMAS SOCIALES.: *Catálogo de documentos y resumen de debates parlamentarios sobre cuestiones sociales*, Imprenta de la sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1910.

JIMÉNEZ FORTEA, F.J.: "La evolución histórica del enjuiciamiento de los menores de edad en España", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, 2014.

LÓPEZ NÚÑEZ, A.: *Los inicios de la protección social a la infancia en España*, Ciencias de la Educación Preescolar y Especial - CEPE, Madrid, 1992.

LOZANO LARES, F.: *La regulación del trabajo de menores y jóvenes*, Mergablum, Sevilla, 2000.

MARTÍN VALVERDE, A.: "Estudio Preliminar: La Formación del Derecho del Trabajo en España", en AA.VV.: *La legislación social en la historia de España. De la Revolución Liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

MARTÍNEZ TÁBOAS, M.T.: "Origen y evolución de la Justicia Penal de Menores en España", en AA.VV.: *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno* (coord. por E. PILLADO GONZÁLEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

MAYORDOMO PÉREZ, A. y FERNÁNDEZ SORIA, J.M.: "Perspectiva histórica de la protección a la infancia en España", *Historia de la educación: Revista interuniversitaria*, núm. 3, 1984.

MINGO BASAÍL, M.L.: "Proceso histórico en el tratamiento de los menores infractores en España: de la punición a la educación", *Indivisa: Boletín de Estudios e Investigación*, núm. 5, 2004.

MONLAU, P.F.: *Higiene Industrial ¿Qué medidas higiénicas puede dictar el Gobierno a favor de las clases obreras? Memoria que obtuvo el premio de una medalla de oro ofrecido acerca de esta cuestión por la Academia de Medicina y Cirugía de Barcelona en su programa de 2 de enero de 1855*, Imp. y Librería Politécnica de Tomás Gorchsa, 1856.

MONTERDE GARCÍA, J. C.: "Origen y repercusión de la Ley Benot (1873), pionera del derecho laboral español", (coord. por P. LÓPEZ HERRÁIZ, R. POLO MARÍN y E. TORIJANO PÉREZ), *Transmisión del saber jurídico: escuelas, disciplinas, docencia y poder*, Dykinson, Madrid, 2026.

MONTOYA MELGAR, A.: "Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales", *Aranzadi social*, núm. 5, 2000, versión online.

MORENO SOLANA, A.: "La nueva regulación de la maternidad y la paternidad: nacimiento, cuidado de menor y corresponsabilidad en el cuidado del lactante en el RDL 6/2019, de 1 de marzo", en AA.VV. *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social* (dir. por A. DE LA PUEBLA PINILLA y J.R. MERCADER UGUINA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: "La contribución de la OIT a la construcción normativa del Derecho del Trabajo", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020.

RAMAS VARO, M.L.: *La protección legal de la infancia en España. Orígenes y aplicación en Madrid (1900-1914)*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 2001.

RAMIRO, J.: *Ciudadanía e infancias. Los derechos de los niños en el contexto de la protección*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

RODRIGO CATALÁN, M. P.:

- "Género, moral y religión en el tratamiento de las menores en el Tribunal Tutelar de Zaragoza durante el primer franquismo", *Hispania Sacra*, vol. 76, núm. 153, 2024, versión *online*.
- *Los Tribunales Tutelares de Menores, origen, desarrollo y funcionamiento (1921-1948)*, Tesis doctoral, Universidad de Zaragoza, 2022.

RODRÍGUEZ PÉREZ, J. F.:

- "La protección a la infancia en España durante los siglos XIX y XX", en AA.VV.: *En torno a la Educación Social. Estudios, reflexiones y experiencias* (coord. por J.L. HERNÁNDEZ HUERTA), FahrenHouse, Salamanca, 2014.
- "La justicia de menores en España: análisis histórico-jurídico", *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna*, núm. 8, 2001.
- "Manuel Tolosa Latour (1857-1919) y Elisa Mendoza Tenorio (1856-1929): precursores de la protección a la infancia en España", *El Futuro del Pasado: revista electrónica de Historia*, núm. 5, 2014.

ROSTOLL ARIZA, J.: "El prohijamiento de los niños expósitos en El Puerto de Santa María en la segunda mitad del siglo XIX", *Revista de Historia de El Puerto*, núm. 64, 2020.

RUÍZ RODRIGO, C.: *La fábrica o la escuela. Trabajo infantil y educación protectora en la España de los siglos XIX y XX*, Dykinson, Madrid, 2013.

SÁIZ ROCA, M. y SÁIZ ROCA, D.: "Los inicios de la observación psicológica y el proceso de tutela del niño abandonado y delincuente en Cataluña", *Revista de Historia de la Psicología*, Vol. 32, núm. 1, 2011.

SALARICH, J.: *Higiene del Tejedor*, Imprenta y librería de Soler Hermanos, 1858.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, V. y GUIJARRO GRANADOS, T.: "Apuntes para una historia de las instituciones de menores en España", *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, Vol. 22, núm. 84, 2002.

SÁNCHEZ VILLA, M.C.: “«Los hijos del vicio». El problema del niño expósito y la modernización de la Inclusa en España durante el cambio de los siglos XIX y XX”, *Cuadernos de historia contemporánea*, núm. 38, 2016.

SÁNCHEZ-VALVERDE VISUS, C.: *La Junta Provincial de Protección a la Infancia de Barcelona, 1908-1985: aproximación y seguimiento histórico*, Departamento de Acción Social y Ciudadanía de la Generalitat de Catalunya, 2009.

SANTAMARÍA DE PAREDES, V., Informe dirigido al Excmo. Sr. Ministro de la Gobernación acerca de un Proyecto de ley sobre los niños habitualmente dedicados a la mendicidad o abandonados por sus padres, *Comisión de Reformas Sociales*, 1899.

SANTOS SACRISTÁN, M.: “Una aproximación a la ley de mendicidad de 1903”, *Revista de la Inquisición. Intolerancia y derechos humanos*, núm. 16, 2012.

VIDAL GALACHE, F.: “El impacto de la Ley General de la Beneficencia de 1822 en Madrid”, *Espacio, tiempo y forma. Serie V, Historia contemporánea*, núm. 1, 1988.

VIÑAO FRAGO, A.: “Higiene, salud y educación en su perspectiva histórica”, *Áreas. Revista Internacional de Ciencias Sociales*, núm. 20, 2000.



LA INCIDENCIA DE LA RUPTURA PARENTAL EN LOS
HIJOS MAYORES CON DISCAPACIDAD: LA RESPUESTA
DEL DERECHO ESTATAL Y DEL DERECHO ARAGONÉS*

*THE IMPACT OF PARENTAL SEPARATION ON OLDER
CHILDREN WITH DISABILITIES: THE RESPONSE OF STATE
LAW AND ARAGONESE LAW*

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 82-115

* Este trabajo, realizado en el marco del Grupo IDDA S.15-R.23 del Gobierno de Aragón, tiene su origen en la ponencia presentada por su autora al XIX Congreso Internacional IDADFE: *El Derecho de Familia en España: 20 años después*, celebrado en Sevilla del 5 al 7 de noviembre de 2025.

Aurora LÓPEZ
AZCONA

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2026

RESUMEN: El presente trabajo pretende ofrecer un examen comparado de los efectos de la ruptura parental con hijos con discapacidad, tal y como se articulan en el Código civil y el Código de Derecho foral de Aragón, tras las sendas reformas de que han sido objeto respectivamente en 2021 y 2024, al objeto de su derivada adaptación a la Convención UN de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad.

PALABRAS CLAVE: Ruptura parental; hijos mayores con discapacidad; medidas judiciales; Derechos civiles estatal y aragonés.

ABSTRACT: *This paper aims to provide a comparative analysis of the effects of parental separation on children with disabilities, as set out in the Spanish Civil Code and the Code of Regional Law of Aragon, following the respective reforms introduced in 2021 and 2024, with a view to their subsequent alignment with the 2006 UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities.*

KEY WORDS: *Parental separation; adult children with disabilities; legal measures; civil law: state ad aragonese.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.- II. ÁMBITO SUBJETIVO.- III. MEDIDAS JUDICIALES A ADOPTAR EN DEFECTO DE PACTO.- I. Medidas articuladas en el Código civil.- A) Régimen de convivencia: *La respuesta del Tribunal Supremo en ausencia de previsión legal expresa.*- B) Régimen de visitas, comunicación y estancia con el progenitor no conviviente: art. 94.2 CC.- C) Atribución del uso de la vivienda familiar: art. 96.1 CC.- D) Alimentos debidos a los hijos: art. 93.2 CC.- 2. Medidas articuladas en el Código del Derecho Foral de Aragón.- A) Régimen de convivencia y de visitas: art. 80 CDFA.- B) Atribución del uso de la vivienda familiar: art. 81 CDFA.- C) Gastos de asistencia de los hijos: art. 82 CDFA.- IV. LA POSIBLE ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE APOYO EN PREVISIÓN A LA MAYORÍA DE EDAD: ART. 91.2 CC VS. ART. 79.1 CDFA.- V. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO.

El presente trabajo pretende abordar una situación que, pese a no haber ocupado un lugar central en el debate académico, reviste considerable importancia práctica: ¿qué sucede con aquellas rupturas matrimoniales o extramatrimoniales en que se ven implicados hijos adultos con discapacidad? Se trata así de plantearse si, ante las situaciones de crisis entre los progenitores, los hijos mayores de edad deben recibir un tratamiento específico en atención a su discapacidad, de manera análoga a lo que ocurre con los hijos menores, respecto a las medidas que han de adoptarse con motivo de la ruptura o, por el contrario, resulta adecuado aplicarles el régimen jurídico previsto en general para los hijos mayores de edad.

Esta concreta problemática fue abordada por el Derecho civil estatal en la importante revisión del Código civil llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio; pero también, entre los diversos Derechos civiles territoriales que rigen en España, por el Derecho aragonés en la más reciente reforma operada en el Código del Derecho Foral de Aragón por la Ley 3/2024, de 13 de junio.

Ambos Ordenamientos, estatal y aragonés, coinciden en dispensar a los hijos mayores con discapacidad un tratamiento especial, en el que, a diferencia del régimen anterior, ya no se les equipara sin matices con los hijos menores respecto de las concretas medidas que puedan afectarles¹. No obstante, más allá de este planteamiento inicialmente convergente y que, por lo demás, trae causa de los principios rectores sobre discapacidad consagrados en la Convención NU sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, existen importantes

¹ Coincide en esta interpretación, por lo que hace al Derecho estatal, PÉREZ DÍAZ, R.: “La pensión de alimentos de los hijos mayores con discapacidad en caso de crisis matrimoniales”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, 2022, p. 345.

• Aurora López Azcona

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza. Vocal de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. Directora de la Cátedra institucional Fundación Ibercaja de apoyo a la infancia y la adolescencia. Académica de número de la Real Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación. Correo electrónico: alopez@unizar.es.

diferencias, tanto lo que hace a su ámbito subjetivo como en orden a su concreto contenido.

II. ÁMBITO SUBJETIVO.

En cuanto a su ámbito de aplicación, ambos cuerpos legales han optado, a mi entender de forma acertada, por no equiparar sin distinción a todos los hijos adultos con discapacidad a efectos de las medidas propias de la ruptura. En su lugar, han puesto el foco de atención exclusivamente en aquellos hijos que carecen de independencia respecto de sus progenitores, en línea con la jurisprudencia inmediatamente anterior a la reforma estatal de 2021.

Debe advertirse, no obstante, que el legislador estatal ha prescindido en aquellos preceptos que dedica a esta materia de adoptar una fórmula uniforme para referirse a los destinatarios de tales medidas.

Así, el art. 94.2 CC hace depender la decisión judicial sobre el régimen de comunicación y visitas con el progenitor no conviviente a que “el hijo precise apoyo para tomar la decisión”, expresión que viene a coincidir con la ambigua noción de discapacidad acuñada en la Disposición Adicional 4ª del mismo cuerpo legal, que pone el acento exclusivamente en la necesidad de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica. De este modo, y por lo que hace concretamente a esta medida judicial, su fijación se conecta con la necesidad de medidas de apoyo, cualquiera que sea la intensidad de las mismas y, lo que resulta más llamativo, prescindiendo de la voluntad, deseos y preferencias de los hijos en una cuestión tal personal como es la relación a mantener con el progenitor con quien no conviven.

En cambio, a los efectos del uso de la vivienda familiar regulado en el art. 96.2 CC, la misma Disposición Adicional 4ª se remite a la noción de discapacidad que formula la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, así como a la contenida en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción a la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. De esta doble remisión resulta que se consideran hijos con discapacidad para esta concreta medida judicial “aquellos que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33% o física igual o superior al 65%”, pero también “a aquellos en situación de dependencia severa o gran dependencia”, tal y como se definen en la Ley 39/2006². Nos encontramos

2 De acuerdo con el art. 26.1 Ley 39/2006, una persona se encuentra en “situación dependencia severa” (grado II) cuando “necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal”; y en situación de “gran dependencia” (grado III) cuando “necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal”.

aquí con uno de los pocos casos en que, eludiendo la indefinición conceptual en que ha incurrido la reforma de 2021 para delimitar su ámbito subjetivo, se define de manera explícita la discapacidad, acudiendo para ello a una noción mixta que combina la idea de la discapacidad como atributo de la persona causado por un déficit en el funcionamiento corporal o mental con la dependencia o falta de autonomía³. Obsérvese, además, que esta noción no se proyecta sobre el otro efecto económico de la ruptura como es el relativo a los alimentos debidos a los hijos con discapacidad, ya que el art. 96 CC sigue sin incluir expresamente esta circunstancia entre los criterios de fijación de la pensión alimenticia, lo que no hace sino generar una mayor incertidumbre interpretativa.

Por un planteamiento divergente ha optado el legislador aragonés, en cuanto ha incorporado en el CDFA (art. 75.4) una noción de “hijos a cargo” a todos los efectos de la ruptura matrimonial o extramatrimonial de sus progenitores, atribuyendo tal calificativo, en lo que aquí nos interesa, a los hijos mayores o menores emancipados que se encuentren en situación de dependencia por razón de discapacidad y/o por encontrarse en formación y sin recursos propios para cubrir sus gastos de crianza y educación. En cualquier caso, importa aclarar que el CDFA emplea la expresión “situación de dependencia” en el sentido amplio de falta de autonomía personal y/o patrimonial y, por ende, ajeno la definición técnica formulada la Ley 39/2006 para regular las ayudas a la dependencia.

Por añadidura, el cuerpo legal aragonés incluye una noción de discapacidad a efectos jurídico civiles, identificándola exclusivamente con “aquellas situaciones previsiblemente permanentes que impiden o dificultan a la persona tomar decisiones por sí solas” (art. 34.2). La reforma aragonesa ha acotado así su ámbito de aplicación en torno a aquellas personas cuya discapacidad, ya sea psíquica -las más- o física, les impide o dificulta tomar decisiones por sí solas de modo

3 Ello cuando, como advirtió en su momento MORETÓN SANZ, F.: “De la minusvalía a la discapacidad y dependencia: pasarelas y asimilaciones legales”, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 8, 2007, p. 106, las nociones de discapacidad y de dependencia difieren en su realidad práctica, toda vez que muchas personas con discapacidad (no necesariamente declarada administrativamente) no sufren merma en su autonomía personal y, por tanto, no están en situación de ser calificadas como personas con dependencia. Con todo, más allá de esta apreciación, que personalmente comparto, lo cierto es que no parece ser esta la visión del legislador, sino más bien la contraria, desde el momento en que actualmente se encuentra en fase de tramitación parlamentaria una reforma del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre) que, en lo que aquí interesa, da una nueva redacción a su art. 4.2, al objeto de equiparar las personas con situación de dependencia reconocida en grado I (dependencia moderada) con aquellas que presentan una discapacidad del 33% y las personas con situación de dependencia reconocida en grado II (dependencia severa) y III (gran dependencia) con aquellas que presentan una discapacidad del 65%. Me refiero al Proyecto de Ley 2025 por la que se modifican el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, para la extensión y refuerzo de los derechos de las personas con discapacidad a la inclusión, la autonomía y la accesibilidad universal conforme al artículo 49 de la Constitución Española (URL: https://www.congreso.es/es/proyectos-de-ley/?p_id=initiativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XV&_iniciativas_id=121/000064).

persistente. Solo a tales personas se le deben garantizar las medidas de apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica ex art. 34.3 CDFA. Si, por añadidura, se encuentran en situación de dependencia personal y/o económica, en caso de verse involucradas en la ruptura de sus progenitores serán destinatarias de las concretas medidas previstas a tal efecto por el CDFA, en defecto de acuerdo de los mismos.

III. MEDIDAS JUDICIALES A ADOPTAR EN DEFECTO DE PACTO.

Por lo que hace a las concretas medidas articuladas, el Código civil se ocupa exclusivamente de la incidencia de la ruptura matrimonial en los hijos con discapacidad en dos de sus preceptos: el art. 94.2 y 6 sobre el régimen de visitas y el art. 96.2, sobre atribución del uso de la vivienda familiar. De este modo, el Derecho estatal ofrece a esta cuestión de una regulación más fragmentaria que en Derecho aragonés, donde, con mayor o menor acierto, se ha intentado ofrecer una respuesta integral a la realidad de aquellos hijos con discapacidad que, encontrándose en situación de dependencia respecto de sus progenitores, se ven afectados por su ruptura, ya sea matrimonial o extramatrimonial. El legislador aragonés ha pretendido así garantizarles no sólo su derecho a mantenerse temporalmente en el uso de la vivienda familiar y a relacionarse con el progenitor que no los tenga en su compañía como prevé el Código civil, sino, además, los derechos a seguir conviviendo con sus progenitores -con ambos o con uno de ellos- y a tener cubiertos sus gastos de asistencia.

En cualquier caso, las medidas enunciadas sólo entran en juego en aquellas rupturas a resolver unilateralmente por el juez en defecto de acuerdo de los progenitores. En las rupturas de mutuo acuerdo, ya sean tramitadas judicial o extrajudicialmente, serán estos los que pacten los efectos de la ruptura y, entre ellos, los que estimen oportunos respecto de sus hijos con discapacidad, sin que el art. 90 CC relativo al convenio regulador ni su concordante en el CDFA (el art. 77, sobre el pacto de relaciones familiares) contengan ninguna previsión referida específicamente a tales hijos, más allá de la relativa a la imposibilidad de aprobar judicialmente aquellos acuerdos que puedan resultar dañosos o gravemente perjudiciales a los hijos mayores o menores emancipados en general⁴.

4 Sobre este particular puede traerse a colación, con anterioridad a la reforma del CDFA de 2024, una SJPI núm. 5 de Zaragoza con fecha de 13 julio 2018 (sin publicar) que decreta un divorcio de mutuo acuerdo en el que está implicada una hija de catorce años con una discapacidad media/leve. En lo que aquí interesa, el Juzgado aprueba el pacto de relaciones familiares presentado por los progenitores en el que acuerdan la custodia compartida de la hija hasta que alcance la mayoría de edad. A partir de entonces, se le reconoce a esta la facultad de elegir con quién de los dos pasará a convivir "siempre que su capacidad y desarrollo intelectual permitan a la misma una elección con las suficientes garantías", en cuyo caso el progenitor no conviviente habrá de abonarle una pensión de alimentos, a complementar, en su caso, con los ingresos por trabajo o ayudas públicas que pueda percibir, de resultar insuficientes. De no ser así, y en particular, si

Además, conviene tener presente que, conforme al art. 81 CC -aplicable a todas las Comunidades Autónomas, con o sin Derecho civil propio-, si hay hijos mayores con discapacidad con medidas judiciales de apoyo atribuidas a sus progenitores, la ruptura habrá de solventarse necesariamente por la vía judicial, sea o no de mutuo acuerdo, quedando excluido el recurso al notario y letrado de administración de Justicia en este segundo caso. Con tal previsión se pretende mantener bajo control judicial la resolución de aquellas crisis matrimoniales en las que estén implicados hijos adultos con discapacidad, equiparándolos a tales efectos con los hijos menores no emancipados. Sucede, sin embargo, que se ha adoptado un planteamiento quizá restrictivo en exceso, toda vez que tal solución se ha circunscrito a aquellos casos en que los titulares de la medida de apoyo sean los propios progenitores y, además, siempre que se trate de una medida judicial, cuando -no se olvide- tras la reforma de 2021 tales medidas devienen excepcionales⁵. De ello resulta, por consiguiente, que, cuando el hijo se encuentre bajo una medida judicial a favor de tercero o en caso de que haya otorgado una medida voluntaria a favor de sus progenitores o se encuentre bajo su guarda de hecho -lo más habitual-⁶, los efectos de la ruptura matrimonial -necesariamente de mutuo acuerdo-, y entre ellos, los que le afecten directamente podrán dilucidarse extrajudicialmente, requiriéndose a tal efecto su consentimiento en su condición de mayor de edad (arts. 82 y 87 CC). Ahora bien, cierto que tal proceso podrá devenir en judicial si el notario o el letrado de administración de justicia determinan que alguno de los extremos del convenio regulador -o pacto de relaciones familiares- puede ser dañoso o gravemente perjudicial para el hijo (art. 90.2.4 CC).

Aclarado este aspecto, corresponde ahora examinar cómo han abordado ambos cuerpos legales, Código civil y Código foral aragonés, la incidencia de la discapacidad de los hijos en los efectos derivados de la ruptura de sus progenitores,

cualquiera o ambos progenitores decidiesen instar su incapacitación -en aquel momento todavía vigente-, se optará por una "convivencia compartida".

Tras la reforma, puede mencionarse la SAP de Zaragoza (Sección 2) 368/2025 de 8 octubre que, en contra de la pretensión del padre formulada en demanda de modificación de medidas, mantiene en el uso de la vivienda familiar a un hijo con discapacidad agravada al 81% y a su madre -que se dedica plenamente a su cuidado-, tal y como se acordó en el pacto de relaciones familiares suscrito por ambos progenitores en 2015 por un plazo de veinte años -hasta 1 enero 2036-. La Audiencia basa su decisión en el "interés más necesitado de protección" que -considera- concurre en la madre e hijo, con una situación económica precaria que les impide acceder a otra vivienda aun en régimen de alquiler.

- 5 GÓMEZ VALENZUELA, M. Á.: "Reformas en Derecho de familia", en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE y coord. por P. CHAPARRO MATAMOROS y Á. BUENO BIOT), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 415-416; LINARES NOCI, R.: "Separación, derecho de comunicación y visitas, y el uso de la vivienda familiar", en AA.VV.: *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (dir. por F. LLEDO YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, M. A. EGUSQUIZA BALMASEDA Y F. LÓPEZ SIMO), Dykinson-Fundación Notariado, Madrid, 2022, p. 757; OTERO CRESPO, M.: "Comentarios al art. 81.1 CC", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO Y M. J. MORO ALMARAZ y coord. por I. VARELA CASTRO), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2022, pp. 114-115; y PÉREZ DÍAZ, R.: "La pensión", cit., pp. 338-339.
- 6 Coincide en esta apreciación CHARLEZ ARÁN, C.: *Ruptura del matrimonio con hijos discapacitados. Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación leído 22 de diciembre de 2020*, Zaragoza, 2020, p. 39 (URL: <https://raajl.es/publicaciones/publicaciones-de-la-academia/>).

no sin antes advertir que, según resulta de la lectura de la jurisprudencia, en la práctica la litigiosidad se focaliza en los efectos de carácter patrimonial como son los alimentos debidos a los hijos y el uso de la vivienda familiar⁷. No suele discutirse, en cambio, con quien va a vivir el hijo tras la ruptura -aquí señalar que es la madre la que se suele hacer cargo de su cuidado en exclusiva- ni tampoco cómo se va a comunicar y relacionar con el progenitor con el que deja de convivir -que no es otro que el padre-.

I. Medidas articuladas en el Código civil.

El Código civil, como se ha puesto de relieve, proporciona una respuesta parcial y, en mi opinión, insuficiente a la realidad de los hijos con discapacidad dependientes de sus progenitores. Ciertamente que la Ley 8/2021 revisó el art. 94 a fin de garantizar su relación personal con el progenitor no conviviente e incorporó una nueva previsión al art. 96 para permitirles la continuidad en el uso de la vivienda familiar tras su mayoría de edad. Pero no incluyó ninguna medida para articular su régimen de convivencia con sus progenitores⁸, lo que quizá hubiera sido oportuno para aquellos casos en que tales hijos por razón de su discapacidad no es que tengan dificultades para llevar una vida independiente, sino que no pueden decidir por sí mismos con qué progenitor quieren vivir y estos no se ponen de acuerdo⁹. Y más cuando el Código civil hace depender de esta convivencia los efectos de índole económica como son relativos al uso de la vivienda familiar (art. 96.2) y a la pensión de alimentos (art. 93.2).

A) Régimen de convivencia: La respuesta del Tribunal Supremo en ausencia de previsión legal expresa.

Este vacío normativo¹⁰ en lo que hace al régimen de convivencia a adoptar tras la ruptura matrimonial respecto de aquellos hijos con discapacidad que carecen de autonomía personal y siguen viviendo con sus progenitores no ha impedido, sin embargo, que la cuestión se haya planteado ante los órganos judiciales y que el mismo Tribunal Supremo se haya tenido que pronunciar al respecto.

Me refiero, en concreto, a la STS 769/2025, de 14 mayo que resuelve en sentido estimatorio una demanda de modificación de medidas formulada por

7 Coincide en esta apreciación ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: "La prestación de alimentos de los hijos con discapacidad", Ponencia presentada al Congreso Internacional de Derecho Civil Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca, 2018 (cito del original por cortesía de su autora).

8 Es más, sorprende que no se acometiese una reforma en profundidad del art. 92 CC, a fin de actualizar sus previsiones en materia de guarda y custodia de hijos menores, con un sistema todavía anclado en la preferencia por la custodia individual.

9 A este respecto PÉREZ DÍAZ, R.: "La pensión", cit., p. 340, identifica la cuestión relativa a "quién es la persona a cuyo cuidado va a quedar el hijo" como uno de los pilares sobre los que debe pivotar la resolución del conflicto en caso de ruptura con hijos mayores con discapacidad.

10 Vacío que, con anterioridad a la reforma de 2021, se subsanaba en la práctica judicial mediante la aplicación del art. 92 CC, equiparando a tales efectos los hijos menores de edad con los hijos mayores incapacitados.

un padre en virtud de la cual solicita que se decrete “una convivencia similar a una custodia compartida” respecto de su hijo mayor con discapacidad, quien continúa sujeto a la patria potestad prorrogada de ambos progenitores tras su incapacitación -no revisada todavía- y permanece bajo la custodia individual de la madre desde el divorcio. El Tribunal Supremo sustenta su decisión -que ratifica la adoptada en primera instancia y confirmada en apelación- favorable a la adopción de “un sistema equivalente a la guarda compartida”, en un informe psicológico que constata la capacidad de los dos progenitores para atender las necesidades específicas del hijo, con un CI de un menor de 9-10 años, en contra de lo sostenido por la madre, así como en la propia voluntad de hijo, manifestada en la audiencia, favorable a relacionarse y vivir con ambos. A partir de ahí, y en lo que respecta al concreto sistema de custodia compartida adoptado, este se traduce, tras un primer periodo de adaptación de seis meses, en un sistema de alternancia semanal, con el establecimiento de una visita intersemanal sin pernocta a favor de cada progenitor durante el periodo de convivencia que no le corresponda. De este modo, el Tribunal Supremo resuelve esta concreta problemática relativa al régimen de convivencia de los hijos con discapacidad que dependen de sus progenitores, adoptando una solución que coincide sustancialmente con la prevista en el art. 80 CDFA tras la reforma 2024, al otorgar preferencia a la convivencia compartida, siendo determinantes a tales efectos la opinión del hijo y la emisión de un informe pericial sobre la idoneidad de dicho régimen.

B) Régimen de visitas, comunicación y estancia con el progenitor no conviviente: art. 94.2 CC.

La Ley 3/2021 sí ha decidido mantener el derecho de visita, comunicación y estancia respecto de los hijos mayores con discapacidad contemplado en el art. 94 CC, aunque procediendo a su necesaria reformulación con la finalidad -no plenamente lograda, a mi entender- de adecuarlo a los nuevos postulados en la materia. En concreto, introdujo un aptdo. 2 en el que faculta al progenitor no conviviente a solicitar en el proceso que dilucida la ruptura matrimonial que se establezca “el modo de ejercitar tal derecho”, correspondiendo al juez resolver sobre su procedencia (o no).

Ahora bien, más allá de la plausible finalidad de dicha previsión que se dirige a garantizar, en última instancia, la relación familiar entre padres e hijos en las crisis matrimoniales, conviene no olvidar que los destinatarios de esta medida judicial son ya mayores de edad y que, por tanto, el hecho de relacionarse con el progenitor no conviviente, en principio, depende de su exclusiva voluntad¹¹,

¹¹ Como precisa atinadamente GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Comentario al art. 94 CC”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.): *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 114.

aunque ello pueda tener incidencia en su derecho a alimentos¹². Por ello, como ya he apuntado con anterioridad, no deja de sorprender la fórmula legal finalmente acuñada para delimitar su ámbito subjetivo, en cuanto se están equiparando, cara su adopción, los hijos menores a los hijos mayores con discapacidad que necesiten apoyo para decidir sobre esta cuestión, cualquiera que sea la intensidad del mismo¹³. Más dudoso si cabe, es que, pese a reconocérseles el derecho de audiencia (art. 94.3), en el aptdo. 2 aquí analizado no se haga alusión alguna al principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, cuando, sin embargo, se tiene presente en los aptdos. 4 y 6, referidos respectivamente a la posibilidad excepcional de establecer régimen de visitas en los supuestos de violencia doméstica o de género y al derecho de visitas de abuelos, otros parientes y allegados¹⁴.

Así las cosas, cabe defender que dicho precepto requiere una relectura orientada a circunscribir su aplicación a aquellos hijos con discapacidad que tienen importantes dificultades para comprender y valorar el significado y alcance de sus actos y, por ende, para conformar su voluntad¹⁵. Asimismo, entiendo que el juez, a la hora de decidir si reconoce al progenitor con quien no conviven el derecho a relacionarse con ellos, habrá de atender a su voluntad, deseos y preferencias o, en su caso, a su trayectoria vital ex art. 249.3 CC¹⁶, resultando fundamental a tal efecto el trámite de audiencia. No obstante, tal criterio no opera de manera absoluta, toda vez que el art. 94.3 le faculta para limitar o, incluso, suspenderlo “si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen” -v.g. la existencia de un importante riesgo para la salud o estabilidad emocional del hijo-¹⁷ o el incumplimiento grave y reiterado de los deberes impuestos por la resolución judicial -entre ellos, fundamentalmente, el deber de alimentos-.

12 Sobre esta cuestión me remito a mi trabajo “La incidencia de la falta de relación familiar en los alimentos debidos a los hijos mayores”, *RDC*, núm. 3, 2024, pp. 140-148.

13 En la misma línea se pronuncia PRADOS GARCÍA, C.: “El derecho de visita respecto de los hijos emancipados o mayores de edad que precisen apoyo en la toma de decisiones”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, 2022, p. 366.

14 Advierten, igualmente, de esta omisión -a mi entender, fruto de un descuido del legislador- GÓMEZ VALENZUELA, M. Á.: “Del sistema paternalista de la patria potestad prorrogada y rehabilitada al sistema de apoyo en relación al hijo mayor con discapacidad. Debate en torno a la subsunción del cuidado en la arquitectura de las medidas de apoyo: a propósito de la SAP de Cantabria de 14 de febrero de 2022 (Jur 2022, 88324)”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, 2022, p. 240; y TORRELLES TORREA, E.: “Hijos con discapacidad y régimen de visitas, comunicación y estancia tras la reforma del artículo 94 del Código Civil”, *RCDI*, núm. 791, 2022, p. 1399.

15 En la misma línea se pronuncian GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Comentario al art. 94 CC”, cit., pp. 149-151; y LINARES NOCI, R.: “Separación”, cit., p. 764. Resulta revelador al respecto que la expresión legal “hijos con discapacidad mayores de edad o menores emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión” del vigente art. 94.2 CC sustituye al término “incapacitado” del antiguo art. 94.1 CC.

16 Coincide en esta apreciación GÓMEZ VALENZUELA, M.Á.: “Del sistema”, cit., pp. 241-242. Se refiere exclusivamente a la voluntad, deseos y preferencias OTERO CRESPO, M.: “Comentario al art. 94 CC”, en *AA.VV.: Comentario*, cit., p. 126.

17 No así, en cambio, la situación de discapacidad de los hijos, como observa TORRELLES TORREA, E.: “Hijos”, cit., p. 1392.

C) *Atribución del uso de la vivienda familiar: art. 96.I CC.*

Por lo que hace a las medidas de índole económica, la reforma de 2021 ha centrado su atención en la relativa al uso de la vivienda familiar, dando una nueva redacción más acotada al art. 96 CC, con el propósito de equilibrar los diversos intereses en juego: de una parte, el interés más necesitado de protección que justifica el derecho a mantenerse en su uso de los hijos y cónyuge en cuya compañía queden; y, de otra, el del cónyuge no usuario a que su derecho de propiedad -o copropiedad- no quede vacío de contenido indefinidamente¹⁸. De este modo, en las rupturas con hijos comunes, novedosamente se ha configurado su derecho de uso con carácter temporal, restringiéndolo, como regla, hasta su mayoría de edad (art. 96.I.1), en línea, por lo demás, con la posición sustentada por el Tribunal Supremo ya desde hacía unos años¹⁹.

Pero, junto a ello, el legislador estatal decidió, a mi juicio de modo muy acertado, añadir una disposición específica para los hijos con discapacidad, tratando de solventar una cuestión que había generado gran controversia en la práctica judicial como es la relativa a si su interés debía equipararse al de los hijos menores a los efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar²⁰.

De este modo, como excepción a la extinción automática del uso por la mayoría de edad, en el art. 96.I.2 CC se contempla la posible fijación de un uso adicional para los hijos mayores con discapacidad, pero no de modo generalizado, sino sólo cuando la discapacidad que tengan cumpla una doble condición: que comporte una situación de dependencia respecto de sus progenitores, a tenor de lo dispuesto en la DA 4ª CC ya referida; y haga conveniente su permanencia en el uso de la vivienda

18 No obstante, comparto la crítica formulada por algunos autores (ORDÁS ALONSO, M.: "Luces y sombras de la propuesta de modificación del art. 96 CC prevista en el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, 2019, pp. 36-37; GÓMEZ VALENZUELA, M. Á.: "Reformas", cit., pp. 433-434; OTERO CRESPO, M.: "Comentario al art. 96 CC", en AA.VV.: *Comentario*, cit., pp. 133-134; y ESTELLÉS PERALTA, P.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis de pareja: análisis legal y jurisprudencial del art. 96.I CC y propuestas de *lege ferenda*", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 19, 2023, p. 217) en el sentido de que la reforma ha desaprovechado la oportunidad de incorporar un criterio subsidiario que permita la atribución judicial del uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio, tal y como, por lo demás, admite el art. 81.2 CDFA. Asimismo, sorprende que no haya dado entrada a ningún criterio dirigido a solventar este mismo problema para el caso cada más frecuente de que se decrete judicialmente la custodia compartida, cuestión también resuelta en el art. 81.I CDFA.

19 Sobre este particular hay que remontarse a la STS 624/2011, de 5 septiembre que acuñó la doctrina jurisprudencial, según la cual la subsistencia de la necesidad de habitación de los hijos mayores de edad no constituía un factor determinante para la atribución del uso de la vivienda familiar, debiendo atenderse, en su caso, al interés más necesitado de protección ex art. 96.3 CC. Posteriormente, esta jurisprudencia ha sido consolidada, entre otras, por las SSTS 183/2012 de 30 marzo, 707/2013 de 11 noviembre, 315/2015 de 29 marzo, 604/2016 de 6 octubre, 390/2017 de 20 junio y 527/2017 de 27 septiembre.

20 Como corroboran GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Comentario al art. 96 CC", en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.): *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 152-153; ESTELLÉS PERALTA, P.: "La atribución", cit., p. 244; y PÉREZ LOSA, L.: "Hijos mayores de edad con discapacidad y atribución del uso de la vivienda familiar tras la Ley 8/2021", *Anales de Derecho y Discapacidad*, núm. 7, 2022, pp. 274-275.

familiar²¹, entiéndase ya sea por razones de estabilidad, adaptación o cercanía con su red social o asistencial²². Además, se atribuye *ex lege* carácter temporal a tal derecho de uso, correspondiendo al juez fijar un plazo de duración en atención a las circunstancias concurrentes²³, al igual que prevé el mismo art. 96 en su aptdo. I.I *in fine* respecto de los hijos menores con discapacidad tras alcanzar su mayoría de edad²⁴. Se ha pretendido así restringir la prórroga del uso de la vivienda familiar tras la mayoría de edad de los hijos, reservándola a situaciones de discapacidad muy concretas y por un tiempo limitado a fijar judicialmente²⁵. Tal solución legal responde, sin duda, al propósito, ya referido, de equilibrar los diversos intereses en juego, sin que pueda ya equipararse a tales efectos el interés de los hijos menores con el de los hijos adultos con discapacidad, como venía afirmando, no sin razón, el Tribunal Supremo desde años atrás²⁶.

Interesa reparar, en particular, en la STS 31/2017, de 19 enero que, desvinculándose del criterio jurisprudencial sustentado hasta entonces²⁷, establece, a los efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar, una nítida distinción entre, de una parte, el interés del menor, “que tiende a su protección y asistencia de todo orden”; y de otra, el de la persona con discapacidad, “que se

- 21 Coincide en esta interpretación GÓMEZ VALENZUELA, M. A.: “Reformas”, cit., p. 437. Una lectura similar, que no idéntica, ofrece OTERO CRESPO, M.: “Comentario al art. 96 CC”, cit., p. 139.
- 22 Como precisa GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Comentario al art. 96 CC”, cit. p. 158. Vid. en términos similares ESTELLÉS PERALTA, P.: “La atribución”, cit., p. 237.
- 23 Habida cuenta de la existencia de criterios jurisprudenciales muy divergentes sobre este particular, quizá hubiera sido oportuno que el legislador estatal hubiese fijado un plazo inicial de duración del derecho de uso, sin perjuicio de atribuir a los jueces la facultad de prorrogarlo excepcionalmente de concurrir circunstancias que así lo aconsejasen. Coinciden en esta apreciación ORDÁS ALONSO, M.: “Luces”, cit., p. 38; y ESTELLÉS PERALTA, P.: “La atribución”, cit., p. 247.
- 24 Interesa recordar que el art. 96.I.I CC -tras la reforma de 2021- tras restringir, como regla, el uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente a los hijos y el cónyuge bajo su custodia hasta la mayoría de edad de aquellos, permite excepcionalmente al juez la fijación de un plazo adicional cuando “entre los hijos menores hubiese alguno en situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar” más allá de su mayoría de edad.
- 25 Coinciden en esta lectura ORDÁS ALONSO, M.: “Luces”, cit., p. 57; PÉREZ LOSA, L.: “Hijos”, cit., p. 280; DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: “El uso de la vivienda familiar como compensación del derecho de alimentos. Los hijos menores y mayores con discapacidad (art. 96 CC y su relación con el art. 149 CC)”, *RCDI*, núm. 790, 2022, p. 1075; y ESTELLÉS PERALTA, P.: “La atribución”, cit., p. 237.
- 26 Me permito aquí discrepar de PÉREZ LOSA, L.: *Ibidem*, pp. 281-283; y ESTELLÉS PERALTA, P.: *Ibidem*, pp. 239 y 247, cuando ponen en duda que dicho precepto ofrezca una cobertura suficiente a las necesidades de vivienda de los hijos con discapacidad. Y es que, a mi entender, tal lectura parte de una visión de la discapacidad no plenamente acorde a los parámetros de la Convención NU de 2006. Ello obviamente sin dejar de reconocer que hay determinadas discapacidades que privan a la persona de la debida aptitud para desarrollar una vida independiente y autosuficiente y que, en tal caso, corresponde a sus progenitores -a ambos dos-, en cumplimiento del principio de solidaridad familiar, garantizar debidamente sus necesidades habitacionales en condiciones de estabilidad y accesibilidad, ya sea en su propia vivienda o en otra distinta.
- 27 A este respecto interesa reproducir la siguiente declaración formulada en la STS 325/2012, de 30 mayo: “Los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto [uso de la vivienda familiar], porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.I CC, que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006”. En aplicación de esta doctrina, el Tribunal Supremo mantiene *sine die* en el uso de la vivienda familiar -privativa del padre- a la madre y el hijo mayor con discapacidad bajo su patria potestad prorrogada y custodia; ello pese a que el padre también tiene una discapacidad y la madre es titular de otra vivienda fuera de la localidad donde residen, lo que no deja de ser cuestionable.

dirige a la integración de su capacidad mediante un sistema de apoyos" y, además, "depende de muchos factores" no sólo de su estado físico, mental, intelectual o sensorial y la correcta evaluación del mismo, sino también el acierto en la adopción de los apoyos y la elección de la persona encargada de prestarlos, que "proteja y promueva sus intereses como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales" y respete "su derecho a formar su voluntad y preferencia, que le dé oportunidad de vivir de forma independiente". A partir de esta premisa, y una vez descartado que entre los apoyos que han de garantizarse a una persona con discapacidad, con base en el art. 12 Convención UN de 2006, se encuentre el de mantenerle en el uso de la vivienda familiar tras la ruptura de sus progenitores, por tratarse propiamente de una medida de protección de menores, el Tribunal Supremo considera justificado fijar un límite temporal a dicho uso por parte de los hijos mayores con discapacidad. De no hacerlo, "se impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida, que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad o, al menos, lo reduciría considerablemente, en la medida que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad o desaparezca su situación de dependencia y vulnerabilidad"²⁸. Con base en esta doctrina, en lo que hace al concreto caso enjuiciado, la sentencia reseñada confirma el criterio del juzgador de instancia favorable a restringir a un plazo de tres años el uso de la vivienda familiar -privativa del padre- atribuido a la madre y su hija mayor con una discapacidad que le impedía vivir sola, anticipando así la solución consagrada en el art. 96.1.2 CC en su redacción dada por la Ley 8/2021.

Poco después, la STS 167/2017, de 8 marzo reitera esta doctrina, precisando que "la discapacidad de un hijo mayor de edad puede posibilitar la fijación de una prestación alimenticia [entiéndase, bajo ciertos presupuestos], pero no la atribución de la vivienda familiar". Por lo que hace al caso planteado, el Tribunal Supremo confirma el fallo de segunda instancia estimatorio de una demanda de modificación de medidas formulada por el padre y, en consecuencia, declara el cese del uso de la vivienda familiar -privativa suya- por parte de la madre y del hijo con discapacidad a su cargo. No obstante, dicha decisión no se fundamenta propiamente en la mayoría de edad del hijo, sino en la circunstancia de que el uso de la vivienda no fue atribuido formalmente a la madre en las sentencias de separación y divorcio, sino sólo en el auto de medidas provisionales, que posteriormente no fue ratificado, pese a que en la práctica haya venido disfrutando, junto al hijo, de la vivienda durante más de quince años.

28 Antes de la reforma de 2021, en la doctrina sustentaron esta tesis -que personalmente comparto- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: "Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar en Derecho común", en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCÍA MAYO, M. (coord.): *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2017, p. 76; y CHAPARRO MATAMOROS, P.: "La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en supuestos especiales: atribución al hijo mayor de edad con discapacidad y atribución a otros parientes por razón de la custodia de los hijos menores", *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, núm. 45, 2018 (versión electrónica).

Reproduce, igualmente, esta doctrina la STS 181/2018, de 4 abril, para decretar la extinción del uso de la vivienda familiar -ganancial- atribuido en su momento a la madre y a una hija mayor con discapacidad que se encuentra bajo su patria potestad rehabilitada tras ver modificada judicialmente su capacidad, al haber adquirido aquella otra vivienda en propiedad exclusiva que satisface plenamente las necesidades de alojamiento de ambas.

Junto a tal límite temporal a fijar necesariamente por el juez, la reforma de 2021 incorporó al art. 96 CC una previsión destinada a garantizar el derecho de habitación de los hijos, una vez extinguido el uso de la vivienda familiar -ya sea por alcanzar la mayoría de edad o, en el caso de hijos adultos con discapacidad, por finalizar el plazo adicional concedido con carácter excepcional-, cuando carezcan de independencia económica²⁹. Dicha garantía, recogida en su aptdo. 1.3, se articula a través de la obligación legal de alimentos a la que están vinculados ambos progenitores, siempre que los hijos mayores, con o sin discapacidad, se encuentren en situación de necesidad que no les sea imputable y aquellos puedan prestarlos sin desatender sus propias necesidades ex art. 142 ss. CC. Con este nuevo precepto que desplaza, de modo muy razonable, la cobertura de la necesidad habitacional de los hijos mayores al régimen de los alimentos entre parientes³⁰, el legislador estatal no hizo sino positivar, una vez más, la solución que había sido perfilada por la jurisprudencia en los años anteriores a la reforma, al objeto de contrarrestar los posibles efectos perjudiciales para los hijos derivados de la restricción del uso de la vivienda familiar hasta su mayoría de edad.

En concreto, por lo que hace a los hijos mayores con discapacidad, el Tribunal Supremo adoptó tal criterio jurisprudencial en su ya mencionada Sentencia 31/2017, de 19 enero, en la que, ante situaciones de crisis matrimonial, atribuye a la obligación alimentaria que vincula a ambos progenitores la condición de “forma de protección no discriminatoria al más débil o vulnerable” -como es un hijo adulto con discapacidad grave-, con base en la siguiente argumentación: “Con la mayoría de edad alcanzada por alguno de ellos el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decae automática y definitivamente, y los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación (art. 142 CC)”³¹. Aplicando esta doctrina al caso

29 Como señala certeramente ORDÁS ALONSO, M.: “Lucas”, cit. p. 48, la “independencia económica” debe concebirse, a tales efectos, no tanto como la incorporación al mercado laboral, sino como la autocalidad de sostenerse personalmente.

30 Una cobertura que PÉREZ LOSA, L.: “Hijos”, cit., p. 281, califica, no sin cierta razón, con base en los arts. 146, 147 y 152.2º CC, de “contingente”, en contraste con la atribución del uso de la vivienda familiar.

31 A este respecto interesa aclarar, con ORDÁS ALONSO, M.: “Lucas”, cit. pp. 45-46, que tal doctrina jurisprudencial favorable a desvincular la prestación alimenticia del derecho a usar la vivienda familiar en relación a hijos mayores se remonta a la ya mencionada STS 624/2011, de 5 septiembre. Dicha sentencia formula así la siguiente declaración: “tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 CC, respecto de los hijos mayores que convivan en

enjuiciado -ya descrito con anterioridad-, el Tribunal Supremo reconduce, una vez finalizado plazo de atribución del uso de la vivienda familiar a favor de la madre e hija con discapacidad, la atención a las necesidades de vivienda y alimentación de esta última, en caso de que no pueda atenderlas por sí misma, a la obligación de alimentos que corresponde a ambos progenitores, la cual deberán cumplir en función de sus recursos y medios, y siempre que puedan prestárselos.

Una vez modificado en 2021 el art. 96 CC en los términos indicados, tal criterio se ha visto avalado por la STC 12/2023, marzo, que resuelve en sentido desestimatorio un recurso de amparo interpuesto por una madre ante el cese del derecho de uso a la vivienda familiar decretado judicialmente por haber alcanzado sus hijas la mayoría de edad y no encontrarse en la situación prevista en sus aptdos. I.1. *in fine* y I.2 (“situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar”). El Tribunal Constitucional argumenta a tal objeto que “la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor, tenga la edad que tenga, está desvinculada del derecho a continuar usando la vivienda familiar; pues sus necesidades básicas se satisfacen mediante el derecho de alimentos entre parientes”. No puede entenderse así que los hijos mayores se encuentren en una situación de vulnerabilidad injustificable, ni es razón suficiente para que continúen en el uso de la vivienda familiar, cuando su necesidad de habitación está cubierta con su derecho de alimentos ex art. 142 CC.

Por su parte, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha hecho sino confirmar su doctrina previa a la reforma de 2021, favorable a la limitación temporal del uso de la vivienda familiar por los hijos con discapacidad y a encauzar, en su caso, su necesidad de habitación a través de la obligación legal de alimentos de ambos progenitores, no sin efectuar alguna precisión adicional a la luz de la vigente redacción del art. 96.I CC.

A este respecto resulta de particular interés la STS 757/2024, de 29 mayo, en cuanto ofrece la siguiente lectura de dicho precepto:

“(I) Se refiere a los hijos comunes del matrimonio.

(II) Precisa que la atribución de la vivienda a favor de los hijos menores de edad, lo es hasta que alcancen la mayoría de edad, en cuyo caso dicha asignación queda sin efecto.

el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del CC que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos”.

(III) Se mantiene que la adjudicación del uso de la vivienda familiar es temporal [sin perjuicio de respetar los pactos voluntariamente asumidos por las partes y aprobados por el juez, según matiza en párrafo aparte]³².

(IV) Se fija una regulación específica para el supuesto de que, entre los hijos comunes, ya sean estos menores o mayores de edad, hubiera alguno que se hallase en situación de discapacidad. En tal caso, cabe fijar un uso adicional de la vivienda familiar, de manera tal que no operase la automaticidad de las consecuencias jurídicas de la mayoría de edad.

(V) Una vez extinguido el plazo atributivo del uso, las necesidades del hijo discapacitado, que carezca de independencia económica, deberán ser cubiertas mediante el régimen jurídico de la prestación alimenticia".

Tal como se deduce de la declaración transcrita, hasta aquí la doctrina jurisprudencial coincide plenamente con la lectura que el Tribunal Supremo venía sustentando del art. 96 CC en su redacción anterior a la reforma de 2021. La matización viene dada, sin embargo, respecto al posible uso de la vivienda familiar por los hijos con discapacidad más allá de su mayoría de edad, a tenor de lo dispuesto en el nuevo aptdo. 1.2 de dicho precepto. En este punto, el Tribunal Supremo ratifica su jurisprudencia previa, favorable a una atribución temporalmente limitada, si bien subraya la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes para fijar un plazo adicional de uso, atendiendo, entre otros, a factores como "el grado de discapacidad, las concretas deficiencias intelectuales, mentales, físicas o sensoriales que padezca, la adaptación de la vivienda a sus limitaciones, la proximidad a los centros de atención, asistencia e integración laboral, las posibilidades económicas de los progenitores...". En aplicación de esta doctrina, y por lo que hace al concreto caso enjuiciado, el Tribunal Supremo decreta el cese del uso de la vivienda familiar -ganancial- por parte de la madre y del hijo con capacidad modificada judicialmente -no revisada- y a su cargo, a la par que modifica al alza la pensión de alimentos que venía abonando el padre, dada la situación de mayor precariedad económica de aquellos con unos ingresos mensuales de 883 euros en total.

Posteriormente, acoge esta doctrina la STS 1669/2024 de 12 diciembre para rechazar la pretensión de la recurrente de que se le atribuya ilimitadamente el uso de la vivienda familiar -privativa del padre- una vez que su hijo de quince años con discapacidad -gran dependiente- y bajo su custodia alcanza la mayoría de edad. No obstante lo anterior, sí se pronuncia a favor de establecer un plazo adicional de tres años para el uso por el hijo, contado desde la mayoría de edad, con el fin de garantizar su estabilidad. Todo ello sin perjuicio de que, antes de su vencimiento,

32 Coincido en este punto con ESTELLÉS PERALTA, P.: "La atribución", cit., pp. 244 y 247 cuando defiende la virtualidad de tales pactos en orden a desplazar o modular el tenor del art. 96.I CC.

pueda solicitarse la fijación de un incremento de la pensión alimenticia a cargo del padre, destinado a cubrir las necesidades de habitación del hijo³³.

Por último, interesa reparar en la STS 22/2025, de 7 enero, que aborda una cuestión singular como es la relativa a la eficacia frente a terceros de los pactos de atribución de uso ilimitado de la vivienda familiar. El litigio trae causa de un divorcio de mutuo acuerdo en el que las partes, mediante convenio regulador aprobado judicialmente, pactaron la atribución de la guarda y custodia del hijo con discapacidad -entonces menor de edad- a la madre, así como el uso de la vivienda familiar -privativa del padre- a favor de ambos y sin limitación temporal. Con posterioridad, el padre donó dicho inmueble a su otro hijo, con exclusión expresa del derecho de uso, que se calificó como preferente. Entre tanto, una vez alcanzada la mayoría de edad, el hijo con discapacidad fue judicialmente incapacitado, decretándose la rehabilitación de la patria potestad a favor de la madre. En el año 2020, el hijo donatario vendió la vivienda a una sociedad mercantil mediante escritura pública, en la que esta declaró conocer la existencia del derecho de uso atribuido a la madre y al hijo con discapacidad, si bien se reservó expresamente la facultad de reclamarles la posesión del inmueble adquirido. En ejercicio de dicha facultad, la sociedad mercantil interpone demanda de desahucio por precario contra la madre y el hijo con discapacidad, amparándose en el carácter temporal del derecho de uso ex art. 96.I CC, sin que pueda prolongarse más allá de la mayoría de edad del hijo. Desestimada tal pretensión tanto en primera como en segunda instancia, la entidad demandante formula recurso de casación que también va a ser desestimado por el Tribunal Supremo, por considerar -en contra de lo argumentado por la sociedad propietaria- que los demandados poseen un título que justifica la posesión -el acuerdo suscrito por el progenitor titular exclusivo de la vivienda, que respetó cuando la donó al otro hijo e, igualmente, por este al venderla a la entidad demandante- y, por tanto, no son meros precaristas. El Tribunal Supremo ratifica así su posición favorable a la admisión de los acuerdos entre los progenitores que tienen por objeto la atribución del uso de la vivienda familiar sin limitación temporal vinculada a la existencia de un hijo con discapacidad en situación de dependencia, sin que sea de aplicación en tal caso el art. 96.I.2 CC que se circunscribe a las medidas judiciales a adoptar en defecto de acuerdo.

D) Alimentos debidos a los hijos: art. 93.2 CC.

De los alimentos debidos a los hijos mayores tras la ruptura matrimonial se ocupa específicamente el art. 93.2 CC, cuyo tenor no se ha visto alterado por la

33 No obstante, este ulterior proceso podría evitarse mediante la solución propuesta por PÉREZ LOSA, L.: “Hijos”, cit., p. 282, consistente en proceder ya en el propio proceso de ruptura matrimonial, mediante la realización del oportuno juicio prospectivo, a la fijación del importe de la prestación alimenticia a asumir por los progenitores para cubrir *ad futurum* la necesidad habitacional del hijo mayor de edad con discapacidad, en caso de que esta subsista tras la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar.

reforma de 2021. Puede observarse así que dicho precepto, a diferencia del art. 96, no incluye la discapacidad entre los parámetros a valorar por el juez a la hora de fijar la pensión de alimentos en la misma sentencia que decreta la separación o el divorcio, para, en su lugar, poner el foco de atención en la ausencia de ingresos propios³⁴, a la par que requiere la convivencia con uno de los progenitores en el domicilio familiar³⁵.

Ello no obstante, con un enfoque que personalmente suscribo, el Tribunal Supremo ha matizado el tenor de este precepto respecto a los hijos con discapacidad, teniendo presente sus importantes dificultades para acceder al mercado laboral y, por tanto, para lograr su independencia económica. De este modo, ha interpretado que la potencial o efectiva percepción por un hijo de una pensión pública por razón de su discapacidad no puede equipararse automáticamente y sin matices a la percepción de ingresos propios a los efectos de decretar el cese de los alimentos debidos a los hijos por alcanzar la mayoría de edad. Al contrario, puede estar justificado, según las concretas circunstancias de cada caso, que un hijo con discapacidad siga percibiendo una pensión alimenticia complementaria de sus progenitores -no necesariamente limitada temporalmente-³⁶, a la par que se promueve su integración en el mundo laboral, siempre que sea posible y en la medida en que la situación de necesidad que justifica su percepción no haya sido provocada por su propia conducta³⁷. No cabe, sin embargo, descartar su extinción cuando el hijo tenga un trabajo remunerado que le permita cubrir sus necesidades vitales.

Esta línea jurisprudencial se inició, ya con anterioridad a la reforma de 2021, con la STS 372/2014, de 7 julio que sentó la doctrina según la cual “la situación de discapacidad de un hijo mayor no determina por sí misma la extinción o modificación de los alimentos debidos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos”. Con base en esta doctrina que toma como referencia el art. 93 CC, pero teniendo, asimismo, presente el art. 28.I Convención UN de 2006³⁸, ante una grave situación de

34 Coinciden en esta apreciación NEVADO MONTERO, J. J.: “La crisis de pareja en casa de hijos o progenitores con discapacidad”, *RCDI*, núm. 786, 2021, p. 2449; y PÉREZ DÍAZ, R.: “La pensión”, cit., p. 338.

35 A tal efecto, son varios los autores que propugnan una interpretación amplia -que personalmente suscribo- de la noción “domicilio familiar” en que tiene cabida tanto el domicilio compartido por los progenitores hasta su ruptura como el domicilio de cualquiera de los progenitores con quien convive el hijo tras la ruptura. Por todos, ESTELLÉS PERALTA, P.: “Nuevas”, cit., pp. 239-240.

36 Como advierte PÉREZ DÍAZ, R.: “La pensión...”, cit., p. 339.

37 Una lectura similar de esta jurisprudencia ofrecen DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: “El uso”, cit., p. 1077; y PÉREZ DÍAZ, R.: *Ibidem*, p. 341. Parecen fundar, sin embargo, la continuidad de la pensión de alimentos de los hijos con discapacidad exclusivamente en esta circunstancia ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: “La prestación”, cit.; y ESTELLÉS PERALTA, P.: “La atribución”, cit., p. 237.

38 El art. 28.I Convención NU de 2006 reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda.

discapacidad de los hijos el Tribunal Supremo descarta desplazar en exclusiva la responsabilidad de mantenimiento a los poderes públicos y, por ende, exonerar a los progenitores de toda obligación al respecto. Por todo ello, en relación al concreto caso enjuiciado, decide mantener la pensión alimenticia abonada por un padre a favor de su hijo de veintisiete años con una discapacidad superior al 65% que requiere una “dedicación extrema y exclusiva” -que le brinda la madre con quien convive en situación de guarda de hecho- y sin recursos propios para su manutención, dado que en el momento presente no recibe ayuda pública alguna -aun cuando sea posible perceptor de una pensión por invalidez a cargo de la Seguridad Social-³⁹ ni parece que pueda obtener ingresos de su trabajo por su dificultad para acceder al mundo laboral.

Posteriormente, confirma y desarrolla esta doctrina, la STS 547/2014, de 10 octubre, para pronunciarse, igualmente, en contra de la pretensión de un padre de que se extinga la pensión de alimentos que viene abonando desde su divorcio a favor de sus dos hijos, de de más de treinta años los dos, con una discapacidad superior al 65% y que conviven con la madre. El Tribunal Supremo subraya la necesidad de llevar a cabo una ponderación individualizada de cada caso concreto para decidir sobre la pervivencia o no de la obligación de los progenitores prestar alimentos a los hijos adultos con discapacidad, aun cuando perciban una pensión por parte de la Administración. En este sentido, respecto al supuesto examinado, discrepa del criterio del juzgador de instancia favorable a estimar la demanda de modificación de medidas formulada por el padre a tal objeto, por entender, de una parte, que la pensión no contributiva que perciben ambos hijos por su minusvalía no puede *per se* conducir a la extinción de la pensión por tener el alimentista “ingresos propios”; y, de otra, que su minusvalía constituye un obstáculo importante para acceder al mercado laboral, ya de por si difícil. No obstante lo anterior, sí admite la reducción de su cuantía, en atención a la pensión percibida por los alimentistas y a la disminución de ingresos experimentada por el alimentante por razón de su jubilación.

La misma doctrina reproduce la STS 430/2015, de 17 julio para confirmar la sentencia dictada en primera instancia contraria a decretar la extinción de la pensión alimenticia abonada por un padre a favor de su hija, de veintisiete años, con una discapacidad del 67% y que reside temporalmente en un piso tutelado sufragado entre la Administración y la madre.

Acoge también esta doctrina, no sin algún matiz, la STS 666/2017, de 13 diciembre, para, esta vez, pronunciarse a favor de la extinción de la pensión alimenticia abonada por un padre a favor de su hijo con discapacidad, en

39 Argumento este que esgrimió el padre en su demanda y fue acogido en primera y segunda instancia para declarar la extinción de la prestación alimenticia del hijo.

atención a las especiales circunstancias concurrentes: el padre alimentante tiene una discapacidad física que le impide trabajar y, por tanto, no dispone de recursos suficientes para cumplir la obligación de alimentos una vez cubiertas sus necesidades básicas⁴⁰. Por su parte, el hijo alimentista, de veintisiete años, también tiene una discapacidad física, pero esta no le impide trabajar y, de hecho, desempeña una actividad laboral remunerada. El Tribunal Supremo aclara a tal efecto que la equiparación entre los hijos menores y los mayores con discapacidad convivientes y sin recursos que, resulta de su Sentencia 372/2014, de 7 julio, “no es absoluta”, sino que debe adaptarse a las particulares circunstancias de la persona con discapacidad y valorando si son o no necesarios los apoyos que ofrece la Convención NU de 2006, referidos en este caso a la continuidad de una prestación alimenticia a favor de un hijo mayor.

Con menos desarrollo argumentativo, la STS 181/2018, de 4 abril, decide no sólo mantener sino incrementar la pensión alimenticia abonada por un padre a su hijo mayor con discapacidad desde el divorcio. Cierto que, en esta ocasión, el Tribunal Supremo se limita a dar respuesta al caso que se le plantea, pero de la sucinta descripción de los hechos que consta en dicha resolución no parece desviarse de la pauta marcada por sus sentencias anteriores. Se trata así de un adulto con una minusvalía del 75%, en aquel momento con la capacidad modificada judicialmente y bajo la patria potestad rehabilitada de la madre, con quien convive y que percibe alguna “ayuda externa”.

Tras la reforma de 2021, la STS 1669/2024, de 12 diciembre ratifica esta línea jurisprudencial para rechazar la pretensión de un padre en un proceso de divorcio de que se limite la pensión de alimentos hasta que el hijo menor con discapacidad alcance la mayoría de edad. Y es que, al margen de la incidencia que esta reforma ha tenido en la manera de abordar el tratamiento dispensado a las personas con discapacidad en materia de capacidad jurídica y subsiguiente sistema de apoyos, creo que puede seguir sosteniéndose, como hace el Tribunal Supremo, que “los alimentos de los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que se extienden hasta que alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo”. Tal criterio resulta plenamente aplicable al caso que se dilucida en esta sentencia, en el que se encuentra implicado un menor próximo a la mayoría de edad en situación de gran dependencia declarada administrativamente, pero también, en general, respecto aquellos hijos adultos cuya discapacidad no permite garantizar su independencia

40 En la jurisprudencia menor puede mencionarse la SAP de Valencia (Sección 10) 115/2025, de 24 febrero que deniega la fijación de una pensión de alimentos a cargo del padre a favor de una hija con discapacidad, al ser los ingresos de esta superiores a los de su progenitor.

económica por sus propios medios, ya sea a través de su trabajo o a través de ayudas públicas⁴¹.

En fechas más recientes aborda tangencialmente esta problemática la STS 769/2025, de 14 mayo, en cuanto que, a la par que fija un régimen de convivencia compartida en relación con un mayor con una importante discapacidad que le impide vivir independientemente, impone a ambos progenitores la obligación de cubrir sus gastos ordinarios y extraordinarios por mitad "en lo que no quede cubierto por las ayudas a que tiene derecho".

2. Medidas articuladas en el Código del Derecho Foral de Aragón.

Con un planteamiento divergente, la Ley 3/2024, de 13 de junio, de modificación del Código de Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas ha optado por atribuir al juez, en defecto de acuerdo de los progenitores, la facultad decisoria en orden al régimen de convivencia de los hijos con discapacidad a cargo y, a partir de ahí, al igual que sucede con la custodia de los hijos menores, anudar a esta decisión la relativa a aquellos efectos de índole económica que les afectan.

A) Régimen de convivencia y visitas: art. 80 CDFA.

En el nuevo régimen aragonés en materia de efectos de la ruptura parental, con independencia de a quien corresponda la titularidad de las medidas de apoyo de que dispongan los hijos con discapacidad para ejercer su capacidad jurídica, el Juez habrá de decidir, cuando estén a cargo de sus progenitores por carecen de independencia personal y/o económicas, sobre su régimen de convivencia, que ya no sobre su guarda y custodia⁴². Ello en atención al plan de relaciones familiares que habrá de presentar cada progenitor y a los diversos factores enunciados en el art. 80 CDFA, entre ellos, la opinión de los hijos siempre que tengan suficiente discernimiento -que no su voluntad y preferencias, como, a mi entender, hubiese sido más coherente con los nuevos postulados de la Ley 3/2024 y, por extensión, con los de la Convención NU de 2006-⁴³ modulada con su interés⁴⁴.

41 Con anterioridad a esta sentencia, en la doctrina propugnó el mantenimiento de esta doctrina PÉREZ DÍAZ, R.: "La pensión", cit., pp. 347-348.

42 Coincido en este punto con GÓMEZ VALENZUELA, M. Á.: "Del sistema", cit., pp. 214-215, cuando afirma que la guarda y custodia -con lo que ello implica- carece ya de razón de ser respecto de los hijos mayores con discapacidad, desde el momento en que, no siendo posible la prórroga de la patria potestad o autoridad familiar, lo mismo debe predicarse de la custodia, en cuanto forma parte de su contenido intrínseco.

43 Interesa reparar al respecto en la letra a) del art. 19 Convención UN de 2006 que impone a los Estados partes el deber de asegurar a las personas con discapacidad "la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico".

44 Como hice constar en el Acta de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil núm. 328 de 20 de noviembre de 2023, personalmente considero que hubiera resultado más acorde a la Convención NU de 2006 (artículo 19) tomar en consideración la voluntad y preferencias del hijo con discapacidad afectado por tal medida,

Por lo demás, de acuerdo con la última y sorpresiva modificación de que ha sido objeto este precepto por la Ley 1/2025, de 15 de mayo esta convivencia será preferentemente compartida -con ambos progenitores en periodos alternos-, salvo que el juez estime más conveniente la convivencia individual -exclusivamente con uno de ellos-; en este segundo caso con régimen de comunicación, estancias y visitas para el otro, a fin de promover la participación igualitaria de ambos progenitores en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación paterno filial (art. 75.2).

En cualquier caso, el legislador aragonés no ha definido de forma deliberada el término "convivencia", como tampoco, por lo demás, el de guarda y custodia, correspondiendo así los operadores jurídicos y, en particular, a los órganos judiciales acotar su significado en el concreto ámbito de las crisis familiares. No obstante, sí ha incorporado una previsión dirigida a facilitar esta tarea al juez que haya de adoptar el concreto régimen de convivencia, facultándole a recabar informes de especialistas debidamente cualificados e independientes, ya sean del ámbito sanitario o social.

Por lo que hace a la aplicación práctica de dicho precepto, en ausencia a fecha de hoy de jurisprudencia sobre el nuevo régimen de convivencia atinente a los hijos mayores con discapacidad a cargo, puede traerse a colación la STSJ de Aragón 11/2024, de 22 noviembre, que se pronuncia sobre el régimen de custodia a fijar respecto de una hija con una discapacidad del 47% y muy próxima a la mayoría de edad. Esta sentencia reviste especial interés, toda vez que se pronuncia sobre el valor a otorgar a la opinión de los hijos con discapacidad a la hora de resolver este extremo, para lo que toma como referencia lo dispuesto en el art. 80.2 CDFA. Sienta así la doctrina según la cual su opinión no puede ser considerada como un factor absolutamente determinante, sino que debe ser valorada conjuntamente con los demás factores enunciados en dicho precepto; y, en cualquier caso, la relevancia a darle estará en función de la capacidad de comprensión y madurez del hijo. Aplicando esta doctrina al caso enjuiciado, el Tribunal Superior confirma el criterio de la Audiencia favorable a atribuir la custodia individual al padre, en atención a la opinión de la hija todavía menor favorable a esta solución, en cuanto se ha considerado que tenía "madurez suficiente", pero no de modo absoluto, sino puesta en relación con otros parámetros, a saber: el aval de los responsables de su centro educativo, la actitud de la madre opuesta a su autonomía y la opinión del otro hermano menor también favorable a la custodia paterna. A la par establece

que no su mera opinión y más desde el momento en que, tratándose de una persona mayor de edad, ya no rige el derecho-deber de convivencia que existe respecto de los hijos menores de edad conforme al art. 65.1ª CDFA. Por lo demás, entiendo que la referencia aquí al "interés" debe identificarse con "lo que objetivamente sea mejor para la dignidad, los derechos e intereses" de la persona con discapacidad" ex art. 37.2 CDFA.

a favor de la madre un régimen de visitas consistente en fines de semana alternos y un día intersemanal sin pernocta.

B) Atribución del uso de la vivienda familiar: art. 81 CDFA.

Con base en lo anterior, en Derecho aragonés se ha entendido que el régimen de convivencia de los hijos mayores con discapacidad debía proyectarse sobre las demás medidas derivadas de la ruptura que adopte el juez respecto a ellos, en particular, en lo que atañe el uso de la vivienda familiar y la contribución a los gastos derivados de su asistencia.

Así, en el art. 81 CDFA la atribución judicial del uso de la vivienda familiar -en todo caso, limitada temporalmente-⁴⁵ se hace depender del régimen de convivencia, compartida o individual, por el que opte el juez. Los criterios de atribución del uso se han mantenido, no obstante, inalterados, tal y como se articularon en su momento en virtud de la Ley 2/2010 de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.

De este modo, de fijarse una convivencia compartida, a tenor de lo dispuesto en el art. 81.1 CDFA, el criterio preferente para la atribución del uso de la vivienda familiar es el “de mayor dificultad objetiva de uno de los progenitores para acceder a una vivienda”, considerando la jurisprudencia determinante a tales efectos tanto la desigual situación económica de los progenitores como el hecho de que uno de ellos carezca de vivienda mientras que el otro sea titular de una segunda vivienda (STSJ de Aragón, Sala de lo Civil y penal núm. 32/2013, de 11 de julio)⁴⁶. De no resultar aplicable este criterio se faculta al juez a decidir el destino -que no solo la atribución del uso- de la vivienda familiar en función del “mejor interés para las relaciones familiares”; criterio éste muy genérico que deja en manos del Juez el destino de la vivienda familiar -ya sea la atribución de su uso a uno a ambos progenitores o, incluso, su venta-, lo que, a mi entender, exige una resolución debidamente fundada que atienda a la concreta situación familiar existente en

45 El art. 81.3 CDFA dispone, en términos taxativos, que la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores “debe tener” necesariamente una limitación temporal, a fijar por ambos de mutuo acuerdo (STSJ de Aragón. 8/2015, de 17 febrero) o, en su defecto, por el juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia (SSTSJ de Aragón 1/2013 de 4 de enero y 27/2014 de 18 julio). Esta limitación temporal se justifica, de acuerdo con la jurisprudencia, en la necesidad de eludir conflictos entre los progenitores y de no lesionar el interés del progenitor no adjudicatario del uso en el caso de que sea propietario o copropietario de la vivienda familiar (STSJ de Aragón 33/2014 de 21 octubre). Por añadidura, dicha limitación requiere el señalamiento de un plazo por parte del Juez, sin esperar necesariamente a la mayoría de edad de los hijos (SSTSJ Aragón 1/2013 de 4 enero, 33/2014 de 21 octubre y 25/2016 de 14 octubre).

46 La STSJ de Aragón 32/2013, de 11 julio deniega la venta de la vivienda familiar -consorcial- solicitada por el padre, para, en su lugar, atribuir su uso durante cinco años a la madre y la hija menor -en régimen de custodia compartida- en atención a la peor situación económica de aquella, ya que, aunque ambos progenitores se encuentran en situación de desempleo, el padre ha percibido una elevada indemnización por despido improcedente, circunstancia que no concurre en la madre, quien, además, carece de posibilidad de disponer de otra vivienda.

el momento de la ruptura a fin de conjugar los diferentes intereses atendibles en la unidad familiar y entre ellos, y como prioritario, el interés de los hijos con discapacidad a cargo⁴⁷.

En caso de optar por la convivencia individual con uno de los progenitores, conforme al art. 81.2 CDFA, también son dos los criterios a los que habrá de atender el juez a fin de decidir acerca de la atribución del uso de la vivienda familiar. El primero de ellos radica en otorgar el uso al progenitor a quien corresponda convivir individualmente con el hijo con discapacidad. Subsidiariamente se opta por el criterio de atribución al progenitor no conviviente, fundado, de nuevo, en el “mejor interés para las relaciones familiares”. Nos encontramos así, de nuevo, con una fórmula legal un tanto imprecisa, cuya aplicación ciertamente posibilita un amplio arbitrio judicial, pero que, a mi entender, exige una ponderada valoración de la concreta situación familiar existente en cada caso, a fin de que alcanzar el debido equilibrio entre los diferentes intereses implicados, tanto el de los hijos a cargo de tener sus necesidades de habitación debidamente cubiertas como el de ambos progenitores, conviviente y no conviviente⁴⁸.

Por lo que hace al tratamiento jurisprudencial de esta cuestión, interesa reparar en la STSJ de Aragón 14/2025, de 8 octubre que, en un divorcio en el que se ve implicada una hija de treinta y dos años con una discapacidad del 70%, deniega la atribución del uso de la vivienda familiar -consorcial- tanto a la hija y a la madre con la que convive -al ser cotitulares de otra vivienda adaptada a sus necesidades- como al padre no conviviente, pese a encontrarse este último en situación de desempleo y a reconocerse en la propia resolución que la búsqueda de una solución habitacional le supondrá una merma de sus ingresos. El Tribunal Superior opta así, con un planteamiento que comparto parcialmente, por no aplicar ninguno de los criterios enunciados en el art. 81.2 CDFA para los supuestos de convivencia individual. Me parece así razonable denegar el uso de la vivienda familiar a la madre conviviente, en cuanto dispone de otra vivienda que, además, resulta apta para la hija, pero no tanto su decisión de no atribuirlo temporalmente al padre no conviviente en aplicación del criterio del mejor interés para las relaciones familiares o, al menos, acordar su venta como le permite el art. 81.4

47 No obstante, como escribí en otro lugar (“La atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar en caso de ruptura de la convivencia en Derecho aragonés: Una relectura de los arts. 77 y 81 CDFA a la luz de la jurisprudencia”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. XXI-XXII, 2015-2016, p. 71, según resulta del examen de la jurisprudencia, lo cierto es que los órganos judiciales aragoneses acuden muy excepcionalmente a este criterio subsidiario y ello fundamentalmente para atribuir el uso de la vivienda familiar a uno o ambos progenitores y en muy escasas ocasiones para autorizar su venta.

48 Ahora bien, según puede leerse en mi artículo “La atribución”, cit., pp. 72-73, de los dos criterios enunciados es, sin duda, el primero de ellos el de aplicación prioritaria, por no decir prácticamente exclusiva, por parte de los órganos judiciales aragoneses.

CDFA⁴⁹, cuando, en mi opinión, ello estaría plenamente justificado en atención a las concretas circunstancias de esta familia⁵⁰.

C) Gastos de asistencia de los hijos: art. 82 CDFA.

También la manera en que los progenitores han cubrir los gastos de asistencia de los hijos tras su ruptura y, en particular, los gastos ordinarios⁵¹ se hace depender del concreto régimen de convivencia, compartida o individual, de los hijos con discapacidad a cargo que fije el juez. Así, el art. 82.3 CDFA le faculta para determinar si tales gastos deben ser asumidos de forma compartida o separada por los progenitores, en atención al régimen de convivencia adoptado, pudiendo asimismo establecer, si lo estima necesario, un pago periódico; ello, en todo caso, con arreglo al principio de proporcionalidad que rige en esta materia ex art. 82.2 del mismo cuerpo legal⁵².

Con base en esta previsión legal, en caso de atribuirse la convivencia compartida a ambos progenitores, los gastos de manutención y alojamiento corresponderán al progenitor conviviente en el periodo que se generen, aunque sean pagados con posterioridad al momento de nacimiento de la obligación de abono. Por su parte, los demás gastos ordinarios, tales como los derivados del centro de atención o formación al que acuda el hijo serán abonados por ambos progenitores conforme al principio de proporcionalidad⁵³. En cambio, de optarse por un régimen de convivencia individual, la fórmula para dar cumplimiento a la obligación de los

49 Como alternativa a la atribución del uso, el art. 81.4 CDFA reconoce al juez la facultad de acordar la venta de la vivienda familiar como alternativa a la atribución de su uso, siempre que concurren dos presupuestos. En primer lugar, "que el uso de la vivienda familiar sea a título de propiedad de los progenitores", entendiéndose en el sentido de que sea consorcial (SAP de Zaragoza, Sección 4, 296/2013, de 28 junio). Y, en segundo término, "que su venta sea necesaria para garantizar unas adecuadas relaciones familiares y para que cada progenitor pueda hacer frente a sus necesidades de alojamiento y las de sus hijos", entendiéndose en el sentido de restringir, en principio, tal facultad judicial a los supuestos de custodia o convivencia compartida (STSJ de Aragón 1/2013, de 4 enero). Un análisis más detallado de este precepto puede consultarse en mi trabajo "La atribución", cit., pp. 89-96).

50 Por lo que hace a la jurisprudencia menor, interesa reparar en la SAP de Zaragoza (Sección 2) 4/2023, de 9 enero que, con base en el régimen anterior a la reforma de 2024, atribuye a una hija con discapacidad del 61% y su madre con la que convive el uso de la vivienda familiar durante dos años, siendo irrelevante a estos efectos que esta ostente la curatela asistencial de la hija, sujeta a revisión en el plazo de tres años, por pertenecer ambas medidas -uso de la vivienda familiar y curatela- a ámbitos distintos. Tras la reforma de 2024, puede mencionarse la SAP de Zaragoza (Sección 2) 197/2025 de 21 abril que atribuye a una hija con discapacidad del 76% y su madre con la que convive el uso de la vivienda familiar -consorcial- adaptada a sus necesidades durante un año y medio; ello, a expensas que, una vez transcurrido dicho plazo, ocupen ambas otra vivienda de su propiedad, cuyo uso es ahora detentado gratuitamente por el padre.

51 En cualquier caso, interesa recordar, con base en la jurisprudencia (entre otras, SSTSJ de Aragón 13/2013 de 27 febrero y 22021 de 12 febrero), que tales gastos ordinarios incluyen los de alojamiento, manutención, educación, vestido y sanitarios; estos últimos, siempre que estén cubiertos por un seguro, ya que, de no ser así, se califican de extraordinarios necesarios.

52 De acuerdo con el art. 82.2 CDFA, la contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de asistencia de los hijos habrá de fijarse por el juez en atención, de una parte, a las necesidades de los hijos; y de otra, a los recursos económicos de cada uno de los progenitores y de los propios hijos.

53 De acuerdo con jurisprudencia reiterada (entre otras, SSTSJ de Aragón, 11/2020 de 27 mayo, 12/2022 de 18 mayo y 14/2025 de 8 octubre), el juicio de proporcionalidad corresponde a los tribunales de instancia y sólo puede ser corregido en casación cuando se aprecie que es manifiestamente arbitrario o ilógico.

progenitores de contribuir a los gastos ordinarios se traducirá en fijar una pensión de alimentos a satisfacer mensualmente por el progenitor no conviviente⁵⁴.

De ambas fórmulas descritas, la lectura de la jurisprudencia revela que en la práctica los tribunales aragoneses se decantan de manera predominante por la segunda, en cuya virtud se impone al padre no conviviente la obligación de satisfacer, con carácter indefinido, una pensión dirigida a dar cobertura de las necesidades de los hijos mayores de edad con discapacidad que carecen de independencia económica y, en no pocas ocasiones, también personal, y que siguen conviviendo con la madre tras la ruptura. A tales efectos, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón reserva la condición de “hijos a cargo” a aquellos hijos con discapacidad que, aun siendo perceptores de ingresos del trabajo o ayudas públicas, no alcanzan a cubrir sus necesidades vitales, alineándose así con la doctrina del Tribunal Supremo sobre el art. 93.2 CC, ya referida.

Como exponentes de esta jurisprudencia podemos mencionar la STSJ de Aragón 24/2013, de 17 junio que mantiene la prestación de alimentos abonada por un padre desde su divorcio a un hijo mayor de veintiséis años y con una discapacidad del 97%, debido a la insuficiencia de los ingresos (650 euros mensuales) que percibe procedentes de una prestación de incapacidad y un empleo a tiempo parcial; la STSJ de Aragón 29/2014, de 25 septiembre que decreta el cese de la pensión de alimentos abonada por un padre desde el divorcio a una hija adulta con una discapacidad del 66%, al contar esta con un trabajo de carácter indefinido que le reporta ingresos equiparables al salario mínimo interprofesional; y, ya posterior a la reforma de 2024, la STSJ de Aragón 14/2025, de 8 octubre que, en un proceso de divorcio, fija una pensión de alimentos a abonar por un padre a favor de su hija mayor con una discapacidad del 70% que percibe una prestación pública de 500 euros mensuales⁵⁵.

54 En la jurisprudencia menor tal es el supuesto abordado en la SAP de Zaragoza (Sección 2) 368/2025 de 8 octubre que desestima la pretensión de un padre -formulada vía demanda de modificación de medidas- de que se reduzca la pensión de alimentos que viene abonando a favor de su hijo con discapacidad desde el divorcio, alegando. La Audiencia rechaza su pretensión, por entender que no concurren circunstancias relevantes que justifiquen tal modificación y menos a la baja. Cierto que al demandado se le ha reconocido una incapacidad laboral permanente, pero ello no ha supuesto una merma de sus recursos económicos. Por su parte, el hijo ha visto alterada su situación de discapacidad a peor, en cuanto se ha elevado al 81%, reconociéndosele la condición de gran dependiente, si bien percibe una prestación PIA de 455,40 euros al mes.

55 En la jurisprudencia menor puede mencionarse la SAP de Zaragoza (Sección 2) 209/2022 de 15 junio que reduce el montante de la pensión de alimentos abonada desde el divorcio por un padre a su hijo mayor con discapacidad del 65%, en atención a sus respectivos recursos económicos: el hijo, 364 euros en concepto de pensión no contributiva y el padre, 711 euros en concepto de pensión por desempleo; y la SAP de Zaragoza (Sección 2) 197/2025 de 21 abril que, en un proceso de divorcio, fija una pensión de alimentos a abonar por un padre a su hija con una “importante” discapacidad que percibe una prestación asistencial de 500 euros mensuales.

Por su parte, el reparto de los gastos extraordinarios⁵⁶ se sigue haciendo depender, en cuanto a los extraordinarios necesarios, de los recursos económicos de que disponga cada progenitor; y, en cuanto a los extraordinarios no necesarios, de los acuerdos a los que lleguen los progenitores o, en su defecto, de la decisión en la realización del gasto (art. 82.4 CDFA).

IV. LA POSIBLE ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE APOYO EN PREVISIÓN A LA MAYORÍA DE EDAD: ART. 91.2 CC VS. ART. 79.I CDFA.

No puede cerrarse este trabajo sin ofrecer un breve comentario acerca de una cuestión que, aunque ajena a los efectos derivados de la ruptura parental, novedosamente puede solventarse en el mismo proceso como es la adopción de medidas de apoyo respecto de aquellos hijos que se encuentran próximos a la mayoría de edad.

Como es sabido, tal posibilidad fue incorporada en el Código Civil por la Ley 8/2021 y posteriormente en el Código foral aragonés por la Ley 3/2024. En particular, ambos cuerpos legales (art. 91.2 CC y 79.I, 2ª parte CDFA) puestos en relación con el art. 770.8 LEC centran su atención en aquellos hijos menores entre dieciséis y dieciocho años respecto de los cuales se prevea que van a necesitar apoyo tras su mayoría de edad. A tal efecto, se faculta al juez que conoce de los efectos de la ruptura parental⁵⁷ para que, de manera complementaria, en la misma resolución adopte “la medida [judicial] que corresponda”⁵⁸, con eficacia a partir del momento en que el menor alcance la mayoría de edad.

Cierto que con tal previsión se ha pretendido anticipar la medida judicial a que *ad futurum* va a estar sujeto ese menor por necesitar apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica⁵⁹ y, por tanto, no posponer el correspondiente procedimiento

56 Por gastos extraordinarios puede entenderse, de acuerdo con la STSJ de Aragón 2/2021, de 12 febrero y en ausencia de noción legal, “aquellos que exceden de lo común, no tienen una periodicidad prefijada, por cuanto dimanar de acaecimientos de difícil o imposible previsión, y son variables en el tiempo y en su cuantía”. De la definición transcrita se infiere la existencia de tres notas caracterizadoras del gasto extraordinario: 1º) la imprevisibilidad; 2º) la falta de habitualidad; y 3º) la variabilidad. Ahora bien, como advierten los propios órganos judiciales, su variedad es tal que hace imposible su exacta determinación anticipada. A partir de ahí, pueden calificarse de gastos extraordinarios necesarios los que deben ser atendidos inexorablemente en orden al cuidado, desarrollo y formación en todos los órdenes de los hijos, particularmente los gastos sanitarios no cubiertos por un seguro médico público o privado; y de extraordinarios no necesarios los que se asumen en función de la capacidad económica de los progenitores tras la ruptura y que, por tanto, se puede prescindir de ellos sin menoscabo para los hijos

57 Nótese la falta de coincidencia existente al respecto entre ambos cuerpos legales, toda vez que, mientras el art. 91.2 CC utiliza el verbo “resolverá” del que parece desprenderse el deber del juez de pronunciarse sobre esta cuestión, el art. 79.I, 2ª parte CDFA se ha decantado por el verbo “podrá acordar” del que resulta su carácter facultativo.

58 En Derecho estatal una curatela o un defensor judicial, según se prevea que *ad futurum* va a necesitar apoyo continuado u ocasional o recurrente; y en Derecho aragonés una curatela en cualquiera de sus modalidades -de comunicación y acompañamiento, asistencial y/o con facultades de representación-.

59 Entiéndase, siempre que el menor no haya otorgado una medida voluntaria de apoyo, posibilidad esta -ciertamente poco probable en la práctica- que contempla el art. 254 CC a partir de los dieciséis años y el art. 168 CDFA a partir de los catorce años.

de apoyos a que alcance la mayoría de edad, quedando en el ínterin bajo el paraguas de la protección que le dispensa ya sea la patria potestad (CC) o la autoridad familiar (CDFA)⁶⁰; instituciones que ya no admiten prórroga, con buen criterio, en el nuevo sistema de apoyos.

Ahora bien, más allá de esta justificación, dicha previsión legal suscita ciertas reservas en cuanto a su coherencia con los principios rectores del nuevo sistema de apoyos⁶¹. En efecto, aun cuando dicha solución pueda ampararse en razones de economía procesal y permita dejar solventada de antemano la cuestión relativa a los apoyos a prestar al hijo una vez extinguida la patria potestad o autoridad familiar, está exigiendo del juez la realización de un juicio anticipado sobre las necesidades futuras de apoyo del hijo. Esta anticipación, a mi entender, presenta difícil encaje con los principios de necesidad/proporcionalidad y temporalidad/necesaria revisión que inspiran ambas reformas, quizá con una salvedad referida a aquellos hijos que, ya desde menores, tienen una grave discapacidad sin posibilidades de mejoría que les hace depender absolutamente de sus progenitores⁶². Ello, además, tiene lugar en una suerte de proceso híbrido, en el que habrán de aunarse los trámites propios de la ruptura con las garantías que deben respetarse en los procesos de provisión de medidas de apoyo⁶³. Por todo lo cual considero que dicha previsión ha de interpretarse restrictivamente en el sentido de aplicarse sólo en aquellos casos -los más- en que la medida judicial de apoyo vaya a ser ejercida por los progenitores, que no por terceros⁶⁴.

V. CONCLUSIONES.

En atención en lo hasta aquí expuesto y a modo de colofón del presente estudio sobre la incidencia de la ruptura parental en los hijos mayores con discapacidad en los Derechos civil estatal y aragonés, cabe formular las siguientes consideraciones finales.

I^a.- El tratamiento que dispensan el Derecho civil estatal y el Derecho civil aragonés a esta cuestión dista de ser coincidente. Mientras que el Código Civil ofrece una regulación muy fragmentaria enfocada principalmente en el uso de la

60 En otras palabras, se pretende dar continuidad a la asistencia y apoyo de aquellos hijos con discapacidad próximos a la mayoría de edad durante la ruptura parental, de acuerdo con GÓMEZ VALENZUELA, M. Á.: "Del sistema", cit., p. 203.

61 Vid., igualmente, en términos de valoración negativa GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Comentario al art. 91 CC", en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.): *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 141-143.

62 Suscribo así la afirmación de GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *Ibidem*, p. 142, según la cual el legislador estatal contempla precisamente este supuesto.

63 A este respecto OTERO CRESPO, M.: "Comentario al art. 91.II CC", en AA.VV.: *Comentario*, cit., p. 120, propone *de lege ferenda* la articulación de un proceso sumario *ad hoc* para la adopción de medidas de apoyo, activable si la necesidad de apoyo surge en el momento del tránsito a la mayoría de edad.

64 Coincido en este punto con OTERO CRESPO, M.: *Ibidem*, p. 121.

vivienda familiar y el régimen de visitas, el Código del Derecho Foral de Aragón intenta aportar una respuesta integral que contempla adicionalmente el régimen de convivencia y los gastos de asistencia.

2ª.- Por lo que hace a su ámbito subjetivo, ambos Ordenamientos centran su atención en los hijos mayores con discapacidad que carecen de autonomía o independencia respecto de sus progenitores, si bien difieren a la hora de delimitar esta situación. Así, mientras el Código civil carece de una fórmula legal uniforme, exigiendo distintos requisitos según la concreta medida judicial a adoptar en las crisis matrimoniales, el Código foral aragonés (art. 75.4) adopta un concepto unificado de “hijos a cargo” a todos los efectos derivados de la ruptura, matrimonial y no matrimonial.

3ª.- Dado que el Código Civil no incluye ninguna medida específica para articular el régimen de convivencia de los hijos adultos con discapacidad, el Tribunal Supremo ha tenido que pronunciarse al respecto, fijando un régimen equiparable a la custodia compartida (STS 769/2025, de 14 mayo). En cambio, el CDFA (art. 80) faculta de manera expresa al juez para que decida sobre el régimen de convivencia de los hijos con discapacidad a cargo en defecto de acuerdo de sus progenitores, a la par que opta por atribuir preferencia a la convivencia compartida.

4ª.- Ambos Ordenamientos civiles, estatal y aragonés, presentan enfoques divergentes respecto al régimen de visitas, comunicación y estancia del hijo mayor con discapacidad con el progenitor no conviviente. El Código Civil aborda esta cuestión de forma aislada (94.2), para configurarlo como un derecho del progenitor a solicitar al juez cuando el hijo mayor con discapacidad “precisa apoyo para tomar la decisión”, prescindiendo de la voluntad, deseos y preferencias de este último. En cambio, el Código foral aragonés el Código Foral de Aragón (art. 80) la integra dentro del régimen de convivencia de los hijos con discapacidad a cargo, en particular, como un efecto derivado de la atribución de la convivencia individual.

5ª.- Mientras que el Código Civil (art. 96.1) contempla la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos mayores con discapacidad como una prórroga excepcional y adicional frente a la extinción automática que implica la mayoría de edad, el Código del Derecho Foral de Aragón (art. 81) la vincula directamente al régimen de convivencia, compartida o individual, que fije el juez respecto de los hijos con discapacidad a cargo, a la par que la configura con carácter necesariamente temporal.

6ª.- En materia de alimentos debidos a los hijos tras la ruptura, el Código Civil (art. 93.2) carece de previsión específica sobre los hijos con discapacidad para, en su lugar, asimilarlos a los restantes hijos mayores edad, al supeditar la concesión

de la pensión alimenticia exclusivamente a la acreditación de su “falta de recursos propios”. En cambio, el Código Foral de Aragón (art. 82) otorga un tratamiento singularizado a esta realidad, acudiendo para ello a la noción de “gastos de asistencia” que los progenitores deben asumir respecto de sus “hijos a cargo” en atención al régimen de convivencia, compartida o individual, fijado.

7ª.- Aunque el Código Civil (art. 91.2) y el Código Foral aragonés (art. 79.1) permiten adoptar en el proceso de ruptura parental medidas de apoyo anticipadas para menores próximos a la mayoría de edad por razones de economía procesal, dicha anticipación resulta difícilmente conciliable con los principios de necesidad/proporcionalidad y temporalidad/necesaria revisión que rigen el nuevo sistema de apoyos. Por ello, parece oportuno interpretar tal previsión de forma restrictiva, limitando su aplicación a aquellas situaciones de discapacidad grave e irreversible de los hijos en que los progenitores vayan a continuar ejerciendo el apoyo.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: “La prestación de alimentos de los hijos con discapacidad”, Ponencia presentada al *Congreso Internacional de Derecho Civil Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca*, 2018 (cito del original).

CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en supuestos especiales: atribución al hijo mayor de edad con discapacidad y atribución a otros parientes por razón de la custodia de los hijos menores”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 45, 2018 (versión electrónica).

CHÁRLEZ ARÁN, C.: *Ruptura del matrimonio con hijos discapacitados. Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación leído 22 de diciembre de 2020*, Zaragoza, 2020 (URL: <https://raajl.es/publicaciones/publicaciones-de-la-academia/>).

COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL: *Actas correspondientes a la elaboración del Anteproyecto de modificación del Código del Derecho foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas: actas 281 a 330* (inéditas).

DE LA IGLESIA MONJE, M. I. “El uso de la vivienda familiar como compensación del derecho de alimentos. Los hijos menores y mayores con discapacidad (art. 96 CC y su relación con el art. 149 CC)”, *RCDI*, núm. 790, 2022.

ESTELLÉS PERALTA, P.:

- “La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis de pareja: análisis legal y jurisprudencial del art. 96.I CC y propuestas de *lege ferenda*”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 19, 2023.
- “Nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de percepción de alimentos por la descendencia mayor de edad. Especial referencia a los hijos e hijas con discapacidad”, *RDC*, núm. 4, 2022.

GÓMEZ VALENZUELA, M. Á.:

- “Del sistema paternalista de la patria potestad prorrogada y rehabilitada al sistema de apoyo en relación al hijo mayor con discapacidad. Debate en torno a la subsunción del cuidado en la arquitectura de las medidas de apoyo: a propósito de la SAP de Cantabria de 14 de febrero de 2022 (Jur 2022, 88324)”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, 2022.
- “Reformas en Derecho de familia”, en AA.VV., *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, obra colectiva (dir. por J.R.

DE VERDA Y BEAMONTE y coord. por P. CHAPARRO MATAMOROS y Á. BUENO BIOT, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: "Comentario a los artículos 91, 94 y 96 CC", en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.): *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: "Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar en Derecho común", en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCÍA MAYO, M. (coords.): *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2017.

LINARES NOCI, R.: "Separación, derecho de comunicación y visitas, y el uso de la vivienda familiar", en AA.VV., *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, obra colectiva (dir. por F. LLEDO YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, M. A. EGUSQUIZA BALMASEDA y F. LÓPEZ SIMÓ), Dykinson-Fundación Notariado, Madrid, 2022.

LÓPEZ AZCONA, A.:

- "La atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar en caso de ruptura de la convivencia en Derecho aragonés: Una relectura de los arts. 77 y 81 CDDA a la luz de la jurisprudencia", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. XXI-XXII, 2015-2016.
- "La incidencia de la falta de relación familiar en los alimentos debidos a los hijos mayores", *RDC*, núm. 3, 2024.

MORETÓN SANZ, F.: "De la minusvalía a la discapacidad y dependencia: pasarelas y asimilaciones legales", *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 8, 2007.

NEVADO MONTERO, J. J.: "La crisis de pareja en casa de hijos o progenitores con discapacidad", *RCDI*, núm. 786, 2021.

PRADOS GARCÍA, C.: "El derecho de visita respecto de los hijos emancipados o mayores de edad que precisen apoyo en la toma de decisiones", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, 2022.

ORDÁS ALONSO, M.: "Luces y sombras de la propuesta de modificación del art. 96 CC prevista en el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, 2019.

OTERO CRESPO, M.: "Comentarios a los arts. 81.I, 94 y 96 CC", en AA.VV., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO y M. J. MORO ALMARAZ y coord. por I. VARELA CASTRO), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2022.

PÉREZ DÍAZ, R.: "La pensión de alimentos de los hijos mayores con discapacidad en caso de crisis matrimoniales", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, 2022.

PÉREZ LOSA, L.: "Hijos mayores de edad con discapacidad y atribución del uso de la vivienda familiar tras la Ley 8/2021", *Anales de Derecho y Discapacidad*, núm. 7, 2022.

TORRELLES TORREA, E.: "Hijos con discapacidad y régimen de visitas, comunicación y estancia tras la reforma del artículo 94 del Código Civil", *RCDI*, núm. 791, 2022.



LA RESPUESTA DEL DERECHO CIVIL ANTE LA
VIOLENCIA VICARIA: POR UNA MEJORA DE LA
PROTECCIÓN FAMILIAR INTEGRAL DE LAS MUJERES Y
DE LOS MENORES EN SITUACIÓN DE PELIGRO

*THE CIVIL LAW RESPONSE TO VICARY VIOLENCE: TOWARDS
AN IMPROVEMENT IN THE COMPREHENSIVE FAMILY
PROTECTION OF WOMEN AND CHILDREN IN DANGER*

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp.116-149

Laura
FERNÁNDEZ
ECHEGARAY

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de junio de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2026

RESUMEN: El legislador español ha venido introduciendo una serie de reformas legislativas dirigidas a intentar paliar una de las mayores lacras sociales: la violencia de género. Una de las vertientes más peligrosas en las que esa violencia se lleva a cabo es a través de la denominada “violencia vicaria”, en la que el agresor utiliza a los menores para causar dolor a la mujer. Sin duda, las recientes reformas en Derecho Civil relacionadas con esta cuestión son dignas de un necesario análisis jurídico.

PALABRAS CLAVE: Violencia; género; menores; mujer; pareja.

ABSTRACT: Spanish legislators have been introducing a series of legislative reforms aimed at mitigating one of the greatest social scourges: gender-based violence. One of the most dangerous forms this violence takes is through so-called “vicarious violence”, in which the aggressor uses children to inflict pain on the woman. Undoubtedly, the recent reforms in Civil Law related to this issue certainly warrant a thorough legal analysis.

KEY WORDS: Violence; gender; minors; woman; partner.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. VIOLENCIA DE GÉNERO Y VIOLENCIA VICARIA.- 1. Concepto y naturaleza de la violencia de género: subtipo de violencia vicaria.- 2. Efectos y consecuencias de la violencia vicaria.- III. NUEVO PANORAMA LEGISLATIVO DEL DERECHO CIVIL CONTRA LA VIOLENCIA VICARIA.- 1. Modificaciones en materia de patria potestad. 2. Modificaciones en materia de guarda y custodia compartida. 3. Modificaciones en materia de régimen de visitas, estancias y comunicaciones.- IV. PROPUESTAS DE MEJORA.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Con carácter general, podemos definir la violencia como “el uso intencional de la fuerza o el poder físico, de hecho, o como amenaza, contra uno mismo, contra otra persona, grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos de desarrollo o privaciones”¹.

No cabe duda de que, tanto en tiempos pasados como en la actualidad, las mujeres han sido, y siguen siendo, las peor paradas a la hora de hablar de violencia. Las agresiones que padecen y sufren, por el simple hecho de ser mujeres, ha generado que la violencia machista se haya convertido en una de las cuentas pendientes más preocupantes de nuestra sociedad.

Transcurridos más de veinte años desde la aprobación de la pionera Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LO 1/2004)², creemos que estamos en un momento muy adecuado para detenernos y reflexionar sobre el arduo recorrido que España ha experimentado en esta materia.

La Exposición de Motivos de citada Norma arrancaba denominando a la violencia de género como “el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad”. Sabemos que este tipo de violencia es la que ejerce un hombre sobre una mujer, pudiendo manifestarse a través de distintos comportamientos que van desde agresiones físicas, psíquicas, sexuales, o económicas.

No cabe duda de que la representación más extrema, grave y preocupante de esta violencia se produce cuando el agresor termina con la vida de la víctima.

1 Definición aportada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud, 2005, p.3.

https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/67411/a77102_spa.pdf;jsessionid=AA519E8E33388567DEF46025015E1DA5?sequence=1

2 BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

• **Laura Fernández Echegaray**

Profesora Permanente Laboral de Derecho Civil de la Universidad de Cantabria. Correo electrónico: laura.fernandez@unican.es.

Por desgracia, esto no resulta ser ocasional. Traduciendo en cifras los casos en los que se ha producido ese fatal desenlace en los últimos años, podemos comprobar que la violencia de género sigue estando presente y continúa siendo una de las más graves lacras sociales pendientes de solución. Estamos hablando de más 1.296 mujeres asesinadas desde el 1 de enero 2003, a manos de sus parejas o exparejas³.

Partiendo ya de esos alarmantes datos, la situación se complica aún más si le sumamos los casos en los que esa violencia de género origina además la muerte de los hijos/as de la mujer maltratada. Hasta mediados del año 2004, 64 menores fueron víctimas mortales de este tipo de agresiones, siendo por tanto reconocidos como víctimas directas de esa violencia machista.

Este reconocimiento tuvo lugar con ocasión de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia⁴, que modificó de citada LO 1/2004, reconociendo expresamente que estos menores son igualmente víctimas directas de la violencia de género dirigida contra sus madres.

A su vez, la LO 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y a la Adolescencia frente a la Violencia⁵, constituye un verdadero hito para combatir la violencia infantil desde una perspectiva integral, incidiendo en la prevención, socialización y educación. Esta Norma también ha contribuido a la modificación del art. 1 de la LO 1/2004, incluyendo un nuevo cuarto párrafo en el que, sin mencionarlo expresamente, recoge la violencia vicaria al decir literalmente que “La violencia de género ‘...’ también comprende la violencia que, con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres, se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia”.

No hay duda de que, con independencia de esos resultados mortales, la violencia machista se manifiesta a través de otras múltiples conductas que generan en las víctimas heridas de distinta índole. Todas esas formas de herir a las mujeres acarrearán importantes consecuencias, no solo para su salud física y mental, sino que sellan graves secuelas en el ámbito social, familiar o laboral.

3 Datos ofrecidos por el Gobierno de España, Ministerio de Igualdad, Secretaría de Estado de Igualdad y para la erradicación de la violencia contra las mujeres de la Delegación del Gobierno contra la violencia de género – entre 1 de enero de 2003 y el 20 de febrero de 2025-.

4 BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015.

5 BOE, núm. 134, de 5 de junio de 2021. Hay que destacar que esta norma también ha reformado el art. 154 CC en lo relativo a la patria potestad y a la necesidad de escuchar al menor siempre que le afecten las decisiones que se vayan a adoptar en los procedimientos judiciales civiles.

El principal objetivo de este trabajo es realizar un adecuado análisis sobre una de esas formas de ejercicio de la violencia machista, la cual, en nuestra opinión, resulta ser una de sus vertientes más crueles: la violencia vicaria⁶.

Con carácter general, sabemos que esta violencia se produce cuando el agresor, con la inequívoca intención de no perder el control sobre su pareja o expareja, elige canalizar la acción violenta, directa o indirectamente, sobre los hijos o hijas de esa mujer a la que pretende destruir.

Es muy importante dejar claro que, en estos casos, con independencia de que la agresión se realice directamente sobre el menor, o de que el maltratador elija su manipulación o instrumentalización como cauce indirecto para enfrentarlo con su madre, el objetivo perseguido sigue siendo el mismo: causar, o seguir causando, daño a su pareja o expareja. Esto precisamente es lo que explica que el legislador los reconozca como víctimas directas de violencia de género.

A través del análisis de los resultados obtenidos en diversos estudios e investigaciones científicas, sobre todo realizados desde el campo de la psicología, comprobaremos cómo esta forma de maltrato genera innumerables perjuicios en los menores, afectando gravemente a su desarrollo vital.

Además, no hay duda de que esto deriva en un grave y preocupante problema social al que, sin demora, hay que dar solución. Debemos lograr que tanto el legislador como el resto de los agentes implicados sigan luchando sin descanso para conseguir atajar el conflicto, aplicando estrategias multidisciplinarias de coordinación que ofrezcan a todas las víctimas una protección efectiva y de calidad.

Para ello, no hay duda de que, además de realizar las modificaciones legislativas que resulten pertinentes, resulta absolutamente necesario poner énfasis en las labores educativas de prevención que contribuyan a erradicar esta importante lacra.

II. VIOLENCIA DE GÉNERO Y VIOLENCIA VICARIA.

I. Concepto y naturaleza de la violencia de género: subtipo de violencia vicaria.

Cuando hablamos de violencia machista dentro del ámbito de las relaciones afectivas de pareja, o dentro de la institución familiar, partimos de la base de que, lo que en realidad debería ser siempre un escenario en el que estuviera presente el amor, cariño y cuidados, se convierte en un entorno lleno de comportamientos

6 El término "vicario" hace referencia a la sustitución o reemplazo de un individuo por otro en el ejercicio de una función o en la vivencia de una situación. BLAS GORORDO, I.: "La violencia vicaria: regulación y reformas legales", *Centro de Estudios Jurídicos*, 2022, p.5.
<https://www.cej-mjusticia.es/sede/publicaciones/ver/13732>.

violentos y agresivos que provocan importantes daños en todos y cada uno de sus miembros.

Así se recogía ya en el Informe relativo al año 2011, encargado por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad sobre el Maltrato Infantil en la Familia en España⁷, en el que se afirmaba que dentro del propio ámbito familiar existen distintos “grupos de riesgo” entre los que se señalan con mayúsculas los constituidos por las mujeres, los menores o las personas mayores. Según sus resultados, el papel más peligroso lo representan las mujeres, quienes tradicionalmente han sufrido maltrato por parte de sus parejas o exparejas, atendiendo a razones culturales, sociales y educacionales.

Es un hecho constatado que a lo largo de la historia de la humanidad las conductas violentas contra las mujeres en el seno del hogar han sido tradicionalmente permitidas en base a un reconocimiento tácito de ciertas normas de comportamiento. Se trata de reglas de exclusiva aplicación interna dentro de la institución de la familia que superponían el control del varón sobre su esposa. Además, estas conductas eran absolutamente ajenas a la Administración pública, quien quedaba privada de cualquier tipo de intervención en ese ámbito íntimo, dándose frecuentes situaciones de abuso por cuestión de género. Lo cierto es que esa realidad era comúnmente normalizada y aceptada por gran parte de la sociedad española⁸.

En este aspecto, IBORRA MARMOLEJO y SANMARTÍN ESPLUGUES⁹ entienden que la violencia de género es la que se perpetra contra alguien al considerarse que se ha separado del papel que tradicionalmente le corresponde.

Como en la mayor parte de los casos, la violencia es ejercida contra la mujer por parte de su pareja o expareja (hombre), hecho que ha derivado en que se generalice con el término “violencia de género”. Estos autores entienden que el simple hecho de ser mujer ya denota un factor de riesgo a lo largo de todo su ciclo vital.

La evolución de la conciencia social ha sido recogida por el legislador a la hora de adoptar medidas de protección para las víctimas de la violencia de género.

7 “Maltrato Infantil en la Familia en España: Informe del Centro Reina Sofía. (2011). Editorial Ministerio de Sanidad, Política social e Igualdad.
https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=3688

8 En tiempos lejanos, solo en situaciones excesivamente graves estaba prevista la intervención del Derecho penal, por ejemplo, con el parricidio regulado en el art. 405 CP de 1973.

9 IBORRA MARMOLEJO I. y SANMARTÍN ESPLUGUES, J.: “¿Cómo clasificar la violencia?: la taxonomía según Sanmartín”, *Criminología y Justicia*, núm. 1, 2011, p. 22.

Afortunadamente, los tiempos cambian y las mentes evolucionan. Con la llegada de la democracia las mujeres fueron avanzando, atravesando poco a poco un camino lento y arduo hacia la obtención de derechos dentro de una lucha por la igualdad de géneros. A pesar de los evidentes avances experimentados en materia de violencia de género, aún somos conscientes del enorme abismo que queda por superar.

No cabe duda de que, dentro de la violencia de género, la violencia vicaria constituye un fenómeno complejo que, siendo protagonista de múltiples estudios e investigaciones, no acaba de definirse con claridad. Ni su propio concepto, ni los peligrosos riesgos que implica para la infancia, están totalmente definidos dentro del propio contexto familiar¹⁰.

Todavía está pendiente de confeccionarse una estructura pedagógica y científica adecuada que aborde esta cuestión y logre implementar instrumentos garantistas que permitan realizar una evaluación de diagnóstico acertada, tanto de los menores afectados, como de sus maltratadas madres. Todo ello es indispensable si queremos lograr el principal objetivo: evitar riesgos fatales.

En este sentido, compartimos la reflexión esgrimida por LORENTE ACOSTA, quien señala que no podemos igualar las violencias por su resultado (por ejemplo, la muerte del menor de manos del agresor) sin hacer referencia, tanto a su origen (la violencia de género), como a su significado (la mayor vulnerabilidad de la mujer por razones históricas, culturales y sociales basadas en el patriarcado). Solo atendiendo a las causas que generan los fenómenos sociales podremos comprenderlos y, en consecuencia, atajarlos y vencerlos.

La violencia de género es un problema de orden social que nos pertenece a todos¹¹. No existen estereotipos ni perfiles concretos de mujeres que puedan padecerla¹² y, de igual forma, tampoco hay un perfil específico para el maltratador.

No podemos obviar que cuando hablamos de violencia vicaria nos referimos a una violencia instrumental, secundaria o “interpósita persona”, en la que los hijos/as de la víctima son duramente deshumanizados, siendo utilizados como meros objetos de ataque para dañar a la madre.

10 RÍOS LECHUGA, J.C., LÓPEZ ZAFRA, E. y RUIZ SÁNCHEZ, S.M.: “La conceptualización científica de la violencia vicaria: una revisión sistemática siguiendo el método Prisma 2020”, *Investigando en Psicología*, núm. 24, 2023, pp. 131-152.
<https://psicologiauntojs.org/index.php/investigando-en-psicologia/article/view/208>.

11 BOSCH FIOL, E. y FERRER PÉREZ, V.A.: “La violencia de género: de cuestión privada a problema social”, *Intervención Psicosocial*, Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, vol. 9, núm. 1, 2000, pp. 7-19.

12 LÓPEZ ZAFRA, E.: “El cambio en los estereotipos de género como forma de reducir la violencia de género”, en, *España en el discurso de la posmodernidad: contribución de los estudios culturales a las cuestiones de género y diversidad sexual*, Fundación Centro de Estudios Andaluces, 2008, p. 27.

Así, LORENTE ACOSTA, cuando habla de violencia de género, la define como una violencia extendida; no la limita exclusivamente a la mujer maltratada con la que el agresor comparte una relación, sino que la extiende a los hijos/as de una manera sistemática. A su vez, también incluye a otras personas del entorno familiar que, de manera puntual, pueden ocupar una posición importante con el objeto de reforzar el control que se consigue con la violencia directa sobre la mujer¹³.

2. Efectos y consecuencias de la violencia vicaria.

LORENTE ACOSTA señala que la violencia vicaria que se produce dentro del contexto de la violencia de género es la que se inflige a las madres de los menores simplemente por ser mujeres, conceptuándola como una violencia habitual y continuada en el tiempo¹⁴.

El autor, basándose en los datos de la Macroencuesta realizada por el Observatorio de la Delegación del Gobierno de la Violencia sobre la Mujer, de 2019, señala que la violencia vicaria es una constante que, hasta la fecha, han padecido 1.678.959 niños/as que viven en hogares en los que el padre maltrata a la madre.

Desde el punto de vista de la psicología científica, el estudio de la violencia vicaria ha sido fundamental para desvelar la compleja situación social que existe en España en torno a muchas mujeres, niños/as y familias que quedan absolutamente devastadas por los comportamientos machistas que sufren cada día.

Así, autores como RÍOS LECHUGA, LÓPEZ ZAFRA y RUIZ SÁNCHEZ, han realizado una eficiente revisión sistemática, siguiendo el Método Prisma 2020¹⁵, donde analizan el proceso de victimización que sufren los hijos/as de las madres maltratadas, sobre los que se imponen diferentes mecanismos de coerción, siendo el principal el de la violencia instrumental que perpetúa el maltrato hacia la mujer con el objeto de hacerle el mayor daño posible¹⁶.

No hay duda de que uno de los momentos más peligrosos para las víctimas se da cuando finalmente deciden salir de la esfera de control del maltratador – tras la ruptura, separación o divorcio- Es aquí cuando el padre -agresor recurre a lo único que encuentra a su alcance para poder continuar maltratando, dañando,

13 LORENTE ACOSTA, M.: "Violencia pública, violencia privada", *Tiempo de Paz*, núm. 134, 2019, p. 92.

14 Ibidem.

15 PRISMA es el acrónimo de *Preferred Reporting Items for Systematic reviews and Meta-Analyses*. Se trata de una declaración publicada como guía, inicialmente en 2009, que busca asegurar la transparencia de las revisiones sistemáticas y facilitar el trabajo, sin perder el rigor, documentando lo que hicieron otros autores.

16 RÍOS LECHUGA, J.C., LÓPEZ ZAFRA, E. y RUIZ SÁNCHEZ, S.M.: (2023). "La conceptualización científica", cit., p. 131.

controlando y agrediendo a su expareja; nos referimos a su "prole", a sus hijos e hijas, a esos menores vulnerables que son utilizados sin piedad y sin calcular las nefastas consecuencias que pueden producirles en su desarrollo; estos se convierten en un mero instrumento para causar dolor a la madre.

Y esta no es la única vía que existe para seguir causando daño a la mujer. Por desgracia, también abunda que el maltratador recurra a la utilización desorbitada de los tribunales de justicia como cauce para seguir agrediendo a su expareja. Sin duda, esa fórmula para causar desasosiego genera un estado personal que deriva en un agotamiento mental y en una ansiedad derivada de la preocupación constante. Es este aspecto, HIRIGOYEN explica como los maltratadores acosan judicialmente a las víctimas interponiendo constantemente demandas y denuncias con el solo objetivo de conseguir su devastación moral¹⁷.

Los estudios relacionados con la violencia vicaria son relativamente recientes. El pistoletazo de salida se produjo en el año 2015 cuando, como ya se ha mencionado, se reconoció expresamente a estos menores como víctimas directas de la violencia de género (art. 1.2 LO 1/2004). Desde entonces comenzó a ser frecuente referirse a dicha situación de maltrato con el término "violencia vicaria", incluyéndose ya de forma literal en numerosas investigaciones importantes.

Uno de estos destacados trabajos fue un pequeño estudio realizado por GÓMEZ-CENTURIÓN ERASÚN¹⁸, quien, a través del testimonio de mujeres víctimas de violencia vicaria pertenecientes a una de las primeras asociaciones de mujeres que se formó en torno a esta situación (Asociación "Libres de violencia vicaria"), realizó una muestra en la que se reflejaron las gravísimas secuelas detectadas en esos menores testigos de la violencia dirigida hacia sus madres.

En este análisis se tratan ordenadamente las fases habituales por las que pasa una mujer maltratada dentro de un proceso de violencia vicaria. Se constata que las madres de hijos menores de seis años, tras la ruptura de la pareja, son conscientes de que el padre comienza a manifestar ciertas expresiones de desprecio hacia ellas en presencia de los niños ("déjala, está loca", "ya te daré yo bien de comer cuando vuelvas", "no tengas miedo, papá volverá pronto a buscarte", "cuida de tu hermano mientras yo no estoy", etc...).

A continuación, a partir de que el menor cumple siete u ocho años, la conducta comienza a ser más disruptiva, iniciándose lo que la autora denomina como "crónica de un alejamiento". El padre comienza a proferir insultos y descalificaciones más graves hacia la madre, ridiculizándola, desacreditándola, desvalorizándola y

17 Véase HIRIGOYEN, M.F.: *El acoso moral: el maltrato psicológico en la vida cotidiana*, Ediciones Paidós, 2014.

18 GÓMEZ-CENTURIÓN ERASÚN, M.: "Secuelas en las madres", *Asociación Libres de Violencia Vicaria*, 2025. <https://libresdeviolenciavicaria.com/secuelas-en-las-madres/>

desautorizándola. Elimina castigos y suprime normas o límites establecidos por la progenitora. Las normas comienzan a ser arbitrarias, dando paso a lo que se denomina como el “juego de seducción paterna”. El padre comienza a agasajar a los menores con regalos no aptos para su edad, o que, por circunstancias concretas, no merecen.

Lo anterior genera un duro desgaste de las madres a la hora de intentar educar diligentemente a sus hijos/as. Estos, a través de la manipulación paterna, no solo se van alejando de su madre, sino que es frecuente que terminen haciéndose cómplices de la conducta paterna, aceptando ser parte, sea de forma consciente o inconsciente, de una coalición psicótica con el progenitor en contra de su madre.

Esta situación suele derivar en que las madres sientan temor en los periodos en los que deben estar con sus hijos. Además, es frecuente que para intentar poner fin a esa cansina situación intenten dar la vuelta a la moneda, cediendo la custodia al padre con la esperanza de que, al convivir con él de forma permanente, esa luna de miel repleta de concesiones y regalos llegue a su fin, fruto de la normalización de la vida diaria. Lo cierto es que esto no ocurre con frecuencia. Lo usual es que la distancia aumente, separando definitivamente a la madre de sus hijos.

A partir de ese momento resulta ser una tónica habitual que los propios hijos, fruto de la manipulación educativa paterna, sean los que ejerzan conductas violencias contra su madre a través de expresiones verbales o, incluso, lleguen a maltratarla físicamente. Es aquí donde, tras la aparición de esa violencia filio-parental, comienza una fase de aislamiento de la mujer. La madre sufre vergüenza, minimiza la realidad frente a su entorno, deja de socializar con el objetivo de evitar hablar de la situación familiar, llegando a necesitar ayuda terapéutica para enfrentarse al día a día. En definitiva, el maltratador consigue su objetivo: dañarla y controlarla desde la distancia.

Creemos importante recoger otro interesante estudio publicado en 2021, financiado por la Junta de Andalucía, en el que se analizaron 50 casos de menores asesinados en el contexto de la violencia vicaria. Esta investigación fue promovida por la “Asociación de Mujeres de Psicología Feminista”, bajo la batuta de VACCARO¹⁹, titulado “Violencia vicaria: un golpe irreversible contra las madres: estudio sobre el análisis de datos de violencia vicaria extrema”²⁰. Sin duda, cuando se trata de violencia vicaria es de obligado cumplimiento citar a esta autora, la cual

19 La psicóloga clínica argentina, Sonia Vaccaro acuñó la expresión violencia vicaria, tras estudiar en profundidad esta materia a través de numerosas investigaciones desde el año 2012.

20 VACCARO, S.: *Violencia vicaria: un golpe irreversible contra las madres: estudio sobre el análisis de datos de violencia vicaria extrema*, Asociación de Mujeres de Psicología Feminista, Junta de Andalucía, Consejería de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad. Observatorio de la Infancia y Adolescencia de Andalucía, 2021. https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=7853

se ha encargado de difundir esta denominación, llegando incluso a mencionarse literalmente en el título de alguna norma autonómica²¹.

VACCARO entiende la violencia vicaria²² como “aquella violencia que se ejerce sobre los hijos/as para herir a la mujer. Es una violencia secundaria a la víctima principal. Es a la mujer a la que quiere dañar y el daño se hace a través de terceros, por interpósita persona. El maltratador sabe que dañar o asesinar a los hijos/as es asegurarse de que la mujer no se recuperará jamás”.

Es importante destacar que, precisamente, a través de este trabajo, también se analizó otro de los efectos más comunes que derivan de esta cruel forma de maltrato. Nos referimos a las situaciones en las que el agresor llega incluso al límite del límite; al límite extremo en el que decide usar la propia vida del hijo/a como instrumento para destruir definitivamente la vida de la madre.

Es fácil poder comprender que no hay dolor más profundo para un progenitor que la pérdida de un hijo. Pues si además esa muerte se ha producido a través de esta abominable forma de violencia, la destrucción de esa madre es absoluta. Así, VACCARO utilizó casos judicializados de menores asesinados, acompañados de cuestionarios y entrevistas realizadas por sus madres, para analizar y exteriorizar lo anterior.

Hay que indicar que en 2023 este estudio se completó con otro titulado “Violencia vicaria y violencia de género institucional: un laberinto perverso contra las madres protectoras”²³. En este caso, el trabajo se realizó en colaboración con el Ministerio de Igualdad.

Podemos afirmar que, a pesar de toda la información que se va obteniendo en relación con este grave problema, el número de menores asesinados sigue aumentando. Concretamente, en 2024, se produjo un incremento exponencial de casos extremos con un resultado de 7 menores fallecidos por violencia vicaria.

Esto nos obliga a seguir trabajando con el objetivo de dar más visibilidad a esta forma de maltrato. No olvidemos que desde 2013, año en el comenzaron a contabilizarse estas víctimas, más de 50 menores han sido asesinados a manos de sus progenitores, o parejas o exparejas de sus madres²⁴.

21 Decreto Ley 26/ 2021, de 30 de noviembre, de Modificación del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña en relación con la violencia vicaria (BOE, núm. 18, de 21 de enero de 2022).

22 VACCARO, S.: “¿Qué es la violencia vicaria?”, 2016. <https://www.soniavaccaro.com/acerca-de-2>

23 Estudio disponible en <https://psicologiafeminista.com/estudio-sobre-violencia-vicaria-y-violencia-de-genero-institucional/>

24 El Defensor del Pueblo, en su Informe “Violencia vicaria de género. Las otras víctimas”, de noviembre de 2024, destaca la escasa visibilidad y la falta de reconocimiento institucional de estas víctimas de violencia vicaria, además de la falta de herramientas de detección precoz y, por tanto, prevención. Además, se constata una fragmentación de la intervención judicial en la situación de conflicto familiar entre distintos

El TS ha calificado estos supuestos como actos «antinatural» en los que es el propio progenitor es el que da muerte a su propio hijo/a con el único objetivo de dañar a la madre²⁵.

Resulta también de interés el Estudio publicado en 2024 por GUARINO BLAYA²⁶ en el que se realizaron diversas entrevistas a 160 madres y del que se concluye que el perfil sociodemográfico, tanto de las víctimas como del agresor, oscila entre los 41 y los 50 años. A su vez, las madres refieren haber sufrido varias formas de violencia, destacando los maltratos psicológicos, económicos y de violencia vicaria, lo que les genera un estado de constante alerta, un padeciendo de ansiedad frecuente, así como una angustiosa sensación de estar atrapadas y de no poder brindar a sus hijos la debida protección.

Debemos insistir en que la violencia vicaria no solo se ejercita una vez que la pareja ha roto su relación y goza de una separación física. Es cierto que, tal y como hemos indicado, el peligro se incrementa en ese momento al sentir el agresor la pérdida del control sobre su víctima, pero lo cierto es que, durante el tiempo en que la pareja se ha mantenido unida, la violencia ejercida sobre la mujer por parte del varón también es sufrida por los menores.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) ya afirmó en 2005²⁷ que por el solo hecho de que los hijos/as presencien actos de violencia entre sus progenitores ya están siendo víctimas de violencia vicaria.

En realidad, hay que aclarar que estos actos de violencia familiar no solo se “presencian” por parte de los menores. Es importante advertir que la violencia también se “escucha”, se “siente”, se “detecta” y se “respira”, y que surge en la

juzgados (Juzgado de Violencia sobre la Mujer, Juzgado de Familia o Primera Instancia en el orden civil y Juzgado de lo Penal), que impide una valoración integral del caso y una protección efectiva de los menores, sumada a la insuficiente formación especializada entre los profesionales que intervienen en estas situaciones. A ello se añade la ausencia de una coordinación eficaz entre los distintos ámbitos institucionales implicados —judicial, policial, educativo, sanitario y social, lo que genera respuestas dispersas, tardías e insuficientes. El Informe, evidencia una desconexión entre el marco legal vigente y su aplicación real, lo que produce una brecha de protección que deja en situación de riesgo a numerosos menores. El Defensor del Pueblo propone unas medidas articuladas entre las que destaca la necesidad de desarrollar un sistema específico de detección y evaluación del riesgo en casos de violencia vicaria o la mejora de la formación especializada en todos los niveles profesionales. Se aboga por la creación de un registro centralizado de datos, la implementación de planes de intervención familiar personalizados y la elaboración de un Plan de Acción Nacional en Violencia Vicaria que garantice una respuesta integral, coordinada y sostenida por los poderes públicos. La reparación del daño no puede limitarse a la dimensión material o psicológica inmediata, sino que debe contemplar un acompañamiento a largo plazo, que incluya apoyo educativo, social y comunitario, asegurando así la plena recuperación y reintegración de las víctimas. Disponible en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica en materia de violencia Vicaria que analizaremos a continuación.

25 STS, 8 de enero (<https://vlex.es/vid/757238305>).

26 María José Guarino Blaya es una psicóloga forense que ha trabajado en profundidad la violencia de género y está especializada en violencia vicaria, en victimología y en valoración de riesgos.

27 Informe Mundial sobre la Violencia y Salud, OMS, 2005. https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/43431/9275324220_spa.pdf

vida del menor un nuevo perjuicio añadido derivado de que, normalizar en la niñez estas conductas, puede provocar que en un futuro próximo también resulten afectados en su propio desarrollo personal.

Una vez expuesta la realidad de esta preocupante situación, debemos pasar a analizar el esfuerzo que el legislador, y el resto de los operadores jurídicos, están realizando para poder luchar contra estas formas de violencia familiar.

En los últimos tiempos, se han buscado nuevas medidas de protección de impacto, no solo en el ámbito del Derecho penal, sino también en el del Derecho civil, especialmente, en lo que afecta a las relaciones intrafamiliares.

A continuación, vamos a centrarnos en las recientes aportaciones que el Derecho civil está proporcionando en esta materia.

III. NUEVO PANORAMA LEGISLATIVO DEL DERECHO CIVIL CONTRA LA VIOLENCIA VICARIA.

No cabe duda de que uno de los pasos más importantes que se dio en España para el reconocimiento expreso de la violencia vicaria fue con ocasión del Pacto de Estado contra la Violencia de Género, de 2017²⁸, donde se recogió la necesidad de extender la protección institucional a las denominadas “víctimas instrumentales”²⁹.

Con independencia de este avance normativo que, sin duda, va contribuyendo paulatinamente a intentar solucionar este problema, no debemos obviar que, al mismo tiempo, también van surgiendo nuevas formas de violencia machista en las que se utilizan medios tecnológicos, internet, redes sociales etc... Es cierto que estos nuevos peligros sociales también generan una necesidad de crear más medidas de protección, pero, aun con ello, debemos insistir en que, ante todo, nuestros menores, lo primero que merecen es poder vivir diariamente en un hogar pleno, libre de cualquier clase de violencia, y en el que gocen una seguridad adecuada que les procure un correcto desarrollo personal emocional.

Por ello, estando presente cualquier tipo de violencia, doméstica o de género, sea esta ejercida directamente contra ellos o contra su madre, las instituciones y organismos públicos deben velar siempre por evitarles ese dolor y aislarles de cualquier riesgo vital.

28 Este Pacto fue el resultado de intensas negociaciones parlamentarias dentro de los grupos de trabajo constituidos en el Congreso y en el Senado, y que, tras un año de comparecencias, finalmente se aprobó en septiembre de 2017, Pacto de Estado contra la Violencia de Género, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, 2017.
<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/FolletoPEVGcastweb.pdf>

29 CORDERO MARTÍN G., LÓPEZ MONTIEL, C., GUERRERO BARBERÁN, A.I.: “Otra forma de violencia de género: la instrumentalización, ¿Dónde más te duele!”, *Revista de Trabajo y Acción Social*, Documentos de Trabajo Social, núm. 59, 2017, p. 172.

En este aspecto hay que resaltar que el legislador español cada vez con más frecuencia tiende a que los jueces, a la hora de adoptar medidas derivadas de una ruptura matrimonial o de pareja, deban tener presente el interés de los menores como máxima superior, sacrificando absolutamente el de los progenitores, sea cual sea el escenario en el que deban actuar.

Afortunadamente, así está sucediendo de forma habitual en relación con cuestiones relacionadas con el otorgamiento de la custodia de los hijos/as menores o con el derecho de visitas. A tenor de la actual evolución normativa, este derecho de visitas, pernoctas o comunicaciones está dejando de conceptuarse como aquel tradicional derecho-deber (aparejado al progenitor), para convertirse en un derecho exclusivo de los hijos/as, el cual, hoy en día, ya se observa desde un prisma diferente que atiende exclusivamente al beneficio – o no- de los propios menores.

Además, hay que añadir que esta nueva naturaleza va a cobrar especial interés en los supuestos en los que se compruebe – o se sospeche- que los progenitores tienden a buscar conflictos utilizando para ello a los hijos/as como arma arrojada contra el otro³⁰.

Este avance resulta de suma importancia si tenemos en cuenta que es precisamente en estos procedimientos judiciales derivados de una ruptura de pareja, en los que la experiencia nos ha enseñado que hay que extremar al máximo la alerta. Es en este momento en el que los jueces deben procurar recibir toda la información posible sobre el entorno familiar que rodea a la mujer y a los menores. Conocer la realidad familiar previa a la hora de decidir sobre el tipo de custodia, o sobre un régimen de visitas, en relación con el progenitor, es imprescindible a la hora de poder proporcionar una necesaria protección, tanto para la mujer maltratada como para sus hijos/as.

Y es exactamente en este aspecto en el que jurídicamente se ha experimentado uno de los mayores avances de los últimos tiempos en materia de lucha contra la violencia vicaria. Recientemente, los arts. 156, 92.7 y 94.4 CC han sido respectivamente modificados con ocasión de la entrada en vigor de nuevas Normas que tienden a adecuar el ordenamiento jurídico a las verdaderas realidades sociales que nos rodean; en concreto, en estos casos, nos referimos, por un lado, a la ya citada Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia, y por otro, a la Ley 8/2021, de

30 MAGRO SERVET, V.: “Suspensión del régimen de visitas por hecho de violencia de género en pareja de hecho: análisis de la sentencia del Tribunal Supremo 129/2024, de 5 de febrero”, *El Derecho.com. Noticias Jurídicas*, Familia, Tribuna, 2024. <https://elderecho.com/suspension-de-regimen-de-visitas-por-violencia-de-genero-en-pareja-de-hecho-sentencia-supremo-129-2024-de-5-feb-2024>.

2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica por otro³¹.

I. Modificaciones en materia de patria potestad.

Los hijos/as menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad de sus progenitores, hasta que estos cumplen la mayoría de edad.

La regla general contemplada en el art. 156 CC establece que, a priori, la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores, o por solo uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro.

El art. 154 CC explica que el ejercicio de la patria potestad debe realizarse siempre en interés de los hijos /as, atendiendo a su personalidad y respetando siempre sus derechos, su integridad física y mental.

Trasladando esta cuestión a los casos en los que se ha producido violencia, el legislador ha realizado una serie de reformas que, en la práctica, pueden evitar que el progenitor violento deba seguir siendo requerido para que sus hijos puedan, por ejemplo, ser asistidos por profesionales de salud mental. En ocasiones, la necesidad de este consentimiento paterno frustraba la posible ayuda o recuperación del menor al negar este su autorización.

Tras la reforma introducida por la citada Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, en los casos en los que haya existido una sentencia condenatoria, y mientras no se haya extinguido la responsabilidad penal, o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los/as hijos/as comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento único de este para la atención y asistencia psicológica del menor, debiendo ser el otro informado previamente.

Lo anterior también podrá aplicarse en las situaciones en las que no haya existido denuncia previa, cuando la mujer está recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género. En este caso debe existir el correspondiente informe que acredite dicha situación.

Si la asistencia debiera prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años, estos deberán prestar consentimiento expreso.

31 BOE núm. 131, de 3 de junio de 2021.

Es evidente que en los casos de violencia vicaria el ejercicio de la patria potestad no se está realizando en beneficio del menor. Para ello, es imprescindible que la autoridad judicial impetere el auxilio judicial para que esa situación cese lo antes posible.

La SAP Valladolid, 30 junio 2023³², analiza la privación al padre del ejercicio de la patria potestad por vía del art. 156 CC, teniendo en cuenta que éste manipulaba al menor para que no quisiera estar con su madre, enfadándose continuamente. De esta forma, el menor de diez años vivía intentando no enfadar a su padre.

La sentencia dice textualmente “El padre está ejerciendo violencia vicaria hacia el menor, tanto por hacer daño a la madre, como por que se haga lo que él quiera, imponiendo su punto de vista. La situación del menor es asimilable a un secuestro emocional, adoptando de forma inconsciente una actitud benevolente con el secuestrador para proteger su integridad física y emocional”.

Como veremos a continuación, las nuevas medidas civiles relativas al otorgamiento de la custodia compartida y el régimen de visitas también han resultado ser de gran ayuda en la lucha contra la violencia vicaria.

2. Modificaciones en materia de guarda y custodia compartida.

A pesar de que actualmente ya es un hecho constatado que la custodia compartida se acepta comúnmente como la medida general para el cuidado de los menores tras una separación o divorcio, la nueva redacción del art. 92.7 CC excepciona su implantación cuando se den una serie de circunstancias³³.

En primer lugar, no procederá la guarda conjunta³⁴ cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física o moral, la libertad e indemnidad sexual, del otro progenitor o de los hijos/as que convivan con ambos. Además, también se excluye la custodia compartida cuando el juez advierta que, de las alegaciones

32 SAP Valladolid, 30 junio 2023 (SP/SENT/1196790).

33 La custodia compartida en los supuestos que estamos tratando solo podrá acordarse de forma excepcional, motivándose adecuadamente, y estableciéndola únicamente en aras del mejor interés del menor. Tendrán que establecerse las cautelas necesarias para dar un eficaz cumplimiento del régimen de visitas, procurando no separar a los hermanos, y pudiendo valerse con carácter previo a la adopción de esta medida del dictamen de especialistas cualificados sobre la idoneidad del mejor modo de ejercer un régimen de custodia, o desarrollar el ejercicio de la patria potestad.

34 Recordemos que el actual espíritu de norma señala que cuando los progenitores lleguen al acuerdo sobre la custodia compartida, bien en el convenio regulador o a lo largo del procedimiento contencioso, esta será acordada (art. 92.5 CC). En el caso de que no exista acuerdo entre ambos y sea uno de ellos el que lo solicite, el juez, excepcionalmente y con informe previo del Ministerio Fiscal, también lo podrá acordar en la sentencia, fundamentando adecuadamente que esta es la medida más beneficiosa para el menor (art. 92.8 CC).

de las partes y de las pruebas practicadas, pudieran existir indicios fundados de violencia “doméstica” o “de género”.

Es en este punto en el que debemos aclarar que, del propio contenido de esta norma, a priori, parece derivarse que la intención del legislador fue diferenciar expresamente las situaciones familiares en las que existía violencia de género – como la ejercida contra la mujer- de las que existía violencia doméstica – como la ejercida contra los hijos o hijas-.

Tenemos absolutamente claro que la violencia doméstica y la violencia de género conllevan distintos escenarios, pero, a pesar de esta claridad, nos parece necesario insistir en que, aunque de la lectura del contenido literal del art. 92.7 CC podría llegar a pensarse que los/as hijos/as que no sufren de forma directa la agresión física por parte de su padre no pueden ser considerados víctimas de violencia de género (sino únicamente de violencia doméstica), reiteramos que, tal y como ya hemos indicado, los menores cuyas madres sufren la violencia de género, y son instrumentalizados por sus padres para generarlas dolor, también son víctimas de violencia de género.

Así han sido jurídicamente reconocidos estos menores que padecen violencia vicaria, y así ha sido interpretado por la sociedad a la vista de los terribles casos que han conmocionado a nuestro país, donde muchos menores han sido salvajemente asesinados con el único objetivo de causar el dolor más inhumano a sus madres.

El hecho de que el legislador haya decidido que no se exija la aportación previa de una sentencia penal condenatoria emitida tras la conclusión de un plenario celebrado con todas las garantías constitucionales o, al menos, una declaración en calidad de investigado del progenitor, o de denunciado, podría considerarse como una grave vulneración del principio de presunción de inocencia (art. 24 CE)³⁵.

El TS, a través de la STS 27 octubre 2021³⁶, recuerda que la custodia compartida no es un reparto matemático del tiempo con los hijos, sino un sistema que exige cooperación entre los progenitores, respeto mutuo, capacidad de comunicación y adopción conjunta de decisiones relevantes para los menores.

En este caso, el Juzgado de Instancia había atribuido inicialmente la custodia exclusiva a la madre, pero, tras el ulterior recurso de apelación, la AP había apostado

35 Hay que indicar que el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 7 de marzo de 2023, acordó admitir a trámite la Cuestión de inconstitucionalidad número 899-2023 planteada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en el recurso de casación núm. 8870-2021, en relación con el art. 92.7 CC, por posible vulneración de los arts. 10.1 y 39 CE, y de los arts. 8 CEDH, 24.2 CDFUE y 3.1 de la Convención sobre Derechos del Niño de 1989, aplicables conforme al art. 10.2 CE, y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1 c) Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, reservar para sí el conocimiento de la presente cuestión.

36 STS, 27 octubre 2021 (ECLI. ES:TS 2021:4022).

por una custodia compartida. El TS alega que el padre había sido condenado por un delito de violencia de género y, en consecuencia, aplicando el art. 92.7 CC que excluye la guarda conjunta cuando existe violencia doméstica o de género, entiende que la condena del padre evidencia una falta de respeto y una dinámica incompatible con la colaboración necesaria para una custodia compartida.

Contrariamente, el Alto Tribunal, en la STS 30 enero 2025³⁷, se ha pronunciado en otro sentido en relación con un supuesto en que, existiendo sentencia firme condenatoria por violencia de género, entiende adecuada la atribución de la guarda y custodia exclusiva al padre, fundamentándose en una valoración global de las circunstancias del caso y del interés superior de los tres menores. Entre los factores valorados figuraban: la situación personal y residencial de la madre, la atención y cuidados que venían recibiendo los menores, la valoración de los informes practicados, y la opinión manifestada por los hijos.

El debate en realidad no trataba sobre la instauración de una custodia compartida, sino sobre si debía mantenerse una custodia exclusiva al padre. Y su fundamentación sostiene que, aunque una condena por violencia de género es un factor de enorme relevancia, no opera automáticamente como una prohibición absoluta para atribuir una guarda exclusiva cuando el análisis integral del caso conduce a que esa solución protege mejor el interés de los hijos menores.

Con independencia de ello, en nuestra opinión, tratándose de casos en los que constan, en mayor o menor medida, “sospechas fundadas” relacionadas con la existencia de una “supuesta”, pero no descartada, conducta violenta contra la mujer, o contra los menores implicados, creemos que hace que ese sacrificio constitucional resulte necesariamente justificado en nuestro ordenamiento jurídico.

Además de lo anterior, debemos indicar que el legislador también se ha preocupado de proteger a los afectados en otros posibles escenarios de los que se entiende que pueden derivar inequívocas conductas violentas por parte de alguno de los progenitores. Así, en el último párrafo del art. 92.7 CC se impide poder acordarse la guarda y custodia compartida en los casos en los que se aprecien malos tratos hacia los animales, o amenaza de cometerlos.

3. Modificaciones en materia de régimen de visitas, estancias y comunicaciones.

Además de las cautelas aplicables en materia de guarda y custodia, el Código Civil, a través de su art. 94, también ha sido reformado para garantizar la protección de los derechos de los menores, y de sus madres, en relación con el derecho de

37 STS, 30 enero de 2025 (ROJ: STS 384/2025).

relaciones entre estos y su progenitor en supuestos en los que se detecte indicios de violencia. En estos casos, el juez que conozca del asunto también podrá privar, retirar o suspender las visitas o contactos entre el menor y el progenitor agresor (o “sospechoso de agresión”).

En definitiva, aquí también la regla general³⁸ pasa a ser la negación judicial del derecho de relaciones entre el progenitor y el hijo/a menor cuando provenga de un ambiente rodeado de violencia de género.

Reiteramos que estas medidas son los pasos más inteligentes que ha dado el legislador español a la hora de proteger a las víctimas de la violencia vicaria. Es evidente que, si no hay contacto entre el agresor y sus hijos/as, la esperanza de que no llegue a producirse una fase de instrumentalización de los menores para herir o perjudicar a la madre aumenta considerablemente.

Sobra decir que, atendiendo a la experiencia, esta restricción merece la pena desde el momento en que ese alejamiento puede llegar a contribuir a aminorar cualquier riesgo de ataque contra la propia vida o integridad del menor. Si es así, esta medida ya habrá sido valiosa.

Si observamos el propio contenido del art. 94.4° párrafo CC, vemos que establece que no procederá acordarse el establecimiento de un régimen de visitas o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto al progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral, o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Y tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

La SJPI Barcelona 15 abril 2024³⁹ prohibió el régimen de visitas al padre, acusado por violencia de género, y, además, (razón que hace a esta resolución pionera), impuso una medida de alejamiento de quinientos metros también respecto de su hija, prohibiendo asimismo todo tipo de comunicación con ella, teniendo en cuenta el estrés postraumático y el miedo de la menor de retornar las comunicaciones y visitas con su padre. Además, la jueza, intentando dar cumplimiento a las exigencias legales que atienden a que las resoluciones se redacten de forma comprensible para las personas destinatarias, incluyó una carta en un lenguaje de fácil comprensión para explicar a la niña la decisión que se ha tomado.

³⁸ MAGRO SERVET, V.: “Suspensión del régimen”, cit.

³⁹ SJPI Barcelona, 15 abril 2024 (SP/SENT/I220456).

Al igual que hemos visto con la medida relativa a la guarda y custodia, podemos pensar que, *a priori*, el hecho de que el legislador haya decidido que no se exija la aportación previa de una sentencia penal condenatoria, podría considerarse como una grave vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24 CE.

En este caso, el Pleno del TC, a través de la STC 106/2022, de 13 septiembre de 2022⁴⁰ analizó la constitucionalidad de citadas reformas de los arts. 94 y 156 CC, (introducidas por la Ley 8/2021), a través del pertinente recurso de inconstitucionalidad⁴¹, siendo este desestimado al entender que estos preceptos eran constitucionales y manifestando que, al ser la finalidad del legislador proteger a los menores en contextos de violencia doméstica o de género, permite incluir normas especiales, siempre dejando margen para la valoración judicial del interés superior del menor.

De ello se desprende que la protección de los menores frente a la violencia de género y doméstica es un objetivo constitucionalmente legítimo. El TC añade que el derecho de visitas no tiene carácter absoluto y que el interés superior del menor puede justificar la suspensión o no establecimiento de visitas. Además, señala que la norma no establece una suspensión automática de visitas, sino una presunción que debe ser motivadamente valorada por el juez.

Compartimos este criterio, entendiendo que cuando se trata de casos en los que hay “sospechas fundadas” de la existencia de conductas violentas contra la mujer, o contra los menores implicados, el sacrificio constitucional es adecuado.

En este aspecto, a pesar de que somos operadores jurídicos y, por tanto, defendemos fielmente las garantías constitucionales que definen nuestro Estado de Derecho, no podemos olvidar que entendemos acreditado que los/as niños/as que conviven en un entorno rodeado de la violencia son también víctimas directas de esa situación y, por tanto, también van a sufrir secuelas y daños irreparables que van a afectar gravemente al desarrollo de su propia personalidad⁴². Dada la gravedad de la situación que se sigue viviendo actualmente en España, y atendiendo al alto porcentaje de víctimas que anualmente siguen constatándose, todo ello unido además a la evidente dificultad a la hora de encontrar medidas de protección válidas que contribuyan a paliar la violencia de género, nos hace entender la aplicación de esta apuesta.

40 ECLI: ECLI:ES:TC: 2022:106.

41 (Rec. 5570/2021).

42 Hay que indicar que dentro de las recientes reformas legislativas también destaca la relativa a la posibilidad de ofrecer atención psicológica a estos menores sin necesidad de recabar el consentimiento del progenitor inculpada por causa de violencia de género. Así se recoge en el art. 156 CC, tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la Legislación Civil y Procesal para el Apoyo a las Personas con Discapacidad en el ejercicio de su Capacidad Jurídica. Además, hay que añadir que esta medida también se reflejó a través del RDL 9/2018, de 3 de agosto, de Medidas Urgentes para el Desarrollo del Pacto de Estado contra la Violencia de Género.

Abogar por que la balanza se incline drásticamente hacia la protección de los derechos de los menores, y en detrimento de los del progenitor (en este caso, el de la presunción de inocencia del progenitor sospechoso⁴³) resulta justificado si con ello se pueden salvar vidas, o mejorar la calidad de la de muchos/as menores y la de sus madres.

No hay duda de que estas reformas también han sido también duramente criticadas desde algún sector de la doctrina. Pero no olvidemos que, tal y como venimos sosteniendo, su introducción en nuestro ordenamiento jurídico responde a cubrir una anhelada protección institucional para las víctimas de violencia. No podemos consentir que sigan aumentando los casos que causan a muchas mujeres una auténtica falta de sosiego vital⁴⁴.

En relación con esta polémica jurídica, podemos afirmar que las señaladas reformas no son de aplicación indiscutible, absoluta y obligatoria, sino interpretable. El TS, a través de la sentencia, 22 enero 2026⁴⁵, ante la existencia de un procedimiento penal por violencia de género pendiente en el que la madre alegaba haber sido víctima de malos tratos de palabra y obra, destacó que no se apreciaba riesgo para las menores y que la orden de protección había quedado sin efecto, así como varias denuncias archivadas. Además, concluyó que existía un riesgo serio de ruptura irreversible del vínculo paterno-filial si se mantenía la suspensión o restricción de las visitas.

Como vemos, desde el punto de vista doctrinal, esta sentencia refuerza una idea constante en la jurisprudencia reciente: la existencia de denuncias o procedimientos por violencia de género es un elemento de enorme relevancia, pero la decisión final sobre visitas debe motivarse siempre desde el interés superior del menor y las circunstancias específicas del caso.

43 En este sentido debemos recordar que el art. 2.4 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996) establece que “En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que respeten también otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro que pudiera concurrir”. En esta misma línea, el TS, a través de la Sentencia núm. 251/2028, de 25 de abril (<https://vlex.es/vid/716802937>), insiste en que “El interés del menor constituye una cuestión de orden público y está por encima del vínculo parental ‘...’ se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses”.

44 Lo cierto es que hasta la implantación de estas reformas relacionadas con la protección de la infancia era un clamor popular, en el ámbito de la doctrina y de las víctimas de la violencia en el hogar, la necesidad de protección frente a la situación de riesgo que se vivía y que derivaba en procedimientos tramitados ante los juzgados de violencia sobre la mujer, y en donde la regla general descansaba en adoptar un régimen de visitas entre el progenitor inculpaado y los menores; MAGRO SERVET, V.: “La regla general de suspensión del régimen de visitas ante casos de violencia en el hogar y posibles excepciones”, *El Derecho.com. Noticias Jurídicas y Actualidad, Derecho de Familia*, Tribuna, 2022. <https://elderecho.com/suspension-regimen-visitas-casos-violencia-excepciones>

45 STS, 22 enero 2026 (ROJ: STS 181/2026).

Atendiendo a todo lo expuesto, creo que es adecuado recuperar una serie de interrogantes protagonistas, muy repetidos a lo largo de los años, y cuyas dispares respuestas han generado un importante enfrentamiento doctrinal y social en torno a este asunto:

¿Puede considerarse que un hombre que maltrata a su esposa, pareja, o expareja es un buen padre? ¿puede afirmarse que como no ejerce directamente la violencia física o psíquica sobre sus hijos/as puede ser un padre apto para criarlos/as sin ningún riesgo? ¿puede ser un buen padre el hombre que instrumentaliza a sus hijos/as para controlar, dañar, criticar, desmerecer o desprestigiar a la madre de sus hijos/as, aun desde la distancia?

Nuestra respuesta, sin excepción, es rotundamente negativa. Creemos firmemente que, a estas alturas, si atendemos a los datos estadísticos recogidos por los expertos a lo largo de los años, y si observamos las gravísimas consecuencias padecidas por decenas de mujeres y de menores como consecuencia de la violencia de sus progenitores, no podemos permitir acoger un debate que concluya en una respuesta distinta

Creemos que nuestra sociedad ya es plenamente consciente de que estamos en deuda con todas estas mujeres -y con sus hijos/as- y, en consecuencia, los poderes públicos han desarrollado paulatinamente, con mayor o menor acierto, un elenco de normas que han permitido diseñar una serie de actuaciones y protocolos para la defensa de los derechos de estas víctimas.

Además, dentro de cualquier ámbito familiar en el que exista un grado de violencia (sea de género, doméstica, física, psíquica, económica, vicaria etc...), todas las medidas de protección o de evitación de riesgos deben ser todavía más rigurosas y relevantes, adoptándose no solo de forma inmediata en sede penal, sino implementándose de igual forma como cautelas aplicables a la hora de decidir (aunque sea provisionalmente) sobre la guarda y custodia de los menores, pensión de alimentos, el uso de la vivienda familiar o el derecho de visitas, comunicaciones, o estancias y pernoctas con el progenitor sospechoso de ser un agresor⁴⁶.

En cierto modo, nos apena que el legislador haya tardado tanto en reconocer a los menores afectados por la violencia vicaria como víctimas directas de violencia de género. La parte positiva es que finalmente ha tomado conciencia

46 La STS, 5 febrero 2024 (ROJ: STS 694/2024), analiza un supuesto en el que los episodios previos de violencia de género contra la madre, determinadas alteraciones o patologías de la personalidad del progenitor y dificultades de control de impulsos reflejadas en los informes periciales hicieron conveniente suspender el régimen de visitas. La AP había sustituido la suspensión de visitas acordada en primera instancia por un régimen muy restringido y supervisado, pero el TS estimó el recurso de la madre y confirmó la suspensión de las visitas. La sentencia insiste en que el criterio decisivo es el interés superior del menor, que prevalece sobre los intereses de los progenitores.

y ha optado por implementar estas medidas civiles que, aunque para algunos resultan excesivamente drásticas, para la mayoría son absolutamente necesarias para solventar una realidad social preocupante.

Otro de los puntos interesantes en el que debemos incidir es que somos conscientes de que la violencia familiar, o de género, no desaparece por el simple hecho de que se dé una separación o un divorcio. De igual forma, el hecho de que tras una denuncia se apueste por poner una distancia física cuando un juez o tribunal acuerda una orden de alejamiento respecto de la mujer, por desgracia, no resulta infalible. Es más, es precisamente en estos casos en que la mujer decide denunciar es cuando hay que extremar la precaución.

Para ello, la respuesta del Derecho penal también ha sido adecuada a la realidad con importantes reformas. Así ha ocurrido con la nueva redacción del art. 544.ter.7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr)⁴⁷ que establece que cuando se incoa un procedimiento judicial por violencia de género y, además de la orden de protección, hay que adoptar medidas civiles al existir hijos menores, no se podrá acordar o mantener visitas entre el denunciado y sus hijos cuando existan indicios fundados de que esa violencia se ha sufrido, presenciado o convivido en relación con los niños⁴⁸.

Además, hay que tener en cuenta que cuando menciona el término “presenciar”, el TS ha aclarado que debe referirse también a percibir o a escuchar episodios de violencia. No se exige que hayan tenido que verlo en primera persona⁴⁹.

La excepción a esta regla se dará solo cuando la investigación penal trate sobre un hecho puntual y aislado de violencia y no sobre una trayectoria de episodios denunciados por la víctima⁵⁰. Será el propio investigado en estos casos el que

47 Gaceta de Madrid núm. 260, 17 de septiembre de 1882.

48 La nueva redacción del art. 544.ter.7, párrafo 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, modificado con ocasión de la LO 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y Adolescencia frente a la Violencia establece literalmente que: “Cuando se dicte una orden de protección con medidas de contenido penal y existieran indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia ‘...’ la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, suspenderá el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpaado respecto de los menores que dependan de él. No obstante, a instancia de parte, la autoridad judicial podrá no acordar la suspensión mediante resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial. Se busca, en definitiva, la protección de las víctimas en sede penal ante casos de presentación de denuncias por violencia de género en los que puedan suponerse represalias por parte del inculpaado, instrumentalizando actos violentos sobre los hijos”. En este sentido, véanse también los arts. 65 y 66 LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

49 Entre otras, STS, 18 de diciembre (ROJ. STS. 1378/2028) o STS, 8 de octubre (VLex: STS. 452/2029).

50 La STS, 26 junio 2024 (ROJ: STS 3546/2024), analiza un caso de violencia de género cronificada donde el padre había sido condenado por varios delitos de violencia de género contra la madre, incluyendo violencia habitual, maltrato físico y amenazas. El TS confirmó la suspensión del régimen de visitas respecto de los hijos menores, considerando que no existían elementos que permitieran concluir que las visitas fueran beneficiosas para los menores por lo que, en aras de proteger el interés superior de éstos se exigía mantener la suspensión.

tendrá que alegar y convencer al juez de que no existe riesgo de que la violencia denunciada vaya a afectar a los menores con esas visitas.

En vista del panorama actual, entendemos necesario intentar contribuir con más medidas que suplan la carencia normativa.

IV. PROPUESTAS DE MEJORA.

En relación con los procedimientos judiciales del ámbito del Derecho civil, creemos que es necesario resaltar el crucial papel que juegan los miembros del equipo técnico psicosocial de los tribunales de instancia a la hora de valorar a los menores con la finalidad de poder constatar, en cada caso, la posibilidad de que pueda producirse una manipulación del niño/a por parte del padre-agresor.

No olvidemos que en muchas ocasiones la mujer (madre y víctima del maltrato), tiene la esperanza errónea de que tras tomar la decisión de separarse su calvario finalizará. Es común que la madre no denuncie la violencia previamente padecida y asuma que con la separación el maltrato desaparecerá. Pero sabemos que esto no es así y, en consecuencia, es en este momento en el que los operadores jurídicos deben permanecer en máxima alerta y comprobar fehacientemente cómo es el entorno real que rodea a esa familia, así como los antecedentes de esa convivencia. Solo así se podrán evitar riesgos en el futuro.

Sabemos que por aplicación del art. 92.5 CC, antes de acordarse el régimen de guarda y custodia, el juez debe recabar el pertinente informe del Ministerio Fiscal. Además, debe escuchar a los menores que gocen de suficiente juicio, bien cuando lo estime necesario, o cuando así lo entienda el Ministerio Fiscal. Esta escucha también puede ser solicitada por las partes o por el equipo técnico judicial.

Además, el juez es quien debe valorar las alegaciones de las partes, la prueba que se practique en el plenario, así como la relación que los progenitores tienen entre sí y con los menores.

Atendiendo al art. 92.9 CC vemos que es el juez el que, antes de adoptar la decisión relativa a una custodia o a un régimen de relaciones entre el progenitor y los menores, también puede instar un dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores para velar por su interés. En virtud de esto, creemos que es el equipo profesional técnico quien puede, y debe, estar plenamente capacitado para poder reconocer las situaciones de violencia y riesgo del entorno familiar. Esto resulta fundamental a la hora de poder asistir y colaborar con el juez.

Hay evidencias de que muchos menores, a pesar de ser apartados físicamente del escenario violento en el que habían vivido antes de la separación, no quedan libres de ella cuando posteriormente se acuerda una guarda y custodia compartida o un régimen de visitas, comunicaciones o estancias con el agresor.

Actualmente ya no tenemos duda de las gravísimas consecuencias que estos contactos pueden acarrear. Insistimos en que son precisamente esas visitas entre el agresor y los/as niños/as lo que puede fomentar que el calvario de esa mujer continúe o, incluso, empeore. Por todo ello, es en el momento del desarrollo de los trámites judiciales cuando puede evitarse el riesgo.

De todo lo anterior deriva el deber de procurar que también dentro del ámbito del Derecho civil se dicten sentencias inadecuadas para los intereses de los menores, que puedan proporcionar al verdugo la vía para poder seguir maltratando a la víctima desde la distancia, a través de esta violencia vicaria.

¿Cómo podemos entonces contribuir a erradicar la violencia vicaria?

Creemos que el fomento de una especialización judicial y la formación de expertos dentro del equipo psicosocial, que permitan valorar correctamente cualquier situación de riesgo, es absolutamente imprescindible para eliminar peligros.

Se aboga por una formación integral en materia de violencia vicaria, perspectiva de género, perspectiva de infancia y perspectiva de interseccionalidad en la interpretación y aplicación del Derecho. Además, en cuanto a los miembros de la carrera judicial que ejerzan funciones relativas a todas las formas de violencia sobre la mujer y violencia contra la infancia y adolescencia, la formación especializada debe ser periódica, incluidos magistrados suplentes y jueces sustitutos, así como a quienes actúen en comisión de servicios o sustitución interna.

Solo así, los jueces y tribunales podrán adoptar en cada caso las medidas civiles más adecuadas para evitar las situaciones de riesgo.

Además, la información que aporten los servicios técnicos especializados ayudará a que las resoluciones judiciales no colaboren con desenlaces fatales derivados de la ausencia de un correcto diagnóstico de la situación.

Para todo esto, una de las propuestas más interesantes que se está desarrollando actualmente es sin duda el Anteproyecto de Ley Orgánica de Medidas en materia de Violencia Vicaria⁵¹ que se anunció en octubre de 2023.

51 Anteproyecto de Ley Orgánica de Medidas en materia de Violencia Vicaria. Ministerio de Igualdad. Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes. Ministerio de Juventud e Infancia,

Uno de sus objetivos principales es poder definir un concepto, en relación con la violencia de género, y garantizar mecanismos de protección a las víctimas. A su vez, se pretende establecer las medidas de prevención, formación y atención especializada para proteger a las víctimas.

En definitiva, lo que se pretende es mejorar y reforzar el marco jurídico de protección integral para la protección de los menores y adolescentes, que a menudo son víctimas e instrumentalizados en el marco de la violencia vicaria. *Junto a esto, también persigue generar un cambio cultural que permita dar visibilidad a esta forma de violencia y fomentar una conciencia colectiva orientada a su rechazo y erradicación*⁵².

Un dato muy relevante que se anuncia en el preámbulo de este Instrumento es precisamente la dificultad para la detección de este tipo de violencia. En 2024 se registraron 1.785 casos de menores de edad víctimas de violencia de género en asuntos en los que se habían dictado medidas cautelares u órdenes de protección, pero, por falta de datos específicos respecto al impacto de la violencia de género en hijos e hijas de las víctimas, se hace difícil diseñar y ejecutar políticas públicas eficaces.

Una de las pretensiones de este Texto es modificar la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Concretamente, en su art. 1, concretamente ampliando las personas respecto a las que se establecen medidas de protección: hijos e hijas o descendientes menores de edad, mayores con discapacidad necesitados de especial protección, menores de edad sujetas a su tutela o guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género.

Además, se incluye expresamente la violencia vicaria en la violencia de género: "A los efectos de esta ley, se entiende por violencia vicaria aquella violencia que, con el objetivo de causar dolor o sufrimiento a las mujeres, se ejerza sobre sus hijos e hijas o descendientes, así como sobre personas menores de edad sujetas a su tutela o guarda y custodia, o sobre los ascendientes o hermanos y hermanas de ésta, o sobre su cónyuge o persona a la que esté ligada por análoga relación de afectividad aun sin convivencia, por parte de las personas indicadas en el apartado primero".

octubre, 2025 (SP/DOCT/128817), disponible en *Sepin, Editorial Jurídica*.

52 Citando las palabras de su propio preámbulo, "Constituye un instrumento esencial para definir jurídicamente la violencia vicaria como una manifestación de la violencia de género, garantizar mecanismos de protección a las víctimas y establecer medidas de prevención, formación y atención especializada. Asimismo, esta ley orgánica mejora y refuerza la protección de las niñas, niños y adolescentes, que a menudo son víctimas e instrumentalizados en el marco de la violencia vicaria, reforzando el marco jurídico de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia".

A su vez, en el art. 3 de esta Ley 1/2004, respecto a los planes de sensibilización, se establecería que el Plan Estatal de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género con carácter permanente incorpore un apartado específico de medidas multidisciplinarias contra la violencia vicaria con medidas de formación, protocolos de detección temprana y actuación coordinada, medidas de protección y atención integral para víctimas y medidas específicas para la infancia afectada y medidas orientadas a evitar el uso instrumental de menores de edad en contextos de custodia, vistas o procesos judiciales. También debe incluirse en las campañas que previenen y sensibilizan contra la violencia de género, la violencia vicaria⁵³.

En el art. 29, sobre la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, se establece que se lleve a cabo la operación denominada "Estadística de Víctimas Mortales por Violencia Contra la Mujer por Razón de Género", conforme a lo establecido en el Plan Estadístico Nacional que incluya de manera diferenciada a los hijos/as o descendientes o personas menores de edad sujetas a su tutela y guarda o custodia, así como a sus ascendientes, hermanos y hermanas, o a quien sea su cónyuge o persona a la que esté ligada por una relación de afectividad con la mujer víctima de violencia vicaria, que hayan sido asesinados en este contexto, verificando y confirmando los casos de víctimas mortales en el contexto de la violencia vicaria.

Atendiendo a sus propósitos en materia de Derecho civil, también se prevé la reforma del Código Civil y, como era de esperar, se plantea añadir que, antes de acordar la guarda y custodia habrá siempre que escuchar a los menores, o mayores con discapacidad necesitados de especial protección. Además, establece también la obligación de conocer su opinión, su voluntad, sus deseos y preferencias, o que se haga a través de sus representantes u otras personas que puedan transmitirla objetivamente (art. 92.6 CC).

En relación con el citado art. 94 CC, relativo al régimen de visitas, se plantea introducir la previa audiencia de los menores en los casos en que se hayan producido casos de violencia de género. En interés del menor, la autoridad judicial tendrá que valorar positivamente establecer un régimen de visitas o estancia, siempre que no se advierta un riesgo objetivo para su vida o integridad física o psíquica. También se prevé que, en caso de no poderse oír al menor, se conozca

53 En cuanto al Derecho penal, este Anteproyecto, prevé la inclusión en el art. 173 bis CP de un tipo de violencia vicaria, siendo los requisitos del posible tipo penal: 1) la intención o dolo de causar daño o sufrimiento a su cónyuge o excónyuge o persona ligada por una relación análoga de afectividad, aún sin convivencia. 2) que la víctima del delito sean hijos o descendientes o personas menores de edad sujetas a tutela, o guarda y custodia. 3) que se cometa alguno de estos delitos: homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad sexual, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor, contra los derechos y deberes familiares o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación.

su opinión, voluntad, deseos y preferencias a través de representantes legales o personas de confianza.

En cuanto a las modificaciones previstas para la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), resulta imprescindible el contenido del art. 47, relativo a la ansiada y ya mencionada formación de los profesionales por la que tanto abogamos en este trabajo. Regula una formación específica sobre igualdad y no discriminación por razón de sexo y violencia de género en cursos de formación a la Carrera judicial, Carrera fiscal, Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia y Cuerpo de médicos forenses, así como lo que esta formación, incluida la violencia vicaria, deberá incluir: concepto, tipos y manifestaciones de la violencia, perspectiva de género, infancia e interseccionalidad, factores de riesgo y actuaciones a asumir una vez detectados indicios de violencia de género, protocolos de detección temprana, valoración de riesgo y protección a las víctimas, medidas judiciales, sociales y sanitarias específicas, impacto psicológico y social en las víctimas y coordinación con los servicios de atención especializada a mujeres y menores de edad víctimas de violencia de género.

No hay duda de que esta pretensión conceptualiza más ampliamente la violencia vicaria⁵⁴, fijando un delito separado para este tipo de agresiones, tipificando así lo que ya se venía operando de facto en algunos tribunales, que castigaban por separado el delito contra la integridad moral y fijaban el daño moral para la víctima.

Asimismo, se establecen medidas de protección para los menores, no solo frente al riesgo de violencia vicaria, sino también frente a una revictimización en los procesos civiles en los que están incurso sus progenitores, promoviendo que se les escuche antes de tomar cualquier medida que les afecte.

V. CONCLUSIONES.

La violencia vicaria representa una de las formas más extremas, crueles y devastadoras de la violencia de género, pues supone la utilización consciente e intencionada de los hijos e hijas como instrumento para causar o seguir causando sufrimiento a la mujer. El agresor no actúa movido únicamente por el deseo de perjudicar al menor, sino por la voluntad de mantener el control sobre su pareja o expareja y destruirla emocionalmente a través de aquello que considera más valioso para ella: sus hijos/as.

Nos encontramos, por tanto, ante una violencia instrumental que convierte a los menores en víctimas directas de una estrategia de dominación machista

⁵⁴ Más aún de lo realizado ya en Cataluña a través de la Ley 17/2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2008, del Derecho de las Mujeres a erradicar la Violencia Machista (BOE, núm. 11, de 13 de enero de 2021).

profundamente arraigada en estructuras históricas de desigualdad entre hombres y mujeres.

A lo largo del presente trabajo se ha puesto de manifiesto que la violencia de género no puede entenderse como un conflicto privado o estrictamente familiar, sino como un grave problema estructural y social que afecta a toda la comunidad. Durante décadas, las conductas violentas ejercidas contra las mujeres dentro del ámbito doméstico fueron invisibilizadas y normalizadas bajo la falsa idea de que pertenecían exclusivamente a la esfera íntima de la familia. Sin embargo, la evolución de la conciencia social y jurídica ha permitido reconocer que estas conductas constituyen una grave vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres y de los menores que conviven en dichos entornos violentos.

En este contexto, la violencia vicaria ha adquirido una especial relevancia debido a las gravísimas consecuencias que produce tanto en las madres como en sus hijos e hijas. Los estudios científicos analizados, especialmente desde el ámbito psicológico, evidencian que los menores expuestos a este tipo de violencia sufren importantes secuelas emocionales, cognitivas y conductuales. La manipulación constante, el miedo, la instrumentalización afectiva, la exposición a insultos y agresiones, así como la utilización de los hijos/as como herramientas de control sobre la madre, generan en ellos graves alteraciones en su desarrollo personal y emocional.

Muchos de estos menores presentan problemas de ansiedad, inseguridad, trastornos de conducta, dificultades en las relaciones sociales y afectivas e, incluso, procesos de normalización de la violencia que pueden reproducirse en etapas posteriores de su vida.

Asimismo, ha quedado acreditado que la violencia vicaria no se limita exclusivamente a los supuestos más extremos en los que el agresor acaba con la vida de los menores. Aunque los asesinatos de menores constituyen la expresión más brutal y visible de este fenómeno, existen numerosas formas de violencia vicaria que se desarrollan de manera cotidiana y continuada: manipulación psicológica, desacreditación constante de la madre, utilización de los procesos judiciales como forma de acoso, incumplimientos deliberados de obligaciones parentales o creación de conflictos familiares permanentes destinados a provocar desgaste emocional en la víctima.

Todas estas conductas responden a una misma finalidad: continuar ejerciendo poder y control sobre la mujer, incluso después de finalizada la relación de pareja.

Del mismo modo, se ha podido comprobar que el momento de la ruptura sentimental constituye uno de los periodos de mayor riesgo para las víctimas.

Cuando el agresor percibe que pierde el dominio directo sobre la mujer, intensifica las conductas de violencia recurriendo frecuentemente a los hijos/as como medio para prolongar el maltrato.

En este sentido, una guarda y custodia compartida o un régimen de visitas y comunicaciones acordado judicialmente, puede convertirse en una herramienta que facilite el mantenimiento de la violencia y permita al agresor continuar dañando psicológicamente a la madre y a los menores.

Por ello, resulta plenamente justificada la evolución normativa que ha experimentado el Derecho civil español en los últimos años. La modificación de los arts. 156, 92 y 94 CC supone un importante avance en la protección de la infancia frente a contextos de violencia de género, al priorizar el interés superior del menor y permitir la omisión de una custodia compartida o la suspensión o evitación del régimen de visitas cuando existan indicios fundados de violencia doméstica o de género.

Aunque estas medidas han suscitado debate doctrinal respecto a su incidencia sobre el principio de presunción de inocencia, consideramos que el legislador ha actuado correctamente al otorgar prevalencia a la protección de los menores y de las mujeres frente a riesgos potencialmente irreparables. La experiencia acumulada en numerosos casos demuestra que mantener el contacto entre el agresor y los menores en contextos de violencia puede derivar en consecuencias fatales.

No obstante, pese a los importantes avances legislativos producidos en España, la realidad demuestra que las medidas existentes todavía resultan insuficientes. El incremento continuado de casos de violencia vicaria extrema evidencia una necesidad de seguir reforzando los mecanismos de prevención, detección precoz y protección integral de las víctimas.

Resulta imprescindible mejorar la coordinación entre los distintos operadores jurídicos, policiales, sanitarios, educativos y sociales, garantizando una actuación rápida, especializada y eficaz ante cualquier indicio de riesgo. Debe insistirse especialmente en la importancia de la formación especializada de jueces, fiscales, abogados, equipos psicosociales, fuerzas y cuerpos de seguridad y demás profesionales implicados en este ámbito. Solo una adecuada comprensión de la dinámica específica de la violencia vicaria permitirá realizar valoraciones del riesgo ajustadas a la realidad y adoptar medidas de protección verdaderamente eficaces. La falta de detección o la minimización de determinados comportamientos violentos puede tener consecuencias irreversibles para las víctimas.

Igualmente, no puede olvidarse que la erradicación de la violencia vicaria exige una profunda labor educativa y preventiva. La lucha contra la violencia de género

debe abordarse desde edades tempranas mediante programas de educación en igualdad, respeto, corresponsabilidad y resolución pacífica de conflictos. Solo a través de un cambio cultural y social será posible desmontar las estructuras patriarcales que sustentan las conductas de dominación y control sobre las mujeres.

En definitiva, la violencia vicaria constituye una grave vulneración de los derechos humanos de las mujeres y de la infancia, así como una de las manifestaciones más perversas de la violencia machista. Su existencia pone de relieve que el maltrato no termina necesariamente con la separación de la pareja, sino que puede transformarse y perpetuarse mediante nuevas formas de agresión dirigidas contra los hijos e hijas. Por ello, la sociedad y los poderes públicos tienen la obligación de continuar avanzando en la construcción de mecanismos de protección eficaces que garanticen la seguridad, la dignidad y el bienestar de todas las víctimas.

Solo mediante el compromiso conjunto de las instituciones, el fortalecimiento del marco jurídico, la especialización profesional y la educación en igualdad podrá avanzarse hacia la prevención y erradicación definitiva de esta grave lacra social que continúa arrebatando vidas, destruyendo familias y vulnerando los derechos fundamentales de mujeres y menores.

Por todo ello, debiendo aprender de la grave experiencia sufrida en nuestro país por miles de menores y de mujeres, tenemos la responsabilidad de corregir los defectos, incluidos los legales. Es por ello que el legislador español ha decidido finalmente sacrificar los intereses de los progenitores a la hora de tener que dictarse medidas judiciales relativas a los menores. Así, a través de los nuevos arts. 92, 94 y 156 CC, ha superpuesto de forma absoluta el interés superior de los menores (y de sus madres), estableciendo como regla general la negativa a acordar regímenes de relaciones, visitas, estancias o comunicaciones, cuando se acredite (o se sospeche) que existe, o puede existir, violencia de género en el entorno.

Además, el Anteproyecto de Ley para Ley Orgánica sobre violencia vicaria demuestra que el avance es constante y la sensibilización del Estado está presente.

Con estas medidas avanzamos hacia el obligado cumplimiento de los compromisos recogidos en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, así como de los mandatos del ordenamiento jurídico español y de los compromisos internacionales asumidos por el Estado en el marco de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), reforzando la

respuesta institucional para la erradicación de la violencia de género y la protección integral de todas sus víctimas.

La norma, además, contribuye a consolidar una política de Estado estable y sostenida en el tiempo, que se proyecta como una obligación permanente en la defensa de los derechos humanos de las mujeres y de la infancia.

BIBLIOGRAFÍA

BLAS GORORDO, I.: "La violencia vicaria: regulación y reformas legales", *Centro de Estudios Jurídicos*, 2022.

BOSCH FIOL, E. y FERRER PÉREZ, V. A.: "La violencia de género: de cuestión privada a problema social", *Intervención Psicosocial*, Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, vol. 9, núm. 1, 2000.

CORDERO MARTÍN G., LÓPEZ MONTIEL, C., GUERRERO BARBERÁN, A.I.: "Otra forma de violencia de género: la instrumentalización, ¡Dónde más te duele!", *Revista de Trabajo y Acción Social*, Documentos de Trabajo Social, núm. 59, 2017.

GÓMEZ-CENTURIÓN ERASUN, M.: "Secuelas en las madres", Asociación Libres de Violencia Vicaria, 2025. <https://libresdeviolenciavicaria.com/secuelas-en-las-madres/>

HIRIGOYEN, M. F.: *El acoso moral: el maltrato psicológico en la vida cotidiana*, Ediciones Paidós, 2014.

IBORRA MARMOLEJO I. y SANMARTÍN ESPLUGUES, J.: "¿Cómo clasificar la violencia?: la taxonomía según Sanmartín", *Criminología y Justicia*, núm. 1, 2011. file:///C:/Users/34696/Documents/VIOLENCIA/Como_clasificar_la_violencia_la_taxonomia_según_Sa.pdf

LÓPEZ ZAFRA, E.: "El cambio en los estereotipos de género como forma de reducir la violencia de género", en *España en el discurso de la posmodernidad: contribución de los estudios culturales a las cuestiones de género y diversidad sexual*, Fundación Centro de Estudios Andaluces, 2008.

LORENTE ACOSTA, M.: "Violencia pública, violencia privada", *Tiempo de Paz*, núm. 134, 2019.

MAGRO SERVET, V.:

- "La regla general de suspensión del régimen de visitas ante casos de violencia en el hogar y posibles excepciones", *El Derecho.com. Noticias Jurídicas y Actualidad*, Derecho de Familia, Tribuna, 2022.
- "Suspensión del régimen de visitas por hecho de violencia de género en pareja de hecho: análisis de la sentencia del Tribunal Supremo 129/2024, de 5 de febrero", *El Derecho.com. Noticias Jurídicas*, Familia, Tribuna, 2024. <https://elderecho.com/suspension-de-regimen-de-visitas-por-violencia-de-genero-en-pareja-de-hecho-sentencia-supremo-129-2024-de-5-feb-2024>.

RÍOS LECHUGA, J.C., LÓPEZ ZAFRA, E. y RUIZ SÁNCHEZ, S.M.: "La conceptualización científica de la violencia vicaria: una revisión sistemática siguiendo el método Prisma 2020", *Investigando en Psicología*, núm. 24, 2023.

VACCARO, S.: *Violencia vicaria: un golpe irreversible contra las madres: estudio sobre el análisis de datos de violencia vicaria extrema*, Asociación de Mujeres de Psicología Feminista, Junta de Andalucía, Consejería de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad, *Observatorio de la Infancia y Adolescencia de Andalucía*, 2021.

VACCARO, S.: ¿Qué es la violencia vicaria?, 2016. <https://www.soniavaccaro.com/acerca-de-2>.

**LAS PISCINAS SON PARA EL VERANO:
RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LOS
ACCIDENTES DE MENORES EN PISCINAS**

***SWIMMING POOLS ARE FOR SUMMER: CIVIL LIABILITY
ARISING FROM SWIMMING POOL ACCIDENTS INVOLVING
MINORS***

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 150-209

Begoña RIBERA
BLANES

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de junio de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2026

RESUMEN: El presente trabajo analiza la responsabilidad civil derivada de los accidentes sufridos por menores en piscinas a partir del estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El punto de partida de la investigación es la consideración jurisprudencial del baño en una piscina como una actividad ordinaria de ocio que, por sí misma, no puede calificarse como especialmente peligrosa. A partir de esta premisa, se examina la incidencia que la conducta del propio menor puede tener en la imputación de responsabilidad, atendiendo especialmente a su edad y grado de discernimiento. Asimismo, se estudia el deber de vigilancia de los progenitores y su progresiva modulación conforme aumenta la autonomía del menor, así como la responsabilidad civil del socorrista y el alcance de los deberes de vigilancia, prevención y auxilio inherentes a su posición de garante. El análisis realizado pone de manifiesto que la jurisprudencia resuelve estos conflictos mediante una valoración casuística de las circunstancias concurrentes, prestando especial atención a la creación, organización y control del riesgo. La responsabilidad no se atribuye de forma automática por la mera producción del daño, sino mediante la determinación del sujeto que se encontraba en mejores condiciones de prever, controlar o evitar el resultado lesivo.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil; menores; piscinas; ahogamiento; culpa exclusiva de la víctima; deber de vigilancia; socorrista; causalidad; control del riesgo.

ABSTRACT: *This paper analyses civil liability arising from accidents involving minors in swimming pools, based on an examination of the case law of the Supreme Court. The starting point for the research is the legal view that swimming in a pool is an ordinary leisure activity which, in itself, cannot be classified as particularly dangerous. Building on this premise, the paper examines the impact that the minor's own conduct may have on the attribution of liability, paying particular attention to their age and level of understanding. It also examines the duty of care incumbent on parents and how this duty is progressively adjusted as the minor's autonomy increases, as well as the civil liability of the lifeguard and the scope of the duties of supervision, prevention and assistance inherent in their role as guardian. The analysis carried out shows that case law resolves these conflicts through a case-by-case assessment of the concurrent circumstances, paying particular attention to the creation, organisation and control of risk. Liability is not automatically attributed merely because harm has occurred, but rather by determining which party was in the best position to foresee, control or prevent the harmful outcome.*

KEY WORDS: *Civil liability; minors; swimming pools; drowning; victim's contributory negligence; duty of supervision; lifeguard; causation; risk control.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. BAÑARSE EN UNA PISCINA NO ES UNA ACTIVIDAD PELIGROSA.- III. LA INCIDENCIA DE LA CONDUCTA DEL MENOR EN LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTES EN PISCINAS.- I. La irrelevancia jurídica de la conducta del menor durante la infancia.- 2. La progresiva relevancia causal de la conducta del menor.- 3. La conducta del adolescente próximo a la mayoría de edad.- IV. EL DEBER DE VIGILANCIA DE LOS PROGENITORES.- 1. Fundamento y contenido del deber de vigilancia de los progenitores.- 2. La vigilancia parental durante la primera infancia.- 3. La progresiva atenuación del deber de vigilancia parental durante la segunda infancia.- 4. La atenuación del deber de vigilancia de los progenitores y la creciente autorresponsabilidad del adolescente.- V. LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL AL SOCORRISTA.- 1. La posición de garante del socorrista.- 2. El deber de vigilancia del socorrista y la organización de la seguridad.- 3. La responsabilidad del socorrista y la exigencia de causalidad adecuada.- 4. La incidencia de la conducta del menor adolescente.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Los accidentes sufridos por menores en piscinas constituyen una realidad recurrente durante los meses estivales y, en no pocas ocasiones, generan consecuencias de extraordinaria gravedad, especialmente cuando se producen ahogamientos o lesiones neurológicas irreversibles derivadas de episodios de sumersión. La frecuencia con la que estos sucesos alcanzan los tribunales pone de manifiesto la complejidad jurídica que presenta la determinación de la responsabilidad civil en este ámbito, particularmente cuando concurren diversos sujetos que, de uno u otro modo, participan en la creación, organización, vigilancia o control de la situación de riesgo.

La singularidad de estos supuestos deriva de que el accidente afecta a menores de edad, circunstancia que obliga a tener en cuenta factores específicos relacionados con su capacidad de discernimiento, su grado de autonomía y las particulares exigencias de protección que el ordenamiento jurídico les dispensa. La edad del menor adquiere así una importancia decisiva, pues no puede valorarse de la misma forma la conducta de un niño de tres o cuatro años que la de un adolescente próximo a la mayoría de edad. Del mismo modo, tampoco puede exigirse idéntica intensidad en los deberes de vigilancia de los progenitores o en las obligaciones de control asumidas por quienes desarrollan profesionalmente funciones de supervisión y seguridad en las instalaciones acuáticas.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre numerosos accidentes sufridos por menores en piscinas, ofreciendo soluciones que, en ocasiones, presentan una notable diversidad casuística. Sin embargo, un examen conjunto de dichas resoluciones permite advertir la existencia de ciertos criterios comunes que trascienden las particularidades de cada supuesto. Entre

• **Begoña Ribera Blanes**

Profesora Titular de Derecho civil de la Universidad de Alicante. Correo electrónico: bribera@ua.es.

ellos destaca la progresiva relevancia atribuida a la conducta del propio menor conforme aumenta su capacidad de discernimiento, la modulación del deber de vigilancia de los progenitores en función de la edad de sus hijos y la delimitación de los deberes de vigilancia y auxilio que corresponden a los socorristas y demás responsables de la seguridad de las instalaciones.

El presente trabajo tiene por objeto analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de accidentes sufridos por menores en piscinas con el fin de identificar los criterios utilizados para imputar la responsabilidad civil derivada de dichos eventos dañosos. A tal efecto, se parte de una idea fundamental que atraviesa buena parte de las resoluciones examinadas: el baño en una piscina no constituye, por sí mismo, una actividad especialmente peligrosa. Esta premisa condiciona decisivamente la construcción jurídica de la responsabilidad, pues impide fundamentarla en criterios automáticos de riesgo y obliga a examinar, en cada caso, las concretas conductas desplegadas por los distintos sujetos intervinientes y su incidencia causal en la producción del daño.

Desde esta perspectiva, el estudio se estructura en cuatro grandes bloques. En primer lugar, se analiza la consideración jurisprudencial del baño en piscina como actividad ordinaria de ocio y las consecuencias que ello produce en materia de imputación de responsabilidad. En segundo lugar, se examina la incidencia de la conducta del propio menor en la producción del daño, atendiendo especialmente a la evolución de la jurisprudencia en función de la edad y capacidad de discernimiento de la víctima. En tercer lugar, se aborda el deber de vigilancia de los progenitores y la progresiva modulación de su intensidad conforme aumenta la autonomía del menor. Finalmente, se estudia la responsabilidad civil del socorrista, prestando especial atención a su posición de garante, al alcance de sus deberes de vigilancia y auxilio y a la relevancia de las concretas circunstancias concurrentes en cada supuesto.

El análisis de las resoluciones examinadas permite comprobar que la responsabilidad civil derivada de los accidentes de menores en piscinas no puede resolverse mediante fórmulas abstractas o automáticas. Antes al contrario, exige determinar quién creó, incrementó, organizó o controló efectivamente el riesgo que finalmente se materializó en el daño. En última instancia, la jurisprudencia parece construir la imputación de responsabilidad sobre la identificación de la concreta posición de garantía existente en cada caso y sobre la capacidad real de cada sujeto para prevenir o evitar el resultado lesivo.

II. BAÑARSE EN UNA PISCINA NO ES UNA ACTIVIDAD PELIGROSA.

La jurisprudencia viene declarando de forma reiterada que la responsabilidad fundada en el riesgo, como criterio específico de imputación, queda reservada

a aquellos supuestos en los que el peligro generado excede del riesgo general inherente al desarrollo ordinario de las actividades cotidianas. Por ello, dicha doctrina no resulta aplicable cuando el daño se produce en el marco de actividades que carecen de una especial peligrosidad objetiva. En tales casos, no procede la inversión de la carga probatoria, de modo que, conforme a lo dispuesto en el art. 217 LEC, corresponde a la parte demandante acreditar la concurrencia de los presupuestos determinantes de la responsabilidad del demandado y su incidencia causal en la producción del daño.

La STS de 30 de julio de 2008¹ señala que “en general, el baño en una piscina pública no constituye una situación de riesgo”, afirmación que podemos extender a cualquier tipo de piscina, ya sea de titularidad pública o de titularidad privada. Como advierte la STS de 17 de diciembre de 2019², “no nos hallamos por consiguiente ante una actividad generadora de anómalos o excepcionales peligros, sin perjuicio de que deban ser prevenidos los riesgos propios que implica el disfrute de dicha actividad de ocio”. Del mismo modo, la STS de 5 de septiembre de 2007 advierte que “la actividad en sí no resulta especialmente peligrosa”³.

Se trata, por tanto, de una actividad que el propio Tribunal Supremo califica como actividad de ocio y que no es esencialmente peligrosa, aunque puede llegar a serlo si se incorpora algún factor de riesgo que no es inherente a la propia piscina⁴. Puede ser que una actividad no sea peligrosa por naturaleza, pero pueda llegar a serlo por las circunstancias en las que se lleva a cabo⁵. A la hora de determinar la responsabilidad derivada de un resultado dañoso, es fundamental hacer un análisis de la creación y el control del riesgo. Se trata de averiguar quién introduce el elemento de riesgo y cómo incide en el resultado dañoso.

Uno de los ejemplos más claros de creación de un riesgo añadido o incrementado, distinto del riesgo ordinario inherente al uso normal de una piscina, lo encontramos en la STS de 23 de febrero de 1995⁶. En este caso los hijos de los demandados, encargados de la explotación personal del negocio, colocaron una bañera o piscina portátil en el jardín del bar como elemento de atracción comercial, pero no se limitaron simplemente a poner la piscina a disposición de los usuarios, sino que, con el objetivo de aumentar la clientela juvenil del establecimiento, organizaron un concurso consistente en premiar al primer cliente que se arrojava

1 STS 30 julio 2008 (TOL I.378.544).

2 STS 17 diciembre 2019 (TOL 7.664.380).

3 STS 5 septiembre 2007 (TOL I.146.765).

4 STS 17 diciembre 2019 (TOL 7.664.380).

5 ATIENZA NAVARRO, M. L.: “La responsabilidad civil de los padres, de los tutores y de los curadores con facultades de representación plena”, en AA.VV.: *Derecho de Daños* (dirs. por M. CLEMENTE MEORO y M. E. COBAS COBIELLA), Dykinson, Madrid, 2021, p. 585.

6 STS 23 febrero 1995 (TOL I.667.257).

al recipiente. Aquí aparece claramente la creación del riesgo añadido. No se trataba de un uso normal de una piscina, sino que se crea un riesgo específico al incentivar lanzamientos impulsivos y competitivos hacia un recipiente de escasa profundidad, en un contexto de excitación grupal y previsiblemente asociado al consumo de alcohol. La sentencia es especialmente expresiva cuando afirma que los organizadores “no adoptaron cuidado alguno para advertir e incluso impedir la posible conducta irreflexiva de unos jóvenes, presumiblemente bajo los efectos eufóricos de una consumición alcohólica”. Como consecuencia de la organización del concurso, se materializaron lanzamientos irreflexivos con resultados lesivos, de modo que el daño producido no fue un acontecimiento casual o extraordinario, sino la materialización exacta del peligro creado por los organizadores.

La Sala aprecia la concurrencia de varios factores que provocaron un incremento anormal del riesgo por parte de los demandados. En primer lugar, la incentivación activa de la conducta peligrosa, ya que los demandados no permanecieron pasivos frente al comportamiento de la víctima, sino que promovieron y premiaron económicamente la conducta arriesgada. Aquí no es solo la víctima la que se sitúa en una posición de riesgo, sino que el riesgo viene inducido activamente por el demandado.

En segundo lugar, se desnaturaliza el uso ordinario de la piscina porque se organiza una actividad que consistía en lanzarse precipitadamente desde cierta altura a un recipiente poco profundo en un contexto competitivo. Por lo tanto, el accidente no deriva del uso normal de la piscina, sino de la actividad creada, que excede claramente el riesgo ordinario inherente al uso de una piscina.

En tercer lugar, la previsibilidad del daño. La resolución insiste en la “falta de previsión en función de lo previsible”. Se trata de un aspecto esencial dado que no se trataba de un daño extravagante o imprevisible, más bien al contrario, era perfectamente previsible que jóvenes excitados, posiblemente bajo los efectos del alcohol, que competían por un premio, pudieran arrojar irreflexivamente al agua sin calcular ni la profundidad ni la altura. Precisamente porque el resultado era previsible, los organizadores debían haber adoptado medidas preventivas, pero no lo hicieron. La práctica del juego no fue acompañada por la diligencia necesaria para prevenir cualquier evento dañoso para los participantes.

En cuarto lugar, el Tribunal aprecia la ausencia absoluta de medidas de seguridad, ya que los organizadores no advirtieron del peligro, no establecieron ningún tipo de control, ni impidieron la conducta peligrosa. De este modo, se crea el riesgo sin ninguna neutralización preventiva posterior⁷.

⁷ De este pronunciamiento jurisprudencial se deduce que quien organiza una actividad recreativa para atraer participantes debe anticipar razonablemente conductas imprudentes previsibles y adoptar medidas de neutralización del riesgo. Eso es exactamente lo que faltó en el concurso de lanzamiento a la piscina.

Por último, la Sala señala el interés crematístico que motivó la conducta de los hijos de los demandados, ya que incorporan el riesgo con la intención de hacer más atractiva la estancia de los jóvenes en el establecimiento para que aumentara la clientela del negocio, y con ello, los beneficios que se obtuvieran del mismo.

Lo verdaderamente interesante de este caso es que el Tribunal Supremo no elimina completamente la relevancia causal de la conducta de la víctima. De hecho, la Sala considera que el perjudicado actuó de manera absolutamente irreflexiva y culposa al lanzarse al agua sin calcular la escasa profundidad de la piscina ni la altura desde la que se arrojaba, por lo que contribuyó directamente a la producción del accidente. No cabe duda que en el caso la víctima actuó de forma imprudente, pero tal conducta no puede considerarse extraordinaria, imprevisible y completamente ajena al riesgo creado, al contrario, era justamente la conducta que cabía esperar en el contexto organizativo diseñado por los demandados, por eso, no puede hablarse de culpa exclusiva de la víctima⁸, ni entender que la conducta de la víctima rompe la causalidad porque el riesgo creado por los organizadores hacía precisamente previsible una reacción impulsiva como la producida.

En consecuencia, desde la perspectiva de la imputación objetiva, la conducta del perjudicado no desplaza completamente el centro de imputación causal porque el riesgo creado por los organizadores seguía siendo jurídicamente relevante y continuaba conectado funcionalmente con el daño producido. La competencia sobre el riesgo aparece distribuida entre ambos, pues se considera, por un lado, que el menor tenía capacidad suficiente para comprender el riesgo creado y que su conducta no había sido diligente, y, por otro lado, que la culpa de los hijos de los dueños del bar tiene su origen, tanto en la colocación del recipiente con agua en el jardín, como en la organización del juego o concurso, incentivando con premios a los primeros participantes. Se estima así la concurrencia de conductas culposas por aplicación del principio de compensación de responsabilidades⁹.

8 De esta sentencia se obtienen tres ideas fundamentales. En primer lugar, que la minoría de edad no excluye automáticamente la culpa de la víctima, ya que el Tribunal entiende que el joven lesionado tenía discernimiento suficiente para comprender parcialmente el peligro. Es cierto que la sentencia no especifica expresamente la edad exacta del lesionado ni la de los demás participantes. La resolución utiliza fundamentalmente las expresiones "jóvenes", "muchachos" o "clientes jóvenes del establecimiento" para dar a entender que no se trataba de niños de corta edad, sino de adolescentes o jóvenes con capacidad suficiente de discernimiento. Aunque el TS no concrete la edad exacta, presupone una madurez suficiente para imputar jurídicamente relevancia causal a la conducta del lesionado. En segundo lugar, que la imprudencia del menor no siempre rompe la causalidad, especialmente cuando el comportamiento impulsivo era previsible y el propio organizador incentivó o favoreció la conducta peligrosa. En tercer lugar, que la competencia causal puede compartirse, pues el control del riesgo ni recaía exclusivamente en los organizadores, ni en el menor, por lo que se aprecia concurrencia de culpas y no culpa exclusiva de la víctima.

9 Hay supuestos en los que tanto el comportamiento de la víctima como el de la otra parte han sido condición del daño y en ambas puede establecerse un juicio de culpabilidad. La jurisprudencia ha entendido que en estos casos debe procederse a una graduación de las respectivas culpas, de manera que con ello se reduzca, proporcionalmente el deber de indemnizar, Díez-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 367.

Desde una perspectiva dogmática, la sentencia permite diferenciar con enorme claridad entre el riesgo normal inherente al baño o al uso ordinario de una piscina y el riesgo añadido creado por una conducta negligente. Se considera que ese riesgo existe cuando el organizador transforma una actividad recreativa ordinaria en una situación artificialmente peligrosa: incentiva conductas impulsivas o competitivas; incrementa anormalmente el peligro previsible y omite medidas razonables de prevención respecto del riesgo creado.

Es importante diferenciar los casos en los que la competencia sobre el riesgo es compartida, de aquellos en los que el riesgo es absorbido completamente por una sola de las partes.

Así sucedió, por ejemplo, en el caso resuelto por el TS en la sentencia de 30 de julio de 2008¹⁰ en la que se produce el fallecimiento de un adolescente de 17 años que participa con otros menores en un juego de apnea consistente en permanecer sumergidos bajo el agua durante el mayor tiempo posible en una piscina pública.

La valoración que hace el Tribunal Supremo respecto a la creación y el control del riesgo le lleva a considerar que el riesgo no fue creado por los socorristas ni por los titulares de la piscina, sino exclusivamente por los propios adolescentes. En esta ocasión la Sala insiste en que “en general, el baño en una piscina pública no constituye una situación de riesgo”. El verdadero peligro no derivaba del uso normal de la instalación, sino del juego espontáneamente desarrollado por los menores. En esta línea el Tribunal afirmó que la situación de riesgo “ha sido buscada de propósito por los muchachos”. A diferencia de la sentencia anterior en la que el riesgo es organizativamente creado, incentivado y funcionalmente agravado por los demandados, en esta ocasión el riesgo es autónomamente generado, espontáneamente asumido y plenamente controlado por los propios adolescentes.

En esta sentencia el TS analiza la conducta de los dos socorristas que se encontraban en la piscina en el momento del accidente y tuvo en cuenta que estaban en su puesto de vigilancia¹¹ y que habían actuado correctamente, ya que

¹⁰ STS 30 julio 2008 (TOL I.378.544).

¹¹ Encontrarse el socorrista en su puesto de vigía se ha venido considerando por la jurisprudencia como una actuación diligente y correcta que suele derivar en entender que no existe relación causa-efecto entre la conducta del socorrista y el fallecimiento del bañista como puede verse en la STS de 2 de septiembre de 1997 (TOL 216.509). En este caso el fallecimiento del esposo de la actora no se debió a la sumersión sino a una inhibición producida por el cambio brusco de la temperatura corporal agravado por el hecho de que el fallecido se encontrara en un pleno periodo digestivo. Todo ello derivó en un síncope o ataque vasovagal que generó una situación de asistolia persistente, manifestándose un cuadro de fibrilación ventricular y posterior fallecimiento del bañista. Aunque la demandante alegó que el tiempo invertido por el socorrista en percatarse de la prolongada permanencia bajo el agua y el hecho de que la vigilancia fuese estática desde un punto distante del lugar en el que el hecho se produjo contribuyeron de forma definitiva a su muerte, el Tribunal no avala la tesis de que la vigilancia peripatética es la propia de la función de un socorrista y considera que el socorrista actuó en todo momento de forma diligente al permanecer en su puesto de vigilancia.

no tenían por qué anticipar razonablemente el juego que realizaban los menores. De este modo, la Sala rechaza expresamente que exista una obligación de vigilancia absoluta capaz de neutralizar cualquier conducta peligrosamente impulsiva desarrollada por adolescentes prácticamente próximos a la mayoría de edad¹².

Desde la perspectiva de la conducta de la víctima, si comparamos esta sentencia con la de 1995 obtenemos que, en ambas el Tribunal reconoce que el menor poseía capacidad suficiente de discernimiento, que la víctima era un adolescente capaz de comprender objetivamente el peligro de la conducta desarrollada, sin embargo, el distinto tratamiento jurídico deriva de la diferente posición ocupada por terceros respecto del riesgo finalmente materializado. Mientras que en la sentencia de 1995 los organizadores favorecen activamente la conducta peligrosa creando un contexto competitivo sin adoptar ninguna medida de neutralización del riesgo, en la sentencia de 2008, los socorristas no promovieron el juego ni incentivaron la conducta que propició la creación de un peligro añadido respecto del uso normal de la piscina. Por ello, mientras que en 1995 la imprudencia del menor aparece integrada en el riesgo creado por los demandados, en 2008 la conducta de la víctima absorbe completamente el proceso causal. En definitiva, solo podrá apreciarse que la conducta imprudente de la víctima rompe la imputación causal cuando el riesgo acontecido no ha sido previamente creado, incentivado o agravado por terceros.

También merece ser destacada la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2008¹³ que se refiere al supuesto de un adolescente de 16 años que, sin ser cliente del hotel, accedió con sus amigos a la piscina de este fuera del horario autorizado y bajo los efectos del alcohol, sufriendo gravísimas lesiones tras lanzarse al agua. En este caso el TS rechaza totalmente la responsabilidad del establecimiento hotelero y considera que el daño se produjo exclusivamente por la conducta de la propia víctima.

En el asunto objeto de análisis, la Sala atribuyó especial importancia a varios elementos: al acceso clandestino a la piscina, que se había producido de forma anómala por la escalera de incendios, al encontrarse esta cerrada¹⁴; la utilización de la piscina fuera horario, ya que la piscina cerraba a la 1 de la madrugada y el

12 En similares términos la STS de 17 de diciembre de 2019 (TOL 7.664.380), en un caso en que el menor se ahoga en la piscina de una urbanización estando al cuidado de un adulto, consideró que la socorrista que trabajaba en la piscina el día en que se produjo el fallecimiento del menor había actuado diligentemente, ya que el menor había quedado bajo el cuidado de una persona mayor, el suceso ocurrido fue imprevisible y la conducta del socorrista fue irreproachable porque, hallándose en el entorno de la piscina, sin que existiera previamente ninguna situación de peligro que debiera ser prevenida, reaccionó de inmediato frente al suceso advertido por un vecino, *sin causar ningún riesgo adicional de peligro por su parte* (la cursiva es mía), ni incumplir los deberes de diligencia exigibles para su profesión.

13 STS 23 julio 2008 (TOL 1.354.571).

14 El acceso clandestino a propiedad ajena impide generalmente trasladar al propietario las consecuencias de lo que suceda, siempre que existan las medidas normales de cerramiento (STS 31 julio 1999, TOL 5.120.354; STS 24 octubre 2003, TOL 4.977.932).

joven accedió a ella a las 4 de la madrugada, siendo conscientes de la prohibición del uso de la piscina fuera de dicho horario; el uso ilícito, puesto que el menor acudió a la piscina con unos amigos, sin ser clientes del hotel y sin que ninguno de los responsables del hotel les hubiera dado permiso para acceder; y, por último, el uso de la piscina en estado de embriaguez aguda debido a la ingestión de bebidas alcohólicas.

Desde la perspectiva del riesgo, lo verdaderamente decisivo es que el Tribunal entiende que el peligro finalmente materializado no pertenecía al ámbito normal de control del hotel. La piscina, en sí misma considerada, no generaba un riesgo anormal, sino que el riesgo surge cuando el menor accede clandestinamente, incumple las normas de utilización y se arroja al agua en circunstancias objetivamente peligrosas, es decir, el daño no deriva del funcionamiento ordinario de la instalación hotelera, sino de un riesgo autónomamente creado por la propia víctima. El uso de la piscina había sido tan anómalo que escaparía al control de la empresa prestadora del servicio para caer bajo el control del propio usuario. La conducta del menor desplaza totalmente el centro de imputación causal hacia su propia esfera de control. Si en el caso anterior el riesgo surge exclusivamente del juego voluntariamente desarrollado por los adolescentes, en esta sentencia el riesgo surge porque el menor sitúa voluntariamente su conducta fuera del ámbito normal de control y previsión del establecimiento hotelero.

Lo que también puede ocurrir es que sea la conducta del demandado la que absorba completamente el proceso causal. Sirva de ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2025¹⁵ que juzgó las gravísimas secuelas neurológicas de una niña de cuatro años inscrita en un campamento de verano organizado por un centro escolar privado. Cuando los padres inscribieron a la niña en el campamento de verano hicieron constar expresamente que la menor no sabía nadar y que tenía miedo al agua. Este dato es de capital importancia desde la perspectiva de la causalidad. El riesgo no era simplemente abstracto o genérico, pues el centro organizador poseía conocimiento específico sobre la concreta vulnerabilidad de la menor y precisamente por ello el Tribunal entiende que el deber de prevención se debería haber intensificado extraordinariamente. Además, la Sala detecta varias deficiencias organizativas como la inexistencia de protocolos individualizados, la ausencia de medidas de flotación, la insuficiente transmisión de la información a la socorrista, la falta de separación física entre zonas profundas y poco profundas y la insuficiente coordinación entre monitores y responsables de vigilancia.

Todas estas circunstancias concurrentes permitieron al Tribunal sostener que el riesgo finalmente materializado no derivó del uso normal e inherente de la

15 STS 30 septiembre 2025 (TOL 10.723.816).

piscina, sino de un riesgo organizativamente creado y deficientemente gestionado por el propio centro docente. Fue el centro docente quien organizó íntegramente la actividad de campamento de verano, quien permitió el acceso a la piscina, quien conocía las limitaciones concretas de la menor y quien diseñó deficientemente el sistema preventivo.

Es evidente que una niña de tan corta edad no podía haber creado autónomamente el riesgo, ni comprenderlo, ni controlarlo, ni autoprotegerse cuando se produjo la situación peligrosa, sino que solo podía permanecer constantemente dentro del espacio de control creado por los demandados. El control integral del escenario peligroso correspondía prácticamente por completo a la organización, por lo tanto, desde la perspectiva de la imputación objetiva, el riesgo se encontraba completamente integrado dentro del ámbito de la organización y control del centro docente. La conducta de la menor no rompe la conexión causal respecto de los organizadores¹⁶. Es la conducta del centro docente la que absorbe completamente el proceso causal.

En definitiva, el baño de un menor en una piscina constituye, por regla general, una actividad ordinaria de la vida cotidiana que no puede calificarse, por sí misma, como especialmente peligrosa. Sin embargo, determinadas conductas o circunstancias pueden introducir un factor de riesgo adicional que altere esa situación de normalidad y convierta la actividad en anormalmente peligrosa. Así sucede, por ejemplo, cuando se realizan zambullidas en zonas de escasa profundidad¹⁷, se practican juegos consistentes en arrojar a unos bañistas sobre otros¹⁸, se producen forcejeos en las inmediaciones de la piscina con la finalidad de empujar a otro usuario al agua¹⁹ o se desarrollan competiciones para permanecer el mayor tiempo posible bajo el agua²⁰. En tales supuestos, resulta esencial determinar quién introduce el elemento de riesgo y cuál es su incidencia efectiva en la producción del daño, pues de ello dependerá la correcta delimitación de las responsabilidades concurrentes y la adecuada imputación causal del resultado lesivo.

Como la aplicación de la doctrina del riesgo en el ámbito de la responsabilidad civil exige que el daño derive de una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal, si la actividad de bañarse en una piscina no es de riesgo y el accidente fatal se produce, la posible responsabilidad que surja del

16 En similares términos ya había señalado el Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de noviembre de 1995 que a los niños de cuatro años no se les puede declarar culpables de sus propios daños porque no tienen capacidad de discernir (TOL I.667.779).

17 STS 19 septiembre 2006 (TOL 961.846).

18 STS 5 septiembre 2007 (TOL I.146.765).

19 SAP Sevilla 28 junio 2000 (TOL 3.999.914).

20 STS 30 julio 2008 (TOL I.378.544).

hecho dañoso ha de apoyarse en el art. 1902 CC, que consagra el principio de responsabilidad por culpa. Este principio requiere, por regla general, como ya indicaba la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1995²¹, “la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso, y si bien es cierto que la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendado una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa”.

Al entender que el baño en una piscina no constituye una actividad de riesgo o peligrosa, y que ha de aplicarse el principio de responsabilidad por culpa, el primer requisito que debe concurrir para que una acción de responsabilidad sea viable, es la existencia de una acción u omisión imputable al sujeto demandado, que pueda ser calificada de culposa o negligente, requisito respecto del cual no cabe presunción alguna sobre su existencia, es decir, la culpa no se presume, por lo tanto, corresponde a la víctima la carga de la prueba de la culpa. No solo se tiene que valorar la conducta del demandado, sino también la de la propia víctima para valorar si la misma interfiere en el proceso causal²².

III. LA INCIDENCIA DE LA CONDUCTA DEL MENOR EN LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTES EN PISCINAS.

Cuando el menor sufre un accidente al bañarse en una piscina, puede ocurrir que el daño haya sido causado por otro menor, por un adulto, o bien ser consecuencia de su propia actuación. Por lo tanto, uno de los elementos que debe analizarse para determinar la responsabilidad civil es la propia conducta del menor. Para ello, resultan especialmente relevantes dos circunstancias: la edad del menor y su grado de discernimiento, ya que no tienen el mismo nivel intelectual ni la misma capacidad volitiva un niño de corta edad que un adolescente próximo a la mayoría de edad. La minoría de edad de la víctima no supone que no pueda valorarse su conducta a los efectos de determinar la responsabilidad derivada del daño. Si la víctima ha intervenido en la producción del daño, habrá que determinar cuál ha sido su grado de colaboración puesto que en función de la intensidad, podrá afirmarse que su conducta debe absorber totalmente la responsabilidad, debe

21 STS 9 marzo 1995 (TOL I.668.364). En el mismo sentido vid. STS de 2 de septiembre de 1997 (TOL 216.509).

22 “Si se trata de dilucidar el elemento de la responsabilidad con base a la culpabilidad o no de la parte demandada, en la producción del accidente, es claro que para ello habrá también de calibrarse la conducta participativa de la propia víctima, sobre todo, para valorar si la misma interfiere el proceso causal o determina la implicación de esa conducta como otro presupuesto causal del que tuvieron lugar los efectos letales producidos”.

apreciarse a la hora de moderar la indemnización o ha de considerarse totalmente irrelevante, lo que provocará que toda la responsabilidad recaiga en la parte demandada. Solamente cuando la intervención del perjudicado sea prácticamente nula, fruto de una actividad pasiva por parte del mismo, la responsabilidad recaerá en la otra parte.

Puede ocurrir que la conducta de la víctima sea tan intensa que el daño ocasionado sea consecuencia de su exclusiva conducta. En muchas ocasiones la jurisprudencia utiliza la expresión “culpa exclusiva de la víctima” para referirse a estos casos. En las sentencias en las que se aprecia la existencia de culpa exclusiva de la víctima se ha tenido en cuenta la edad del menor y su capacidad de discernimiento, de modo que si el menor podía comprender y valorar el peligro de su actuación, responderá del daño.

Al abordar la posición jurídica del menor de edad, la doctrina más autorizada considera conveniente distinguir tres grandes etapas evolutivas atendiendo al grado de madurez y capacidad de discernimiento del menor²³. La primera comprende a los niños de corta edad, desde el nacimiento hasta el final de la infancia, que suele situarse en torno a los siete años²⁴. La segunda abarca el período comprendido entre la finalización de la infancia y el inicio de la adolescencia, caracterizado por una progresiva adquisición de autonomía y capacidad de comprensión del riesgo²⁵. Finalmente, una tercera etapa está integrada por los menores próximos a alcanzar la mayoría de edad, cuya conducta presenta ya un grado significativo de autodeterminación y relevancia jurídica a efectos de imputación de responsabilidad²⁶.

Según la opinión doctrinal mayoritaria, durante la primera infancia los menores carecen, por regla general, del grado de discernimiento necesario para comprender adecuadamente el alcance y las consecuencias de sus propios actos, razón por la cual no pueden ser considerados imputables en sentido estricto²⁷. Puesto que

23 DIEZ-PICAZO, L.: *Derecho de*, cit., p. 366; LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 168; RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 120.

24 Estudios psicológicos han puesto de manifiesto que hasta los seis o siete años el menor no es capaz de comprender el alcance de los propios actos ni de sentirse sujeto a ciertas obligaciones para con los demás, actuando básicamente de acuerdo con criterios egocéntricos, GÓMEZ CALLE, E.: “La responsabilidad civil del menor”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 7, 1995, p. 89.

25 Es entre los siete y diez años de edad cuando comienzan a desarrollarse en el menor características que pueden permitir considerarle como imputable en determinados casos, GÓMEZ CALLE, E.: “La responsabilidad”, cit., p. 89.

26 A medida que el menor va aproximándose a la mayoría de edad se amplía, no sólo social, sino también jurídicamente, su ámbito de libertad y autodeterminación, GÓMEZ CALLE, E.: “La responsabilidad”, cit., p. 89.

27 Para que en una conducta pueda hablarse de culpa o negligencia se ha entendido necesario habitualmente que el agente sea imputable, o lo que es lo mismo, que tenga voluntad libre y capacidad de entender y querer, YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad civil extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2023, p. 286; ROCA TRÍAS, E.: *Derecho de Daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 125.

la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad²⁸, la conducta de estos menores difícilmente puede ser valorada desde los parámetros propios del juicio de reproche subjetivo. Como se ha señalado, la culpa presupone una capacidad de entender y querer que normalmente no concurre en los niños de tan corta edad²⁹. Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico no establece una edad concreta por debajo de la cual el menor deba ser considerado, de manera automática e indiscriminada, imputable. Es más, el art. 1902 CC no exige capacidad de obrar para que el que causa un daño esté obligado a repararlo, sino solo que su conducta sea negligente: la capacidad que se precisa en el campo extracontractual no es la capacidad de obrar que tradicionalmente se ha manejado en el ámbito contractual³⁰, porque es imputable todo aquel que tenga suficiente capacidad de discernimiento para comprender el alcance de sus actos y prever sus posibles consecuencias, hallándose además en condiciones de actuar de acuerdo a dicho entendimiento para evitar el daño previsto³¹. La atribución legal a los grandes menores de facultades como la conducción de determinados vehículos a motor, el acceso al trabajo o la obtención de licencias de caza pone de manifiesto que el legislador les reconoce un elevado grado de madurez y capacidad de autodeterminación. Por ello, cuando concurren las condiciones necesarias de discernimiento, su comportamiento puede ser objeto de un juicio de culpabilidad semejante al que se realiza respecto de los mayores de edad, con las consecuencias que de ello se derivan en materia de responsabilidad civil³².

Si tras las reformas de 2015 y de 2021 puede afirmarse que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida, lo que implica que estas personas no pueden ser discriminadas ni en sus derechos, ni en sus obligaciones, ni en sus

- 28 DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, p. 307; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 22-23; PANTALEÓN DÍAZ, M.: "La enigmática regla 1ª del artículo 118.1 del Código Penal", *Indret*, núm. 3, 2017, p. 12; PANTALEÓN PRIETO, F.: "Comentario a la sentencia de 10 de marzo de 1983", *CCJC*, núm. 2, 1983, pp. 455-456 y "Culpa", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. II, 1995, pp. 1864-1865; DE SALAS MURILLO, S.: *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 79-81; ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil*, t. II, 14ª ed. 2011, p. 926; GÓMEZ CALLE, E.: "La responsabilidad", cit., p. 95; NAVARRO MICHEL, M.: *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 111-113; DE CASTRO, F.: *Derecho civil de España*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 189.
- 29 Ciertamente que en la jurisprudencia española nunca se ha planteado la imputabilidad de un menor que no hubiera cumplido al menos siete años. En la sentencia de 8 de abril de 1996, en la que un menor fallece mientras estaba jugando con una bicicleta en la nave donde se encontraba con su padre, al encaramarse y quedar atrapado en una puerta corredera automática de acceso de vehículos, el Tribunal Supremo consideró que "no puede sostenerse en este caso que el siniestro se produjera por culpa exclusiva de la víctima pues, siendo ésta un niño de siete años, su conducta sólo puede ser calificada como imprevisible", STS 8 abril 1996 (TOL I.658.813).
- 30 YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad civil*, cit., p. 287.
- 31 GÓMEZ CALLE, E.: "La responsabilidad", cit., p. 95; PEÑA LÓPEZ, F.: *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002, p. 306.
- 32 YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad civil*, cit., p. 287.

responsabilidades³³, lo mismo puede afirmarse de los menores de edad en los que se aprecie una suficiente capacidad de discernimiento³⁴, sin que ello suponga equiparar ambas categorías jurídicas.

Por ello, aun cuando los hechos se produzcan durante la minoría de edad, la conducta del menor no puede quedar excluida apriorísticamente del análisis jurídico, debiendo examinarse su eventual incidencia en la producción del daño y en la configuración del proceso causal. A la hora de enjuiciar la conducta del menor se tendrá que tener en cuenta si observó la diligencia que le era exigible y para ello será preciso comparar su conducta con lo que se estima exigible a un menor normalmente desarrollado de su misma edad y en las mismas circunstancias de tiempo y lugar. Si de tal comparación resulta que el menor obró diligentemente, no tendrá que responder conforme al art. 1902 CC³⁵.

La cuestión que se plantea a continuación consiste en determinar hasta qué punto estas consideraciones doctrinales han sido acogidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Con esta finalidad, el análisis se iniciará con el estudio de los accidentes sufridos por menores en piscinas durante la primera infancia, pues es en esta etapa donde se suscitan con mayor intensidad los problemas relativos al discernimiento del menor y a la incidencia de su conducta en la producción del daño.

I. La irrelevancia jurídica de la conducta del menor durante la infancia.

El análisis jurisprudencial de los accidentes sufridos por menores en piscinas durante la infancia permite apreciar con claridad la evolución del juicio de imputación de responsabilidad en función de la edad del niño y de su capacidad de comprensión del riesgo. A estos efectos, se examinarán sentencias del Tribunal Supremo relativas a supuestos de ahogamiento o lesiones gravísimas sufridas por menores de corta edad en piscinas, todas ellas especialmente significativas desde la perspectiva de la conducta de la víctima y de su incidencia en la relación de causalidad.

No obstante, el estudio de dichas resoluciones no seguirá un criterio cronológico, sino sistemático. Así, las sentencias serán analizadas atendiendo a la edad de los menores implicados -de menor a mayor edad-, pues ello permite observar de forma más precisa cómo la jurisprudencia modula progresivamente

33 GARCÍA RUBIO, M.P.: "La responsabilidad civil de las personas con discapacidad y de quienes les prestan apoyo en el anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", en AA.VV.: *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al Prof. Dr. Roca Guillamón* (coords. por ATAZ LÓPEZ y COBACHO GÓMEZ), t. II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Mayor, 2021, p. 983.

34 YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad civil*, cit., p. 294.

35 GÓMEZ CALLE, E.: "La responsabilidad", cit., p. 96.

la relevancia jurídica de la conducta del niño y la intensidad de los deberes de vigilancia exigibles a los adultos encargados de su protección.

De este modo, el análisis partirá de los supuestos referidos a menores de muy corta edad, en los que la conducta de la víctima resulta prácticamente irrelevante desde el punto de vista jurídico, para avanzar posteriormente hacia casos en los que, aun tratándose todavía de niños, comienza a apreciarse una mayor atención a las concretas circunstancias de vigilancia y a la creación efectiva del riesgo.

En lo que respecta a accidentes de menores de corta edad en piscinas, la primera resolución que debe examinarse es la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1999³⁶ relativa al fallecimiento por ahogamiento de una niña de tres años en una piscina privada situada en una finca a la que su padre había accedido en virtud de una relación de precario con el propietario. La menor logró acceder al recinto vallado de la piscina y cayó al agua sin que los adultos presentes advirtieran la situación. El padre ejerció una acción de responsabilidad civil contra el propietario de la finca, sosteniendo que éste había omitido las medidas de seguridad necesarias para evitar el accidente. Sin embargo, el Tribunal Supremo rechazó la existencia de responsabilidad y confirmó la absolución del demandado.

Desde la perspectiva de la conducta de la víctima, resulta especialmente significativo que la sentencia no efectúe la más mínima consideración acerca de una eventual culpa de la menor. Aunque la resolución señala que la niña accedió al recinto de la piscina "a escondidas", dicha circunstancia no es utilizada para valorar una posible conducta imprudente de la víctima, sino exclusivamente para analizar la previsibilidad del accidente desde la perspectiva del demandado³⁷.

La ausencia de cualquier referencia a la culpa de la menor responde claramente a su edad. Con tan solo tres años, la víctima carecía de la capacidad de discernimiento necesaria para comprender el riesgo inherente a una piscina y actuar conforme a esa comprensión. Por ello, el Tribunal Supremo no contempla la posibilidad de apreciar culpa concurrente ni considera que la conducta de la niña pueda adquirir relevancia autónoma en el juicio de imputación. La actuación de la menor aparece jurídicamente neutralizada por su absoluta incapacidad de autoprotección, de manera que el análisis de la responsabilidad se desplaza necesariamente hacia la conducta de los adultos y hacia la eventual existencia de incumplimientos de los deberes de vigilancia o de prevención del riesgo.

Esta resolución constituye probablemente uno de los ejemplos más claros de la irrelevancia jurídica que la jurisprudencia atribuye a la conducta de los menores

³⁶ STS 18 mayo 1999 (TOL 5.120.987).

³⁷ La piscina se encontraba dentro de un recinto vallado con un cerramiento adecuado por lo que el acceso de la niña fue considerado imprevisible por el juzgador.

de muy corta edad. En ella no sólo desaparece cualquier referencia a la culpa de la víctima, sino que el propio razonamiento judicial parte implícitamente de la idea de que una niña de tres años no puede ser considerada sujeto capaz de asumir conscientemente los riesgos derivados de su comportamiento. La sentencia confirma así una línea jurisprudencial que se repetirá en las resoluciones posteriores relativas a menores de cuatro, cinco y seis años: cuanto menor es la capacidad de discernimiento de la víctima, menor es también la relevancia causal y normativa atribuida a su conducta dentro del juicio de responsabilidad civil.

La misma línea jurisprudencial puede apreciarse en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2025³⁸, que ofrece un supuesto paradigmático de responsabilidad civil por daños sufridos por menores en actividades organizadas por terceros, concretamente en el contexto de un campamento escolar de verano. La víctima era una niña de cuatro años que sufrió un ahogamiento en la piscina del colegio organizador del campamento, padeciendo posteriormente gravísimas secuelas neurológicas permanentes.

Desde la perspectiva de la eventual culpa de la menor, resulta especialmente significativo que ni el tribunal de instancia, ni la Audiencia Provincial, ni el Tribunal Supremo efectúen consideración alguna acerca de una posible conducta culposa de la niña. El silencio judicial sobre este extremo no constituye una omisión accidental, sino una consecuencia lógica de la construcción jurídica de la imputación de responsabilidad cuando la víctima es una menor de tan corta edad.

La sentencia parte de varios hechos esenciales. En primer lugar, la menor había nacido en 2011 y los hechos ocurrieron en junio de 2015, por lo que apenas tenía cuatro años. Además, los padres habían advertido expresamente en la ficha de inscripción del campamento que la niña “no sabe nadar” y “tiene miedo al agua”. Estos datos son jurídicamente decisivos porque revelan una situación de especial vulnerabilidad y una absoluta incapacidad de autoprotección frente al riesgo acuático.

Por ello, el Tribunal no contempla la posibilidad de imputar a la menor una conducta negligente ni aprecia culpa concurrente de la víctima. La razón fundamental reside en que una menor de esa edad no posee todavía un grado suficiente de madurez psicológica que le permita comprender adecuadamente el alcance del riesgo acuático y actuar conforme a dicha comprensión. En consecuencia, su conducta no puede valorarse conforme al estándar de diligencia exigible a un sujeto capaz de autodeterminarse racionalmente.

38 STS 30 septiembre 2025 (TOL 10.723.816).

En este tipo de supuestos, la jurisprudencia desplaza el juicio de imputación desde la conducta del menor hacia quienes asumen jurídicamente deberes específicos de vigilancia, custodia y organización de la actividad peligrosa. Y precisamente eso es lo que sucede en esta resolución.

La sentencia refleja con especial claridad que cuanto menor es la capacidad de autoprotección de la víctima, mayor es la intensidad de los deberes de vigilancia exigibles a quienes asumen su guarda temporal. Así pues, el Tribunal considera jurídicamente irrelevante analizar la conducta de la menor. No porque materialmente no realizara acción alguna -pues evidentemente accedió al agua-, sino porque dicha conducta carece de relevancia normativa autónoma desde el punto de vista de la imputación subjetiva. La niña no podía comprender el peligro en términos equivalentes a un adulto ni adoptar conductas eficaces de autoprotección. El núcleo causal del daño no se sitúa en el comportamiento de la víctima, sino en la organización defectuosa de una actividad peligrosa respecto de menores especialmente necesitados de protección.

También puede valorarse la sentencia del Tribunal Supremo 30 de junio de 1998³⁹ que relata el accidente sufrido por un niño de cinco años que se encontraba a quince metros de una piscina olímpica situada dentro de un Parque de Atracciones de Zaragoza. El menor no sabía nadar y se encontraba en compañía de su madre, que estaba con un matrimonio amigo de ella. En un momento de descuido de su madre y de los mayores que la acompañaban, el menor se dirigió hacia la piscina y cayó a la misma, sin que nadie, ni su madre, ni los demás adultos, ni los dos socorristas de la piscina, se percataran de la caída. Cuando la madre y sus acompañantes advirtieron la desaparición del niño, avisaron a los socorristas, indicándoles la posibilidad de que se hubiera caído a la piscina. Una vez iniciada la búsqueda, el niño fue encontrado por un bañista que tropezó con su cuerpo. Se calcula que el niño estuvo en el agua entre cinco y diez minutos. Como consecuencia del fatal accidente, el niño padece lesión cerebral, producida por anoxia cerebral provocada por la asfixia por sumersión sufrida, parálisis de las cuatro extremidades y un retraso mental del grado de la idiocia. El niño no sostiene la cabeza, necesita a una persona que lo cuide en todas sus actividades y su situación es irreversible.

Desde la perspectiva de la culpa del menor, resulta especialmente relevante advertir que el Tribunal Supremo no realiza ninguna referencia a una eventual conducta culposa del niño, ni contempla la posibilidad de apreciar culpa concurrente de la víctima. Esta ausencia no es casual, sino plenamente coherente con la construcción jurídica de la responsabilidad civil en relación con menores de muy corta edad. En efecto, El Tribunal parte de un dato esencial: el niño tenía únicamente

39 STS 30 junio 1998 (TOL 5.120.050).

cinco años y, además, no sabía nadar. Tales circunstancias determinan que el menor carezca de la capacidad de discernimiento suficiente para comprender plenamente el riesgo generado por aproximarse a una piscina en aquellas condiciones. Desde la óptica de la imputación subjetiva, el comportamiento del niño no puede ser valorado conforme a los parámetros ordinarios de diligencia exigibles a un adulto ni siquiera a un menor con suficiente grado de madurez.

Nuestra jurisprudencia ha venido manteniendo que la culpa de la víctima únicamente puede operar como factor de moderación o exclusión de la responsabilidad cuando la conducta del perjudicado pueda reputarse jurídicamente relevante desde el punto de vista causal y subjetivo. Ello exige una mínima capacidad de comprensión del riesgo y de autodeterminación conforme a esa comprensión. En menores de tan corta edad, la tendencia jurisprudencial es desplazar el centro del juicio de imputación hacia quienes ostentan deberes de vigilancia y protección y a quienes crean o controlan la fuente de riesgo. Por ello, en este caso el Tribunal no considera jurídicamente relevante la conducta del menor, al entender que no tiene suficiente capacidad de discernimiento y traslada el análisis de la causalidad y la culpa a los adultos.

El Tribunal no reconstruye el caso desde la perspectiva de una aceptación del riesgo por parte del menor ni desde parámetros de autopuesta en peligro. Ello obedece a que, dada su edad, el niño no podía representarse adecuadamente ni la peligrosidad de la piscina ni las consecuencias de su conducta. En consecuencia, la imputación subjetiva de culpa al menor habría sido incompatible con el estándar de protección reforzada que el ordenamiento dispensa a la infancia. De este modo, el menor en la infancia deja de ser contemplado como sujeto capaz de autoprotección y pasa a convertirse en objeto de especial tutela jurídica.

En línea con los pronunciamientos anteriores, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2019⁴⁰ tuvo ocasión de juzgar el ahogamiento de un menor de seis años en la piscina de una urbanización. Al analizar la conducta del menor, el Tribunal Supremo no atribuye culpa alguna al niño fallecido. La víctima se hundió en el agua “sin aspavientos ni gritos de socorro”, posiblemente tras sufrir un desvanecimiento. Como en las sentencias anteriores, la conducta del menor no adquiere autonomía suficiente para convertirse en un elemento jurídicamente relevante de imputación subjetiva. No obstante, esta sentencia incorpora un matiz diferente respecto de los casos analizados anteriormente: la irrelevancia de la conducta del menor no conduce automáticamente a la condena de quienes gestionaban la piscina, cuya negligencia no había quedado acreditada⁴¹.

40 STS 17 diciembre 2019 (TOL 7.664.380).

41 En este caso los demandantes eran los abuelos maternos del menor, que lo tenían en acogimiento y dirigieron la demanda contra varios sujetos vinculados a la vigilancia y gestión de la piscina comunitaria. Los demandados fueron concretamente: la socorrista que prestaba servicio en la piscina el día del accidente,

La Sala insiste en que el hecho de que un menor fallezca en una piscina no implica automáticamente la responsabilidad de terceros si no se logra acreditar que han infringido el estándar de diligencia exigible.

De lo anterior se desprende que las sentencias analizadas relativas a accidentes sufridos por menores de corta edad constituyen una clara manifestación de una línea jurisprudencial consolidada en materia de responsabilidad civil. En este tipo de supuestos, los tribunales tienden a excluir prácticamente toda relevancia jurídica a la conducta de la víctima menor y desplazan el centro del juicio de imputación hacia quienes ostentan deberes específicos de vigilancia, custodia o control sobre la fuente de peligro.

De este modo, en los accidentes sufridos durante la primera infancia, la conducta del menor desaparece prácticamente del juicio de culpa, al entenderse que carece de la madurez y capacidad de discernimiento necesarias para comprender plenamente el riesgo y actuar conforme a dicha comprensión. Por ello, la responsabilidad se concentra en aquellos sujetos que ocupan una posición de garante respecto de su seguridad, ya sean progenitores, centros educativos, organizadores de actividades o titulares de instalaciones potencialmente peligrosas.

En consecuencia, el menor de corta edad no es contemplado por la jurisprudencia como un sujeto capaz de asumir conscientemente los riesgos inherentes a determinadas situaciones, sino como destinatario de una tutela reforzada cuya efectividad corresponde asegurar a los adultos encargados de su protección y vigilancia.

2. La progresiva relevancia causal de la conducta del menor.

La cuestión que se plantea aquí es si la irrelevancia jurídica de la conducta del menor observada durante la primera infancia se mantiene cuando la víctima ha alcanzado una edad superior a los siete años.

Todo apunta a que a partir de los siete años la jurisprudencia del Tribunal Supremo comienza ya a atribuir cierta relevancia causal a la conducta del propio menor lesionado. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre

la empresa para la que trabajaba la socorrista, la comunidad de propietarios de la urbanización donde se encontraba la piscina, la aseguradora de la socorrista y de la empresa y, por último, la aseguradora de la comunidad de propietarios. Sin embargo, es importante destacar que la comunidad de propietarios y su aseguradora quedaron definitivamente absueltas ya en apelación, y esa absolución no fue combatida posteriormente en casación. Por ello, el recurso ante el Tribunal Supremo se centró esencialmente en la posible responsabilidad de la socorrista, de la empresa para la que trabajaba y de su aseguradora. Ni la madre ni la pareja de esta, que era quien vigilaba directamente al menor cuando ocurrió el accidente, fueron demandados en el procedimiento. Precisamente por eso el Tribunal Supremo evita pronunciarse expresamente sobre su eventual culpa *in vigilando* de dichos adultos, aunque sí deja entrever implícitamente que el deber inmediato de vigilancia recaía sobre ellos y no sobre la socorrista.

de 2008⁴² se refiere a un niño de nueve años que sufrió lesiones graves en la pierna al quedar atrapado su pie entre la escalerilla y la pared de la piscina de un hotel mientras salía del agua. A diferencia de las sentencias anteriores relativas a menores de tres, cuatro, cinco y seis años, aquí el Tribunal ya no contempla al niño exclusivamente como sujeto pasivo necesitado de tutela absoluta, sino como una persona con cierta capacidad de comprensión y actuación respecto del riesgo.

Aunque la sentencia no habla expresamente de “culpa del menor” ni formula una declaración abierta de culpa concurrente, sí introduce elementos que revelan que la conducta del niño empieza a adquirir relevancia jurídica en el análisis causal.

Ello se aprecia con especial claridad en varios pasajes de la resolución. El Tribunal señala que el accidente se produjo “al salir el niño de la piscina y, por tanto, pisar conscientemente los escalones”. Esta expresión es muy significativa. Frente a las resoluciones relativas a niños de muy corta edad -en las que la conducta del menor prácticamente desaparecía del razonamiento jurídico-, aquí el Supremo describe ya una actuación consciente del niño en el contexto del accidente.

Además, la sentencia atribuye el resultado lesivo no tanto a las condiciones de la piscina como a una serie de circunstancias vinculadas directamente a la dinámica del accidente: el posible resbalón, la “mala y fortuita colocación del pie”, el “probable forcejeo para zafarse” e incluso la intervención apresurada de la madre.

Este razonamiento supone un cambio muy relevante respecto de las sentencias analizadas anteriormente. Mientras en los casos de niños de 4, 5 y 6 años el Tribunal desplazaba el centro de imputación hacia los adultos encargados de vigilancia o hacia quienes creaban el riesgo, aquí la mecánica del accidente comienza a construirse parcialmente alrededor de la propia conducta de la víctima. De hecho, el Tribunal llega a afirmar que “la verdadera causa del resultado lesivo fue ajena a la actuación de los responsables de la piscina”. Esta afirmación sólo puede comprenderse adecuadamente si se observa que la Sala empieza a considerar jurídicamente relevante la actuación del menor en la producción del daño.

Resulta especialmente interesante que la sentencia no niegue la existencia de irregularidades en la piscina y, pese a ello, descarta la responsabilidad de terceros porque no ha quedado acreditado el nexo causal entre tales infracciones y el daño producido. Y precisamente aquí adquiere relevancia la edad del menor. La Sala parece considerar implícitamente que un niño de nueve años posee ya cierto grado de autonomía funcional y capacidad de comprensión del entorno suficiente para que su actuación pueda entrar en el juicio causal. No se le equipara todavía

42 STS 10 diciembre 2008 (TOL I.413.643).

a un adulto, pero tampoco se le trata como a un menor absolutamente incapaz de autoprotección.

Esta sentencia nos permite sostener la idea de que la jurisprudencia introduce progresivamente la conducta del menor en el análisis de la imputación conforme aumenta su edad y madurez. Al tener el menor nueve años, el Tribunal Supremo sigue evitando hablar expresamente de culpa del niño. Ello se explica porque la Sala todavía se mueve en una zona intermedia: el menor no posee aún una capacidad plena de autodeterminación, pero sí un grado suficiente de discernimiento como para que su comportamiento deje de ser jurídicamente neutro. La sentencia permite visualizar la transición entre una etapa de absoluta irrelevancia de la conducta infantil y otra en la que la actuación del menor comienza progresivamente a valorarse desde el punto de vista causal.

La evolución descrita puede apreciarse todavía con mayor claridad en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2004⁴³, relativa al fallecimiento de un menor de diez años en una piscina municipal. El supuesto resulta especialmente interesante porque constituye uno de los primeros casos en los que la Sala atribuye una relevancia jurídica expresa a la conducta de la víctima sin llegar, no obstante, a considerarla causa exclusiva del resultado dañoso.

Según los hechos declarados probados, el menor se introdujo en el agua poco después de haber ingerido alimentos, sufriendo una hidrocución que desembocó en su fallecimiento. A diferencia de lo que sucede en las sentencias relativas a menores de tres, cuatro, cinco o seis años, el Tribunal Supremo sí valora aquí la actuación del niño desde la perspectiva de la causalidad. De hecho, la resolución admite implícitamente que el comportamiento del menor contribuyó a la producción del daño al valorar la circunstancia de que se introdujera en el agua durante la digestión⁴⁴.

Sin embargo, la Sala no considera que dicha conducta absorba completamente el proceso causal. Antes al contrario, entiende que concurrieron importantes deficiencias en el sistema de vigilancia de la piscina, pues uno de los socorristas simultaneaba funciones de control y tareas de taquilla, circunstancia que dificultaba una supervisión efectiva de los bañistas. Ello lleva al Tribunal a concluir que la conducta del menor y la insuficiencia de las medidas de vigilancia actuaron conjuntamente en la producción del resultado⁴⁵.

43 STS 11 marzo 2004 (TOL 360.024).

44 Advierte la sentencia que “no puede desconocerse la concurrencia de la propia negligencia del menor (o de su padre por infracción del deber de vigilancia), derivada del hecho de bañarse en plena digestión”.

45 Además de la negligencia del menor, “ha concurrido la responsabilidad (por culpa *in vigilando*) del propietario y explotador de la piscina en que el suceso acaeció, pues la prueba practicada revela que no se adoptaron por su parte las medidas de vigilancia sobre los bañistas exigibles en este tipo de instalaciones, máxime cuando de niños se trata, pues, de una parte, ningún socorrista, empleado o responsable de la

La sentencia resulta particularmente significativa porque pone de manifiesto que, a partir de cierta edad, la conducta del menor deja de ser jurídicamente irrelevante y puede integrar el juicio de imputación causal. No obstante, la Sala continúa rechazando que la mera imprudencia de la víctima excluya automáticamente la responsabilidad de terceros cuando subsisten incumplimientos relevantes de los deberes de vigilancia y protección.

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1988⁴⁶ permite introducir un matiz importante respecto de las resoluciones anteriores, pues pone de manifiesto que el incremento de la edad de la víctima no implica necesariamente que su comportamiento adquiriera un protagonismo decisivo dentro del proceso de imputación. El supuesto se refiere al fallecimiento por ahogamiento de un niño de once años en una piscina municipal. El menor fue extraído del agua por otro bañista al advertir que “algo anómalo” le sucedía.

La piscina carecía de servicios médicos adecuados y el vigilante presente tenía únicamente diecisiete años, sin título de socorrista ni experiencia suficiente en salvamento acuático. Además, no existían los medios de reanimación exigidos por la normativa administrativa aplicable.

Lo primero que llama la atención de esta sentencia es que el Tribunal Supremo no realiza prácticamente ninguna valoración negativa de la conducta del menor, pese a tratarse de un niño de once años, edad respecto de la cual parte de la doctrina reconoce cierto grado relevante de discernimiento. Aquí la conducta del niño apenas aparece integrada en la reconstrucción causal del accidente, ya que el Tribunal no habla de imprudencia del menor, ni de autopuesta en peligro, ni de descuido consciente, ni de culpa concurrente de la víctima⁴⁷. Al contrario, el núcleo completo del juicio de imputación se desplaza hacia las graves deficiencias organizativas y de seguridad de la piscina municipal.

En efecto, el Tribunal aprecia aquí una creación objetiva e intensa del riesgo por parte de los demandados al no contar con una enfermería equipada, con oxígeno, con personal cualificado y al haber incumplido las obligaciones reglamentarias derivadas de la Orden Ministerial de 31 de mayo de 1960. Además, aplica expresamente la teoría del riesgo y la carga de la prueba, afirmando que, en

instalación advirtió al menor la necesidad de ducharse antes de introducirse en la piscina, ni le impidió introducirse en el agua sin haber observado tal cautela (que de haberse observado quizás hubiera evitado el fatal desenlace); de otra, la única socorrista que se encontraba ejerciendo funciones de tal naturaleza en el momento del suceso no se apercebía siquiera de lo que sucedía con el hijo del actor, no llegando a intervenir en su rescate del fondo de la piscina, sino que fue otro bañista quien se apercebía del hecho y fue a avisar al segundo “socorrista” quien se encontraba en la taquilla, ejerciendo pues funciones de taquilleo y no de socorrista, que fue quien se arrojó al agua y con ayuda de otro bañista, sacó del agua al menor”.

46 STS 10 abril 1988 (TOL I.735.122).

47 También llama la atención que la sentencia tampoco se refiera al incumplimiento del deber de vigilancia del progenitor.

supuestos de creación de riesgos, corresponde a quienes organizan la actividad demostrar que emplearon toda la diligencia necesaria para evitar el daño. Mientras en la sentencia anterior el Tribunal entendía que no se había acreditado el nexo causal entre las irregularidades reglamentarias y el daño y comenzaba a otorgar cierta relevancia causal a la propia conducta del menor, en esta sentencia el Tribunal considera que las infracciones reglamentarias sí aparecen directamente vinculadas con el resultado mortal, en tanto que aprecia que la ausencia de medidas de seguridad y asistencia adecuadas constituye precisamente la causa jurídicamente relevante del daño.

Como puede observarse, aunque el menor tenía más edad que los contemplados en las resoluciones anteriores -once años frente a nueve y diez años-, el Tribunal Supremo no intensifica la valoración de su conducta, de lo que se infiere que la relevancia causal de la conducta del menor no depende exclusivamente de su edad biológica, sino también de la estructura objetiva del riesgo creado por los adultos responsables. De hecho, la sentencia llega a afirmar que el Ayuntamiento no debió permitir la apertura de la piscina mientras no se cumplieran efectivamente las condiciones de seguridad exigidas por la normativa. En otras palabras, cuando el Tribunal aprecia una creación particularmente intensa del riesgo por parte de los titulares de la instalación, la conducta del menor vuelve a perder protagonismo incluso aunque este tenga ya cierta capacidad de discernimiento⁴⁸.

Esta resolución pone de manifiesto que la edad del menor constituye un elemento relevante para valorar la incidencia de su conducta en la producción del daño, pero no opera como un criterio decisivo ni automático de imputación. Incluso cuando la víctima posee ya una capacidad apreciable de comprensión del riesgo, la conducta del menor puede quedar desplazada a un segundo plano cuando el daño se encuentra estrechamente vinculado a un riesgo creado o incrementado por terceros que incumplen los deberes de seguridad que les incumben. En tales supuestos, el protagonismo causal del riesgo introducido por los responsables de la instalación puede absorber la relevancia de la conducta de la víctima y concentrar sobre aquellos el juicio de imputación.

Del análisis conjunto de estas tres sentencias se desprende que la edad del menor influye progresivamente en la valoración jurídica de su conducta, pero dicha relevancia nunca opera de forma automática como criterio rígido de imputabilidad,

48 En sentido similar, la STS 30 de noviembre de 2005 (TOL 781.290), relativa al semiahogamiento sufrido por una menor de nueve años en una piscina pública, centra el juicio de responsabilidad en las graves deficiencias del sistema de vigilancia y seguridad de la instalación, sin atribuir a la conducta de la menor una relevancia causal suficiente para excluir o desplazar la responsabilidad de los sujetos encargados de la vigilancia. La resolución confirma así que, aun cuando la víctima posee ya cierta capacidad de discernimiento (nueve años), la conducta del menor puede quedar relegada a un segundo plano cuando el riesgo creado por terceros presenta una especial intensidad.

sino como un elemento más dentro de una valoración global de la causalidad, del riesgo creado y de la intensidad de los deberes de protección incumplidos.

No obstante, las resoluciones analizadas muestran que, en esta franja de edad, la conducta del menor todavía no suele alcanzar la entidad suficiente para erigirse en causa exclusiva del daño, circunstancia que sí comenzará a apreciarse con mayor frecuencia en las sentencias relativas a adolescentes próximos a la mayoría de edad.

3. La conducta del adolescente próximo a la mayoría de edad.

Hasta ahora, el análisis de las sentencias relativas a accidentes en piscinas de menores de edad nos ha permitido deducir que en la primera infancia la conducta del menor es prácticamente irrelevante, mientras que, a partir de los 7 años, conforme aumenta la edad del menor, el Tribunal Supremo empieza a introducir elementos de autoprotección y discernimiento, aunque todavía prevalece el análisis del riesgo creado por los adultos. Sin embargo, al entrar en la franja de los 16 y 17 años, el escenario jurídico cambia de manera muy significativa.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2006⁴⁹ constituye una resolución especialmente relevante para el estudio de la conducta del menor próximo a la mayoría de edad, porque en ella el Tribunal atribuye a la actuación de la víctima una eficacia causal absolutamente determinante, hasta el punto de apreciar culpa exclusiva del perjudicado y excluir por completo la responsabilidad de terceros. La víctima tenía dieciséis años y sufrió una gravísima lesión medular con tetraplejía permanente al lanzarse de cabeza a una piscina pública y golpearse contra el fondo.

La causa del golpe del menor contra el suelo de la piscina quedó determinado por su propia actuación al tirarse de cabeza en el sitio de la rampa y no en el de más profundidad, de modo que la señalización era suficiente y adecuada y las profundidades de la piscina se apreciaban, a lo que cabe añadir que la víctima conocía la situación de la piscina, pues había acudido varias veces ese verano y se había tirado de cabeza en ocasiones anteriores, incluso la misma tarde en que ocurrieron los hechos⁵⁰. La propia víctima reconoció que se tiró de cabeza al agua y, cuando llegó al fondo de la piscina, su intención era impulsarse desde el mismo fondo con las manos, para subir, y, entonces, se le escurrieron al ponerlas en el fondo y se dio con él en la parte de arriba de la cabeza.

49 STS 19 junio 2006 (TOL 961.846).

50 En la zona en la que el menor se tiró de cabeza había una señal que decía "Peligro Rampa", y, después de una línea en rojo, se avisaba con la indicación de "2 Metros", coincidente con el lugar exacto en donde la profundidad alcanzaba esa altura, es decir, se apreciaban convenientemente los emplazamientos del nivel de agua.

Desde el inicio de la resolución, el Tribunal Supremo construye el análisis causal alrededor de la conducta del propio menor porque le considera con capacidad suficiente para comprender perfectamente el riesgo asociado a su comportamiento. La sentencia insiste en varios datos que revelan esa capacidad de discernimiento: el menor sabía nadar; se lanzaba habitualmente de cabeza; conocía perfectamente la piscina; había realizado varios saltos semejantes el mismo día y existía señalización visible que advertía del peligro y de la existencia de la rampa. Estos elementos son decisivos porque permiten al Tribunal considerar que el menor actuó con plena conciencia del riesgo que asumía. De hecho, la resolución afirma expresamente que el accidente se produjo porque el joven “se lanzó de cabeza al agua en la zona de la rampa de la piscina y no en la de más profundidad”.

A partir de ahí, el Tribunal construye un razonamiento muy contundente en términos de causalidad: la conducta del menor no aparece simplemente como un factor concurrente, sino como la causa exclusiva del daño. La sentencia utiliza expresamente la categoría de “culpa exclusiva de la víctima”, señalando que el accidente fue debido “exclusivamente a su conducta imprudente”. Este aspecto resulta particularmente importante porque supone un salto cualitativo respecto de las sentencias anteriores. Aquí se valora directamente la conducta del adolescente hasta el punto de considerar que la actuación ha sido tan imprudente que absorbe completamente el proceso causal.

Aunque los demandantes intentaron fundamentar la responsabilidad en múltiples irregularidades de la piscina⁵¹, el Tribunal consideró que todas ellas carecían de relevancia causal respecto del accidente concreto. En este sentido el Tribunal Supremo afirmó expresamente que “las deficiencias administrativas (...) no guardan relación con el modo de producción de las lesiones”.

Así pues, esta sentencia refleja claramente cómo la proximidad a la mayoría de edad modifica radicalmente el tratamiento jurídico de la conducta del menor. El adolescente de dieciséis años ya no aparece como destinatario de una tutela reforzada comparable a la de la infancia porque el Tribunal le atribuye capacidad de comprensión del peligro, capacidad de autoprotección y plena aptitud para adecuar su conducta al riesgo objetivamente perceptible. En consecuencia, la posición de garante de terceros se debilita considerablemente.

La sentencia insiste en la idea de que cualquier bañista prudente habría advertido el peligro existente en esa zona de la piscina. Con ello, el Tribunal aproxima claramente el estándar de diligencia exigible al menor al propio de un adulto razonable.

51 Tales como deficiencias de señalización, ausencia de socorrista adecuado, obstáculos, incumplimientos reglamentarios e inexistencia de determinadas medidas de seguridad.

En similares términos, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2008⁵² tuvo la ocasión de juzgar la tetraplejía sufrida por un menor de dieciséis años tras lanzarse a la piscina de un hotel durante la madrugada, en estado de embriaguez aguda, accediendo clandestinamente al recinto junto a un grupo de amigos por la escalera de incendios del edificio. Aquí el Tribunal no contempla al adolescente como un sujeto necesitado de una tutela reforzada frente al riesgo, sino como una persona plenamente capaz de comprender el peligro de su conducta y las consecuencias previsibles derivadas de ella. De hecho, la resolución afirma expresamente que el menor tenía “suficiente discernimiento aunque (fuera) menor de edad”, dando a entender que el adolescente posee ya capacidad suficiente de autodeterminación y autoprotección. Por ello, su conducta ya no aparece simplemente como un elemento concurrente, sino como la auténtica causa preponderante del daño.

La sentencia tiene en cuenta varios factores para reforzar esa idea: el acceso a la piscina se había producido de forma clandestina, a través de una vía anómala como es la escalera de incendios, fuera del horario de apertura y, por tanto, en un momento en que las instalaciones estaban cerradas y las luces principales apagadas, sin que los usuarios fueran clientes del hotel. Además, se concede enorme importancia al estado de embriaguez aguda en que se encontraba el menor como elemento decisivo de la producción del daño. Desde la perspectiva causal, esto resulta especialmente relevante porque la Sala entiende que el riesgo ya no se encuentra bajo el control del titular de la instalación, sino bajo el “control de situación” del propio menor.

La sentencia introduce aquí una categoría muy interesante: el principio de “competencia de la víctima”⁵³. Según el Tribunal, cuando el menor posee discernimiento suficiente y decide conscientemente exponerse al riesgo mediante una conducta anómala y imprevisible, la responsabilidad deja de recaer sobre el titular de la instalación y pasa a recaer exclusivamente en quien controla efectivamente la situación peligrosa. Por esta razón, el Tribunal rechaza expresamente la aplicación de la teoría del riesgo, de criterios de responsabilidad objetiva y de cualquier desplazamiento automático de responsabilidad hacia la empresa hotelera. No puede exigirse a los propietarios del hotel que ofrezcan una vigilancia permanente de la piscina fuera del horario de uso, ni que desplieguen un control absoluto frente a posibles accesos clandestinos e imprevisibles.

Como puede observarse, las dos sentencias analizadas hasta ahora presentan una línea jurisprudencial claramente coincidente: en la adolescencia avanzada

52 STS 23 julio 2008 (TOL I.354.571).

53 A veces es el mismo comportamiento de la víctima el que funda que sea a ella a quien ha de imputarse una consecuencia lesiva y puede ocurrir que la víctima se encuentre en tan desgraciada situación por obra del destino o por un infortunio, Díez-Picazo, L.: *Derecho de, cit.*, p. 345.

se atribuye plena relevancia jurídica a la conducta del menor al considerar que posee suficiente discernimiento para comprender riesgos evidentes, admitiendo sin dificultad la ruptura del nexo causal por culpa exclusiva de la víctima cuando el daño deriva fundamentalmente de una conducta conscientemente peligrosa y anómala del propio adolescente.

No obstante, la atribución de relevancia causal a la conducta del adolescente no conduce necesariamente a apreciar culpa exclusiva de la víctima. Un ejemplo particularmente significativo lo ofrece la STS de 23 de febrero de 1995⁵⁴. El supuesto se refería a las graves lesiones sufridas por un joven que se arrojó a una pequeña piscina portátil instalada en el jardín de un bar como parte de una actividad promocional organizada por los responsables del establecimiento. El Tribunal Supremo consideró acreditado que los organizadores habían creado una situación objetiva de riesgo al incentivar la participación de los jóvenes mediante premios y sin adoptar las medidas de seguridad necesarias. Sin embargo, también atribuyó relevancia causal a la conducta del perjudicado, a quien calificó de “absolutamente irreflexivo y culposo” por no calcular adecuadamente la escasa profundidad de la piscina ni la altura desde la que se lanzó. En consecuencia, la Sala rechazó tanto la culpa exclusiva de la víctima como la responsabilidad íntegra de los demandados y optó por una solución de concurrencia de culpas. La resolución resulta especialmente relevante porque muestra que, cuando el menor posee ya una capacidad suficiente de discernimiento, su conducta puede adquirir relevancia jurídica propia sin llegar necesariamente a romper por completo el nexo causal respecto de quienes han contribuido simultáneamente a la creación del riesgo.

Las resoluciones analizadas hasta ahora han puesto de manifiesto que la conducta del adolescente puede adquirir una relevancia causal decisiva, ya sea como causa exclusiva del daño o como factor concurrente junto a la conducta de quienes crean o gestionan el riesgo. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de septiembre de 2007⁵⁵ introduce una variante diferente, pues desplaza el análisis hacia la intervención causal de un tercero concreto: otro menor bañista.

La lesionada era una menor de dieciséis años que sufrió graves lesiones tras ser golpeada por otro joven que se lanzó desde una plataforma de 73 cm de altura a la piscina municipal mientras ella nadaba. El menor avisó de su intención de saltar, pero la bañista no se apercibió de su advertencia y no pudo reaccionar para evitar el daño. Ante los hechos, el Tribunal Supremo analiza la conducta de la víctima y no aprecia culpa relevante en la menor lesionada, para ello tiene en consideración que la víctima no se expuso conscientemente a un riesgo evidente, ni

54 STS 23 febrero 1995 (TOL I.667.257).

55 STS 5 septiembre 2007 (TOL I.146.765).

realizó ninguna conducta imprudente, ni tampoco desarrolló un comportamiento anómalo. Puede afirmarse que la menor estaba haciendo un uso ordinario y legítimo de la piscina cuando se produjo el accidente. Estos factores motivaron que el Tribunal no emplease aquí algunas categorías que se han observado en sentencias anteriores, como la de culpa exclusiva de la víctima, la autopuesta en peligro o la asunción consciente del riesgo.

Sin embargo, lo verdaderamente relevante de esta sentencia es que tampoco se imputa responsabilidad al titular de la piscina municipal ni a la aseguradora. Y ello porque el Tribunal entiende que el daño fue causado por la intervención de un tercero cuya conducta rompe la imputación causal respecto del Instituto Municipal de Deportes. La resolución insiste reiteradamente en este aspecto, al matizar que el accidente tuvo su origen en el lanzamiento efectuado por otro bañista, pero que dicho bañista no fue demandado, por lo que su concreta conducta no pudo ser plenamente valorada en el proceso⁵⁶.

Este razonamiento es especialmente importante porque permite observar cómo el Tribunal Supremo desplaza progresivamente el análisis desde la mera existencia del daño hacia la identificación precisa del sujeto que controla causalmente la situación de riesgo. Aunque el Tribunal admite expresamente la tendencia jurisprudencial hacia la objetivación moderada de la responsabilidad civil, sin embargo, añade inmediatamente que esta tendencia encuentra el límite en la necesidad de identificar una auténtica conducta negligente jurídicamente relevante. Precisamente en ese punto la sentencia considera que el Instituto Municipal actuó con un “comportamiento razonablemente adecuado”. El Alto Tribunal llega a esta conclusión tras tener en cuenta que en la piscina había más de 300 personas, que había socorristas, que existía un reglamento que prohibía juegos peligrosos y que el salto realizado por el otro bañista no constituía una actividad objetivamente

56 Se infiere de la sentencia que los padres de la menor lesionada no dirigieron la acción ni contra el menor que efectuó el salto ni contra sus progenitores, probablemente porque ambos adolescentes formaban parte del mismo grupo de amigos que había acudido conjuntamente a la piscina. El propio Tribunal Supremo destaca expresamente que el causante material del daño no fue demandado y que, por ello, su conducta no pudo ser objeto de valoración en el proceso.

No obstante, cabe plantearse cuál habría sido la solución jurídica si la demanda se hubiera dirigido también frente a dicho menor. A nuestro juicio, existían argumentos sólidos para exigir su responsabilidad con fundamento en el art. 1902 CC. En efecto, este precepto no exige haber alcanzado la mayoría de edad para responder civilmente, sino únicamente que el autor del daño posea capacidad suficiente de discernimiento para que pueda formularse sobre su conducta un juicio de culpabilidad. Tratándose de un adolescente de dieciséis años, parece razonable entender que disponía de aptitud suficiente para comprender las consecuencias potencialmente lesivas de su actuación.

Desde esta perspectiva, podría sostenerse que el menor no actuó con la diligencia exigible, pues decidió lanzarse desde la plataforma sin asegurarse de que la bañista hubiera percibido efectivamente su advertencia y pudiera apartarse de la trayectoria del salto. De hecho, la propia sentencia recoge que la lesionada no llegó a apercebirse del aviso realizado por su compañero. Asimismo, la maniobra terminó invadiendo la zona ocupada por la víctima y provocándole graves lesiones. Todo ello permitiría apreciar, al menos en hipótesis, una conducta negligente susceptible de generar responsabilidad civil por los daños causados.

Del mismo modo, de haberse ejercitado la acción frente a sus progenitores, también habría podido plantearse la eventual aplicación del art. 1903 CC, cuestión que no llegó a ser examinada por los tribunales al no haber sido parte en el litigio.

anormal ni requería una vigilancia extraordinaria. Así, pues se establece que el accidente no deriva de una deficiente organización de la piscina ni de la omisión de las oportunas medidas de seguridad, sino de la concreta actuación de un tercero. La resolución utiliza aquí la categoría de la “falta de causalidad adecuada”, es decir, aunque el accidente se produjo dentro de la piscina municipal, no existe una conexión jurídica suficientemente relevante entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido.

El análisis de los accidentes sufridos por adolescentes en piscinas requiere tener en consideración la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2008⁵⁷. El supuesto se refiere al fallecimiento por ahogamiento de un menor de diecisiete años que participaba junto con otros adolescentes en un juego que consistía en comprobar quién permanecía más tiempo bajo el agua. Tras varios minutos sumergido, el menor fue hallado en el fondo de la piscina y, pese a la rápida actuación de los socorristas, falleció posteriormente por anoxia cerebral derivada de asfixia por sumersión. Al Tribunal no le cabe duda que el adolescente poseía capacidad suficiente para comprender el peligro inherente al juego, prever las consecuencias de una inmersión prolongada y evitar conscientemente el riesgo. De ahí que la resolución sea muy clara cuando afirma que “el modo de actuar de Everardo ha desempeñado una tan considerable imprudencia en el desarrollo de los hechos, que lleva a la conclusión de que el trágico resultado ha sido provocado por culpa exclusiva de la propia víctima”.

Además, el Tribunal no da por válidos los argumentos de los recurrentes que sostenían que los socorristas tenían que haber reforzado su deber de vigilancia porque los que participaban en el juego eran menores. Al contrario, la Sala considera acreditado que los socorristas permanecieron en todo momento en su puesto de vigilancia y atentos a las incidencias de la piscina, sin que nada hiciera presagiar el fatal desenlace. De hecho, el Alto Tribunal subrayó que “ni los propios amigos del fallecido se percataron del riesgo”, por lo que no puede exigirse a los socorristas una capacidad de previsión superior del riesgo que transforme su obligación de vigilancia en una garantía absoluta frente a cualquier resultado dañoso.

Desde el punto de vista causal, la sentencia afirma que para dilucidar la responsabilidad de los demandados se ha de tener en cuenta la conducta participativa de la propia víctima para valorar si interfiere en el proceso causal. De dicha apreciación se obtiene que el riesgo no deriva del uso habitual de la piscina, ni de la actuación de los socorristas, sino exclusivamente de la decisión voluntaria de unos adolescentes de desarrollar un juego peligroso consistente en permanecer sumergidos el mayor tiempo posible. Por este motivo, el Tribunal

57 STS 30 julio 2008 (TOL I.378.544).

aprecia culpa exclusiva de la propia víctima y niega incluso la concurrencia de culpas solicitada subsidiariamente por los recurrentes.

Conforme el menor se aproxima a la mayoría de edad, la jurisprudencia civil desplaza progresivamente el juicio de imputación desde los deberes de vigilancia de terceros hacia la propia conducta del adolescente, valorando de forma cada vez más intensa su capacidad de comprensión del riesgo, de autoprotección y de autodeterminación. En esta fase evolutiva, la conducta de la víctima deja de ser un elemento meramente secundario dentro del proceso causal para convertirse, según las circunstancias del caso, en un factor concurrente de responsabilidad o incluso en la causa exclusiva del daño. Ello explica que categorías como la autopuesta en peligro, la competencia de la víctima o la culpa exclusiva adquieran un protagonismo creciente en la fundamentación de las resoluciones relativas a adolescentes próximos a la mayoría de edad⁵⁸.

De las resoluciones analizadas se desprende que la edad del menor no opera como un criterio automático de imputación o exoneración de responsabilidad. La jurisprudencia atiende fundamentalmente al grado de discernimiento de la víctima y a la distribución del control sobre el riesgo. Cuanto menor es la capacidad de comprensión y autoprotección del niño, mayor es el protagonismo causal de quienes asumen funciones de vigilancia y protección; por el contrario, conforme aumenta la madurez del menor, adquieren relevancia categorías como la autopuesta en peligro, la competencia de la víctima y la culpa exclusiva.

IV. EL DEBER DE VIGILANCIA DE LOS PROGENITORES.

I. Fundamento y contenido del deber de vigilancia de los progenitores.

Según hemos defendido en el epígrafe anterior, cuando un menor posee capacidad suficiente de discernimiento y causa culpablemente un daño, puede responder directamente frente a la víctima con fundamento en el art. 1902 CC. Ahora bien, la eventual responsabilidad del menor no excluye necesariamente la de sus progenitores, pues el art. 1903 CC contempla la responsabilidad de los padres por los daños causados por los hijos sometidos a su guarda⁵⁹, salvo que acrediten haber empleado toda la diligencia exigible para prevenir el daño.

58 La relevancia de la conducta de la víctima menor de edad en la producción del daño ya fue apuntada en un trabajo anterior relativo a los accidentes sufridos por menores en establecimientos de ocio. Sin embargo, la jurisprudencia analizada en las páginas precedentes permite ahora profundizar específicamente en la evolución del juicio de imputación conforme aumenta la edad y capacidad de discernimiento del menor. Vid. RIBERA BLANES, B.: "Responsabilidad civil por caídas de menores en lugares de entretenimiento y diversión", en AA.VV.: *La responsabilidad civil y su problemática actual* (coord. por J.A. MORENO MARTÍNEZ), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 1241 ss.

59 Si el menor convive con los dos progenitores conjuntamente, ambos responden de forma conjunta y solidaria. En caso de padres separados la doctrina no es unánime a la hora de determinar la responsabilidad de los padres, ATIENZA NAVARRO, M.L.: "La responsabilidad", cit., pp. 569-571.

Ello obliga a examinar el alcance del deber de vigilancia que corresponde a los progenitores y los criterios conforme a los cuales la jurisprudencia aprecia su eventual incumplimiento.

El análisis de la responsabilidad civil derivada de los accidentes sufridos por menores en piscinas exige detenerse, en primer lugar, en el deber de vigilancia que corresponde a los progenitores. Este deber encuentra su fundamento inmediato en la patria potestad, configurada actualmente como una responsabilidad parental que debe ejercerse siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos, integridad física y mental. En este marco, el art. 154 CC incluye expresamente entre los deberes y facultades de los progenitores el de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

Desde la perspectiva específica de la responsabilidad civil, la relevancia de este deber de vigilancia se manifiesta principalmente a través del art. 1903 CC, que declara responsables a los padres por los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Aunque este precepto contempla de forma directa la responsabilidad de los progenitores por los daños causados por sus hijos a terceros, su fundamento resulta igualmente relevante para determinar el alcance de los deberes de cuidado y supervisión cuando el propio menor resulta lesionado. En ambos casos subyace una misma idea: los progenitores ocupan una posición jurídica de garantía respecto de sus hijos menores, en virtud de la cual les corresponde adoptar las medidas razonables de vigilancia, cuidado y protección adecuadas a las circunstancias del caso.

Ahora bien, el contenido del deber de vigilancia no puede entenderse de forma rígida, absoluta o invariable. La evolución de la patria potestad ha supuesto el progresivo abandono de una concepción autoritaria, basada en la potestad-sujeción, para dar paso a una configuración funcional de la responsabilidad parental, orientada primordialmente al interés del menor y al libre desarrollo de su personalidad. Ello obliga a concebir la vigilancia no como un control permanente e ininterrumpido sobre todos los actos del hijo, sino como un deber de supervisión razonable, proporcionado y adaptado a su edad, madurez y capacidad de discernimiento⁶⁰.

Por esta razón, la intensidad del deber de vigilancia de los progenitores varía necesariamente en función de las circunstancias concurrentes. Entre vigilancia y edad existe una relación inversamente proporcional: cuanto menor es la edad del

60 Advierte LÓPEZ SÁNCHEZ que no se puede pretender una vigilancia permanente de los mismos, pues semejante control podría llevar a que los padres tuvieran que abandonar sus actividades y deberes para dedicarse en exclusiva al cuidado de los mismos, o que se prohibiera al menor la realización de toda actividad que pudiera comportar algún riesgo, *La responsabilidad*, cit., p. 240.

hijo y más reducida su capacidad de autoprotección, más intenso es el deber de control exigible a los padres⁶¹; por el contrario, conforme el menor crece y adquiere autonomía, discernimiento y capacidad para comprender los riesgos ordinarios de la vida cotidiana, la vigilancia parental tiende legítimamente a atenuarse⁶². No puede exigirse respecto de un adolescente próximo a la mayoría de edad la misma intensidad de vigilancia que respecto de un niño de tres, cuatro o cinco años.

Esta modulación resulta especialmente importante en el ámbito de los accidentes en piscinas. El baño constituye, por regla general, una actividad ordinaria de ocio, pero puede generar situaciones de riesgo particularmente graves cuando intervienen menores que no saben nadar, niños de muy corta edad o circunstancias que incrementan anormalmente el peligro. En estos supuestos, la diligencia exigible a los progenitores dependerá de factores como la edad del menor, su conocimiento del medio acuático, su capacidad para nadar, la existencia o no de socorristas, la concurrencia de otros adultos encargados de la vigilancia, las condiciones materiales de la instalación y la previsibilidad concreta del riesgo.

De este modo, el deber de vigilancia parental no desaparece por el solo hecho de que el menor se encuentre en una piscina vigilada o en una instalación abierta al público. La presencia de socorristas, monitores o personal encargado de la seguridad puede desplazar o compartir determinadas funciones de control, pero no elimina automáticamente el deber general de cuidado que pesa sobre los progenitores, especialmente cuando se trata de menores de corta edad o de niños que carecen de capacidad suficiente de autoprotección. Ahora bien, tampoco cabe convertir a los padres en garantes absolutos de cualquier resultado dañoso sufrido por sus hijos. Su responsabilidad exige valorar si, atendidas las circunstancias concretas, omitieron la diligencia razonablemente exigible en el ejercicio de sus funciones de guarda y cuidado.

En consecuencia, el juicio sobre la eventual culpa *in vigilando* de los progenitores no puede resolverse mediante criterios abstractos o automáticos. No basta con afirmar que el menor estaba bajo la patria potestad de sus padres, ni tampoco con sostener que el accidente se produjo en un espacio sometido a vigilancia profesional. Será preciso determinar, en cada caso, quién tenía efectivamente el control sobre la situación de riesgo, qué grado de autonomía podía reconocerse al menor, si el peligro era ordinario o había sido incrementado por terceros y si los progenitores se encontraban en condiciones reales de prevenir el daño. Sólo desde esta valoración circunstanciada puede apreciarse correctamente si existió o

61 ATIENZA NAVARRO, M. L.: "La responsabilidad", cit., p. 573; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: La responsabilidad, cit., pp.185-186; LEÓN GONZÁLEZ, J. M.: "La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad", en AA.VV., *Estudios de Derecho civil en honor al Prof. Castán Tobeñas*, tomo VI, Universidad de Pamplona, Aranzadi, Pamplona, 1969, p. 310.

62 En este sentido *vid.* GÓMEZ CALLE, E.: "La responsabilidad", cit., p. 90.

no incumplimiento del deber de vigilancia parental. Precisamente a la luz de estos criterios debe examinarse la jurisprudencia recaída en materia de accidentes de menores en piscinas.

2. La vigilancia parental durante la primera infancia.

La aplicación de los criterios anteriormente expuestos exige examinar cómo ha valorado la jurisprudencia el deber de vigilancia de los progenitores en los accidentes sufridos por menores en piscinas. El análisis de las resoluciones recaídas durante la primera infancia resulta especialmente revelador, pues en esta etapa los menores carecen todavía de una capacidad suficiente de autoprotección frente al riesgo acuático, lo que intensifica correlativamente los deberes de guarda y supervisión de quienes ejercen la patria potestad. Las sentencias analizadas permiten comprobar tanto la elevada exigencia de vigilancia impuesta a los progenitores respecto de los niños de corta edad como los supuestos en los que dicha posición de garantía puede desplazarse temporalmente hacia terceros que asumen funciones de custodia y protección.

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1999⁶³ constituye una de las resoluciones más expresivas en materia de vigilancia parental respecto de menores de muy corta edad. El supuesto se refiere al fallecimiento por ahogamiento de una niña de tres años que logró acceder a una piscina situada en una finca privada en la que residía junto con su familia. La menor accedió a la zona de baño sin ser advertida por quienes se encontraban a su cuidado y cayó al agua, produciéndose el fatal desenlace.

Desde la perspectiva del deber de vigilancia, la sentencia resulta especialmente significativa porque el Tribunal Supremo no se limita a examinar la conducta del propietario de la finca, sino que valora expresamente la actuación del padre de la menor. La Sala destaca que la niña había sido dejada, junto con el resto de sus hermanos menores, bajo la vigilancia de una hermana de trece años y califica esta decisión como un “acto, en verdad, inadecuado”. La afirmación adquiere especial relevancia si se tiene en cuenta que la víctima contaba únicamente con tres años de edad y, por tanto, carecía por completo de capacidad de autoprotección frente a un riesgo tan evidente como el derivado de una piscina.

Particular interés presenta la argumentación de la Sala cuando afirma que la patria potestad, en cuanto comprende el deber de cuidado de los hijos menores, constituye una obligación personal que no puede trasladarse a terceros, al menos cuando se trata de menores de tan corta edad y el cuidado se encomienda informalmente a otro menor. Con ello el Tribunal pone de manifiesto que la

63 STS 18 mayo 1999 (TOL 5.120.987).

especial intensidad del deber de vigilancia exigible respecto de los niños de muy corta edad impide considerar suficientemente cumplidas las obligaciones de guarda mediante la simple encomienda informal de su cuidado a otro menor⁶⁴.

La resolución permite extraer una primera conclusión de alcance general: durante la primera infancia el deber de vigilancia parental alcanza su máxima intensidad. Cuando el menor carece de toda capacidad de discernimiento y se encuentra expuesto a una fuente de riesgo potencialmente letal como una piscina, la jurisprudencia exige un nivel particularmente elevado de supervisión y no considera suficiente la vigilancia ejercida por otro menor de edad. En estos casos, el control efectivo del riesgo continúa correspondiendo primordialmente a los progenitores.

Especial interés presenta la STS de 30 de septiembre de 2025⁶⁵, relativa a las gravísimas secuelas neurológicas sufridas por una niña de cuatro años durante su participación en un campamento de verano organizado por un centro docente. Los padres habían inscrito a la menor en la actividad y, al cumplimentar la documentación facilitada por la organización, hicieron constar expresamente que la niña no sabía nadar y que tenía miedo al agua. Pese a ello, durante una actividad desarrollada en la piscina, la menor sufrió un episodio de inmersión que le ocasionó lesiones neurológicas irreversibles. La sentencia aprecia diversas deficiencias en la organización y gestión de la actividad acuática, relacionadas con la transmisión de la información sobre la menor, la adopción de medidas preventivas específicas y la coordinación entre los distintos responsables de la vigilancia.

Desde la perspectiva de la vigilancia parental, la sentencia resulta especialmente significativa porque no aprecia incumplimiento alguno del deber de vigilancia por parte de los progenitores. En este supuesto los padres confiaron legítimamente la custodia temporal de su hija a una organización que asumía profesionalmente funciones de supervisión y vigilancia durante el desarrollo del campamento.

Además, los progenitores no se limitaron a entregar a la menor a los responsables de la actividad, sino que proporcionaron una información especialmente relevante para la gestión del riesgo, al advertir expresamente que la niña no sabía nadar y que tenía miedo al agua. Este dato adquiere una importancia decisiva porque permitía identificar una situación concreta de vulnerabilidad que exigía extremar las medidas de protección y vigilancia. Una vez comunicada dicha información,

64 En este sentido advierte la doctrina que el dato de la presencia o no de los padres en caso de menores de corta edad puede ser indicativo de una vigilancia negligente si el daño se produce en un momento en que fuera preceptiva la vigilancia del menor y no se hubieran adoptado las precauciones adecuadas para ser reemplazados por una persona idónea, ATIENZA NAVARRO, M.L.: "La responsabilidad", cit., p. 584.

65 STS 30 septiembre 2025 (TOL 10.723.816).

correspondía a quienes organizaban la actividad adoptar las cautelas necesarias para evitar que la menor accediera a situaciones incompatibles con sus limitaciones.

La sentencia constituye así un claro ejemplo de desplazamiento temporal de la posición de garantía desde los progenitores hacia un tercero que asume profesionalmente la custodia del menor. El Tribunal entiende que el riesgo que finalmente se materializó se encontraba plenamente integrado en el ámbito de organización y control del centro docente, por lo que no existe base alguna para apreciar culpa *in vigilando* de los padres. La resolución pone de manifiesto que el deber de vigilancia parental no desaparece por completo cuando el menor es confiado a terceros, pero sí puede verse temporalmente sustituido por los deberes de protección asumidos por quienes aceptan la dirección y supervisión efectiva de la actividad desarrollada⁶⁶.

Si la sentencia de 30 de septiembre de 2025 constituye un ejemplo de desplazamiento de la posición de garantía desde los progenitores hacia un tercero que asume profesionalmente la custodia del menor, la STS de 30 de junio de 1998⁶⁷ presenta la situación inversa. En este caso no existe ningún traslado de las funciones de vigilancia, pues el niño se encontraba acompañado por su madre y otros adultos cuando se produjo el accidente, circunstancia que lleva al Tribunal Supremo a valorar expresamente la actuación de quienes tenían encomendada su guarda en el momento de producirse el siniestro.

La resolución declara probado que el menor, de cinco años de edad y que no sabía nadar, había acudido al Parque de Atracciones de Zaragoza acompañado por su madre y por unos amigos de ésta. Fue precisamente en ese contexto cuando, “en un momento de descuido de los mayores”, el niño se dirigió hacia la piscina y cayó al agua. Este dato resulta especialmente relevante desde la perspectiva del deber de vigilancia parental, pues constituye una de las escasas ocasiones en las que el Tribunal Supremo identifica expresamente una relajación de la supervisión ejercida por los adultos encargados del cuidado del menor. Tratándose de un niño de tan corta edad y carente de capacidad de autoprotección en el medio acuático, la diligencia exigible a quienes tenían encomendada su guarda debía ser particularmente intensa.

66 La demanda se interpuso frente a cuatro sujetos: el administrador del colegio, el propio centro educativo, la sociedad matriz y la aseguradora responsable de la cobertura D&O. No obstante, la aseguradora fue absuelta al considerar que la póliza contenía una exclusión expresa de cobertura por daños personales. Un análisis detallado de este tipo de seguro y de la cláusula de exclusión puede verse en PÉREZ CARRILLO, E.F.: “Daños personales excluidos y baremo «de tráfico» en la piscina: el seguro D&O ante un accidente escolar”, *Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 166, enero de 2026, pp. 1-16.

67 STS 30 junio 1998 (TOL 5.120.050).

Sin embargo, la sentencia no considera que dicho descuido explique por sí solo el resultado dañoso ni que absorba completamente el proceso causal. Antes al contrario, la Sala aprecia que el accidente se produjo en unas circunstancias extraordinariamente anómalas derivadas del deficiente estado de la instalación. En el momento de los hechos el agua de la piscina se encontraba turbia debido a una avería en el sistema de depuración, el nivel había descendido considerablemente y el fondo resultaba prácticamente invisible incluso para los socorristas encargados de la vigilancia. De hecho, ninguno de ellos advirtió la caída del menor y su cuerpo fue localizado únicamente cuando otro usuario tropezó accidentalmente con él durante las labores de búsqueda.

La importancia de esta sentencia radica en que permite observar cómo el incumplimiento del deber de vigilancia parental no excluye necesariamente la responsabilidad de terceros cuando estos han contribuido de forma relevante a la creación o agravación del riesgo. Aunque el Tribunal admite implícitamente una relajación de la vigilancia por parte de los adultos que acompañaban al niño, entiende que las gravísimas deficiencias existentes en la piscina desempeñaron igualmente un papel causal decisivo en la producción del daño. Por ello, la responsabilidad no se construye exclusivamente sobre el descuido de la madre y de los demás adultos presentes, sino también sobre la defectuosa organización y mantenimiento de la instalación.

La resolución pone así de manifiesto que, incluso durante la primera infancia, la apreciación de una culpa *in vigilando* de los progenitores no convierte automáticamente su conducta en causa exclusiva del resultado. Será necesario determinar en cada caso si otros sujetos contribuyeron también a la creación, incremento o control del riesgo que finalmente se materializó. La vigilancia parental constituye un elemento esencial del juicio de imputación, pero no excluye el examen de las restantes causas concurrentes del daño.

Por último, debe tenerse en cuenta la STS de 17 de diciembre de 2019⁶⁸, ya que ofrece una perspectiva distinta sobre el deber de vigilancia de los progenitores en relación con menores de corta edad. Si en la sentencia de 30 de junio de 1998⁶⁹ el Tribunal Supremo apreciaba expresamente que el accidente se produjo “en un momento de descuido de los mayores”, en el supuesto ahora analizado la Sala no formula ningún reproche directo a la conducta de la madre, pese a que los hechos probados permiten plantear un debate similar desde la óptica de la culpa *in vigilando*.

68 STS 17 diciembre 2019 (TOL 7.664.380).

69 STS 30 junio 1998 (TOL 5.120.050).

El supuesto se refiere al fallecimiento por ahogamiento de un niño de seis años en la piscina de una urbanización. Cuando ocurrieron los hechos, la madre se había ausentado temporalmente de la zona de baño para subir a una de las viviendas del complejo residencial, quedando el menor bajo el cuidado de la pareja de aquélla. La sentencia añade además que, en el momento en que el niño accedió a la piscina de adultos, se encontraba acompañado o próximo al padre de dicha persona. Sin embargo, pese a la presencia de estos adultos, el menor terminó sumergido en el fondo de la piscina sin que nadie advirtiera la situación hasta que ya era demasiado tarde.

Resulta significativo que el Tribunal Supremo no analice expresamente la eventual responsabilidad de la madre ni valore si existió un incumplimiento de sus deberes de vigilancia. No obstante, esta omisión probablemente se explica por las concretas circunstancias procesales del litigio. La acción fue ejercitada por los abuelos acogedores del menor frente a la comunidad de propietarios, la socorrista y sus respectivas aseguradoras, de modo que la controversia quedó circunscrita a la posible responsabilidad de los demandados. Por ello, la Sala centra su atención exclusivamente en determinar si la comunidad y la socorrista incumplieron los deberes de seguridad y vigilancia que les incumbían, sin entrar a examinar la conducta de la progenitora.

Desde una perspectiva doctrinal, sin embargo, cabe sostener que los hechos probados revelan una insuficiente vigilancia respecto de un menor de tan corta edad⁷⁰. El deber de cuidado derivado de la patria potestad no desaparece por el mero hecho de que la piscina disponga de socorrista ni porque el menor se encuentre acompañado por otros adultos, salvo que exista una auténtica asunción o desplazamiento de las funciones de guarda. En el caso analizado no consta que se hubiera producido una delegación formal o efectiva de tales funciones. Antes al contrario, la propia Audiencia Provincial consideró acreditado que la madre había dejado al menor en la zona de la piscina mientras se ausentaba del lugar. Tratándose de un niño de seis años que no sabía nadar y que accedió a una piscina de adultos, parece razonable entender que la vigilancia desplegada no fue suficiente para prevenir un riesgo perfectamente previsible.

70 Comparte esta valoración RAMOS GONZÁLEZ, para quien la madre incumplió los deberes de vigilancia y cuidado inherentes a la patria potestad al ausentarse de la zona de la piscina, sin que la presencia de otros adultos ni la existencia de socorrista permitan entender desplazadas automáticamente sus funciones parentales de protección. La autora subraya que la sentencia se limita a excluir la responsabilidad de los demandados, sin pronunciarse sobre la conducta de la progenitora por no constituir ésta objeto del proceso, aunque considera que dicha circunstancia habría debido ser tomada en consideración para valorar la incidencia causal de la conducta materna en la producción del daño, "Ahogamientos silenciosos: la responsabilidad civil del socorrista y de la empresa de socorrimo por no prevenirlos. Fallecimiento de menor de edad en piscina vigilada. Comentario a la STS 678/2019, de 17 de diciembre", *CCJC*, 2020, pp. 204-205.

Ello no significa necesariamente que la conducta de la madre hubiera absorbido por completo el proceso causal ni que hubiera excluido automáticamente la posible responsabilidad de terceros. Al igual que sucedía en la sentencia de 30 de junio de 1998⁷¹, la eventual negligencia de los progenitores habría debido valorarse, en su caso, conjuntamente con la conducta de los restantes sujetos intervinientes para determinar la incidencia causal de cada una de ellas en la producción del resultado. Sin embargo, la sentencia resulta especialmente útil para poner de manifiesto que la ausencia de un pronunciamiento judicial sobre la culpa *in vigilando* de los progenitores no impide que, desde una perspectiva académica, pueda analizarse críticamente el grado de diligencia desplegado en el cumplimiento de los deberes de guarda y protección respecto de menores de tan corta edad.

Del análisis conjunto de estas resoluciones se desprende que durante la primera infancia el deber de vigilancia parental alcanza su máxima intensidad. La jurisprudencia parte de que los menores de tres, cuatro, cinco o seis años carecen de capacidad suficiente para comprender y controlar los riesgos asociados al medio acuático, lo que justifica una exigencia especialmente rigurosa de supervisión por parte de los progenitores. No obstante, las sentencias examinadas muestran igualmente que la eventual insuficiencia de la vigilancia parental no excluye automáticamente la responsabilidad de terceros cuando éstos han asumido la custodia del menor o han contribuido de forma relevante a la creación o agravación del riesgo. La determinación de la responsabilidad exige, por tanto, una valoración conjunta de las posiciones de garantía concurrentes y del concreto control que cada sujeto ejercía sobre la situación de peligro en el momento del accidente.

3. La progresiva atenuación del deber de vigilancia parental durante la segunda infancia.

La situación cambia progresivamente cuando el menor alcanza una edad que le permite comprender determinados riesgos y desplegar conductas elementales de autoprotección, circunstancia que obliga a reconsiderar el alcance del deber de vigilancia exigible a los progenitores.

La STS de 30 de noviembre de 2005⁷² permite apreciar cómo la intensidad del deber de vigilancia parental comienza a modularse cuando el menor alcanza una edad que le permite desenvolverse con cierta autonomía en actividades ordinarias de ocio. El supuesto se refiere a una menor de nueve años que acudió a una piscina de uso público acompañada de sus padres, sus hermanas y otros familiares. Mientras sus acompañantes se encontraban cambiándose de ropa, la niña accedió a la piscina y quedó sumergida en el fondo durante aproximadamente

71 STS 30 junio 1998 (TOL 5.120.050).

72 STS 30 noviembre 2005 (TOL 781.290).

siete minutos sin que nadie advirtiera su presencia, sufriendo gravísimas secuelas neurológicas derivadas de la asfixia por inmersión.

Desde la perspectiva del deber de vigilancia de los progenitores, resulta especialmente significativo que ni la Audiencia Provincial ni el Tribunal Supremo formulen reproche alguno a la conducta de los padres⁷³. La sentencia no considera jurídicamente relevante el hecho de que la menor accediera al agua mientras sus familiares se cambiaban de ropa, ni aprecia en ello una relajación del deber de vigilancia comparable a la observada en algunos de los supuestos analizados respecto de niños de menor edad. Este dato permite apreciar cómo la exigencia de supervisión parental experimenta una progresiva atenuación a medida que aumenta la capacidad de discernimiento y de autoprotección del menor.

Por el contrario, el Tribunal centra íntegramente el juicio de imputación en las graves deficiencias de la instalación y en el incumplimiento de los deberes de vigilancia que incumbían a quienes explotaban la piscina. La resolución destaca que la instalación había obtenido la licencia municipal a pesar de existir irregularidades, carecía de las medidas de seguridad exigibles, no disponía de teléfono para atender situaciones de emergencia y el encargado de la vigilancia no se encontraba desempeñando adecuadamente sus funciones cuando se produjo el accidente. La circunstancia de que una menor permaneciera sumergida durante varios minutos sin ser advertida por el personal responsable de la piscina constituye precisamente el dato que permite a la Sala afirmar la existencia de un incumplimiento de los deberes de control y vigilancia que pesaban sobre los demandados.

La sentencia pone así de manifiesto que, cuando el menor ha alcanzado una edad que le permite participar con cierta autonomía en actividades ordinarias como el baño en una piscina pública, el deber de vigilancia de los progenitores ya no exige una supervisión visual permanente e ininterrumpida. Ello no significa que desaparezcan completamente sus obligaciones de cuidado, pero sí que el juicio sobre una eventual culpa *in vigilando* debe realizarse teniendo en cuenta la edad del menor y el grado de autonomía que socialmente resulta razonable reconocerle. En este caso, el Tribunal entiende implícitamente que el riesgo que finalmente se materializó se encontraba bajo el ámbito de control de los responsables de la instalación y no bajo el de los progenitores, desplazando así el centro de imputación hacia quienes tenían encomendada profesionalmente la vigilancia de la piscina.

73 Resulta llamativo que tampoco el comentario doctrinal de la sentencia incida en este aspecto. Vid. DEL OLMO GARCÍA, P.: "Responsabilidad extracontractual de la Administración junto a particulares. Condena solidaria de un Ayuntamiento, junto al socorrista, el dueño de una piscina privada abierta al público y su compañía de seguros, por la situación irregular de la piscina, en la que un menor sufre un semi-ahogo por inmersión. Comentario a la STS 983/2005, de 30 de noviembre", CCJC, núm. 73, 2007, pp. 101-118.

La STS de 10 de diciembre de 2008⁷⁴ se refiere a las graves lesiones sufridas por un menor de nueve años mientras se bañaba en la piscina de un establecimiento hotelero. El accidente se produjo cuando el niño, al salir del agua utilizando una de las escalerillas de acceso, introdujo la pierna en el espacio existente entre la pared de la piscina y la propia escalera, quedando atrapado. Al escuchar sus gritos, la madre acudió inmediatamente para auxiliarle y consiguió finalmente liberarlo. Como consecuencia del incidente, el menor sufrió importantes lesiones en el fémur distal.

Desde la perspectiva del deber de vigilancia parental, la resolución presenta una singularidad que la diferencia de las sentencias analizadas hasta ahora. Ni la Audiencia Provincial ni el Tribunal Supremo aprecian una insuficiencia de vigilancia por parte de la madre. El menor no se encontraba solo, no había accedido a una zona prohibida ni se había apartado del control de los adultos responsables de su cuidado. El accidente se produce durante el uso ordinario de la piscina y en presencia de su progenitora, por lo que la cuestión litigiosa no gira en torno a una eventual culpa *in vigilando*.

Lo verdaderamente relevante es que el Tribunal Supremo considera que no ha quedado acreditado que las lesiones fueran consecuencia de las supuestas deficiencias de la instalación hotelera. La Sala entiende que la prueba practicada no permite determinar con certeza cuál fue el mecanismo concreto de producción del daño y apunta expresamente a otras posibles causas. Así, señala que las lesiones pudieron deberse tanto a la propia fuerza desplegada por el menor para intentar liberarse como al esfuerzo realizado por la madre al tratar de extraer la pierna que había quedado atrapada. Incluso llega a afirmar que el “probable forcejeo” del niño y la “posible intervención apresurada de la madre” constituyen hipótesis plausibles para explicar el resultado lesivo.

La sentencia resulta especialmente interesante porque pone de manifiesto que la conducta de los progenitores puede adquirir relevancia causal en un accidente sufrido por un menor sin que ello implique necesariamente un incumplimiento del deber de vigilancia. La madre aparece aquí integrada en el proceso causal no por haber descuidado la supervisión de su hijo, sino por su reacción inmediata y espontánea ante una situación de peligro. Del mismo modo, el Tribunal atribuye relevancia al comportamiento del propio menor, que trató de liberarse por sus propios medios. La resolución constituye así un ejemplo paradigmático de cómo la conducta de la víctima y la actuación de quienes acuden en su auxilio pueden llegar a desplazar el foco del análisis desde las condiciones de la instalación hacia la propia dinámica del accidente, impidiendo que pueda establecerse el necesario nexo causal entre las irregularidades imputadas a los demandados y el daño finalmente producido.

74 STS 10 diciembre 2008 (TOL I.413.643).

La STS de 11 de marzo de 2004⁷⁵ se refiere al fallecimiento por ahogamiento de un menor de diez años en la piscina municipal de Mansilla de las Mulas. La aseguradora demandada sostenía que la muerte se había producido exclusivamente por la conducta del propio menor, quien se había introducido en el agua poco tiempo después de haber ingerido alimentos. Sin embargo, tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo rechazan que el resultado pueda atribuirse únicamente a la víctima y aprecian la concurrencia de diversas causas en la producción del daño.

Desde la perspectiva que aquí interesa, resulta especialmente significativo que la Audiencia Provincial, cuyo razonamiento es asumido por el Tribunal Supremo, afirme expresamente que concurrió “la propia negligencia del menor (o de su padre por infracción del deber de vigilancia)”. Esta referencia pone de manifiesto que, respecto de un niño de diez años, el deber parental ya no se proyecta únicamente sobre la supervisión física del menor, sino también sobre los deberes de cuidado y protección inherentes a la patria potestad. El reproche parece residir en no haber evitado que el menor se bañara mientras realizaba la digestión, conducta que el Tribunal considera imprudente.

No obstante, la sentencia descarta que dicha circunstancia constituya la causa exclusiva del resultado. La Sala aprecia igualmente graves deficiencias en la vigilancia de la piscina, pues la socorrista no advirtió la situación de peligro y el segundo socorrista se encontraba realizando funciones de taquillero. Fue un bañista quien detectó el accidente y alertó a los responsables de la instalación. Por ello, el Tribunal concluye que las medidas de vigilancia adoptadas resultaron manifiestamente insuficientes.

La resolución muestra así cómo, conforme aumenta la edad del menor, el deber de vigilancia de los progenitores pierde intensidad, pero no desaparece. La eventual negligencia parental puede seguir adquiriendo relevancia causal, aunque normalmente coexistirá con la valoración de la conducta del propio menor y de los restantes sujetos encargados del control del riesgo.

Por último, la STS de 10 de abril de 1988⁷⁶ se refiere al fallecimiento por ahogamiento de un menor de once años en la piscina municipal de Alborea. La sentencia aprecia importantes deficiencias en la organización y seguridad de la instalación, que carecía de los medios sanitarios exigidos reglamentariamente para atender situaciones de emergencia, y declara la responsabilidad del Ayuntamiento y del arrendatario de la piscina.

75 STS 11 marzo 2004 (TOL 360.024).

76 STS 10 abril 1988 (TOL 1.735.122).

Desde la perspectiva del deber de vigilancia de los progenitores, resulta significativo que la resolución no contenga referencia alguna a una posible insuficiencia de la supervisión parental. La Sala centra íntegramente el juicio de imputación en las deficiencias organizativas de la instalación y en la ausencia de medios adecuados para auxiliar al menor tras el accidente. Ello permite apreciar cómo, conforme aumenta la edad del menor y su capacidad de autonomía, la vigilancia parental pierde protagonismo dentro del análisis causal y la atención se desplaza hacia quienes tienen encomendada profesionalmente la organización y control de la actividad. Sin perjuicio de que los progenitores continúen sujetos a un deber general de cuidado, la sentencia muestra que, respecto de un niño de once años, la jurisprudencia ya no construye el juicio de responsabilidad a partir de una exigencia de supervisión constante e inmediata por parte de los padres.

Del análisis conjunto de estas resoluciones se desprende que el deber de vigilancia de los progenitores experimenta una progresiva atenuación conforme aumenta la edad del menor y su capacidad de discernimiento. A partir de los siete años, la jurisprudencia ya no exige una supervisión constante e ininterrumpida, sino una vigilancia y un cuidado adaptados al grado de autonomía del menor y a las circunstancias concretas del caso. Ello no supone la desaparición de los deberes derivados de la patria potestad, pero sí que la conducta del propio menor y la de quienes controlan profesionalmente el riesgo adquieren una relevancia cada vez mayor en el juicio de imputación.

4. La atenuación del deber de vigilancia de los progenitores y la creciente autorresponsabilidad del adolescente.

La situación vuelve a modificarse cuando el menor se aproxima a la mayoría de edad. En estos supuestos la jurisprudencia parte de que el adolescente posee normalmente capacidad suficiente para comprender los riesgos ordinarios asociados al uso de una piscina y para dirigir autónomamente su propia conducta. Como consecuencia de ello, el deber de vigilancia de los progenitores pierde gran parte de la intensidad que presentaba durante la infancia y adquiere una relevancia creciente la conducta desplegada por el propio menor. El análisis de las resoluciones recaídas respecto de adolescentes de dieciséis y diecisiete años permite comprobar cómo el centro del juicio de imputación se desplaza progresivamente desde la esfera de control de los progenitores hacia la esfera de autodeterminación del propio menor.

Las sentencias relativas a menores de dieciséis años reflejan con claridad esta evolución. Así ocurre en la STS de 19 de junio de 2006⁷⁷, referida a un joven que sufrió una tetraplejia al lanzarse de cabeza a una piscina pública; en la STS de 5 de

⁷⁷ STS 19 junio 2006 (TOL 961.846).

septiembre de 2007⁷⁸, relativa a las lesiones ocasionadas a una adolescente por otro menor que se arrojó al agua desde una plataforma; y en la STS de 23 de julio de 2008⁷⁹, que resuelve el caso de un joven que accedió de madrugada y en estado de embriaguez a la piscina de un hotel por una vía no autorizada. En ninguna de estas resoluciones el Tribunal Supremo aprecia relevancia alguna en la conducta de los progenitores ni plantea siquiera la posibilidad de un incumplimiento de sus deberes de vigilancia o cuidado. Por el contrario, el análisis se centra de forma casi exclusiva en la conducta de los propios adolescentes y en su capacidad para comprender y controlar los riesgos derivados de su actuación.

Especialmente significativa resulta la STS de 23 de julio de 2008⁸⁰, pues la Sala recuerda expresamente que, cuando se trata de menores carentes de discernimiento, el principio de “competencia de la víctima” puede comprender también a los progenitores cuando éstos descuidan su vigilancia. Sin embargo, utiliza esta afirmación precisamente para negar su aplicación al supuesto enjuiciado, al considerar que un adolescente de dieciséis años posee capacidad suficiente para comprender el riesgo derivado de acceder clandestinamente a una piscina fuera de horario y en estado de embriaguez. En la misma línea, la STS de 19 de junio de 2006⁸¹ atribuye al lesionado capacidad suficiente para conocer el peligro de lanzarse de cabeza en una zona de escasa profundidad, mientras que la STS de 5 de septiembre de 2007⁸² centra la explicación del accidente en la conducta de los propios adolescentes que participaron en los hechos. En todos estos casos la conducta del menor desplaza prácticamente por completo cualquier consideración relativa a la vigilancia parental y pasa a ser valorada con parámetros muy próximos a los aplicables a una persona adulta.

La misma idea aparece reforzada en la STS de 30 de julio de 2008⁸³, relativa al fallecimiento de un joven de diecisiete años que participaba junto con otros amigos en un juego consistente en comprobar quién era capaz de permanecer más tiempo sumergido bajo el agua. También aquí el Tribunal Supremo prescinde por completo de cualquier referencia a una eventual culpa *in vigilando* de los progenitores y rechaza expresamente el argumento de los demandantes según el cual la edad del menor debía trasladar sobre los socorristas una obligación de vigilancia más intensa. La Sala considera que el juego había sido espontáneamente creado por los propios adolescentes y concluye que el fallecimiento fue consecuencia de la “considerable imprudencia” desplegada por la propia víctima. A los diecisiete

78 STS 5 septiembre 2007 (TOL I.146.765).

79 STS 23 julio 2008 (TOL I.354.571).

80 STS 23 julio 2008 (TOL I.354.571).

81 STS 19 junio 2006 (TOL 961.846).

82 STS 5 septiembre 2007 (TOL I.146.765).

83 STS 30 julio 2008 (TOL I.378.544).

años, por tanto, el juicio de imputación ya no se construye sobre la posición de garantía de los progenitores, sino sobre la capacidad del propio adolescente para comprender el riesgo asumido y dirigir autónomamente su conducta.

Del análisis conjunto de estas resoluciones se desprende que, conforme el menor se aproxima a la mayoría de edad, la vigilancia parental pierde progresivamente protagonismo dentro del juicio de imputación. Ello no significa que desaparezcan por completo los deberes de cuidado derivados de la patria potestad, pero sí que la jurisprudencia atribuye una relevancia cada vez mayor a la conducta del propio adolescente, cuya capacidad de discernimiento permite valorar sus decisiones y comportamientos con criterios muy próximos a los aplicables a las personas adultas⁸⁴.

En definitiva, el examen de la jurisprudencia revela que la intensidad del deber de vigilancia de los progenitores no permanece inalterada a lo largo de la minoría de edad, sino que se modula en función del grado de madurez y capacidad de discernimiento del menor. Mientras que durante la primera infancia la vigilancia parental constituye normalmente el elemento central del juicio de imputación, conforme aumenta la autonomía del hijo adquieren progresivamente relevancia la conducta del propio menor y la actuación de los sujetos que asumen profesionalmente el control del riesgo.

V. LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL AL SOCORRISTA.

El análisis del deber de vigilancia de los progenitores no agota, sin embargo, el estudio de las posiciones de garantía concurrentes que pueden surgir en los accidentes de menores en piscinas. Junto a los padres, la jurisprudencia ha atribuido una especial relevancia a la figura del socorrista, profesional encargado de la vigilancia y auxilio de los usuarios de la instalación, cuya responsabilidad ha sido objeto de una abundante elaboración jurisprudencial.

I. La posición de garante del socorrista.

Como regla general, puede afirmarse que el deber de vigilancia del menor que se baña en una piscina corresponde, en principio, a sus progenitores⁸⁵. El

⁸⁴ En una línea similar puede citarse la STS de 23 de febrero de 1995 (TOL 1.667.257), que apreció una concurrencia causal entre la conducta “absolutamente irreflexiva y culposa” de la víctima y la creación del riesgo por los organizadores de un concurso promocional desarrollado en torno a una piscina portátil de escasa profundidad, reduciendo la indemnización en atención a la participación causal del propio perjudicado.

⁸⁵ Según el estudio realizado por GÁMEZ DE LA HOZ, PADILLA FORTES y PADILLA-RUIZ, uno de los factores que más contribuyen al incremento de los ahogamientos infantiles es el descuido de los padres. Los menores en peligro demandan una capacidad de respuesta inmediata, al alcance de la mano de un adulto que esté concienciado de su responsabilidad, “Prevención del ahogamiento en la legislación española de piscinas”, *Revista de Investigación en Actividades Acuáticas*, 2021, 5 (10), p. 70. Los especialistas en la materia advierten que la prevención es el mejor medio para evitar y reducir el número de accidentes por ahogamiento, y

deber legal de vigilancia y cuidado que los padres tienen sobre sus hijos menores de edad como titulares de la patria potestad no se suspende por el hecho de que la piscina esté vigilada⁸⁶. No obstante, de la jurisprudencia se deduce que cuando el establecimiento que ofrece el servicio de piscina dispone de personal específicamente encargado de velar por la seguridad de los usuarios, como vigilantes o socorristas⁸⁷, el deber de vigilar al menor se comparte por ambos sujetos (progenitores y socorristas), sobre todo si se trata de menores de corta edad, de modo que la presencia del progenitor del menor no excluye automáticamente la posible responsabilidad civil del socorrista si este, por acción u omisión, incrementa irrazonablemente el riesgo de accidente⁸⁸.

La actuación del socorrista que trabaja en la piscina el momento en el que se produce el accidente ha de valorarse conforme al art. 1902 CC que impone la obligación de reparar el daño a quien actúa de forma culposa o negligente. Por lo tanto, solamente será responsable si cabe hacerle un reproche culpabilístico, cuya carga de la prueba corresponderá a quien demanda. En consecuencia, la presencia del socorrista en la instalación donde se produce el accidente obliga a examinar las circunstancias concretas del caso, valorando, entre otros aspectos, si permanecía en su puesto de vigilancia, si mantenía una atención adecuada sobre las incidencias que pudieran producirse, si existían situaciones objetivas de peligro que exigieran extremar la vigilancia y si reaccionó con la diligencia exigible una vez advertido el suceso⁸⁹. En definitiva, el análisis jurisprudencial de los accidentes sufridos por menores en piscinas permite extraer una idea central: el socorrista ocupa una posición de garante respecto de la seguridad de los usuarios de la instalación, pero dicha posición no lo convierte en responsable automático de cualquier resultado dañoso producido en la piscina.

tal labor no es exclusivamente del socorrista. Esta se puede llevar a cabo de modo formal, en los centros educativos, mediante la educación de los más pequeños y de modo informal, a través de sus progenitores y la sociedad. Desafortunadamente, la mayoría de los padres no disponen de una formación adecuada sobre este tema, RUIZ-FERNÁNDEZ, Z.M y ABRALDES, J.A.: "Caracterización del socorrista acuático en alumnos de educación primaria", *Retos: nuevas tendencias en educación física, deporte y recreación*, núm. 34, 2018, p. 104.

86 En este sentido vid. RAMOS GONZÁLEZ, S.: "Ahogamientos silenciosos", cit., p. 204; ALMÉCIJA, A.: "La responsabilidad por ahogamientos y accidentes en el medio acuático", *Iusport*, disponible en <https://iusport.com/archive/42835/la-responsabilidad-por-ahogamientos-y-accidentes-en-el-medio-acuatico>.

87 El socorrista acuático es aquella persona profesional y cualificada para prevenir, vigilar, socorrer e intervenir eficazmente en caso de necesidad o accidente, tanto en el medio terrestre como en el entorno acuático, y que además es capaz de aplicar los primeros auxilios a cualquier tipo de víctima y ante cualquier situación de emergencia. La presencia del socorrista es fundamental en cualquier espacio acuático para prevenir accidentes y para actuar de forma inmediata y eficaz en caso de necesidad, evitando de este modo pérdidas de vidas humanas, RUIZ-FERNÁNDEZ, Z.M y ABRALDES, J.A.: "Caracterización del", cit., p. 103. La Real Federación Española de Salvamento y Socorrismo (RFESS) afirma que se han producido 472 ahogamientos en 2025. De ese total, 47 personas eran menores de edad, lo que supone aproximadamente el 10% de las víctimas mortales. Los adolescentes y niños de corta edad siguen siendo víctimas de muertes evitables, lo que refuerza la necesidad de una supervisión constante y de una educación preventiva desde la infancia, RFSS: "Una década en rojo: 2025 consolida la crisis de ahogamientos en España", disponible en <https://rfess.es/es/una-decada-en-rojo-2025-consolida-la-crisis-de-ahogamientos-en-espana/>

88 RAMOS GONZÁLEZ, S.: "Ahogamientos silenciosos", cit., p. 21.

89 En este sentido vid. STS de 2 de septiembre de 1997 (TOL 216.509) y STS 17 diciembre 2019 (TOL 7.664.380).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo parte de que la presencia obligatoria de socorristas en determinadas instalaciones acuáticas responde a una finalidad eminentemente preventiva⁹⁰. El socorrista asume así un especial deber de vigilancia, control y auxilio orientado a minimizar los riesgos inherentes al baño y a reaccionar con rapidez ante posibles situaciones de peligro⁹¹. Sin embargo, la Sala Primera insiste reiteradamente en que el mero hecho de que el accidente ocurra dentro del espacio sometido a vigilancia no basta, por sí solo, para fundamentar la responsabilidad civil del personal encargado de la seguridad. Antes al contrario, la imputación exige siempre la acreditación de una concreta infracción del deber de diligencia y, además, que dicha infracción guarde una relación causal adecuada con el daño efectivamente producido.

Esta concepción aparece formulada con especial claridad en la STS de 17 de diciembre de 2019⁹², relativa al fallecimiento de un menor de seis años en una piscina comunitaria. En dicha resolución el Tribunal Supremo afirma expresamente que la actividad del socorrista “no se presta bajo un régimen de responsabilidad objetiva” y añade que la jurisprudencia no ha declarado que los socorristas deban responder de todos los eventos dañosos ocurridos durante el ejercicio de sus funciones. A partir de estas afirmaciones, la Sala procede a valorar la actuación de la socorrista para averiguar si había omitido la diligencia debida. Lo cierto es que se considera acreditado que la socorrista estaba en su lugar de trabajo, y que, en el momento concreto en que se produjo el ahogamiento, estaba dando una vuelta por los alrededores de la piletta destinada a piscina. A la hora del accidente, había unas 50 personas en la piscina y un centenar en el recinto⁹³. El niño se introdujo en la piscina de adultos, pero este hecho no alarmó a la socorrista, ya que el pequeño se encontraba al cuidado de un adulto (el padre de la pareja de la madre). Cuando el niño se hunde silenciosamente⁹⁴, un vecino, que se encontraba asomado a la

90 La figura del socorrista disuade de conductas peligrosas a los bañistas ayudando a reducir la siniestralidad, aunque también puede exhibir un falso sentido de seguridad cuando se incumplen los deberes y obligaciones profesionales, GÁMEZ DE LA HOZ, J.J y PADILLA FORTES, A.: “Ahogamientos asociados con piscinas implicados en casos judiciales de España, 2000-2015”, *Revista Andaluza de Medicina del Deporte*, 2017, 10 (3), p. 110. Respecto a la prevención advierte CANO NOGUERA que tradicionalmente se ha considerado cualquier acción y/o planteamiento relacionado con la seguridad en el medio acuático, como parte, únicamente de una temática o formación de socorristas o personal médico/sanitario, pero desde hace unos años, esta visión está sufriendo una evolución y se está convirtiendo en una temática transversal para cualquier actividad desarrollada en el medio acuático, “Prevención y seguridad acuática: Objetico común”, *RIAA. Revista de Investigación en Actividades Acuáticas*, 6 (11), p. 2.

91 Los ahogamientos pueden evitarse cuando existe un servicio de salvamento acuático que vigila eficazmente, capaz de evitar situaciones de riesgo y es resolutivo para intervenir cuando la víctima se encuentra en peligro, GÁMEZ DE LA HOZ, J, PADILLA FORTES, A y PADILLA-RUIZ, M.: “Prevención del”, cit., p. 69.

92 STS 17 diciembre 2019 (TOL 7.664.380).

93 Cabe recordar que (el socorrista) tiene dos ojos para vigilar a un determinado número - a veces excesivo- de personas, por ello no puede hacerse recaer en él la responsabilidad de todo lo que allí ocurra y mucho menos pensar que los menores están seguros por su mera presencia, cesando así el deber de vigilancia de los cuidadores, ALMÉCIGA, A.: “La responsabilidad”, cit.

94 La posibilidad del desvanecimiento del niño al entrar en contacto con el agua y su posterior hundimiento en el fondo de la piscina está expresamente reconocida en el informe de autopsia, dados los signos que presentaba el cadáver (restos de comida no ingerida en el estómago, poca agua en las vías respiratorias y en el aparato digestivo, y los pulmones no habían aumentado mucho de tamaño).

ventana, alerta a la socorrista, quien se lanza de forma inmediata, rescata al niño y realiza las operaciones de reanimación.

Los abuelos de la menor alegaron en su demanda que la socorrista debía responder en virtud del art. 1902 CC al no haber actuado con la diligencia exigible para evitar el ahogamiento del menor mientras estaba prestando el servicio. Durante el juicio, la socorrista reconoció que, desde su ubicación, no podía controlar el fondo de la piscina, por ello, no advirtió el hundimiento del menor⁹⁵. Había que dilucidar si no advertir durante la vigilancia que hay un bañista ahogado en el fondo de la piscina constituía por sí solo una omisión negligente por parte del socorrista.

Si se analiza la jurisprudencia recaída en la materia, puede apreciarse que la conducta del socorrista ha sido considerada negligente en aquellos supuestos en los que éste no se encontraba en su puesto de vigilancia en el momento del accidente⁹⁶ o, aun hallándose físicamente en él, desarrollaba tareas incompatibles con las funciones de control y supervisión de los usuarios de la piscina. Del mismo modo, la jurisprudencia aprecia incumplimiento del deber de diligencia cuando el socorrista omite reaccionar ante situaciones anómalas o potencialmente peligrosas, tolera prácticas de riesgo incompatibles con la seguridad de la instalación, carece de la capacitación adecuada para el desempeño de sus funciones o genera, con su propia actuación, riesgos adicionales que agravan los inherentes al uso normal de la piscina.

En consecuencia, en el caso el Tribunal entiende que la socorrista ha cumplido con el deber de diligencia que le incumbía y no cabe imputarle el resultado dañoso, ya que, estaba en su puesto de trabajo, realizaba rondas de vigilancia y reaccionó inmediatamente cuando fue alertada de la desaparición del menor, sin que existiera previamente ninguna circunstancia objetiva que permitiera anticipar la situación de peligro⁹⁷. La sentencia resulta particularmente relevante porque fija

95 Este hecho fue valorado por la Audiencia Provincial de Alicante (30 enero 2017, TOL 6.083.493) que descartó una conducta negligente por parte del socorrista al entender que no se le puede exigir que mantenga un contacto visual permanente del comportamiento de todos los bañistas, sino que "se trata de observar con carácter general las conductas anómalas y perceptibles visualmente del conjunto de los bañistas". La propia declaración de la socorrista permite cuestionar la idoneidad del puesto de vigilancia asignado. No puede descartarse que la utilización de un puesto elevado de observación hubiera facilitado una visión más completa de la lámina de agua y, con ello, una detección más temprana de situaciones de riesgo.

96 DEL OLMO GARCÍA, P.: "Responsabilidad extracontractual", cit., p. 106.

97 Recordemos que el menor se encontraba en compañía de su hermano de siete años y al cuidado del padre de la pareja de su madre. La madre se había ausentado un momento para subir a la vivienda de la urbanización. Por lo tanto, el niño no se hallaba solo ni en situación de peligro. Además, el Tribunal señala que no se había incumplido la normativa administrativa en cuanto al número necesario de socorristas que debía haber en la piscina. Por lo tanto, existía personal de vigilancia, este se hallaba en el lugar del accidente, reaccionó de forma rápida y se habían cumplido las exigencias administrativas. Es razonable pensar que la socorrista destinara menos tiempo de observación sobre el niño porque constató que estaba supervisado por un adulto, RAMOS GONZÁLEZ, S.: "Ahogamientos silenciosos", cit., p. 211. La conducta de la socorrista en este caso ha de considerarse irreproachable, ALONSO MONTAÑEZ, B.: "Fallecimiento de un menor en el

una de las ideas vertebradoras de toda la doctrina posterior: el socorrista no es un asegurador universal de la indemnidad de los usuarios de la piscina.

2. El deber de vigilancia del socorrista y la organización de la seguridad.

Ahora bien, aunque el Tribunal Supremo rechaza una concepción objetiva de la responsabilidad, ello no implica una minimización del deber de vigilancia. Por el contrario, las resoluciones relativas a menores de muy corta edad muestran cómo la intensidad del deber de control aumenta extraordinariamente cuando la víctima carece prácticamente de capacidad de autoprotección. Así sucede en la sentencia relativa a la menor de cuatro años fallecida durante un campamento escolar⁹⁸. En este caso, el Tribunal centra el juicio de imputación no tanto en la conducta aislada de la socorrista⁹⁹ como en la defectuosa organización global de la actividad acuática¹⁰⁰. La Sala destaca la inexistencia de información individualizada sobre menores vulnerables, la ausencia de instrucciones específicas respecto de niños no nadadores, la falta de separación física de zonas peligrosas y la insuficiencia de las medidas preventivas adoptadas por los organizadores del campamento.

Lo verdaderamente significativo de esta resolución es que permite apreciar cómo el deber de vigilancia del socorrista no puede analizarse de forma aislada, sino integrado dentro del sistema general de seguridad diseñado por quienes organizan la actividad. La sentencia pone de manifiesto que la eficacia real de la vigilancia depende en gran medida de factores estructurales y organizativos previos: la adecuada información sobre los menores, la delimitación de zonas de riesgo o la existencia de protocolos específicos de control.

interior de una piscina pública: ausencia de responsabilidad del socorrista. Sentencia del Tribunal Supremo de 17.12.2019", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, Año 56, núm. 3, marzo 2020, p. 40. En los casos de ahogamientos en piscinas producidos en España entre 2000 y 2015, GÁMEZ DE LA HOZ Y PADILLA FORTES advierten que en más de la mitad la víctima no se encontraba sola, lo que indica que los ahogamientos pueden pasar fácilmente desapercibidos. En un breve lapso de tiempo y en instalaciones poco profundas puede producirse la asfixia por sumersión, "Ahogamientos asociados", cit., p. 110.

98 STS 30 septiembre 2025 (TOL 10.723.816).

99 Respecto a la socorrista constata la sentencia que se dio cuenta de que la niña se encontraba en el agua, boca abajo e inmóvil, lo que determinó su intervención inmediata, sacó a la menor de la piscina y procedió a iniciar las operaciones de reanimación, personándose un par de minutos después el enfermero del colegio que continuó con dichas maniobras, hasta que llegó una ambulancia alertada al respecto.

100 En los hechos probados se constata que "la socorrista además no disponía de la ficha de cada uno de los menores, no consta que desde la dirección del colegio se hubiese ordenado que los niños que no sabían nadar no debían de acceder a la piscina, tampoco que existiese en la piscina una cuerda que separase la zona más profunda de la menos profunda, se pautaron unas normas básicas que eran en principio adecuadas pero no se controló su cumplimiento, hechos atribuibles al demandado D. Fausto pues debía velar por la seguridad de los niños". La mención a un administrador identificado como D. Fausto, responsable de la supervisión de aspectos relacionados con la seguridad de las instalaciones —en particular de la zona de piscina— confirma que se trata de un centro educativo de carácter privado, sometido a un esquema de responsabilidad empresarial propio de una entidad mercantil. Por tanto, los órganos de administración desempeñan un papel determinante en la definición, control y verificación de las condiciones de prestación del servicio educativo y de las medidas de prevención de riesgos asociadas a su actividad, PÉREZ CARRILLO, E. F.: "Daños personales", cit., p. 3.

Una lógica semejante aparece en la sentencia relativa al fallecimiento de un menor de cinco años en una piscina cuyas aguas se encontraban turbias debido a una avería del sistema de depuración¹⁰¹. En esta ocasión, el Tribunal vincula directamente la eficacia de la vigilancia con las condiciones materiales de la instalación. La escasa visibilidad del agua, la reducción del nivel de la piscina y las dificultades objetivas para detectar incidentes desde el puesto de vigilancia revelaban un sistema de seguridad claramente insuficiente¹⁰². Ambas resoluciones permiten concluir que, en los accidentes sufridos durante la primera infancia, la jurisprudencia desplaza prácticamente todo el juicio de imputación hacia los adultos encargados de la organización y vigilancia de la actividad, mientras que la conducta del menor aparece jurídicamente desprovista de relevancia causal¹⁰³.

La problemática adquiere nuevos matices cuando las víctimas poseen ya cierta capacidad de comprensión y autoprotección frente al riesgo. Esta evolución jurisprudencial se aprecia con especial claridad en las resoluciones relativas a menores de mayor edad. La STS de 10 de abril de 1988¹⁰⁴, referida al fallecimiento de un menor de once años en una piscina municipal, resulta particularmente significativa porque introduce una distinción fundamental entre la responsabilidad individual del vigilante y la responsabilidad estructural de quienes organizan o explotan la instalación. La piscina carecía de medios médicos adecuados, incumplía las exigencias reglamentarias y el vigilante era un joven de diecisiete años sin formación suficiente. Sin embargo, el Tribunal Supremo absuelve expresamente al vigilante al considerar acreditado que “hizo cuanto pudo por intentar salvar la vida del niño ahogado”¹⁰⁵. La responsabilidad se desplaza así hacia el Ayuntamiento y

101 STS 30 junio 1998 (TOL 5.120.050).

102 El niño de cinco años, que no sabía nadar, se encontraba al cuidado de su madre, quien no se percató de su caída al agua. La piscina tenía dos socorristas que, estaban en su lugar de vigilancia, y aun así, tampoco se dieron cuenta de la caída del menor. La noche anterior se estropeó la llave de paso que introduce el agua de la piscina a la depuradora. En consecuencia, el agua de la piscina se encontraba más baja de lo normal y turbia al no ser filtrada, de modo que ni desde el lugar del socorrista ni desde el borde de la piscina se podía apreciar su fondo, cuando en circunstancias normales el agua estaba clara y transparente. El suceso tuvo lugar a las 8 de la tarde de un 21 de julio y el niño fue encontrado porque su cuerpo tropezó con un bañista, pues no se veía el fondo. La sentencia no hace recaer la responsabilidad en el socorrista, porque las malas condiciones en las que se encontraba la piscina dificultaron su función, sino en el propietario del Parque de Atracciones.

103 Si la víctima es un menor de corta edad, existe una doble protección, la que desarrollan los progenitores o cuidadores y los socorristas, siendo estos últimos imprescindibles en la función de rescate y de reanimación, RAMOS GONZÁLEZ, S., “Ahogamientos silenciosos”, cit., p. 203.

104 STS 10 abril 1988 (TOL 1.735.122).

105 Afirma expresamente la sentencia que “al único que no se le puede inculpar responsabilidad alguna es al vigilante de la piscina pues, pese a carecer de título de socorrista y ser su variada misión la de vigilar a los bañistas, limpiar las piscinas, cuidar los motores, etcétera, por un parco sueldo, hizo cuanto pudo por intentar salvar la vida del niño ahogado, al producirse el trágico accidente”. Este pronunciamiento resulta especialmente significativo si se tiene en cuenta que el vigilante contaba únicamente con diecisiete años de edad. La sentencia no excluye apriorísticamente la posibilidad de exigirle responsabilidad civil por el mero hecho de ser menor de edad, sino que procede a examinar expresamente su conducta para determinar si incurrió o no en culpa o negligencia. Ello pone de manifiesto que la minoría de edad no constituye, por sí sola, un obstáculo para la aplicación del art. 1902 CC cuando el autor del daño posee capacidad suficiente de discernimiento para comprender el alcance de sus actos y actuar conforme a dicha comprensión. Tras analizar las circunstancias del caso, el Tribunal concluye, sin embargo, que el vigilante actuó con la diligencia

el arrendatario de la piscina, es decir, hacia quienes habían configurado un sistema estructuralmente deficiente de seguridad¹⁰⁶.

Esta resolución resulta importante porque evidencia que el socorrista únicamente responde civilmente por su propia conducta negligente y no por las deficiencias organizativas o materiales imputables a quienes gestionan la instalación. La eficacia de la vigilancia depende necesariamente de la existencia de medios adecuados, personal suficiente y protocolos mínimos de seguridad¹⁰⁷.

Desde la perspectiva de la relación entre vigilancia y organización de la seguridad, la STS de 11 de marzo de 2004¹⁰⁸ resulta igualmente muy ilustrativa porque el Tribunal Supremo no limita el problema a una actuación individual negligente del socorrista, sino que conecta el accidente con una defectuosa organización global del sistema de vigilancia de la piscina. La sentencia pone de relieve que uno de los socorristas compatibilizaba simultáneamente funciones de vigilancia y tareas de taquilla, circunstancia que impedía un control efectivo y permanente sobre los bañistas. De este modo, la Sala evidencia que la eficacia de la vigilancia no depende exclusivamente de la presencia formal de socorristas en la instalación, sino también de la adecuada distribución de funciones, de la suficiencia del personal y de la existencia de un sistema organizativo capaz de garantizar una supervisión real y continuada de la piscina. La sentencia permite así reforzar una idea que aparece de manera constante en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo: la responsabilidad derivada de accidentes en piscinas no suele responder únicamente a conductas individuales aisladas, sino que frecuentemente se vincula a deficiencias estructurales u organizativas que comprometen la efectividad del sistema general de seguridad¹⁰⁹.

que le era exigible. Por esta razón, descarta su responsabilidad civil y desplaza el juicio de imputación hacia las graves deficiencias organizativas y de seguridad imputables al Ayuntamiento y al arrendatario de la piscina.

106 En esta línea, indican GÁMEZ DE LA HOZ y PADILLA FORTES que el público tiende a pensar que el responsable de cualquier ahogamiento es el socorrista, y esto no necesariamente es cierto, en nuestro estudio se reconoció la culpa del socorrista en un número de casos inferior a los que se identificaron fallos de vigilancia, "Ahogamientos asociados", cit., p. 110.

107 CANO NOGUERA considera fundamental que se planifiquen las actividades con una mentalidad proactiva que esté preparada para cualquier eventualidad que pueda surgir, "Prevención y", cit., p. 2. Aun así, algunos estudios han revelado que la capacidad del socorrista para permanecer alerta difícilmente se mantiene constante a lo largo de la jornada laboral, de manera que la vigilancia se va degradando con el paso del tiempo dependiendo de múltiples factores (carga bañistas, ruido, temperatura, radiación solar, estrés, fatiga, etc). En tales circunstancias parece inviable regular cómo deben ejecutarse las funciones de vigilancia para lograr altos niveles de efectividad, GÁMEZ DE LA HOZ, J, PADILLA FORTES, A y PADILLA-RUIZ, M.: "Prevención del", cit., p. 69.

108 STS 11 marzo 2004 (TOL 360.024).

109 Las medidas pasivas de seguridad en las piscinas complementan la función de vigilancia de los niños, pero sin que deban intercambiarse entre sí, ni confiar esa responsabilidad a un familiar joven o al propio socorrista que está a cargo de todos los bañistas, GÁMEZ DE LA HOZ, J y PADILLA FORTES, A.: "Ahogamientos asociados", cit., p. 110.

En esta misma línea puede situarse también la STS de 30 de noviembre de 2005¹¹⁰, relativa al semiahogamiento sufrido por una menor de nueve años en una piscina pública que permanecía abierta al público a pesar de su estado irregular y sin disponer de medidas adecuadas de seguridad. La sentencia resulta especialmente relevante porque el Tribunal Supremo conecta de forma directa la producción del daño con la insuficiencia global del sistema de vigilancia y control de la instalación. La menor permaneció sumergida en el fondo de la piscina durante aproximadamente siete minutos sin que nadie advirtiera su presencia, siendo finalmente localizada por otro usuario de las instalaciones y no por el personal encargado de la vigilancia. Además, la Sala destaca que el socorrista o encargado de mantenimiento "no se hallaba vigilando la piscina cuando se sumergió la menor", incumpliendo así las funciones propias de control y supervisión que le correspondían. A ello se añadía la inexistencia de medios mínimos de reacción ante situaciones de emergencia, pues la instalación carecía incluso de teléfono para solicitar asistencia sanitaria urgente. El Tribunal Supremo insiste asimismo en que el mero cumplimiento formal de reglamentos o previsiones administrativas no basta para excluir la responsabilidad cuando las medidas de seguridad adoptadas se revelan materialmente ineficaces para evitar el daño. La resolución refuerza así una idea constante en la jurisprudencia analizada: la responsabilidad derivada de accidentes en piscinas no depende únicamente de la presencia nominal de socorristas, sino de la existencia de un sistema de vigilancia real, eficaz y adecuadamente organizado para prevenir y afrontar situaciones de peligro.

3. La responsabilidad del socorrista y la exigencia de causalidad adecuada.

La exigencia de causalidad adecuada aparece de nuevo en la STS de 10 de diciembre de 2008¹¹¹, relativa al menor de nueve años que sufrió lesiones al quedar atrapado en la escalerilla de una piscina¹¹². Aunque el Tribunal reconoce determinados incumplimientos reglamentarios -entre ellos la insuficiencia de socorristas, ya que tenía que haber dos socorristas y solo había uno, y ciertas irregularidades en la instalación-, niega la existencia de responsabilidad porque no considera acreditado que tales incumplimientos hubieran influido causalmente en la producción concreta del daño. La sentencia insiste así en una idea constante en toda esta línea jurisprudencial: la mera infracción administrativa no basta para fundamentar responsabilidad civil si no se demuestra su efectiva incidencia causal

110 STS 30 noviembre 2005 (TOL 781.290).

111 STS 10 diciembre 2008 (TOL 1.413.643).

112 Al salir de la piscina por una de las escalerillas, el menor resbaló en un escalón y una de sus extremidades inferiores quedó atrapada en el hueco que quedaba entre la escalerilla y la pared. Hay que tener en cuenta que el menor se encontraba acompañado por su madre. El niño gritó y la madre acudió. De los hechos probados se deduce que ambos forcejearon hasta que consiguieron liberarle y que el niño pudiera salir de la piscina. Como consecuencia, el niño sufrió graves lesiones en el fémur distal por aplastamiento anterior de la epífisis de la pierna derecha.

en el accidente. En este caso concreto el Tribunal afirma que “se desconoce la causa originadora del accidente”.

Frente a esta ausencia de nexo causal, otras resoluciones del Tribunal Supremo sí han apreciado una conexión directa entre la insuficiencia de vigilancia y el daño producido. En este punto la STS de 11 de marzo de 2004¹¹³ resulta especialmente significativa porque constituye uno de los supuestos en los que el Tribunal Supremo aprecia de forma expresa una verdadera culpa *in vigilando* vinculada causalmente al resultado dañoso. La Sala considera acreditado que las medidas de vigilancia existentes en la piscina municipal fueron claramente insuficientes, no sólo porque la socorrista encargada de la vigilancia no llegó siquiera a percatarse de la situación del menor, sino también porque el rescate tuvo que iniciarse tras la intervención de otros bañistas y el aviso posterior al segundo socorrista, que en aquel momento se encontraba realizando funciones de taquillero y no labores de vigilancia efectiva. Frente a otras resoluciones en las que el Tribunal Supremo excluye la responsabilidad del socorrista por considerar razonable y diligente su actuación, en este caso la Sala entiende que la vigilancia desplegada resultó materialmente ineficaz para detectar y neutralizar una situación de peligro que terminó desembocando en el fallecimiento del menor. La resolución permite apreciar que la responsabilidad del socorrista no queda excluida automáticamente por la existencia de cierta imprudencia del menor, pues, aunque el Tribunal aprecia una conducta negligente de la víctima al introducirse en el agua durante la digestión, considera que dicha circunstancia no absorbió completamente el proceso causal ni eliminó la incidencia decisiva de las deficiencias de vigilancia concurrentes.

4. La incidencia de la conducta del menor adolescente.

Sin embargo, donde la evolución jurisprudencial se hace verdaderamente patente es en las sentencias relativas a adolescentes próximos a la mayoría de edad. En estos casos, el Tribunal Supremo desplaza progresivamente el juicio de imputación desde la vigilancia de terceros hacia la propia conducta del menor y hacia su capacidad de comprensión y autoprotección frente al riesgo.

Así sucede en la STS de 19 de junio de 2006¹¹⁴, relativa al menor de dieciséis años que sufrió gravísimas lesiones al lanzarse de cabeza a una zona poco profunda de la piscina pese a la existencia de señalización visible. Aunque existían determinadas irregularidades administrativas en la instalación, el Tribunal afirma expresamente que dichas deficiencias “no guardan relación con el modo de producción de las lesiones”. La Sala concluye que el resultado deriva exclusivamente de la conducta

¹¹³ STS 11 marzo 2004 (TOL 360.024). Vid. nota 45.

¹¹⁴ STS 19 junio 2006 (TOL 961.846).

imprudente del propio menor y añade que “tampoco se ha acreditado negligencia por parte del socorrista”.

La misma línea se aprecia todavía más en la STS de 23 de julio de 2008¹¹⁵, relativa al menor de dieciséis años que accedió clandestinamente y en estado de embriaguez a la piscina de un hotel durante la madrugada. En esta resolución el Tribunal Supremo afirma expresamente que “el uso inadecuado de determinadas instalaciones, incluso por jóvenes que tengan suficiente discernimiento aunque sean menores de edad, exonera de responsabilidad a los titulares”. La Sala rechaza además que pueda exigirse a los propietarios de la piscina una vigilancia permanente fuera del horario autorizado de uso.

Especialmente relevante resulta la utilización expresa por el Tribunal de categorías como el “control de situación por la víctima” o la “competencia de la víctima”. Estas nociones revelan con claridad el progresivo desplazamiento del control del riesgo hacia el propio adolescente conforme aumenta su capacidad de discernimiento y autoprotección¹¹⁶. Esta evolución alcanza probablemente su máxima expresión en la STS de 30 de julio de 2008¹¹⁷, relativa al fallecimiento de un menor de diecisiete años que participaba junto con otros adolescentes en un juego consistente en permanecer sumergido bajo el agua el mayor tiempo posible. Los recurrentes sostenían que los socorristas debieron advertir el peligro e intervenir preventivamente. Sin embargo, el Tribunal considera acreditado que los socorristas permanecían en su puesto, vigilaban las piscinas y reaccionaron inmediatamente al ser alertados.

La Sala concluye que “el modo de actuar de Everardo ha desempeñado una tan considerable imprudencia (...) que lleva a la conclusión de que el trágico resultado ha sido provocado por culpa exclusiva de la propia víctima”. La sentencia resulta particularmente significativa porque pone de manifiesto que el deber de vigilancia del socorrista no comprende la obligación de detectar y neutralizar cualquier conducta imprudente desarrollada silenciosamente por adolescentes con capacidad suficiente para comprender el riesgo.

Finalmente, la STS de 5 de septiembre de 2007¹¹⁸ aporta un matiz especialmente interesante. En este caso, la víctima -una menor de dieciséis años- no actúa imprudentemente, sino que resulta lesionada por el salto efectuado por otro bañista adolescente. Pese a ello, el Tribunal Supremo tampoco aprecia

¹¹⁵ STS 23 julio 2008 (TOL I.354.571).

¹¹⁶ Según GÁMEZ DE LA HOZ y PADILLA FORTES, en el estudio de ahogamientos en piscinas por grupo de edad se observa un pico de casos en la franja de 16-17 años, que en parte tienen que ver con el afán juvenil de experimentar emociones durante el ocio, “Ahogamientos asociados”, cit., p. 109.

¹¹⁷ STS 30 julio 2008 (TOL I.378.544).

¹¹⁸ STS 5 septiembre 2007 (TOL I.146.765).

responsabilidad del servicio de vigilancia, al considerar acreditado que existían socorristas, normas de funcionamiento y un comportamiento “razonablemente adecuado” por parte del Instituto Municipal de Deportes. La Sala entiende que el daño deriva exclusivamente de la actuación autónoma de un tercero y no de una deficiente vigilancia de la piscina.

En definitiva, el conjunto de resoluciones analizadas permite afirmar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo configura al socorrista como un profesional sometido a un especial deber de diligencia derivado de su posición de garante respecto de la seguridad de los usuarios de la piscina. Sin embargo, la Sala rechaza de manera constante cualquier concepción objetiva o aseguradora de su responsabilidad. El socorrista no responde automáticamente por el mero resultado dañoso ni por cualquier infracción administrativa abstracta, sino únicamente cuando puede identificarse una concreta omisión relevante de sus deberes de vigilancia, prevención o auxilio y dicha omisión guarda una relación causal adecuada con el daño producido.

Al mismo tiempo, las sentencias muestran con claridad cómo la intensidad del deber de vigilancia varía en función de la edad y capacidad de discernimiento del menor. En la primera infancia predomina una tutela reforzada y el protagonismo causal de los adultos responsables de la vigilancia y organización de la actividad. En cambio, conforme el menor se aproxima a la mayoría de edad, el juicio de imputación se desplaza progresivamente hacia su propia conducta, hacia su capacidad de comprensión del riesgo y hacia su deber de autoprotección.

Finalmente, el alcance de los deberes de vigilancia del socorrista no puede determinarse mediante criterios abstractos o automáticos, sino atendiendo a las concretas circunstancias del caso, a la edad y capacidad de discernimiento del menor y a la distribución efectiva del control sobre el riesgo entre los distintos sujetos intervinientes.

VI. CONCLUSIONES.

El análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a los accidentes sufridos por menores en piscinas permite afirmar, en primer lugar, que el baño en una piscina no constituye, por sí mismo, una actividad especialmente peligrosa. Por esta razón, la responsabilidad civil derivada de estos accidentes no puede construirse sobre criterios automáticos de responsabilidad por riesgo, sino que continúa apoyándose, con carácter general, en el principio de responsabilidad por culpa consagrado en el art. 1902 CC. La mera producción del daño no basta para generar responsabilidad, siendo necesario identificar una conducta negligente causalmente relevante.

En segundo lugar, la edad y la capacidad de discernimiento del menor constituyen elementos decisivos en el juicio de imputación. Las resoluciones analizadas muestran una evolución gradual en la valoración de la conducta de la víctima. Durante la primera infancia, el menor carece de capacidad suficiente para comprender y controlar los riesgos inherentes al medio acuático, por lo que su conducta resulta prácticamente irrelevante desde la perspectiva de la responsabilidad civil. Sin embargo, conforme aumenta su madurez, la jurisprudencia atribuye una relevancia creciente a su comportamiento, hasta llegar a considerar que, en el caso de los adolescentes próximos a la mayoría de edad, su actuación puede constituir la causa exclusiva del daño.

En tercer lugar, la intensidad del deber de vigilancia de los progenitores se encuentra estrechamente vinculada al grado de autonomía del menor. La jurisprudencia exige una supervisión particularmente intensa respecto de los niños de corta edad, dada su limitada capacidad de autoprotección, pero admite una progresiva atenuación de dicho deber conforme el menor adquiere madurez y capacidad para comprender los riesgos ordinarios de la vida cotidiana. La culpa *in vigilando* no puede apreciarse mediante criterios abstractos, sino a partir de las concretas circunstancias del caso y de las posibilidades reales de control que los progenitores tenían sobre la situación de peligro.

En cuarto lugar, la responsabilidad del socorrista tampoco se configura como una responsabilidad objetiva ni como una garantía absoluta frente a cualquier resultado dañoso producido en la piscina. Su posición de garante determina la existencia de específicos deberes de vigilancia, prevención y auxilio, pero la imputación de responsabilidad exige siempre la identificación de una concreta infracción de dichos deberes y la acreditación de su incidencia causal en la producción del daño. La mera condición profesional del socorrista no lo convierte en asegurador universal de la indemnidad de los usuarios.

Finalmente, el estudio conjunto de las resoluciones analizadas permite apreciar que la clave de la imputación de responsabilidad en los accidentes de menores en piscinas radica en determinar quién ostentaba efectivamente el control del riesgo que finalmente se materializó. La jurisprudencia desplaza la responsabilidad hacia quien crea, organiza, incrementa o está en mejores condiciones de neutralizar el peligro, ya se trate de los progenitores, de los responsables de una actividad organizada, de los socorristas o del propio menor cuando posee suficiente capacidad de discernimiento. Desde esta perspectiva, la edad de la víctima, la vigilancia parental y la actuación de los profesionales encargados de la seguridad constituyen manifestaciones concretas de una cuestión más profunda: la distribución de las posiciones de garantía y del control efectivo sobre el riesgo que origina el daño.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil*, t. II, 14ª ed., 2011.

ALMÉCJA, A.: "La responsabilidad por ahogamientos y accidentes en el medio acuático", *Iusport*, disponible en <https://iusport.com/archive/42835/la-responsabilidad-por-ahogamientos-y-accidentes-en-el-medio-acuatico>.

ALONSO MONTAÑEZ, B.: "Fallecimiento de un menor en el interior de una piscina pública: ausencia de responsabilidad del socorrista. Sentencia del Tribunal Supremo de 17.12.2019", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, Año 56, núm. 3, marzo 2020.

ATIENZA NAVARRO, M. L.: "La responsabilidad civil de los padres, de los tutores y de los curadores con facultades de representación plena", en AA.VV.: *Derecho de Daños* (dirs. por M. CLEMENTE MEORO y M. E. COBAS COBIELLA), Dykinson, Madrid, 2021.

CANO NOGUERA, F.: "Prevención y seguridad acuática: Objetico común", *RIAA. Revista de Investigación en Actividades Acuáticas*, 6 (11), 2022.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993.

DE CASTRO, F.: *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984.

DE SALAS MURILLO, S.: *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

DEL OLMO GARCÍA, P.: "Responsabilidad extracontractual de la Administración junto a particulares. Condena solidaria de un Ayuntamiento, junto al socorrista, el dueño de una piscina privada abierta al público y su compañía de seguros, por la situación irregular de la piscina, en la que un menor sufre un semi-ahogo por inmersión. Comentario a la STS 983/2005, de 30 de noviembre", *CCJC*, núm. 73, 2007.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999.

GÁMEZ DE LA HOZ, J. J. y PADILLA FORTES, A.: "Ahogamientos asociados con piscinas implicados en casos judiciales de España, 2000-2015", *Revista Andaluza de Medicina del Deporte*, 10 (3), 2017.

GÁMEZ DE LA HOZ, J., PADILLA FORTES, A. y PADILLA-RUIZ, M.: "Prevención del ahogamiento en la legislación española de piscinas", *RIAA. Revista de Investigación en Actividades Acuáticas*, 5 (10), 2021.

GARCÍA RUBIO, M. P.: “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad y de quienes les prestan apoyo en el anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, en AA.VV.: *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al Prof. Dr. Roca Guillamón* (coords. por ATAZ LÓPEZ y COBACHO GÓMEZ), t. II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Mayor, 2021.

GÓMEZ CALLE, E.: “La responsabilidad civil del menor”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 7, 1995.

LEÓN GONZÁLEZ, J. M.: “La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho civil en honor al Prof. Castán Tobeñas*, tomo VI, Universidad de Pamplona, Aranzadi, Pamplona, 1969.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Tecnos, Madrid, 1988.

LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, Madrid, 2001.

NAVARRO MICHEL, M.: *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Bosch, Barcelona, 1998.

PANTALEÓN DÍAZ, M.: “La enigmática regla 1ª del artículo 118.1 del Código Penal”, *Indret*, núm. 3, 2017.

PANTALEÓN PRIETO, F.:

- “Comentario a la sentencia de 10 de marzo de 1983”, *CCJC*, núm. 2, 1983.
- “Culpa”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. II, 1995.

PEÑA LÓPEZ, F.: *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002.

PÉREZ CARRILLO, E. F.: “Daños personales excluidos y baremo «de tráfico» en la piscina: el seguro D&O ante un accidente escolar”, *Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 166, enero de 2026.

RAMOS GONZÁLEZ, S.: “Ahogamientos silenciosos: la responsabilidad civil del socorrista y de la empresa de socorrismo por no prevenirlos. Fallecimiento de menor de edad en piscina vigilada. Comentario a la STS 678/2019, de 17 de diciembre”, *CCJC*, 2020.

RFSS: “Una década en rojo: 2025 consolida la crisis de ahogamientos en España”, disponible en <https://rfess.es/es/una-decada-en-rojo-2025-consolida-la-crisis-de-ahogamientos-en-espana/>

RIBERA BLANES, B.: “Responsabilidad civil por caídas de menores en lugares de entretenimiento y diversión”, en AA.VV.: *La responsabilidad civil y su problemática actual* (coord. por J.A. MORENO MARTÍNEZ), Dykinson, Madrid, 2007.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000.

ROCA TRÍAS, E.: *Derecho de Daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

RUIZ-FERNÁNDEZ, Z.M y ABRALDES, J.A.: “Caracterización del socorrista acuático en alumnos de educación primaria”, *Retos: nuevas tendencias en educación física, deporte y recreación*, núm. 34, 2018.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad civil extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2023.



PROFILI STATICI E DINAMICI DELL'OBBLIGAZIONE CON
PRESTAZIONE NEGATIVA

*STATIC AND DYNAMIC PROFILES OF THE BOND WITH
NEGATIVE PERFORMANCE*

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 210-241

Carmine
MAIORANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de marzo de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 31 de marzo de 2026

RESUMEN: Lo scritto esamina i caratteri funzionali e strutturali del rapporto obbligatorio con prestazione negativa o omssiva. A tal fine appare necessario compiere le doverose distinzioni con il pati, il dovere, le servitù negative e i doveri morali. Il profilo statico non può non considerare il profilo dinamico delle vicende, nonché le forme di tutela attente a valorizzare il titolo che giustifica il rapporto con prestazione negativa.

PALABRAS CLAVE: Obbligazione con prestazione negativa; non fare; vincolo a contenuto negativo; rimedi; funzione del vincolo.

ABSTRACT: *The paper examines the functional and structural characteristics of the obligatory relationship with negative or obligatory performance. To this end it appears necessary to make the necessary distinctions with the pati, the duty, the negative servitudes and the moral duties. The static profile cannot fail to consider the dynamic profile of the events, as well as the forms of protection aimed at enhancing the title that justifies the relationship with negative performance.*

KEY WORDS: *Obligation with negative performance; do not do; bond with negative content; remedies; function of the bond.*

SUMARIO: I. PROFILI INTRODUTTIVI.- I. La categoria dell'obbligazione con prestazione a contenuto omissivo o negativo.- II. NATURA E AMBITO APPLICATIVO.- I. Il raccordo con la categoria dei diritti reali di godimento su cosa altrui con contenuto negativo o omissivo intese a modificare lo statuto giuridico del bene.- 2. L'incidenza del titolo e dell'oggetto nella ricostruzione del regolamento concreto del vincolo a contenuto negativo.- III. RILIEVI CONCLUSIVI.- I. Adeguatezza del rimedio alle peculiarità della prestazione di non fare e alle connesse modalità operative e temporali che conformano l'utilità che il creditore può trarre dalla prestazione.

I. PROFILI INTRODUTTIVI.

I. La categoria dell'obbligazione con prestazione a contenuto omissivo o negativo.

Il legislatore ha dedicato scarse disposizioni ma dal contenuto specifico al rapporto omissivo con prestazione negativa¹: gli artt. 1222 (inadempimento delle obbligazioni negative)² e 2933 c.c. (esecuzione forzata degli obblighi di non fare) insieme agli artt. 612 e 614 bis c.p.c. (in materia di attuazione degli obblighi di fare e non fare). Completano il quadro ulteriori enunciati normativi che disciplinano

1 COVIELLO JR., L.: *L'obbligazione negativa. Contributo alla teoria delle obbligazioni*, Napoli, 1931, ried. 1978; DEPLANO, S.: *Le obbligazioni negative*, Napoli, 2014; BUZZI, R., *Obbligazioni negative*, in Tratt. dir. civ. Cendon, VII, Milano, 2015, p. 185 ss.; RUSSO, M.: "Onere della prova e fatto negativo", *Giur. it.*, 2018, p. 2553 ss.; MANELLI, E., *Le obbligazioni di non dare*, Napoli, 2018; SENATORE, A.: *Obbligazioni negative e comunione*, Napoli, 2020, p. 45 ss.; CATALANO, R., *Inadempimento e abuso nelle obbligazioni negative*, Napoli, 2024. ZANONI, P.-CASATI, L.: "La durata dei patti di riservatezza: dal termine di un obbligo di non fare al termine del diritto d'uso del bene informazione", *Contratti*, 2018, p. 697 ss., secondo i quali «[l']obbligazione negativa, in generale, caratterizzata da un elemento fondamentale: essa impone al debitore di astenersi dal compiere atti che avrebbe potuto legittimamente compiere altrimenti. Normalmente, quindi, essa comporta una mera limitazione della libertà del debitore. Tale elemento caratterizzante dell'obbligazione negativa non sembra tuttavia essere pienamente presente nei contratti in esame. Infatti, seppur vero che la sfera giuridica della receiving party risulta compressa per effetto dell'assunzione dell'obbligo di non disclosure, altrettanto vero che tale compressione avviene solo dopo che la medesima sfera giuridica sia stata ampliata per effetto della trasmissione delle informazioni".

2 Tra coloro che ricollegavano la previsione ex art. 1174 c.c. alle caratteristiche dell'impianto risarcitorio: BETTI, E.: *Teoria generale delle obbligazioni, I, Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti di obbligazione*, Milano, 1953, p. 51 ss.; BARASSI, L.: *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, I, p. 121 ss.; SCUTO, C.: *Teoria generale delle obbligazioni, I*, Napoli, 1950, p. 59 ss. Tale assunto si espone ad alcuni stringenti rilievi critici che portavano GIORGIANNI, M.: *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, Milano, 1968, p. 33 s., a denunciare la "pericolosità del criterio soggettivo": in primo luogo, l'assenza nel nostro sistema di una sufficiente base normativa al principio per il quale il creditore, rimasto insoddisfatto, avrebbe in ogni caso diritto a una somma equivalente al prezzo (o al valore di mercato) della prestazione rimasta inadempita (in ogni caso, per il fatto stesso dell'inadempimento): sul punto, successivamente, v. anche CIAN G.: "Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione", *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 241 s. In secondo luogo, "la risarcibilità delle conseguenze negative d'ordine patrimoniale che derivano dall'inosservanza di talune promesse incoercibili, come nell'ipotesi di rottura della promessa di matrimonio (art. 81 c.c.); nonché, all'inverso, il fatto che dall'inadempimento di un'obbligazione, avente contenuto patrimoniale, possano conseguire anche danni non patrimoniali risarcibili, soprattutto, ma non esclusivamente, se di tale natura è l'interesse creditorio (artt. 1578, 1580, 1681, 2087 c.c.)". Queste obiezioni – alle quali si aggiungono quelle radicate nella estraneità della responsabilità patrimoniale rispetto alla struttura dell'obbligazione (GIORGIANNI, M.: *L'obbligazione*, cit., p. 225) – portavano il Maestro a concludere che "non si può di conseguenza trovare il fondamento della patrimonialità della prestazione nella patrimonialità del danno" (ivi, p. 34.).

• Carmine Maiorano

Dottore di ricerca in Diritto privato, Università degli Studi del Sannio – Benevento. E-mail: cmaiorano@unisannio.it.

condotte giuridicamente necessitate a contenuto astensivo (ad esempio, gli artt. 1379, 1751 *bis*, 2105³, 2125⁴, 2525, 2555 e 2596⁵ c.c.). Segnatamente il legislatore discorre di obbligazione negativa (art. 1222 c.c.) o di non fare (art. 2933 c.c.); altre volte si sofferma in maniera specifica sul comportamento: basti pensare all'obbligazione di non concorrenza (artt. 1567, 1568, 2557 e 2105 c.c.) o di non alienare (artt. 638 e 1379 c.c.)⁶.

La riflessione sulla centralità della prospettiva teleologica-funzionale della prestazione a contenuto omissivo o negativo del rapporto obbligatorio – pur sempre idonea a produrre un risultato utile economicamente misurabile o

- 3 Accanto a tali tipi di obbligazioni di non fare nascenti da convenzione tra le parti esiste una vasta gamma di obbligazioni a contenuto negativo individuate dal legislatore. Si pensi agli obblighi di non fare ai quali è sottoposto il prestatore di lavoro il quale, ai sensi dell'art. 2105 c.c., non soltanto non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, ma non deve nemmeno divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, né farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio, cfr. BASSANELLI, E.: "L'obbligazione negativa del prestatore d'opera", *Riv. dir. comm.*, 1939, I, p. 358 ss.
- 4 RESTA, G.: "Il patto di non concorrenza del lavoratore subordinato e le "libertà fondamentali" dell'Unione europea", in *Le "libertà fondamentali" dell'Unione europea e il diritto privato* (a cura di F. MEZZANOTTE), Roma, 2016, p. 143 ss., spec. p. 172 s., per il quale «l'art. 2125 c.c., pur riconoscendo la necessità di un corrispettivo, quale forma di compensazione del "sacrificio" dovuto al lavoratore per la sua astensione da una attività in concorrenza, non prevede, a differenza della legge tedesca, un ammontare minimo, o non impone che tale corrispettivo sia "adeguato". E tuttavia non contestabile che, pur nel silenzio della norma, l'entità del compenso debba essere commisurata al sacrificio imposto al lavoratore, non soltanto in termini di minor guadagno, ma anche di limiti alla possibile esplicazione della professionalità acquisita nel corso dei pregressi rapporti di lavoro, e dunque di libero sviluppo della personalità. A ritenere altrimenti si determinerebbe un'ingerenza nella libertà di lavoro, non giustificata dalla correlativa esigenza di protezione del patrimonio immateriale dell'impresa». Cass., 17 novembre 2017, n. 27321, *De Jure online*, che ripropone le conclusioni già raggiunte sul punto da App. Brescia, 16 gennaio 2013 e Trib. Brescia, 27 settembre 2007, *ivi*, a proposito di un accordo da costruttore-venditore e acquirente circa le tipologie negoziali da consentire nelle parti del centro commerciale. Il medesimo approccio era stato accolto già da Cass., 24 agosto 1977, n. 3852, *ivi*, una pronuncia nella quale, con specifico riferimento ad una clausola contenente un divieto di non concorrenza di vendita di merci all'ingrosso, si ribadita l'importanza della predialità – la necessità di una utilitas strettamente ancorata al fondo ed inerente all'attività realizzata tale da escludere che il fondo possa essere destinato ad altro.
- 5 Vi sono le ipotesi di obbligazioni negative che in concreto si possono configurare. Soltanto per citare alcuni degli esempi più ricorrenti nella prassi contrattuale si può ricordare il patto di non concorrenza (art. 2596 c.c.), quello che impone all'acquirente di non alienare (art. 1379 c.c.), quello di non sopraelevare, quello di non sublocare l'immobile, il c.d. pactum de non petendo, vale a dire l'impegno assunto dal creditore a non pretendere la prestazione prima di un certo tempo.
- 6 Sottolinea Cass., 6 giugno 2024, n. 15801, *De Jure online* come "a differenza del contratto preliminare unilaterale, che comporta l'immediata e definitiva assunzione dell'obbligazione di prestare il consenso per il contratto definitivo, il patto di prelazione relativo alla vendita di un bene genera, a carico del promittente, un'immediata obbligazione negativa di non venderlo ad altri, prima che il prelazionario dichiari di non voler esercitare il suo diritto di prelazione o lasci decorrere il termine all'uopo concessogli, ed un'obbligazione positiva avente ad oggetto la denunziatio al medesimo della sua proposta a venderlo, nel caso si decida in tal senso. Questa obbligazione, nel caso di vendita ad un terzo del bene predetto, sorge e si esteriorizza in uno al suo inadempimento, sì che il promissario non può chiederne l'adempimento in forma specifica, per incoercibilità di essa a seguito della vendita al terzo, ma soltanto il risarcimento del danno, mentre, nel caso di promessa di vendita ad un terzo del medesimo bene, è ugualmente incoercibile, ai sensi dell'art. 2932 c.c., non configurando un preliminare"; Cass., 7 novembre 2013, n. 25052, *ivi*, afferma come "il patto di prelazione relativo alla vendita di un bene genera, a carico del promittente, un'immediata obbligazione negativa di non venderlo ad altri prima che il prelazionario dichiari di non voler esercitare il suo diritto di prelazione o lasci decorrere il termine all'uopo concessogli, e un'obbligazione positiva avente ad oggetto la denunziatio al medesimo della sua proposta a venderlo, nel caso si decida in tal senso. Questa obbligazione, nel caso di vendita a un terzo del bene predetto, sorge e si esteriorizza in uno al suo inadempimento, sì che il promissario non può chiederne l'adempimento in forma specifica, per incoercibilità di essa a seguito della vendita al terzo".

valutabile⁷ – impone una preventiva riflessione intesa a delimitare e a impostare il contesto giuridico-qualificatorio del fenomeno oggetto di indagine (che sottende non soltanto il ricorso ad un giudizio tecnico ma anche un giudizio di valore fondato su una assiologia selettiva degli interessi concreti meritevoli). Una impostazione che consente di proporre una costruzione dinamica del rapporto obbligatorio, articolato in un profilo strutturale⁸, ed uno precettivo, funzionale, inteso come regolamento di interessi⁹. Aspetti diversi della relazione giuridica, ma strettamente correlati e connessi¹⁰.

In tale ricostruzione, il titolo rappresenta la causa giustificativa del rapporto¹¹, mentre l'oggetto indica una nozione ampia che ricomprende la prestazione, il bene o l'interesse dedotto in obbligazione¹². È, dunque, chiaro che da essi si ricava l'insieme d'interessi rilevanti nel rapporto, così che il profilo regolamentare si presenta come la definizione del conflitto o concorso di interessi rinvenibile all'interno della relazione giuridica¹³. Attraverso l'identificazione dell'aspetto precettivo del rapporto si passa dalla obbligazione, intesa come concetto astratto e generico, al concreto rapporto, ossia alla soluzione della c.d. fattispecie

- 7 Sulla "patrimonialità" v. FERRONI, L.: "Patrimonialità della prestazione fra evoluzione del sistema sociale e principi di ordine pubblico costituzionale", in AA.Vv., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006, p. 627 ss.; cfr. CIAN, G.: "Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione", *Riv. dir. civ.*, I, 1968, pp. 245 e 251 s. La prestazione che si sostanzia in un comportamento astensivo comprende al suo interno tanto il non fare quanto il non dare, poiché l'obbligato anche in questo caso omette di dare qualcosa, adottando quindi un contegno omissivo, MESSINEO, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 1952, p. 28.
- 8 In tale direzione si discorre di profilo strutturale del rapporto obbligatorio per indicare i due elementi che consentono, come si ricava dalla disciplina della novazione ex art. 1230 c.c., di individuare il rapporto, per l'appunto il titolo e l'oggetto. Tuttavia, con l'espressione profilo strutturale del rapporto obbligatorio e più in generale del rapporto giuridico, si intende, in termini descrittivi, anche la relazione giuridica che si instaura tra situazioni giuridiche soggettive; sul punto, v. PERLINGIERI, P.: *Profili del diritto civile*, 3ª ed., Napoli, 1994, p. 105.
- 9 PERLINGIERI, P.: "Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento", in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Roma-Bologna, 1975, p. 29, ove l'a. osserva che nella definizione di rapporto, oltre ad un profilo strutturale, esiste anche "un profilo funzionale che s'ispira ad una valutazione teleologica, cioè ad una valutazione degli interessi regolati dal rapporto stesso, inteso quest'ultimo non soltanto come relazione, bensì come norma, come regolamento, come disciplina. Si tratta, cioè, dell'insieme di situazioni giuridiche soggettive che trovano la loro sintesi in chiave normativa: è il superamento, la composizione di un conflitto di interessi mediante un regolamento".
- 10 Osserva, al riguardo, PERLINGIERI, P.: "Dei modi di estinzione", cit., p. 30, che "la prospettiva funzionale del rapporto non esaurisce lo studio del rapporto, ma insieme con la prospettiva strutturale lo completa".
- 11 Così PERLINGIERI, P.: "Dei modi di estinzione", cit., p. 40. Sull'importanza del titolo quale entità funzionalmente caratterizzante l'obbligazione, v. PUGLIATTI, S.: "Precisazioni in tema di causa", *Riv. dir. comm.*, 1947, I, , p. 119 s.; SCHLESINGER, P.: "Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale", *Riv. trim.*, 1964, p. 1345 ss.; CICALA, R.: *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione «novativa» del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968, p. 85 ss.; ID.: *Espromissione*, Napoli, 1987, p. 76 ss.; PERLINGIERI, P.: "Dei modi di estinzione", cit., pp. 22 ss. e 29 ss. La nozione di titolo va distinta da quella di fonte dell'obbligazione: la fonte è il fatto dal quale scaturisce il rapporto; il titolo è la ragione giustificativa di esso. Sull'importanza della distinzione tra le nozioni di "fonte" e "titolo" del rapporto, v. ID.: *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Napoli, 1972, p. 119 ss.; ID.: "Dei modi di estinzione", cit., p. 73 ss. Discorrono invece di "tendenziale coincidenza tra fonte (negozio) e titolo (causa) dell'obbligazione", BIGLIAZZI GERI, L.- BRECCIA, U.- BUSNELLI, F.D. – NATOLI, U., *Diritto civile*, I, I, Milano, 1986, p. 362 ss., spec. nota 234.
- 12 Per questa accezione di oggetto dell'obbligazione: PERLINGIERI, P.: "Dei modi di estinzione", cit., p. 71.
- 13 PERLINGIERI, P.: "Dei modi di estinzione", cit., p. 29.

concreta¹⁴. In esso è contenuto cosa le parti devono fare (o non fare), come farlo (o lasciare al potere di incidere sulla propria sfera giuridico-patrimoniale), quando farlo (il tempo del non fare o dell'omissione). Il profilo regolamentare fissa, quindi, la disciplina che le parti del rapporto devono osservare in relazione agli interessi in concreto meritevoli di tutela¹⁵. Da ciò discende, altresì, la complessità delle situazioni attive e passive¹⁶, che non possono essere ridotte alla sola pretesa dal lato attivo e al semplice obbligo dal lato passivo¹⁷. È racchiuso nel concetto di regolamento la previsione di regole di condotta imposte alternativamente a carico di entrambe le parti¹⁸.

- 14 Cfr. ROMANO, G.: *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, 1995, p. 66, ove l'a. afferma: "Muovere dalla individuazione degli interessi in concreto rilevanti, conformare di conseguenza il contenuto del diritto del creditore e dell'obbligo del debitore secondo un criterio di idoneità e congruità rispetto alla realizzazione dell'individuato interesse, vuole significare iniezione di concretezza e ricerca di risposte giuridiche adeguate alla singola individualità del caso". Diversamente, afferma GIORGIANNI, M.: *L'obbligazione*, cit., p. 5 ss. e spec. p. 8 s., che "lo studio del rapporto obbligatorio dovrebbe [...] avere la denominazione di teoria generale dell'obbligazione e non delle obbligazioni". Per una critica alla ricostruzione astorica e neutrale dell'obbligazione, v. PERLINGIERI, P.: "Dei modi di estinzione", cit., pp. 19 e 42 s.
- 15 Sul rapporto obbligatorio come regolamento d'interessi dal quale ricavare le regole di condotta che, in particolare, il debitore deve tenere per la soddisfazione dell'interesse creditorio, v. BISCONTINI, G.: *Solidarietà fideiussoria e "decadenza"*, Napoli, 1980, p. 14.
- 16 La dottrina riconosce che le "definizioni, volte ad evidenziare l'uno o l'altro elemento od aspetto dell'obbligazione, [...] rischiano di apparire sempre incomplete": così DI MAJO, A.: "Obbligazione, I, Teoria generale", *Enc. giur.* Treccani, XXI, Roma, 1990, p. 20. Necessario è ricostruire il rapporto obbligatorio quale relazione tra situazioni giuridiche correlate e complesse, sì che si discorre di situazione creditoria o debitoria soltanto per finalità didattiche: PERLINGIERI, P.: "Dei modi di estinzione", cit., p. 40 ss. Cfr., inoltre, STANZIONE, P.: "Rapporto giuridico nel diritto civile", *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 181; ROMANO, G.: *Interessi del debitore e adempimento*, cit., p. 350 ss.; SCHLESINGER, P.: "Il "primato" del credito", *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 829, il quale sottolinea la "sterilità di un'astratta e sfocata configurazione generica di un diritto di "credito" e la necessità di ricostruire con trattazioni differenziate, gli svariati effettivi possibili contenuti"; CANNATA, C.A.: "Le obbligazioni in generale", in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 9, 2ª ed., Torino, 1999, pp. 5 ss., 35 ss. e 59 ss., il quale riduce il ruolo onnicomprensivo delle c.dd. norme generali rivalutando le peculiarità della singola fonte e del singolo programma che l'obbligazione è destinata ad attuare; D'ANGELO, A.: "Senso attuale e condizioni d'uso della disciplina generale delle obbligazioni", *Annuario del contratto* 2009, diretto da D'Angelo A. e Roppo V., Torino, 2010, pp. 67 ss. e 80 ss., il quale, nel sottolineare "la precarietà di concezioni ancorate a un'idea di fissità e invarianza, dogmatica e normativa, della disciplina dei rapporti obbligatori", rileva «un'insopprimibile esigenza di diversificazione del trattamento giuridico in funzione della varietà delle prestazioni e delle fonti delle obbligazioni».
- 17 Ricostruiscono il rapporto obbligatorio in funzione dell'interesse soltanto del creditore, posto in posizione di supremazia rispetto alla posizione del debitore, BARASSI, L.: *La teoria generale delle obbligazioni*, I, *La Struttura*, Milano, 1946, p. 28 ss.; CATTANEO, G.: *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964, p. 80 s.; SANTORO PASSARELLI, F.: *Dottrine generali del diritto*, cit., p. 71. per una considerazione anche dell'interesse del debitore, declinato come interesse alla liberazione, v. CICALA, R.: *L'adempimento indiretto del debito altrui*, (1968), Napoli, rist. 2012, pp. 168 ss. e 177 ss. Sul punto cfr., inoltre, anche DI MAJO, A.: "Obbligazione", cit., p. 22, il quale reputa configurabile l'interesse del debitore alla liberazione dal vincolo, mettendo in mora il creditore, ma non anche l'interesse alla liberazione mediante personale adempimento né un diritto soggettivo all'adempimento in quanto "contrasterebbe con la posizione di soggetto passivo che è riservato all'obbligato". Secondo RESCIGNO, P.: "Obbligazioni (dir. priv.)", in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 197, accanto all'interesse del debitore alla liberazione dal vincolo, "il sistema riconosce altresì l'interesse del debitore a liberarsi mediante l'adempimento personale dell'obbligo; perciò il debitore può rifiutare la remissione (o una riduzione o una dilazione) del debito accordatagli dal creditore". Attribuiscono al debitore, invece, un vero e proprio diritto soggettivo all'adempimento FALZEA, A.: *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, p. 31 ss. e LUZZATO, R.: *Le obbligazioni nel diritto italiano*, Torino, 1950, p. 7. Supera la visione astrattizzante del rapporto giuridico ROMANO, G.: *Interessi del debitore e adempimento*, cit., pp. 204 e 264, il quale, riguardo alla rigida alternativa rilevanza-irrelevanza di un diritto soggettivo del debitore all'adempimento, precisa che "l'articolarsi concreto di singoli rapporti obbligatori propone ipotesi intermedie in cui la configurabilità di un interesse all'esecuzione della prestazione non assurge alla rilevanza e, quindi, alla tutela di un vero e proprio diritto (soggettivo) di credito".
- 18 Così RECINTO, G.: *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004, p. 25. Del resto, la configurazione di un profilo regolamentare del rapporto presuppone il riconoscimento di doveri in capo allo stesso creditore

Alla luce di tali precisazioni di metodo e di contenuto è opportuno ricordare come l'attenzione dell'interprete deve anzitutto appuntarsi sull'oggetto dell'obbligazione: la prestazione omissiva. Essa deve rispondere ai requisiti imposti dall'art. 1174 c.c., ossia "essere suscettibile di valutazione economica e [...] corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore"¹⁹. Problematica è la qualificazione quando si tratti di verificare la patrimonialità di prestazioni che non incidano su – o non richiedano l'utilizzazione di – beni materiali economicamente valutabili, né siano idonee di per sé a produrre nuovi beni. Si pensi alle prestazioni di puro fare nelle quali si realizza una relazione di coincidenza fra comportamento e risultato utile o a quelle che si risolvono in una mera astensione (prestazioni negative o di non fare). Infatti, nelle obbligazioni di non fare (o negative) sono quelle che hanno ad oggetto prestazioni che si attuano mediante una astensione (ad esempio, obblighi di non sopraelevare o di non svolgere concorrenza o di non alienare)²⁰. Nella prospettiva funzionale

e di talune pretese che possono essere fatte valere dal debitore. Sul punto, v. PERLINGIERI, P.: "Dei modi di estinzione", cit., p. 40 s., il quale, sulla base del concetto di obbligazione accolto, precisa che "l'obbligazione non può essere definita relazione tra diritto di credito ed obbligo della prestazione. Questa definizione individuerrebbe sì due aspetti indubbiamente salienti e forse anche caratteristici, ma trascurerebbe altri poteri, facoltà, oneri e talvolta situazioni di soggezione che concretamente completano la situazione creditoria e che possono completare l'altra situazione corrispondente, quella debitoria. [...] Pertanto è più corretto discorrere di situazioni creditorie e di situazioni debitorie e del rapporto obbligatorio come una relazione tra due situazioni complesse, quella debitoria e quella creditoria". Le definizioni che tengono conto esclusivamente del lato attivo del rapporto e cioè del potere del creditore di pretendere l'adempimento non individuano il concetto di obbligazione nella sua complessità: per tutti, v. GIORGIANNI, M.: "Obbligazione (dir. priv.)", *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 591 ss. Sull'obbligazione intesa quale rapporto di cooperazione, v. FALZEA, A.: *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 50 ss.; STANZIONE, P.: *Situazioni creditorie meramente potestative*, Napoli, 1982, p. 12 ss. A tal proposito l'obbligazione negativa può essere distinta dalla situazione giuridica soggettiva passiva, denominata "soggezione". In effetti, mentre quest'ultima viene in rilievo allorché il soggetto passivo è tenuto a subire un comportamento in grado di incidere nella propria sfera giuridica compiuto da un terzo, nell'obbligazione negativa il debitore è chiamato a collaborare con il creditore al fine di soddisfare l'interesse di quest'ultimo. Al debitore, infatti, non è richiesto soltanto un comportamento passivo come nel caso della soggezione, in quanto sarà tenuto ad una prestazione sia pure a contenuto negativo, consistente nel non porre in essere condotte in grado di interferire con la realizzazione dell'interesse creditorio. Ne consegue, pertanto che mentre l'obbligazione negativa può rimanere inadempita, nella soggezione non può darsi luogo ad inadempimento, cfr. FRANCESCHETTI, P. – MARASCA, M.: *Le obbligazioni*, Rimini, 2008, p. 34.

- 19 GIORGIANNI, M.: *L'obbligazione*, cit., p. 145 s., osserva che sebbene il vincolo giuridico del debitore non possa assurgere al rango di elemento fisionomico dell'obbligazione, "esso acquista tuttavia particolare rilievo nei confronti del vincolo che deriva dagli altri doveri giuridici", vale a dire da quei doveri che sono posti – "di regola" – da fonti eteronome. Rispetto a questi ultimi, infatti, si può affermare che la "limitazione alla libertà dell'obbligato" rappresenta il "frutto di una sovrana statuizione del legislatore", il quale bilancia, una volta per tutte, il "raggiungimento dei fini che esso si propone di attuare con l'imposizione di questo o quel determinato dovere", da una parte, con la necessità, dall'altra parte, «di non vincolare eccessivamente il destinatario del dovere [...] in relazione con le norme (scritte e non scritte) che, in un dato ordinamento giuridico positivo, garantiscono l'esplorazione della libertà dei soggetti". Tutto al contrario per le regole di autonomia, rispetto alle quali – prosegue il Maestro – "è naturale che l'ordinamento si preoccupi di stabilire i confini entro i quali i privati possano limitare la loro sfera di libertà mediante obbligazioni, oltre al confine derivante dalla necessità che i doveri giuridici che essi pongono in essere debbono, di regola, rivestire tutti i caratteri fisionomici dell'obbligazione".
- 20 È opportuno tenere distinte le obbligazioni negative dal dovere gravante indistintamente su tutti i consociati di non porre in essere attività che impediscano il pieno godimento da parte dei titolari di diritti reali. Esistono, in effetti, obbligazioni di non fare che hanno un contenuto non diverso dal generico dovere di astensione al quale ogni consociato è tenuto al cospetto di situazioni reali. Si pensi, solo per fare un esempio, alla differenza tra una servitù negativa altius non tollendi ed un'obbligazione negativa di non sopraelevare. La ricaduta pratica di non poco momento sarà naturalmente data dalla circostanza che, in virtù dell'inerenza del diritto alla cosa alla quale accede, il vincolo nascente dalla situazione reale imporrà anche ai successivi aventi causa subacquirenti dal proprietario del fondo servente il rispetto del peso sul

occorre sottolineare come l'interesse non patrimoniale può avere incidenza sul titolo quale aspetto autonomo dell'economia normativa del rapporto, ma non separato, rispetto alla problematica della patrimonialità della prestazione di un rapporto obbligatorio a contenuto negativo o omissivo²¹.

bene, mentre il patto di non sopraelevare, avente natura meramente obbligatoria, impegnerà soltanto coloro i quali l'avevano sottoscritto, Cass., 17 luglio 1946, n. 910, *Mass. Foro it.*, 1946, c. 213,

- 21 A proposito dei caratteri della patrimonialità è opportuno il richiamo alla posizione della giurisprudenza su quest'ultimo requisito normalmente indagato quale connotato della prestazione dedotta nel rapporto obbligatorio. Cfr. Cass., 5 maggio 1962, n. 888, *Foro it.*, 1962, I, c. 907, la quale estende il requisito della patrimonialità ex art. 1174 c.c. anche alle prestazioni oggetto di obbligazioni naturali; Cass., 22 gennaio 1976, n. 185, *ivi*, 1976, I, c. 622; a proposito dell'eterogeneità degli interessi coinvolti nei casi concreti v. le argomentazioni proposte da Cass., 11 ottobre 1997, n. 9880, *ivi*, 1998, I, c. 501, la quale ha utilizzato una nozione oggettiva di patrimonialità per qualificare in termini di prestazione quella dedotta come oggetto di obbligazione da parte del soggetto sponsorizzato nell'ambito del contratto di sponsorizzazione, con il quale lo sponsorizzato o sponsee si obbliga a consentire ad altri l'uso della propria immagine pubblica ed il proprio nome per promuovere un marchio o un prodotto specifico, dietro corrispettivo, anche nel caso nel quale lo sponsor non sia il produttore ma il distributore del prodotto; secondo tale decisione la patrimonialità della prestazione dello sponsorizzato, ex art. 1174 c.c., deve affermarsi sulla base della considerazione che «una tale commercializzazione del nome e dell'immagine personale si è affermata nel costume sociale, fino a divenire una possibilità commerciale del tutto normale»; Trib. Milano, 25 gennaio 2019, *De Jure online*; Trib. San Remo, 13 dicembre 1993, *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1401 ss., il quale dichiara la nullità per mancanza di causa di un contratto sinallagmatico avente ad oggetto la fruizione, da parte di un chirofante, della sua «protezione astrale» dietro la corresponsione di un corrispettivo, in considerazione della non qualificabilità in termini di prestazione oggetto di obbligazione corrispettiva, ex art. 1174 c.c., di quella offerta dal chirofante; Cass., 20 ottobre 1984, n. 5324, *Quadrimestre*, 1986, p. 189 ss.: «nulla vieta che i sacerdoti e i religiosi in genere possano esplicare la loro attività spirituale, anche di natura carismatica, al di fuori degli uffici ecclesiastici, in favore di terzi, assumendo impegni e stipulando contratti, anche di lavoro subordinato, ove, in quest'ultimo caso, sia prevista la corresponsione di una retribuzione per un'attività svolta in forma continuativa e in regime di subordinazione; ed invero, l'accordo, col quale il sacerdote si impegna a svolgere continuativamente una determinata attività spirituale in favore di un soggetto privato o di un ente pubblico dietro corrispettivo ha per oggetto una prestazione essenzialmente professionale, ed è errato ritenere – come ha fatto il Tribunale – che tale attività non sia suscettibile di valutazione patrimoniale dal momento che il compenso è giustificato dall'impegno devoluto dal sacerdote e per una fatica non dovuta». Prosegue Cass., 20 ottobre 1984, n. 5324, cit., «come non può negarsi che quando sia previsto, per l'attività svolta dal sacerdote, un corrispettivo pecuniario, sussiste, oltre all'oggetto del contratto di lavoro, anche la causa del contratto stesso, consistente nello scambio delle prestazioni secondo un nesso sinallagmatico e funzionale che pone in rapporto l'attività del prestatore d'opera con l'obbligo della controparte di corrispondergli la retribuzione»; Pret. Roma, 3 febbraio 1977, *Temi romani*, 1977, p. 521, che considera non suscettibile di valutazione patrimoniale, ex art. 1174 c.c., la prestazione del servizio sacerdotale. Cfr. Cass., 16 dicembre 1983, n. 7418, *Giust. civ.*, 1984, I, p. 682 ss., la quale nega la qualificazione in termini di obbligazione ex lege del diritto di installare antenne radio e televisive su beni di proprietà esclusiva altrui previsto a favore di chi abita l'immobile, sulla base dell'assenza del carattere della patrimonialità della prestazione negativa di tollerare tali installazioni, in quanto tale prestazione non comporterebbe alcuna «compressione del libero normale godimento dell'immobile»; Cass., 6 novembre 1985, n. 5399: *Giust. civ.*, 1986, I, p. 387 ss., la quale, in termini dubitativi, ha considerato possibile qualificare il richiamato diritto quale diritto soggettivo (di credito) autonomo oltre che come facoltà compresa nel diritto all'informazione. Cass., 22 gennaio 1976, n. 185, *Foro it.*, 1976, I, c. 618 ss., la quale tiene ben distinti il problema della valutazione della patrimonialità della prestazione ex art. 1174 c.c. da quello della valutazione della obbligatorietà della prestazione, sia pure utilizzando per quest'ultima valutazione criteri diversi da quelli indicati e fondamentalmente consistenti nella sussistenza o meno di un interesse, giuridicamente rilevante, dell'autore della prestazione ad eseguirla ovvero di un suo comportamento tale da ingenerare nel destinatario dell'esecuzione della prestazione medesima un affidamento. Cass., 13 giugno 2018, n. 15469, *Quot. giur.*, 2018, secondo la quale il «trust non può definirsi né «oneroso» né «operazione a contenuto patrimoniale», ove il concetto di «patrimonialità», come può desumersi dalla interpretazione della disposizione sull'imposta di registro (d.P.R. n. 131/1986), non può intendersi in senso civilistico ai sensi degli artt. 1174 e 1321 c.c. come mera «suscettibilità di valutazione economica» della prestazione bensì come prestazione, a fronte della quale figura la pattuizione «di corrispettivi in danaro» e quindi onerosa per tale ragione, non può che essere assoggettato all'imposta in misura fissa e non proporzionale in quanto l'atto devolutivo in trust è a titolo gratuito non essendovi nessun corrispettivo. Non determinandosi alcuna conseguenza economica nella sfera delle parti contraenti, ma sono esclusivamente destinati a disciplinare la gestione della proprietà in maniera radicalmente diversa da quella propria della tradizionale figura romanistica». Trib. Udine, Sez. lav., 16 novembre 2018, n. 197, *De Jure online*. Qui, in ragione della non congruità del corrispettivo si stabilisce la nullità di un patto di non concorrenza del promotore finanziario che subiva una limitazione territoriale pari «alla provincia di Udine

D'altronde, gli interessi, considerati quali ragioni per agire²² – sostanza²³ che il sistema ordinamentale veste di una forma giuridica di manifestazione, di assetto e di controllo, configurandoli quale nucleo essenziale e per tale caratterizzante delle situazioni giuridiche soggettive, nella sintesi dei rapporti –, costituiscono il motore e l'oggetto di atti e attività. Un esempio può essere utile a fornire riscontri a meglio chiarire tale profilo: nel Libro IV del codice civile vi è una forte presenza di interessi considerati in base a presunzione semplici di meritevolezza oltre che di legittimità di tutela, interessi che giustificano in ordine alla natura della prestazione: l'astensione giuridicamente rilevante, infatti, non si configura mai quale inerzia assoluta del soggetto ma è sempre riferita ad un comportamento positivo che può essere tenuto dell'obbligato²⁴. Si tratta della c.d. "natura relazionale del concetto di omissione"²⁵. A conferma della presenza di un portato assiologico selettivo e conformativo, quale dato ontologico della correlazione tra funzione e struttura del rapporto nella prospettiva della correlazione tra situazioni giuridiche, l'agire e le forme di manifestazione del comportamento dovuto dal debitore e per tale esigibile dal creditore. Si sottolinea, a tal proposito, la correlazione e la complessità della quale è parte la prestazione in funzione di un interesse specifico assunto nella fonte come preminente ed essenziale per la nascita e la permanenza in vita del vincolo (art. 1174 c.c.).

e limitrofe, e comunque a quella di eventuale diversa assegnazione". V. in particolare Cass., 26 maggio 2020, n. 9790, *ivi*, dove il piano dell'attività è talmente ampliato che la limitazione geografica regionale poco influisce sulla relativa delimitazione. In merito già Cass., 3 dicembre 2001, n. 15253, *ivi*.

- 22 FEMIA, P.: *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, pp. 347 e 370 ss. Sul dibattito sulla nozione di interesse: DONISI, C.: *Il contratto con se stesso*, Napoli, 1982, p. 133 ss.; ROMANO, G.: *Interessi del debitore*, cit., p. 405 ss.; DONATI, B.: *Interesse e attività giuridica. Contributo alla teoria filosofica del di rito come fenomeno*, Bologna, 1909, p. 114, il quale aggiunge: "L'interesse sintetizza la prima fase del processo psichico, che precorre l'azione: esso promuove, in quanto è interesse selettivo, l'appercezione, in quanto è interesse valutativo, la tendenza; vale a dire i momenti, dopo i quali la psiche entra nella fase finale, deliberativa e decisiva, in cui il giudizio pratico si formola sotto l'influenza della volontà d'agire" (p. 115). BETTI, E.: *Le categorie civilistiche dell'interpretazione* (1948), in *Id.*: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, 2^a ed. a cura di G. Crifò, Milano, 1971, p. 22: "L'attività interpretativa ha origine e impulso da uno specifico interesse ad intendere, da un le game che unifica l'altrui manifestazione di pensiero ancorché si tratti di una realtà da gran tempo passata con un interesse attuale della nostra vita presente e fa vibrare nell'animo nostro di interpreti una corda che le risponde".
- 23 ROMANO, SALV.: *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, p. 104, secondo il quale gli interessi sono "in via di principio alla base dell'intero sistema".
- 24 COVIELLO, L. JR.: *L'obbligazione negativa*, cit., p. 90, afferma come "noi riteniamo che la patrimonialità quale requisito per la giuridicità di un rapporto, va riferita anziché alla prestazione, al rapporto stesso, potendosi desumere tale carattere oltre dalla prestazione stessa, da altri elementi integranti il rapporto obbligatorio, così come è voluto dalle parti: corrispettivo o clausola penale". La distinzione tra patrimonialità della prestazione e patrimonialità dell'interesse è mantenuta ferma da BETTI, E.: *Teoria generale*, cit., p. 45 ss.: "È facilmente intuibile che il diritto non si limita a proteggere soltanto interessi patrimoniali, ad assicurare, cioè, soltanto il soddisfacimento di interessi economici. Basta tener presente, accanto alla formula dell'art. 1174, la formula che indica l'orientamento della legge nell'articolo 1322, da cui si desume che, per essere meritevoli di tutela, gli interessi devono essere socialmente apprezzabili; non si deve, cioè, trattare del capriccio individuale che non dà ragione di sé; devono essere categorie di interessi che hanno rilevanza nella convivenza civile. Il che non significa punto interessi economici: possono ben essere interessi puramente morali. Sul piano superiore dello spirito gli interessi alla cooperazione nella moderna convivenza sono, come ovvio, differenziati e molteplici".
- 25 VECCHI, P.M.: *Obbligazioni negative*, cit., p. 18.

Segnatamente, nel caso della prestazione negativa il comportamento a essa conforme deve essere determinato attraverso l'esclusione di un atto (o di una serie di atti) che il soggetto obbligato avrebbe in difetto del vincolo il diritto o il potere di realizzare. Il rischio da scongiurare è il latente corto circuito tra contenuto e funzione dell'atto, dell'attività (seppur procedimentalizzata) nonché della patrimonialità della prestazione dedotta nel rapporto che è vincolata alla promozione di un interesse non immediatamente economicamente valutabile nella sua complessità. Il principio di adeguatezza delle modalità dell'azione alle peculiarità del fatto concreto è una conseguenza dello stretto collegamento tra pluralità, flessibilità e discrezionalità nella scelta delle modalità per far valere la propria pretesa creditoria ed esigenza di scegliere, in un clima di solidarietà (art. 2 cost.) e, in combinato contesto e di interrelazione (secondo la logica di individuare nel sistema la regola del caso), di buona fede e correttezza (artt. 1175 e 1375 c.c.)²⁶, la misura meno invasiva e, per tale, meno pregiudizievole per la posizione del debitore, pure a fronte della salvaguardia del preminente interesse del creditore (ex artt. 1174 e 1218 c.c.) all'attuazione del vincolo obbligatorio²⁷.

Tutto ciò non fa altro che rappresentare un riscontro del carattere funzionale-teleologico della prestazione di dare, fare o non fare (omissiva o negativa) che per tale è sottoposta ad un giudizio di idoneità selettivo e giustificativo di un'attribuzione patrimoniale che incida sulla sfera giuridico-patrimoniale. Una tutela del soggetto quale parte, ovvero quale centro di imputazione di interessi, che deve contemperarsi in una logica di bilanciamento nel caso concreto (art. 3 cost.) con i princípi generali che presiedono la regolamentazione autonoma ed eteronoma degli interessi tutelati. In particolare, la certezza dei traffici giuridici (artt. 2643 ss. c.c.), con la tutela dell'affidamento della contraparte (artt. 1373 e 1375 c.c.)²⁸ – secondo il combinato contesto con i doveri inderogabili di solidarietà

26 Cfr. Pret. Salerno, 10 marzo 1992, *Rass. equo canone*, 1992, p. 412, con nota di CARRATO, A.: "Sublocazione stagionale transitoria e necessità del consenso del locatore", secondo la quale "il divieto di cui all'art. 2 l. n. 392/1978 si considera violato anche quando l'alloggio, sito in località di villeggiatura, sia interamente concesso al conduttore in sublocazione c.d. stagionale per il limitato periodo di uno o due mesi, senza una specifica prestazione di consenso da parte del locatore; in tale ipotesi, il consenso del locatore non può desumersi da suoi comportamenti di adesione o tolleranza assunti in occasione di precedenti sublocazioni stagionali, giacché ciascuno di tali rapporti costituisce autonoma e distinta pattuizione, che lascia del tutto inalterato il diritto potestativo del locatore di prestare o meno il suo consenso alla concessione in sublocazione dell'immobile nella corrispondente stagione degli anni successivi".

27 "L'obbligazione (come rapporto giuridico e come programma da realizzare attraverso la collaborazione di creditore e debitore), di fatto, è idonea ad accogliere, al suo interno, una pluralità ed eterogeneità di interessi; la quale è destinata ad arricchirsi quanto più ampio è il tratto cronologico tra nascita ed attuazione del vincolo, giacché il trascorrere del tempo, amplifica la variabilità sia dei modi di realizzazione delle ragioni creditorie, sia delle sopravvenienze. Nella fonte del singolo rapporto è sintetizzata una condotta (prestazione) al servizio, essenzialmente, dell'interesse creditorio (art. 1174 c.c.): la dottrina tedesca, in proposito, aveva efficacemente utilizzato la metafora dei cerchi concentrici. A voler mutuare quella metafora, trasponendo il riferimento, si può concludere che l'interesse creditorio di prestazione rappresenta il nucleo essenziale ed ineliminabile alla cui realizzazione è preordinata la fase dell'attuazione", così ROMANO, G.: "Spunti in tema di adempimento delle obbligazioni", in *Autonomia negoziale e situazioni giuridiche soggettive* (a cura di PERLINGIERI G. - LAZZARELLI F.), Napoli, 2018, p. 639.

28 Cfr. Trib. Monza, 23 marzo 1983, *Orient. Giur. lav.*, 1983, p. 842: "A fronte della richiesta dell'imprenditore, l'avviamento del lavoratore iscritto non rappresenta altro che l'esplicazione della funzione di

– connesso all'intagibilità delle sfere giuridico-patrimoniali senza una giustificazione giuridicamente meritevole (art. 2033 c.c.)²⁹, della conservazione del contratto (art. 1367 c.c.) e del rapporto che da esso scaturisce (arg. artt. 1231, 1254 e 1375 c.c.)³⁰, nonché del principio dell'economia degli atti e delle dichiarazioni³¹ secondo una logica che si ispiri alla funzione perseguita (per approdare, in ultima analisi, ad un costrutto concettuale strumentale all'agire funzionale che promuova interessi meritevoli nonché una attività generativa di benefici in una diversa sfera giuridico-

intermediazione tesa all'avvicinamento delle parti ed all'individuazione dell'altro soggetto del possibile futuro rapporto; l'obbligazione imposta all'imprenditore, perciò, non è un'obbligazione positiva (contrarre), ma un'obbligazione negativa (non scegliere discrezionalmente la controparte) cui, ovviamente, corrisponde in capo al lavoratore avviato un diritto di prelazione in forza del quale se il primo intende contrarre deve farlo col secondo; pertanto, l'immotivato ed ingiustificato rifiuto dell'imprenditore ad assumere il lavoratore avviato, rappresentando una violazione di quell'obbligo di comportamento secondo correttezza e buona fede che deve presiedere alle trattative contrattuali, viene a ledere le legittime aspettative sulle quali l'altra parte aveva fatto ragionevole affidamento e ad essere, conseguentemente, fonte di responsabilità per i danni che ne sono derivati (art. 1337 c. c.). Cass., 16 maggio 1975, n. 1893, *Mass. Giur. it.*, 1969: "Nell'opzione il promittente, se nulla deve fare di positivo per la conclusione del contratto definitivo, deve tuttavia mantenere un comportamento di astensione affinché la conclusione del contratto definitivo non sia impedita. Trattasi di obbligazione negativa, il cui inadempimento non è opponibile ai terzi che ne abbiano tratto vantaggio (ad esempio, acquistando la cosa che il promittente abbia proposto di vendere) e produce solo l'obbligo di risarcimento a carico del promittente inadempiente)".

- 29 Cfr. Cass., 23 dicembre 2020, n. 29469, *Giur. it.*, 2021, 4, p. 803: "La regola di giudizio che si trae dai principi costituzionali è che il Testimone di Geova ha diritto di rifiutare emotrasfusione, anche in caso di pericolo di vita, sussistendo un'osmosi di principi costituzionali che non necessita di alcun processo di bilanciamento. Sorge uno specifico rapporto giuridico contrassegnato dall'obbligazione negativa del sanitario di non ledere la sfera giuridica vantata dal Testimone di Geova, ai sensi della titolarità attiva del rapporto". In tale contesto emerge i profili di differenziazione fra obbligazione negativa e il principio del *neminem laedere*.
- 30 Per esempio, l'obbligo gravante sul datore di lavoro ex art. 2103 c.c. di non demansionare il lavoratore alle sue dipendenze. In particolare, la qualificazione in termini di obbligo di "fare" o al contrario di "non fare", dell'obbligazione derivante dal disposto codicistico. Nell'ambito dell'orientamento che la identifica quale obbligazione negativa di "non fare", un primo orientamento interpretativo minoritario, identifica nel lavoratore la parte onerata della prova dell'illegittimo esercizio dello *ius variandi*. Secondo questa tesi, infatti, il lavoratore che agisce contestando l'assegnazione a mansioni non equivalenti lamenta la violazione, da parte del datore di lavoro, di un divieto relativo ad una determinata modificazione del rapporto con fonte contrattuale, PISANI, C.: *Equivalenza delle mansioni e oneri probatori*, in *Dell'impresa e del lavoro* (a cura di CAGNASSO O. - VALLEBONA A.), in *Commentario del codice civile* (diretto da E. GABRIELLI), Torino, 2013, p. 48; VALLEBONA, A.: "L'onere della prova del demansionamento", *Mass. Giur. lav.*, 2007, p. 36, si tratterebbe di un obbligo negativo di "non dequalificare". Sempre nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato "l'esercizio del diritto di sciopero cessa di essere legittimo allorché, per le sue modalità di attuazione, la sospensione totale o parziale della prestazione lavorativa determini o renda possibili e prevedibili lesioni di altri diritti - personali, di proprietà o di iniziativa economica - ugualmente assistiti da specifica garanzia costituzionale, il che si impone anche con riferimento a manifestazioni collaterali - quali i cortei interni - a tale sospensione, le quali, se possono configurarsi come altrettanti facoltà in cui si articola quel diritto o altri utilmente esercitabili, così da comportare una obbligazione negativa o un patì del datore di lavoro, devono nondimeno esercitarsi secondo forme e modalità che non incidono su detta garanzia e non legittimano, in caso di ostacolo ad esse frapposto dalla controparte, il ricorso ad arbitrare forme di autotutela, ma semplicemente il ricorso alla tutela giurisdizionale, restando demandato all'accertamento del giudice di merito l'individuazione di tutte le modalità dei comportamenti osservati da una parte e dall'altra concretamente, ai fini del giudizio sulla loro legittimità, senza che possa farsi luogo a valutazioni astratte di compatibilità, indipendentemente dall'effettiva attuazione dei comportamenti stessi". Nella specie, secondo tale principio, la Corte ha cassato la sentenza con la quale i giudici di merito avevano ritenuto antisindacale la chiusura di taluni ingressi secondari di uno stabilimento, perché asseritamente impeditiva di cosiddetti cortei interni attuati durante uno sciopero, senza adeguatamente indagare circa le modalità di esecuzione di tale manifestazione, anche con riferimento ad esperienze pregresse, e delle correlative misure difensive poste in essere dall'azienda, Cass., 4 febbraio 1983, n. 945, *Mass. Giust. civ.*, 1983, fasc. 2.
- 31 Cass., 12 agosto 1991, n. 8774, *Giur. it.*, 1992, I, I, p. 484: "è legittima l'obbligazione negativa reciproca assunta dalle parti di non far eseguire una sentenza, prima del suo passaggio in giudicato, sebbene questa sia già, per legge, eseguibile; infatti, in questo caso, l'interesse privato di evitare reciproche attribuzioni patrimoniali e incombenze processuali tra le parti, a seconda delle vicende del processo di cognizione, coincide con criteri di economia processuale".

patrimoniale). Per esempio, per l'obbligazione negativa ad esecuzione istantanea al termine deve essere riconosciuto carattere di essenzialità per la particolare natura della prestazione dovuta: consistendo quest'ultima in un comportamento negativo la sua non effettuazione significa compimento dell'atto vietato e, di conseguenza, violazione definitiva ed assoluta della pretesa del creditore (art. 1218 c.c.)³². Mentre nel caso nel quale si sia in presenza di un adempimento duraturo prendendo le mosse dall'art. 1222 c.c.: la permanenza dell'interesse del creditore può condurre ad escludere che il singolo inadempimento (pur concretandosi in una violazione del vincolo idonea a legittimare il ricorso a specifici rimedi) dia necessariamente luogo alla frustrazione definitiva dell'interesse creditorio. L'esecuzione (secondo un'impostazione descrittiva attenta in parte al piano teleologico ma scevra da implicazioni funzionali) è destinata a delineare poco più che una ricaduta neutrale e quasi meccanicamente avalutativa del comportamento³³.

In tale prospettiva, l'attenzione si rivolge alla valorizzazione di quegli argomenti sistematici e applicativi in quanto l'attuazione del rapporto obbligatorio è il "momento" logicamente e cronologicamente successivo, dotato di una sua autonomia precettiva-normativa. L'analisi dei casi concreti conduce a rilevare come tale momento possa essere connotato dall'emersione di una pluralità, ulteriore ed eterogenea, di interessi, non necessariamente contemplati nella fonte del rapporto, giacché il problema di una loro tutela dipende dalle differenti forme o modalità attraverso le quali si può realizzare l'esercizio della pretesa creditoria³⁴. L'opzione

32 TARTAGLIA POLCINI, A.: *I termini nei rapporti giuridici*, Napoli, 2004, p. 90 ss., sia consentito il rinvio a MAIORANO, C.: "L'incidenza della modifica dei termini di adempimento: spunti di riflessione critica sulla pretesa contrapposizione rispetto ai termini di efficacia", *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, 3, 2019, p. 103 ss.

33 ROMANO, G.: "Spunti in tema di adempimento delle obbligazioni", in *Autonomia negoziale e situazioni giuridiche soggettive* (a cura di PERLINGIERI G.- LAZZARELLI F.), Napoli, 2018, p. 634 ss. L'obbligazione negativa, in quanto rapporto giuridico autonomo, va distinta dalle determinazioni accessorie correlate: ad una situazione principale di vantaggio, come nel caso della fattispecie prevista dall'art. 1804, comma 2, c.c. che vieta, senza il consenso del comodante, di concedere il godimento della cosa ad un terzo; ad una situazione complessa, significativo il divieto per il mandatario a vendere di rendersi acquirente del bene; ad un ufficio di diritto privato, come nel caso disciplinato dall'art. 378, comma 1, c.c. che vieta al tutore ed al protutore di rendersi acquirenti dei beni del minore, BIANCA C.M.: *Diritto civile*, cit., p. 121; BOZZI G.: in AA.Vv.: *Diritto civile* (diretto da LIPARI N. - RESCIGNO P. e coordinato da ZOPPINI A.), *Obbligazioni*, III, *Il Rapporto obbligatorio*, I, Milano, 2009, p. 24.

34 DI MAJO, A.: *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 110 s. rileva che se la nozione di prestazione avesse "esclusivo riguardo al comportamento del debitore", la disposizione di cui all'art. 1218 c.c., che incentra la «causa di esonero della responsabilità sulla nozione di "impossibilità" [...] potrebbe essere tranquillamente cancellata". Da tale constatazione, l'A. fa discendere la necessità di "accettare il principio che l'obbligazione è tendenzialmente finalizzata a garantire al creditore la realizzazione dell'interesse di esso. L'obbligazione nel suo complesso non è solo regola di comportamento, ma regola di comportamento in funzione del raggiungimento di un risultato, a questo finalizzata". Sul punto ORLANDI, M.: *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993, p. 44: "l'interesse del creditore è elemento essenziale della prestazione. L'ordinamento non associa effetti alla semplice descrizione di un contegno, ma lo valuta alla luce dell'interesse creditorio", e, da ultimo, DELLACASA, M.: "La cooperazione all'adempimento e i rimedi a tutela del debitore", in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2019, p. 612 s. evidenzia che «nel contesto del diritto delle obbligazioni, "prestazione" è un termine normativo: esso non designa un semplice fatto (comportamento del debitore), ma un fatto caratterizzato da una relazione di conformità a una norma (art. 1174 c.c.) che prescrive tra i suoi requisiti la rispondenza a un interesse del creditore. Se la prestazione può costituire oggetto di obbligazione nella misura in cui risponde ad un interesse del creditore, la sopravvenuta impossibilità di realizzarlo comporta l'impossibilità della stessa prestazione» PROTO, M.: *Termine essenziale*

ermeneutica accolta implica come al rapporto denominato obbligazione negativa siano applicabili, da un lato, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione³⁵ attenta al combinato disposto degli artt. 1256, comma 2, 1464 e 1672 c.c., dall'altro, forme di autotutela quale l'eccezione per inadempimento di obbligazioni negative aventi titolo in un contratto a prestazioni corrispettive. Ad esempio, il *pactum de non licitando* non potrà essere tutelato mediante l'eccezione in esame dal momento che la sospensione della prestazione ex art. 1460 c.c. non ingenera una situazione irreversibile³⁶. D'altra parte, l'autotutela³⁷ intesa come fenomeno complesso

e *adempimento tardivo*, Milano, 2004, p. 31, "affermare che l'interesse è rilevante in quanto trasfuso nel titolo dell'obbligazione, ne determina il contenuto, significa dire che il venir meno dell'interesse priva l'obbligazione di una parte del proprio contenuto, precludendone l'attuazione: la cessazione dell'interesse impedisce di ravvisare nella condotta esecutiva una causa di estinzione dell'obbligazione e determina l'applicazione della disciplina che regola l'impossibilità sopravvenuta". BARASSI, L.: *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 177, pur rilevando che in base al principio desumibile dall'art. 1174 c.c., "se l'interesse manca inizialmente o viene meno poi, l'obbligazione non si forma o cessa di esistere", rileva come «il silenzio del codice circa gli eventuali presupposti della realizzabilità di un interesse mancato sul rapporto obbligatorio», ponga l'interprete "di fronte a un dilemma che lo stringe nella sua morsa": «se, come ora afferma la legge, il diritto di credito è riconosciuto come esistente dall'ordine giuridico quando tutela un interesse del creditore, logicamente il suo esercizio è vincolato a questo presupposto: allora quali sono le condizioni alle quali questa energica reattività, che esclude l'intervento equamente moderatore del giudice, è subordinata? È certo infatti che qui è in gioco l'interesse di tutte e due le parti, non del solo creditore. È vero che il debitore ha sempre dal rallegrarsi se l'obbligazione vien meno: ma potrebbe non essere così quando vi sia connessa una sinallagmatica e corrispettivo obbligazione del creditore. Questo anzi è praticamente il caso più frequente". Muovendo dal rilievo che l'autonomia privata non può essere vista "come un dogma o come un valore in sé", e che essa, filtrata "alla luce dei valori costituzionali e delle istanze comunitarie», deve conformarsi «alle scelte di fondo dell'ordinamento», MONGILLO, R.: *Inadempimento e risoluzione di diritto*, Napoli, 2012, p. 156, fa richiamo alla riduzione d'ufficio della penale manifestamente eccessiva, quale paradigma applicativo di un principio di proporzionalità "ben piantato nel tessuto normativo esistente" (ivi p. 201), per riconoscere al giudice il potere di rilevare l'inadeguatezza del rimedio risolutorio anche laddove i contraenti abbiano assunto una precisa posizione in sede di formazione del contratto, come nel caso di stipulazione di clausola risolutiva espressa e termine essenziale. In tale prospettiva, la valutazione compiuta dalle parti svolgerebbe pur sempre un ruolo determinante, ma non precluderebbe una successiva verifica giudiziaria, funzionale a elidere il rischio di una distorsione surrettizia degli scopi ai quali l'esercizio del potere risolutivo è destinato. DI MAJO, A.: "Dell'adempimento in generale. Art. 1177-1200", in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca Bologna-Roma, 1994, p. 196, "mentre la eseguibilità ha riguardo alla possibilità, per il debitore, di eseguire la prestazione (con il risultato che, se il creditore rifiuta, cade in mora credendi), la esigibilità fissa invece il momento del tempo in cui la prestazione può essere richiesta dal creditore".

- 35 Cass., 10 maggio 1951, n. 1094, *Giur. it.*, 1952, I, I, c. 686 ss., con nota di COVIELLO, L.: "L'impossibilità della prestazione e l'obbligazione negativa", secondo la quale nelle obbligazioni negative "è inammissibile una impossibilità di adempimento, perché, consistendo l'obbligazione in una semplice inazione, non è ipotizzabile che uno, contro il divieto, sia costretto a fare". Ad avallare tale soluzione sarebbe stato – secondo i giudici della Suprema Corte – il dettato dell'art. 1222 c.c. in virtù del quale "nelle obbligazioni di non fare, ogni fatto compiuto in violazione di queste costituisce di per sé inadempimento; senza, cioè, che vi possa essere una causa giustificatrice". Cfr. per la configurabilità di una responsabilità oggettiva la cui sussistenza prescinde dall'esistenza di un nesso di causalità tra fatto lesivo ed evento dannoso App. Reggio Calabria, 14 dicembre 2009, *De Jure online* secondo la quale "in ipotesi di violazione dell'obbligo di astensione da operazioni inadeguate, la responsabilità dell'intermediario sussiste per il fatto stesso della violazione di tale obbligo, con la conseguente impossibilità di provare la mancanza del nesso di causalità, posto che, ai sensi dell'art. 1222 c.c., la violazione delle obbligazioni di non fare costituisce di per sé inadempimento". Nello stesso senso sembra essere anche Cass., 7 marzo 2003, n. 3412, *Arch. civ.*, 2004, p. 117 la quale ha avuto modo di precisare che "in materia di obbligazioni, non si applica alle obbligazioni di non fare la disciplina della mora debendi, e costituisce inadempimento ogni fatto compiuto in violazione dell'obbligo (art. 1222 c.c.), ne consegue che l'inadempimento dell'obbligazione negativa di non costruire sul confine rimane integrata dal mero fatto obiettivo di avere costruito".
- 36 MANTUCCI, D.: *L'inadempimento reciproco*, Napoli, 1990, p. 94. Cfr. Trib. Roma, Sez. III, 25 ottobre 2013, n. 21337, *De Jure online*.
- 37 BETTI, E.: "Autotutela (dir. priv.):" *Enc. giur.* Treccani, IV, Milano, 1959, p. 529; BIGLIAZZI GERI, L.: *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, *Introduzione*, Milano, 1971, p. 3 ss.; EAD.: "Autotutela, II) Diritto civile": *Enc. giur.* Treccani, IV, Roma, 1988, p. 2 ss.; DAGNINO, A.: *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano,

e legittimato dai principi di carattere generale o assoluti non si esaurisce nell'esperimento delle eccezioni stragiudiziali, ma si estende a tutte quelle forme di tutela conosciute dal diritto sostanziale e previste dal legislatore in forme che potremmo definire ai fini della delimitazione della sfera operativa "tipiche"³⁸, ossia previste in una regola specifica che descrive una fattispecie astratta. Affermazione quest'ultima foriera di diverse implicazioni nell'argomento trattato. Il fenomeno dell'autotutela privata guardato sul piano essenzialmente strutturale presuppone un potere qualificabile come diritto potestativo, il quale può trovare la sua fonte nella legge o nell'autonomia negoziale³⁹.

A questo punto della trattazione è opportuno compiere qualche precisazione. Le suggestioni terminologiche sono idonee a far sorgere oltre a questioni applicative anche a dissipare possibili fraintendimenti frutto di una commistione di piani di analisi. A tal proposito viene in rilievo il *patti*, ossia permettere al creditore di compiere un fare che il debitore in astratto potrebbe impedire⁴⁰. In tal caso doveroso è sottolineare come per aversi obbligazione negativa deve essere sufficiente il comportamento del debitore per soddisfare l'interesse del creditore. Infatti, il *patti* sottende l'esercizio di una facoltà o di un potere concessa dal debitore e non già dalla sua inerzia. Per esempio, rientra nella prima ipotesi l'obbligo del vicino di tollerare le immissioni ex art. 834 c.c.: è dato acquisito, in tal caso, che l'astensione non è adempimento in senso stretto di una obbligazione ma conseguenza dell'esercizio del potere o della facoltà. A ben vedere si tratta di proteggere e non già di attuare un interesse meritevole di tutela altrui (arg. artt. 814, 1174, 1321 e 1322 c.c.)⁴¹.

1983, p. 29 ss.; BIANCA, C.M.: "Autotutela": *Enc. dir.*, Agg. IV, 2000, p. 133 ss.; AA.VV.: *Sicurezza e autotutela*, a cura di G.G. Grassi, Pisa, 2017, *passim*; PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, V, *Tutela e giurisdizione*, Napoli, 2020, p. 1 ss.; TARTAGLIA POLCINI, A.: *Modelli arbitrali tra autonomia negoziale e funzione giurisdizionale*, Napoli, 2002, p. 245 ss.; MONTECCHIARI, T.: *Ius singulare e autotutela privata: contributo allo studio di una categoria*, Napoli, 2019, p. 9 ss.; v., inoltre, LEPORE, A.: *Autotutela e autonomia negoziale*, Napoli, 2019, p. 21 ss.; CARIMINI, F.: *Sequestro convenzionale e autotutela*, Napoli, 2018, p. 41 ss.; ROSSI, T.: *Profili in tema di cessione dei beni ai creditori*, Napoli, 2020, p. 41 ss.; DI RAIMO, R.: "Autotutela soddisfattoria e giustizia «volontaria»", *Dir. cost. riv. quad.*, 2018, p. 21 ss.

38 Sul punto PARENTE, F.: "Gli strumenti di autotutela nel diritto dei contratti", in *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti* (a cura di PERLINGIERI C. - RUGGERI L.), Camerino-Napoli, 2016, p. 403 ss. Tale "tipizzazione" delle forme di autotutela privata originano dall'esigenza di non incorrere, fra l'altro, nel reato di ragion fatta, nella lite temeraria, nel farsi giustizia da se. A fronte della condivisione della ragione giustificativa della pacifica convivenza fra i consociati nonché nell'utilizzo contro-funzionale delle forme di tutela ciò non può condurre alla compressione ingiustificata del ricorso a rimedi ragionevoli nella tutela dei diritti.

39 BIGLIAZZI GERI, L.: *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, *Introduzione*, Milano, 1971, p. 87.

40 Sul punto v. le riflessioni proposte da CARNELUTTI, F.: "Appunti sulle obbligazioni", *Riv. dir. comm.*, 1915, p. 515 ss.

41 Cfr. Cass., ord., 6 giugno 2024, n. 15801, *Not.*, 2024, 5, p. 503 ss.: "A differenza del contratto preliminare unilaterale, che comporta l'immediata e definitiva assunzione dell'obbligazione di prestare il consenso per il contratto definitivo, il patto di prelazione relativo alla vendita di un bene genera, a carico del promittente, un'immediata obbligazione negativa di non venderlo ad altri prima che il prelazionario dichiari di non voler esercitare il suo diritto di prelazione o lasci decorrere il termine all'uopo concessogli, ed un'obbligazione positiva avente ad oggetto la denunziatio al medesimo della sua proposta a venderlo, nel caso si decida in tal senso. Questa obbligazione, nel caso di vendita ad un terzo del bene predetto, sorge e si esteriorizza in uno al suo inadempimento, sì che il promissario non può chiederne l'adempimento in forma specifica,

Compiuta tale precisazione, nel rivolgere l'attenzione alle forme di tutela accennate può essere ricordato come l'autonomia negoziale non esaurisce le sue forme di manifestazione, in attuazione del principio di sussidiarietà funzionale, all'autoregolamentazione ma si estende alla protezione, alla promozione e all'attuazione degli interessi delle parti con il limite della meritevolezza degli stessi (artt. 1321, 1322 e 2645 *ter* c.c. e art. 118, comma 4, cost.). Pertanto, non bisogna confondere la fonte del potere da esercitare con il carattere unilaterale dell'esercizio del potere stesso. Innestando tale affermazione nell'ambito dei profili dinamici del rapporto obbligatorio con prestazione omissiva o negativa può essere ricordato come l'autotutela può avere origini negoziali (in particolare convenzionale) in attuazione dell'obbligo di cooperazione (artt. 1173, 1175 e 1375 c.c. e 2 e 118, comma 4, cost.)⁴². In particolare, tale ultimo obbligo generale quale criterio idoneo a valutare la condotta omissiva può essere declinato in un potere, o in una facoltà, di controllo da parte del creditore al fine di preservare la sua sfera giuridico-patrimoniale e il suo affidamento. Potere maggiormente giustificabile nel momento nel quale la clausola che preveda la prestazione a carattere negativo acceda ad accordo più complesso sul piano regolamentare ovvero la prestazione a carattere omissivo sia strumentale alla gestione di una attività più complessa (per esempio, quale quella di impresa) rispetto alla quale il non fare (per esempio, il divieto di concorrenza o di non associare la propria immagine nota ad una campagna pubblicitaria di un determinato prodotto)⁴³ è strumentale ad altra utilità economicamente valutabile nel medio-lungo periodo (per esempio, l'avviamento o mantenere la specificità, la identificabilità e la riferibilità del prodotto o del servizio presente in un particolare settore merceologico ad un personaggio celebre)⁴⁴.

II. NATURA E AMBITO APPLICATIVO.

I. Il raccordo con la categoria dei diritti reali di godimento su cosa altrui con contenuto negativo o omissivo intese a modificare lo statuto giuridico del bene.

In virtù delle considerazioni sin qui svolte, la scelta in favore della rivalutazione del titolo nell'economia normativa del rapporto obbligatorio con prestazione

per incoercibilità di essa a seguito della vendita al terzo, ma soltanto il risarcimento del danno, mentre, nel caso di promessa di vendita ad un terzo del medesimo bene, è ugualmente incoercibile, ai sensi dell'art. 2932 c.c., non configurando un preliminare”.

42 TARTAGLIA POLCINI, A.: *Arbitrato e modelli di giustizia*, Napoli, 2018, p. 9 ss.; PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile*, V, cit., p. I ss.

43 Cass., 11 ottobre 1997, n. 9880, *De Jure online*. Cfr. BIGIARI, W.: “L'associazione Calcio Torino e il disastro di Superga”, *Giur. it.*, 1951, IV, c. 81 ss.

44 Cass., 7 novembre 2013, n. 25052, *De Jure online*: “Il patto di prelazione relativo alla vendita di un bene genera, a carico del promittente, un'immediata obbligazione negativa di non venderlo ad altri prima che il prelazionario dichiari di non voler esercitare il suo diritto di prelazione o lasci decorrere il termine all'uopo concessogli, e un'obbligazione positiva avente a oggetto la denunzio al medesimo della sua proposta a venderlo, nel caso si decida in tal senso. Questa obbligazione, nel caso di vendita a un terzo del bene predetto, sorge e si esteriorizza in uno al suo inadempimento, sì che il promissario non può chiederne l'adempimento in forma specifica, per incoercibilità di essa a seguito della vendita al terzo”.

negativa o a contenuto omissivo è opportuno delineare i tratti distintivi tra quest'ultimo e altre figure a contenuto negativo. L'obbligazione con prestazione negativa, anzitutto, si distingue dai rapporti di cortesia in quanto questi ultimi non sono coercibili (arg. artt. 1173 e 2034 c.c.). Ulteriore distinzione è tra obbligazioni di non fare e obblighi a contenuto negativo i quali, pur giuridicamente rilevanti, non sono suscettibili di valutazione economica ai sensi di quanto stabilito dall'art. 1174 c.c. (si pensi, in tal senso, all'art. 143 c.c.): la condotta omissiva, pur rilevante, non può essere qualificata alla stregua di un rapporto obbligatorio (art. 1174 c.c.) e a essa non risulteranno applicabili le norme stabilite nel Libro IV del codice civile, salvo il ricorso al criterio ermeneutico della compatibilità⁴⁵.

In proposito, giova richiamare la distinzione, ricorrente in dottrina e idonea a evocare una peculiare assonanza⁴⁶, tra obbligazione a contenuto omissivo e servitù negativa⁴⁷, in particolare – per quanto attiene alla peculiarità dell'oggetto della prestazione in funzione anche del trascorre del tempo – a quanto previsto per le servitù c.dd. industriali, previste dall'art. 1028 c.c., seconda parte. Fra le servitù industriali, infatti, possono essere menzionati gli usi industriali oggettivati nella inerenza al bene nella servitù di acquedotto, di elettrodotto e nelle servitù militari. Di là dall'impostazione ermeneutica che considera il diritto delle obbligazioni quale modello concettuale esportabile in tutti i settori nei quali, secondo peculiari modalità, tempi e modelli, hanno luogo rapporti di cooperazione con oggetto una prestazione, ossia di scambio di valori di uso o di scambio economicamente valutabile tra centri di imputazione di interessi (ricomprendendo tra questi anche i rapporti reali), tra i due istituti possono essere evidenziate – a fini identificativi – peculiarità sul piano teorico-applicativo. La stessa delimitazione del contenuto e della valenza dell'utilitas è variabile, storicamente condizionata e culturalmente sostenibile in quanto è chiamata ad adeguarsi “alle condizioni di vita dell'uomo in un determinato contesto storico e sociale”⁴⁸. Pertanto, l'inerenza al fondo,

45 Cfr. SITZIA, L.: “Il rifiuto dell'adempimento parziale dell'obbligazione negativa”, *Riv. trim.*, 2018, p. 79 ss.

46 Sia consentito il rinvio a MAIORANO, C.: *Vincoli e funzioni nelle c.dd. servitù pubbliche. Per una ermeneutica applicativa delle destinazioni*, Napoli, 2023.

47 Il comportamento al quale è tenuto il titolare del c.d. fondo servente consiste in un sopportare, in un comportamento negativo di non fare (*servitus in faciendo consistere nequit*). Cfr. Cass., 10 aprile 2000, n. 4499, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 763, secondo cui “in tema di servitus non aedificandi gravante sul fondo vicino, il contenuto del diritto si concreta nel corrispondente dovere del proprietario del fondo servente di astenersi da qualsiasi attività edificatoria che abbia come risultato quello di comprimere o ridurre le condizioni di vantaggio derivanti al fondo dominante dalla costituzione di detta servitù, quale che sia in concreto l'entità di siffatta compressione o riduzione e indipendentemente dalla misura dell'interesse del titolare del diritto a far cessare gli impedimenti o turbative all'esercizio del medesimo. Subordinare la possibilità di tutela giudiziale di un diritto di servitù, come di un diritto reale in genere, all'esistenza di un concreto pregiudizio derivante dagli atti lesivi nei confronti del titolare del diritto contrapposto, si porrebbe in contrasto con l'assolutezza propria di siffatte situazioni giuridiche soggettive, tutelate da ogni forma di ingerenza o di compressione da parte di terzi, con il solo limite del divieto di atti emulativi e salva la rilevanza che l'entità dell'anzidetto pregiudizio può assumere come parametro di quantificazione dell'eventuale risarcimento del danno”.

48 Corte cost., 10 maggio 1999, n. 167, *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 688 ss. con nota di PERLINGIERI, P.: “«Principio personalista», «funzione sociale della proprietà» e servitù coattiva di passaggio”, ora in Id.: *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, p. 527 ss.; v. anche il commento di CARAPEZZA FIGLIA, G.: “Servitù coattiva di passaggio

della situazione giuridica attiva, deve essere ricostruita quale legame oggettivo e funzionale del contenuto del rapporto di servitù con il godimento o la fruizione del c.d. fondo dominante⁴⁹.

In primo luogo è controverso se l'elettrodotto (in analogia con la servitù di acquedotto) coattivo sia una vera e propria servitù⁵⁰. L'opinione dominante sostiene che la servitù di elettrodotto, in considerazione della sua collocazione nell'economia codicistica, nonché per le diverse analogie con l'acquedotto, debba essere qualificata quale servitù coattiva⁵¹.

Non va però dimenticato che il contenuto del vincolo e la tipologia delle limitazioni al bene gravano sullo stesso in modo diverso a seconda delle manifestazioni

e interessi esistenziali delle persone disabili", in *L'interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche* (a cura di PERLINGIERI G. e ID.), Napoli, 2010, p. 283 ss. Ricostruzione che postula il recupero e la valorizzazione del collegamento funzionale esistente fra il contenuto del diritto e gli interessi (rilevanti, legittimi e meritevoli) perseguiti in concreto.

- 49 CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Servitù coattiva di passaggio*, cit., p. 286; COMPORTI, M.: "Servitù (dir. priv.)", *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 288; cfr. PALAZZOLO, S.: "Servitù (dir. civ.)", in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992, p. 11. Sottolineano il legame funzionale BIGLIAZZI GERI, L.- U. BRECCIA, L. – BUSNELLI, F.D. – NATOLI, U.: *Diritto civile*, 2, *Diritti reali*, cit., p. 257 s. Sulla dimensione relazionale della nozione di utilità già PERLINGIERI, P.: *Rapporto preliminare e servitù su «edificio da costruire»*, Napoli, 1968, p. 48. Sottolinea "la rilevanza" non soltanto per le obbligazioni ma anche per il diritto di proprietà e per i diritti reali "che sull'esercizio di ogni diritto [...] ha la condizione del portatore del diritto stesso, alla cui utilità è finalizzata la costruzione degli istituti civilistici": Cass., 5 maggio 2016, n. 9031, *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Servitù*, n. 26; cfr. Cass., 21 giugno 2000, n. 8444, *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 1365; Cass., 27 ottobre 1995, n. 11198, *Mass. Giust. civ.*, 1995, fasc. 10.
- 50 In generale sulla c.d. servitù di elettrodotto, v. PATERNÒ, G.: *La servitù di elettrodotto*, Milano, 2000. L'espressa qualificazione del vincolo di elettrodotto quale servitù sarebbe desumibile dagli artt. 1032 e 1056 c.c. Sul punto, diffusamente, TAMBURRINO, G. – GRATAGLIANO, A.N.: *Le servitù*, Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da BIGIARI V., Torino, 2002 p. 648. Per la normativa applicabile il riferimento oltre all'art. 1056 c.c. necessario è il rinvio anche agli artt. 119 ss., t.u. delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici, adottato con r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775; l. 28 giugno 1986, n. 339. Le problematiche che hanno interessato l'elettrodotto sono molteplici. Si può fare riferimento alla, già menzionata, natura del vincolo e alla complessità del suo contenuto; all'utilizzabilità del procedimento espropriativo per la sua imposizione; alla valenza dell'autorizzazione per la costruzione di opere strumentali al vettoramento dell'elettricità; ai rapporti fra l'autorizzazione provvisoria e quella definitiva; alla configurabilità di una sentenza costitutiva della c.dd. servitù di elettrodotto; ai criteri di individuazione dell'indennizzo.
- 51 BRANCA, G.: *Servitù prediali*, Comm. cod. civ. a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1987, p. 247 ss.; ARMATI, G.: "Sulle cosiddette servitù di elettrodotto e le linee teleferiche", *Giur. agraria it.*, 1965, p. 543 ss.; Cass., 5 marzo 1951, n. 537, *Giur. it.*, 1952, I, I, c. 230; *contra* GROSSO, G. – DEIANA, G.: *Le servitù prediali*, in *Tratt. dir. civ. it.* Vassalli, V, I, Torino, 1963, pp. 1797 e 1825 s.; DEIANA, G.: "Elettrodotto (dir. priv.)", in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1989, p. 595 s., per i quali, in considerazione del fatto che il beneficiario dell'*utilitas* è non già un fondo, bensì un soggetto nella sua qualità di imprenditore, la fattispecie in esame configura un diritto *sui generis* che presenta talune affinità con le servitù. In giurisprudenza sul carattere di inamovibilità dell'impianto v. Cass., 9 agosto 2019, n. 21224, *Riv. giur. edil.*, 2019, 6, I, p. 1519; Cass., 18 ottobre 1984, n. 5260, *Mass. Giust. civ.*, 1984, f. 10; sulla finalità dell'imposizione della fascia di rispetto, T.A.R., Napoli Campania, 29 novembre 2018, n. 6907, *De Jure online*. ANGIULI, A.: "Servitù di elettrodotto", in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, p. 48, la quale prendendo spunto dal superamento della contrapposizione fra diritto pubblico e diritto privato sottolinea l'idoneità del tracciato a soddisfare l'interesse pubblico e generale al trasporto dell'energia elettrica. Inoltre, la giurisprudenza mette in evidenza come la "servitù di elettrodotto costituita per usucapione dovrà ritenersi coattiva quando il suo esercizio di fatto non si discosta dal paradigma fissato dal testo unico r.d. n. 1775/1933". Dovrà, invece, ritenersi "volontaria se è esercitata sui luoghi indicati dall'art. 121 (cortili, giardini e muri di case non prospicienti verso vie o piazze pubbliche) nei quali la costituzione coattiva non è ammessa". La motivazione prosegue affermando che dovrà essere considerata volontaria in tutte le altre ipotesi nelle quali "il suo esercizio di fatto sia contrastante con le norme della legge speciale, ad esempio se durante il corso del ventennio la condotta sia stata spostata a spese del proprietario del fondo servente, oppure se la servitù sia stata esercitata da soggetto sprovvisto di qualsiasi autorizzazione ad impiantare linee elettriche". Trib. Brescia, 9 settembre 2019, n. 2452, *De Jure online*; Cass., 23 luglio 1983, n. 5077, *Foro it.*, 1983, I, c. 2776.

dell'interesse pubblico, e per tale un interesse esterno e "sovraordinato" rispetto a quello dei *cives*. Risulta doveroso il richiamo alle risultanze di attenta dottrina la quale a proposito della funzione e dello scopo degli enti pubblici, nonché dei beni mediante i quali assolvono alla loro funzione, ha modo di sottolineare come essi sono strumentali a soddisfare l'interesse della società, ossia l'interesse comune, l'interesse pubblico. In particolare, si afferma che quest'ultimo "non deve essere confuso con l'interesse di ogni singolo, né con la somma di tutti gli interessi dei singoli, perché l'interesse pubblico si estende alle generazioni avvenire e molte volte è in opposizione agli interessi individuali medesimi presenti"⁵². Ai fini dell'indagine, per la ricostruzione del significato e del ruolo dell'interesse pubblico, doveroso è il rinvio all'insegnamento secondo il quale l'interesse pubblico deve essere considerato "non quale sovrastruttura burocratica e superindividuale ma quale sintesi ed attuazione equilibrata dei valori delle persone consociate nell'unità dei loro diritti e dei loro doveri, quali titolari di un paritario status personae"⁵³.

Per quanto attiene alle esigenze di trasmissione dell'energie e alla tipologia delle opere e degli impianti strumentali esse saranno contrassegnate dall'inalienabilità e, di conseguenza, dalla perpetuità della limitazione. Diversamente le opere che attengono alle singole tratte delle trasmissioni saranno caratterizzate dalla fungibilità nell'interesse pubblico, con implicazioni sul contenuto e sulla durata delle limitazioni⁵⁴. La locuzione servitù di elettrodotto verrebbe, pertanto, a riassumere un complesso di situazioni, limiti o vincoli che, pur insistendo su beni di proprietà altrui e limitandone le facoltà di godimento per ragioni di pubblico interesse, non possono essere ricomprese tutte immediatamente nello schema delle servitù prediali disciplinato dal codice civile⁵⁵.

Ulteriore elemento di riflessione, utile all'indagine, può essere rinvenuto nelle c.dd. servitù militari, prevalentemente caratterizzate da vincoli a contenuto negativo, che operano quali limitazioni della proprietà privata o all'attività di impresa nell'interesse pubblico e gravano su taluni beni in ragione della vicinanza con aree demaniali militari. Tradizionalmente ricostruite come vincoli imposti alla proprietà privata nell'interesse della difesa militare⁵⁶, le c.dd. servitù militari

52 RANELLETTI, O.: "Concetto, natura e limiti del demanio pubblico", *Riv. it. sc. giur.*, 1898, ora in *Scritti giuridici scelti. I beni*, IV, Napoli, 1992, p. 131 ss., spec. p. 133. Cfr. TARTAGLIA POLCINI, A.: "Sub art. 825", in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di PERLINGIERI G.), III, Napoli, 2010, p. 100 ss.

53 PERLINGIERI, P.: "L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata", in *Id.: Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, da cui si cita, p. 58.

54 Per esempio, le opere di installazione di cabine, di infissioni di pali di sostegno, di attraversamento con linee elettriche dello spazio aereo sovrastante alcuni beni di proprietà sia privata sia pubblica.

55 In modo significativo discorre di vincolo amministrativo alla proprietà privata in quanto il tracciato è idoneo a perseguire l'interesse pubblico al trasporto dell'energia elettrica nella maniera meno onerosa per i proprietari dei fondi interessati alla quale si accompagna la permanenza del vincolo imposto al godimento dei beni privati o pubblici strumentali alla razionale distribuzione dell'energia elettrica, ANGIULI, A.: "Servitù di elettrodotto", cit., p. 47.

56 Cfr. artt. 320 ss. del d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare). L'art. 2268, del d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 cit. ha abrogato la precedente disciplina prevista dalla l. 20 dicembre 1932, n. 1489

sono alternativamente ricondotte dalla dottrina nelle servitù pubbliche o nelle limitazioni di diritto amministrativo. Utile a fornire indici per la qualificazione è il dato normativo. In particolare il legislatore⁵⁷ stabilisce che “[i]n vicinanza delle opere e installazioni permanenti e semipermanenti di difesa, di segnalazione e riconoscimento costiero, delle basi navali, degli aeroporti, degli impianti e installazioni radar e radio, degli stabilimenti nei quali sono fabbricati, manipolati o depositati materiali bellici o sostanze pericolose, dei campi di esperienze e dei poligoni di tiro, il diritto di proprietà e di impresa può essere soggetto a limitazioni secondo le norme del presente capo”⁵⁸.

Giova sottolineare che le “limitazioni” o vincoli a contenuto negativo assumono la fisionomia di divieti⁵⁹ che gravano su aree collegate con zone militari ovvero collegate ad attività ontologicamente strumentali alla difesa militare. Non può invocarsi in contrario la previsione⁶⁰ che dispone la possibilità per l’amministrazione militare, all’atto dell’imposizione della limitazione, di modificare il contenuto delle proprietà assoggettate e, pertanto, lo stato delle cose ai fini della garanzia della effettiva soddisfazione delle esigenze di difesa militare. A tal proposito sono previsti limiti strumentali all’effettiva operatività del vincolo a contenuto negativo che rispondono anche ad una prospettiva programmatica intesa a soddisfare un interesse generale. Vincoli che concorrono a definire la condizione oggettiva del bene pur sempre nel rispetto della posizione dei destinatari⁶¹.

D'altronde, l'utilità del c.d. fondo dominante si realizza non attraverso la materiale apprensione di una utilità fornita dal c.d. fondo servente, ma mediante la compressione parziale dei poteri di disponibilità ricompresi nella situazione

e successive modifiche, introdotte con l. 24 dicembre 1976, n. 898, recante “Nuova regolamentazione delle servitù militari” e con l. 2 maggio 1990, n. 104. L’art. 317 del d.lgs. n. 66 cit. qualifica le limitazioni previste dagli artt. 320 ss. quali servitù militari. Il d.lgs. n. 66 del 2010, all’art. 321, a proposito del contenuto delle limitazioni, afferma che esse “possono consistere nel divieto di: a) fare elevazioni di terra o di altro materiale; b) costruire condotte o canali sopraelevati; c) impiantare condotte o depositi di gas o liquidi infiammabili; d) scavare fossi o canali di profondità superiore a 50 cm.; e) aprire o esercitare cave di qualunque specie; f) installare macchinari o apparati elettrici e centri trasmettenti; g) fare le piantagioni e le operazioni campestri che sono determinate con il regolamento». Inoltre, al comma 2, si stabilisce che le limitazioni «possono anche consistere nel divieto di: a) aprire strade; b) fabbricare muri o edifici; c) sopraelevare muri o edifici esistenti; d) adoperare nelle costruzioni alcuni materiali”.

57 Con il d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell’ordinamento militare), all’art. 320, rubricato “Ambito”.

58 Tali limitazioni “sono stabilite nella durata massima di cinque anni, salvo quanto previsto dall’articolo 331, e sono imposte nella misura direttamente e strettamente necessaria per il tipo di opere o di installazioni di difesa”. Sulla temporaneità della servitù T.A.R. Cagliari, 24 febbraio 2012, n. 192, *Foro amm. TAR*, 2012, 2, p. 657.

59 Previste dagli artt. 320 ss. del d.lgs. n. 66 del 2010, cit.

60 Dal primo comma dell’art. 327, del d.lgs. n. 66 del 2010, cit.

61 Discorre di «vincolo reale pubblicistico» o anche di «vincolo militare» in luogo sia di servitù sia di limitazione, ANGIULI, A.: “Servitù pubbliche”, *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, p. 64. Cfr. le considerazioni offerte da CASTORINA, E.: Sub art. 825, in *I beni pubblici* (a cura di Id. - G. CHIARA), in *Comm. c.c. Schlesinger, Artt. 822-830 c.c.*, diretto da F. Busnelli, Milano, 2008, p. 221 ss. ove si fa riferimento a vincoli a contenuto negativo alla proprietà per la vicinanza con beni demaniali. Non manca di sottolineare la dimensione funzionale oltre che teleologica nella ricostruzione della categoria e della disciplina TARTAGLIA POLCINI, A.: Sub art. 825, cit., p. 99 ss.

affidente a tale fondo⁶² in ragione di specifiche esigenze generali o pubbliche connesse con attività strumentali alla difesa nazionale.

In proposito è appena il caso di svolgere un'ulteriore considerazione. Risulta arduo definire *a priori* la fisionomia di taluni diritti reali pubblici, nello specifico di alcuni qualificati come servitù, rispetto alle c.dd. limitazioni della proprietà altrui. Un esempio in tal senso sono proprio le servitù negative⁶³. Categoria discussa in dottrina con un contenuto incentrato sulla mera astensione del proprietario del c.d. fondo servente dall'esercizio di alcune facoltà, e il correlativo potere del proprietario del c.d. fondo dominante di inibire al proprietario del c.d. fondo servente particolari forme di godimento⁶⁴.

Una più attenta riflessione ha individuato nelle servitù negative uno degli istituti per confutare la partizione, assunta come una contrapposizione, dei rapporti patrimoniali in diritti reali e diritti di credito⁶⁵. Inoltre, gli esempi richiamati risultano utili per distinguere le obbligazioni con prestazione negativa dai limiti e dal divieto e, nel contempo, a sottolinearne il carattere "personale" costituito dalla necessità

62 GIROLA, C.: *Le servitù prediali pubbliche*, Padova, 1937, p. 261. Per l'applicabilità dei principi costituzionali di sussidiarietà e di leale collaborazione nel procedimento di imposizione della servitù cfr. T.A.R. Cagliari, 24 febbraio 2012, n. 192, cit.

63 ZANOBINI, G.: *Corso di diritto amministrativo*, IV, Milano, 1958, p. 217 ss. Cfr. PERLINGIERI, P. – RUSCELLO, F.: "Servitù", in AA. Vv.: *Manuale di diritto civile* (a cura di PERLINGIERI P.), Napoli, 2007, p. 249, il quale le definisce come "caratterizzate dalla proibizione a carico della situazione soggettiva servente di compiere atti o comportamenti (ad esempio, il divieto di sopraelevare la propria costruzione, la servitù di aria e di luce)"; Cass. Sez. un., 21 novembre 1996, n. 10285, *Giust. civ.*, 1997, I, p. 380.

64 La figura delle servitù negative è, secondo una determinata impostazione, ibrida in quanto racchiude nel suo contenuto sia elementi di obbligatorietà sia elementi di realtà. Si è cercato di superare i dubbi circa la natura di diritti reali o di obbligazioni riconoscendo alle servitù negative natura reale, rilevando che l'elemento centrale ai fini di tale ricostruzione è "l'incorporazione" della situazione sul c.d. fondo servente, riconoscendo un ruolo secondario all'esercizio su quest'ultimo di un potere diretto o immediato. Cfr. le riflessioni proposte da BIGLIAZZI GERI L. - BRECCIA U. - BUSNELLI F.D. - NATOLI U.: *Diritto civile. 2, Diritti reali*, Torino, 1988, p. 234 ss. Cfr. Trib. Napoli, 6 dicembre 2003, *Giur. mer.*, 2004, p. 698 (s.m.) secondo il quale «[n]elle servitù di uso pubblico la condizione di assoggettamento del fondo è resa palese dall'«uso» stesso fattone dalla collettività». Consegue a tale affermazione «che poiché, al contrario, le servitù negative si caratterizzano per il fatto di non comportare alcuna ingerenza del loro titolare sul fondo servente», non è possibile «configurare una servitù di uso pubblico "altius non tollendi"». Cfr. Trib. Locri, 31 luglio 1980, *Dir. eccl.*, 1981, II, p. 408. Sull'operatività della c.d. prescrizione estintiva Cass., 5 dicembre 1997, n. 12350, *Mass. Giust. civ.*, 1997, p. 2338.

65 Infatti, l'opportunità di conservare l'autonoma configurazione dei rapporti, non legittima la pretesa di tenere distinte sul piano sistematico e operativo le categorie. Ne consegue che la bipartizione deve essere abbandonata a favore della elaborazione del diritto comune delle situazioni giuridiche patrimoniali, al fine di una più attenta selezione della disciplina adeguata e ragionevole applicabile agli interessi rilevanti coinvolti e, di conseguenza, di recuperare all'attenzione dell'interprete le peculiarità del caso concreto. Sullo specifico tema delle servitù militari v. le riflessioni proposte da TARTAGLIA POLCINI, A.: "Sub art. 825", cit., p. 99 ss.; ANGIULI, A.: "Servitù pubbliche", cit., p. 63 s. Per una critica alla tradizionale distinzione tra diritti reali e diritti di credito, cfr. PERLINGIERI, P.: *Profili istituzionali del diritto civile*, cit., p. 202 ss. In argomento v. anche GUARNERI, A.: *Diritti reali e diritti di credito: valore attuale di una distinzione*, Padova, 1979, *passim*, nonché la trattazione di VILLELLA, A.: *Per un diritto comune delle situazioni patrimoniali*, Napoli, 2000, *passim*. Cfr. le intuizioni presenti nella riflessione di GIORGIANNI, M.: "Diritti reali (diritto civile)", *Noviss. dig. it.*, Torino, V, 1968, p. 748 ss., e in *Scritti minori*, Napoli, 1988, p. 648 s., il quale sottolinea come nelle servitù negative, in particolare quelle caratterizzate dall'*altius non tollendi*, l'interesse del titolare venga realizzato attraverso una limitazione della sfera di libertà del titolare del diritto di proprietà sul fondo servente "e, cioè mediante l'imposizione a quest'ultimo di un obbligo di non esplicitare quell'attività contraria all'interesse del proprietario del fondo dominante".

della presenza di un comportamento teleologicamente orientato a soddisfare l'interesse del creditore.

2. L'incidenza del titolo e dell'oggetto nella ricostruzione del regolamento concreto del vincolo a contenuto negativo.

In proposito la dottrina ha condivisibilmente segnalato la centralità, quale oggetto di analisi, di una dialettica tra “destinazioni al plurale”⁶⁶, vincoli e funzioni. Da tale angolo prospettico emerge un profilo caratterizzante (nel senso di primario e costante) nella destinazione: “la funzionalizzazione è qualcosa che va ben oltre la mera realizzazione di finalità”. Infatti, è stato sottolineato che la tendenza è il passaggio “dall'aspetto teleologico al profilo funzionale», in quanto «si intende costruire, in capo al destinatario della funzione», alcune “possibilità” ricondotte a “situazioni soggettive attive di potere, ma anche necessità” che si sostanziano in “vincoli”, che scaturiscono da “situazioni giuridiche soggettive”, connesse o “collegate con quelle attive, ma” qualificabili come “passive”, in particolare “di dovere”⁶⁷.

Questi richiami per assonanze, lungi dal voler condurre ad un discorso unificante e generalizzante non rispettoso delle diverse funzioni degli istituti richiamati, valgono ad evidenziare come il riferimento al rapporto di godimento su bene altrui a contenuto negativo permetta di sottolineare come l'obbligazione negativa è un rapporto giuridico che può intercorrere tra posizioni giuridiche rilevanti, sul piano esecutivo, tra debitore e creditore su un giudizio di congruenza fra il prestatore e il dovuto che a sua volta presuppone l'esatta identificazione di quanto possa essere ritenuto attualmente dedotto in obbligazione ed esigibile da parte del creditore con attenzione al nesso prestazione/interesse (secondo il combinato disposto degli artt. 1173, 1174, 1175, 1218, 1223, 1256 e 1258 c.c.). Segnatamente,

66 Così la proposta ermeneutica formulata da TARTAGLIA POLCINI, A.: *Destinazioni e funzioni del patrimonio*, Relazione tenuta nell'ambito delle “Giornate di Arce”, Terza Giornata di Studio 2018 (Arce, venerdì 25 maggio 2018) sul tema “Autonomia negoziale e destinazioni patrimoniali”, spec. p. 1 ss. del dattiloscritto, consultato grazie alla cortesia dell'a. Ampliando l'ambito di analisi ed introducendo ulteriori elementi di riflessione, la destinazione ha assunto nella dottrina un significato ampio, quale elemento caratterizzante una serie variegata di fenomeni, fra i quali sono stati ricompresi anche la destinazione a pertinenza o a servitù, la destinazione a universalità di beni (FALZEA, A.: “Introduzione e considerazioni conclusive”, in AA.VV.: *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Milano, 2003, p. 4); l'apposizione di vincolo forestale o paesaggistico (GAZZONI, F.: “Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.”, www.judicium.it, p. 2); il mutuo di scopo e l'atto di dotazione nei fenomeni associativi (BIANCA, M.: “Atto negoziale di destinazione e separazione”, *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 200). Alla destinazione, inoltre, ci si è riferiti nel richiamare i vincoli previsti nei regolamenti contrattuali condominiali, i provvedimenti amministrativi che limitano il potere di godere e disporre dei beni, quali i limiti imposti a tutela dell'interesse culturale di determinati beni (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42), o i vincoli previsti dai Comuni nell'esercizio della potestà urbanistica (GABRIELLI, G.: “Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari”, cit., p. 322).

67 Così, testualmente, ancora TARTAGLIA POLCINI, A.: *Destinazioni e funzioni*, cit., spec. p. 14 ss. del dattiloscritto. Sugli atti di destinazione patrimoniale, cfr.: PERLINGIERI, P. – FEDERICO, A.: in AA.VV., *Manuale di diritto civile* (a cura di PERLINGIERI P.), Napoli, 2017, p. 697 ss.; *I contratti di destinazione patrimoniale* (a cura di CALVO R. - CIATTI A.), Torino, 2014, spec. p. 10 ss.; PERLINGIERI, G.: “Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.”, *Foro nap.*, 2014, p. 54 ss.; FRANCESCA, M.: “Le destinazioni all'interesse familiare: autonomia privata e fondamento solidaristico”, *Riv. not.*, 2012, p. 1035 ss.

le diverse modalità mediante le quali la prestazione si attua, determinano, volta a volta, una diversa interazione fra comportamento e produzione del risultato utile economicamente valutabile. A ben vedere siamo in presenza di una graduazione più o meno intensa della scissione (logico-concettuale) fra prestazione e oggetto della prestazione, che può essere ora estesa da essere particolarmente evidente, ora essenziale da farla divenire impercettibile.

A ben vedere, l'obbligazione di non fare tende funzionalmente al risultato di realizzare, mediante l'imposizione al debitore, la cessazione di uno o più comportamenti sino ad allora tenuti liberamente e integranti un fattore di disutilità per il creditore, cosicché il comportamento conforme al dovuto si identifica nell'astensione da un atto o da una serie di atti dal novero di quelli che il soggetto debitore mantiene la facoltà di compiere⁶⁸. Il debitore, in altre parole, si impegna "a non porre in essere quelle operazioni atte ad influire sulla situazione materiale e giuridica, dando luogo a quelle conseguenze il cui non verificarsi è lo scopo cui il rapporto obbligatorio tende"⁶⁹.

Il contenuto dell'obbligazione negativa può consistere nell'astenersi dal compimento di un atto o categorie di atti che possono riguardare sia l'attività giuridica in senso stretto, come avviene nel caso del pactum de non petendo, sia attività di fatto (che non rappresenti la mera minifestazione dell'esercizio di un diritto o facoltà), come il passaggio su un determinato fondo. Non diversamente da quanto accade in via generale, la condotta concretamente tenuta dal debitore, ove pienamente conforme al programma obbligatorio stabilito e obiettivamente idonea a comporre tutti i conflitti di interessi presi in considerazione nel titolo (quale ragione giustificativa dello spostamento patrimoniale), deve ritenersi idonea a provocare l'estinzione del rapporto a prescindere dalla sussistenza di un animus solvendi (quale mera percezione soggettiva della parte obbligata all'omissione o al non fare).

Rapportando tale interpretazione sistematica nel potere dispositivo di un centro di imputazione di interessi emerge un dato che oltre ad essere empirico interroga l'interprete in sede di qualificazione dell'agire stesso: ciò che ha valore economico è soltanto l'incontro tra la prestazione e l'interesse, non la prestazione, né l'interesse in sé considerati e, pertanto, il valore di quest'ultimo, ad eccezione

68 Cfr. Trib. Busto Arsizio, 7 marzo 2022, n. 335, *De Jure online*: "In tema di onere della prova, il creditore di una obbligazione negativa ha l'onere di provare non solo il titolo dell'obbligazione e il suo contenuto, ma anche l'inadempimento, consistito evidentemente in una violazione dell'obbligo di astensione e, dunque, in una condotta positiva".

69 VECCHI, P.M.: *Obbligazioni negative e posizioni di divieto*, Roma, 1991, p. 20 e, di recente, DEPLAN, O S.: *Le obbligazioni negative*, Napoli, 2014, p. 29.

della circostanza nella quale l'interesse non è distinguibile dal valore dell'oggetto della prestazione⁷⁰.

III. RILIEVI CONCLUSIVI.

I. Adeguatezza del rimedio alle peculiarità della prestazione di non fare e alle connesse modalità operative e temporali che conformano l'utilità che il creditore può trarre dalla prestazione.

Nella ricostruzione dei profili essenziali dell'obbligazione con prestazione a carattere negativo appare doveroso richiamare nell'attività interpretativa di desumere dalla disciplina codicistica inserita nel Libro VI sulla "Tutela dei diritti" – un libro del codice con una portata funzionale di raccordo tra l'affermazione astratta dei diritti e la loro attuazione pratica⁷¹ – un indice normativo nelle disposizioni agli artt. 2697 ss. c.c. le quali hanno ad oggetto l'identificazione di colui sul quale grava il rischio della mancata prova ma stabiliscono, prima ancora, un bilanciamento di interessi che induce a ritenere sempre possibile per il debitore la prova liberatoria, pur essendo la dimostrazione dell'inadempimento molto agevole per il creditore nel caso di violazione del *non facere*⁷².

70 Cfr. CIAN, G.: "Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione", *Riv. dir. civ.*, 1968, p. 203 ss. a parere del quale la prestazione consiste in una modifica della realtà ("accadimenti satisfattori") alla quale deve sfociare un comportamento del debitore, ma l'interesse del creditore non si identifica in questi accadimenti in quanto «esprime invece la relazione intercorrente tra essi e il bisogno di tale soggetto, cosicché l'esistenza di un suo interesse appare concetto ben diverso da quello di "soddisfazione dell'interesse del creditore", intesa come adempimento della prestazione». Un ulteriore indice deve essere sottolineato a proposito della resilienza dei valori normativi a proposito della patrimonializzazione della vita di relazione delle persone mediante le tecnologie. L'alternativa fra patrimoniale ed esistenziale viene a configurarsi come un giudizio – non meramente tecnico bensì – di valore, con funzione selettiva e ordinante sulla base dei principi di ordine pubblico costituzionale: FERRONI, L.: *Patrimonialità della prestazione*, cit., p. 627 ss. L'alternativa generata dal paradigma patrimonialistico, con conseguenza bipartizione fra un diritto patrimoniale e un diritto non patrimoniale, e tendenzialmente approfondita dallo punto di vista specifico del diritto patrimoniale, "allude alle stringenti interconnessioni esistenti tra il modulo della disponibilità (dei diritti) e la legittimazione alla scambiabilità sul mercato (dei relativi oggetti giuridici)", così LA ROCCA, D.: *Diritto e denaro. Il valore della patrimonialità*, Milano, 2006, p. 138. Cfr. CIAN, G.: *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, cit., p. 242, a parere del quale se veramente la patrimonialità dovesse distinguere il giuridico dal non giuridico, ossia porre un limite all'autonomia privata, solo dal prezzo di mercato potrebbe essere integrata, in quanto "è chiaro che nessuna limitazione esisterebbe se fosse dato ai singoli di creare, con un'apposita clausola del contratto, la patrimonialità della prestazione. Se è destinata a servire come limite all'autonomia privata, la patrimonialità deve essere costituita da una caratteristica che inerisce alla prestazione indipendentemente da quanto hanno voluto i soggetti che l'hanno fatta oggetto del loro accordo". Cfr. PERLINGIERI, P. – ROMANO, G.: in AA.VV., *Manuale di diritto civile* (a cura di PERLINGIERI P.), Napoli, 2022, p. 362, i quali richiamano come esempio di inadempimento di scarsa importanza la violazione dell'obbligo di sopraelevare attraverso la costruzione sul tetto di una casa di un cordolo alto pochi centimetri, finalizzato a proteggere il cornicione da infiltrazioni di acqua piovana, senza pregiudicare in alcun modo l'interesse creditorio a godere della luce solare o del panorama.

71 Nel contempo non deve essere tralasciato che i "bisogni di chi agisce per ottenere protezione o attuazione del proprio interesse concreto ad un bene della vita implicano la necessaria conformazione della fisionomia e soprattutto dell'adeguatezza dei rimedi apprestati dagli strumenti processuali ai principi di inviolabilità, pienezza ed effettività della difesa, parametrati sulle peculiarità delle situazioni sostanziali": TARTAGLIA POLCINI, A.: "Arbitrato e modelli di giustizia tra sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza", in *Autonomia negoziale e risoluzione dei conflitti* (a cura di PERLINGIERI G. - EAD.), Napoli, 2019, p. 239.

72 Per esempio, le cause di nullità del patto di non concorrenza ex art. 2125 c.c. operano giuridicamente su due distinti piani: da un lato, vi sono i vizi che coinvolgono la determinatezza o determinabilità dell'oggetto e, dall'altro lato, quelli che afferiscono al profilo dell'ammontare del corrispettivo. Sulla base di questo principio, spetta al giudice la valutazione in concreto del vizio della clausola stabilita dall'autonomia

D'altronde, l'uso funzionale del diritto postula una integrazione armonica tra regole sostanziali, regole procedurali e interpretative, da un canto, e tecniche applicative, dall'altro, rispetto alle quali il trascorre del tempo non è elemento neutro⁷³ alla luce del titolo del rapporto – il vincolo ben può abbracciare più prestazioni distinte senza che tale circostanza rappresenti di necessità ostacolo alla considerazione unitaria delle stesse alla luce dell'interesse del creditore o della causa del patto dal quale il vincolo trae origine – nella prospettiva della valorizzazione del tempo delle forme di tutela e di promozione intese a recuperare il ruolo del diritto quale scienza pratica e cultura del relazionarsi in comunità. Inoltre, il decorso del tempo rappresenta un coelemento nella delimitazione del contenuto, del portato applicativo e della forma di tutela della singola prestazione con oggetto un comportamento omissivo o negativo inteso pur sempre a soddisfare l'interesse del creditore⁷⁴. Nella obbligazione con prestazione negativa, per quanto attiene alla prescrizione, l'inerzia del debitore equivale ad esecuzione della prestazione e, pertanto, non può essere ritenuta fattispecie idonea a far decorrere il termine prescrizionale. Il dies a quo, dunque, coinciderà con il momento nel quale vi sia una lesione del diritto⁷⁵.

Sempre sul piano rimediabile collegato al decorso del tempo l'opinione dottrinale argomenta l'inammissibilità di un adempimento tardivo dell'obbligazione negativa dal disposto dell'art. 1222 c.c., ove si esclude che le disposizioni sulla mora trovino applicazione alle obbligazioni con prestazione negativa e si afferma che ogni fatto compiuto in violazione di esse costituisce di per sé inadempimento⁷⁶. Secondo l'opzione ermeneutica accolta la rilevanza del tempo in funzione della soddisfazione dell'interesse creditorio può assumere connotazioni differenti

negoziale delle parti. L'indicazione interpretativa della Corte di Cassazione (Cass., 1 marzo 2021, n. 5540, ordinanza) è nella direzione di ammettere scelte negoziali che correlino il quantum del corrispettivo alla durata del rapporto di lavoro, a condizione che vengano indicati, anche per *relationem*, i criteri in base ai quali si fissa la prestazione, così sottratta al mero arbitrio. Un requisito di adeguatezza del compenso è, in ogni caso, ricavabile implicitamente dalla formulazione dell'art. 2125 c.c., con la conseguenza che l'espressa previsione di nullità sia da riferire alla pattuizione non solo di compensi simbolici ma anche di compensi manifestamente iniqui o sproporzionati in rapporto al sacrificio richiesto al lavoratore, alla riduzione delle sue possibilità di guadagno, indipendentemente dall'utilità che il comportamento richiestogli rappresenta per il datore di lavoro, come del suo ipotetico valore di mercato, così CERBONE, M.: "Nullità del patto di non concorrenza ex art. 2125 c.c. tra indeterminabilità e non adeguatezza del corrispettivo", commento a Cass., 1 marzo 2021, n. 5540, *Giuri. it.*, 2021 p. 1684 ss.

73 TARTAGLIA POLCINI, A.: *I termini nei rapporti giuridici*, Napoli, 2004, *passim*. Cfr. FRANCESCA, M.: "Leonardo Coviello jr., l'obbligazione negativa e la narrazione della concorrenza", *Rass. dir. civ.*, I, 2024, p. 349 ss.

74 Per esempio, si pensi agli accordi di riservatezza. In dottrina si evidenzia come il problema essenziale di tali accordi è dato anche dalla loro durata. Cfr. GALLI, C.: "Potenziale perpetuità della tutela del know-how e contrattualizzazione degli impegni di riservatezza", *Dir. ind.*, V, 2, 2018, p. 113 ss. ove si afferma come il primo e fondamentale problema che si pone nell'ambito delle obbligazioni di riservatezza è proprio quello della loro durata. L'A. evidenzia come le due conseguenze esiziali di una durata limitata siano, da un lato, il fatto che alla scadenza del termine la *receiving party* diventi legittimo detentore del segreto industriale, e dall'altro lato, il fatto che al termine dell'obbligazione la *receiving party* avrà il diritto di divulgare i segreti industriali facendo così venire meno qualsiasi protezione.

75 DEPLANO, S.: *Le obbligazioni negative*, cit., p. 171 ss. Cfr. FRANCESCA, M.: "Leonardo Coviello jr., l'obbligazione negativa", cit., p. 336 ss.

76 COVIELLO JR., N.: *L'obbligazione negativa (contributo alla teoria delle obbligazioni)*, II, Napoli, 1934, p. 2 ss.; GIORGIANNI, M.: *L'inadempimento*, Milano, 1975, p. 88 s.

a seconda dell'atteggiarsi del regolamento di interessi⁷⁷, in particolare riguardo all'interesse del creditore nel concreto rapporto obbligatorio⁷⁸. Inoltre, l'art. 614 bis c.p.c. permette al creditore di estendere la sua tutela accertata nel provvedimento inibitorio o comunque in una sentenza giudiziale esecutiva in sede inibitoria⁷⁹ in quanto riconosce anche nella fase patologica del rapporto la possibilità di ricorrere alla comminatoria di una somma di denaro⁸⁰.

Sempre nella prospettiva rimediabile occorre ricordare come mediante l'esecuzione forzata per consegna o rilascio (art. 2930 c.c. e art. 605 ss. c.p.c.) il creditore ottiene lo stesso bene che il debitore avrebbe dovuto fargli conseguire. Con l'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare (artt. 2931 e 2933 c.c.; artt. 612 ss. c.p.c.) il creditore ottiene che un terzo, incaricato dal giudice, faccia o distrugga, a spese del debitore, ciò che questi si era impegnato a fare (e non ha fatto) o a non fare (ed ha invece fatto). La sentenza di condanna contiene il comando del giudice alla parte soccombente di tenere un determinato comportamento per l'attuazione del diritto dell'altra parte: ad esempio, la condanna del debitore al pagamento di una somma di denaro⁸¹. Il comportamento comandato può consistere in un dare, in un fare o in un non fare. Normalmente la sentenza di condanna è esecutiva ed è titolo per l'esecuzione forzata, in forma generica o specifica. Inoltre, nell'ipotesi di violazione di un obbligo di non fare, l'avente diritto può ottenere la distruzione dell'opera illecitamente realizzata e, per quanto materialmente possibile, la rimessa in pristino con spese a carico dell'inadempiente (art. 2933 c.c.)⁸².

77 TARTAGLIA POLCINI, A.: *I termini*, cit.

78 PERLINGIERI, P.: *Dei modi di estinzione*, cit., p. 505 s.

79 Pret. Roma, 20 aprile 1979, *Temi rom.*, 1981, p. 310 secondo la quale "la inibitoria è la sanzione tipica delle obbligazioni negative in tutta la materia della concorrenza e conseguentemente l'art. 2599 c.c. può essere esteso analogicamente alla disciplina delle limitazioni convenzionali della concorrenza".

80 DEPLANO, S.: *Le obbligazioni negative*, cit., p. 167 ss.

81 Cass., 9 dicembre 1981, n. 6500, *Mass. Giur. it.*, 1981, secondo cui "ai sensi dell'art. 2933 c.c. l'inadempimento dell'obbligo di non fare può dare luogo ad esecuzione forzata in danno dell'obbligato solo qualora la condotta del trasgressore si sia concretizzata in un quid novi, suscettibile di essere posto coattivamente nel nulla, giacché soltanto in tal caso l'intervento del giudice può determinare il ripristino della situazione preesistente, compromessa ed alterata dal soggetto che era tenuto ad astenersi da qualsiasi modificazione". Nel caso di specie si era ritenuto che "l'intimazione, emessa nel corso di un procedimento possessorio a carico del titolare di un frantoio, di non scaricare residui oleosi sul fondo limitrofo, non fosse eseguibile in forma specifica mediante distruzione delle strutture del frantoio stesso potenzialmente idonee a consentire scarichi siffatti".

82 Cfr. Cass., 18 gennaio 1992, n. 576, *Mass. Giur. it.*, 1992 ha precisato che "a norma degli artt. 2931 e 2933 c.c. e diversamente da quanto disposto dall'art. 1220 c.c. abr., il giudice che emette una sentenza di condanna di una parte all'adempimento di un obbligo di fare o di non fare, non ha il potere di autorizzare il titolare del correlativo diritto a provvedere egli stesso e direttamente all'esecuzione di tale obbligo a spese della controparte in difetto di spontaneo ed esatto adempimento da parte dell'obbligato, dovendo, in tal caso, l'esecuzione dei detti obblighi essere attuata nelle forme e con il procedimento prescritti dagli artt. 612 e 613 c.p.c., i quali escludono l'autotutela del creditore, demandando in via esclusiva al pretore, quale giudice dell'esecuzione (art. 16 ultimo comma c.p.c.) la concreta determinazione delle modalità dell'esecuzione; ne consegue che la sentenza con la quale il giudice del merito autorizzi il creditore a provvedere direttamente all'esecuzione di uno dei predetti obblighi a spese dell'obbligato, in caso di inerzia di quest'ultimo, in quanto adottato al di fuori dei poteri conferiti allo stesso giudice dall'ordinamento, va in parte qua cassata senza rinvio, in quanto inficiata, relativamente e limitatamente a tale parte, da nullità insanabile"; cfr. Cons. St., 15 marzo 2004, n. 1280, *Urb. e app.*, 2004, 5, p. 606 secondo cui "la reintegrazione in forma specifica del danno ingiusto [...] deve essere considerata alla stregua di un'alternativa risarcitoria ai sensi dell'art. 2058 del c.c.

Come affermato in premessa, l'art. 1222 c.c. prevede un'ipotesi di esclusione della disciplina della mora; non è, infatti, applicabile alle obbligazioni negative. A fondamento di tale previsione normativa vi sarebbe, secondo la dottrina maggioritaria, una incompatibilità strutturale tra le obbligazioni negative e l'idea della provvisorietà dell'inadempimento insita nel ritardo, in quanto ogni violazione dell'obbligo previsto dalle obbligazioni di non fare implica un comportamento attivo, già da solo idoneo ad essere qualificato come inadempimento⁸³. Non manca, però, chi ha sostenuto che l'adempimento dell'obbligazione negativa può non risolversi nell'impossibilità della prestazione se l'ingerenza dannosa può cessare in modo tale che il recuperato atteggiamento di inerzia del debitore sia ancora in grado di soddisfare l'interesse del creditore⁸⁴. In questa prospettiva, configurante

potendo quest'ultima intervenire anche per equivalente. Essa rimane un rimedio risarcitorio (o comunque riparatorio), ossia una forma di reintegrazione dell'interesse del danneggiato mediante una prestazione diversa e succedanea rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio; e non va confusa né con l'azione di adempimento (con la quale si chiede la condanna del debitore all'adempimento dell'obbligazione), né con il diverso rimedio dell'esecuzione in forma specifica, quale strumento per l'attuazione coercitiva del diritto e non mezzo di rimozione diretta delle conseguenze pregiudizievoli"; Cass., 17 febbraio 2004, n. 3004, *Arch. civ.*, 2004, p. 1487: "in materia di risarcimento del danno, secondo un principio che trova applicazione anche in materia contrattuale, rientra nei poteri discrezionali del giudice del merito (il cui mancato esercizio non è sindacabile in sede di legittimità) attribuire al danneggiato il risarcimento per equivalente anziché in forma specifica come domandato dall'attore (la valutazione di cui all'art. 2058 c.c., secondo comma, del pari essendo insindacabile in sede di legittimità risolvendosi in un giudizio di fatto). Tale facoltà si tramuta in dovere solamente quando la demolizione della cosa sia di pregiudizio all'economia nazionale, ai sensi della previsione di cui all'art. 2933 c.c., secondo comma, che limita l'eseguibilità in forma specifica degli obblighi di non fare riferendosi esclusivamente alle cose insostituibili ovvero di eccezionale importanza per l'economia nazionale la cui perdita risulti pregiudizievole per l'intera collettività là dove viene ad incidere sulle fonti di produzione o di distribuzione della ricchezza"; Cfr. Cass., 4 novembre 1993, n. 10932, *Mass. Giur. it.*, 1993, secondo cui "l'art. 2058 c.c., che prevede la possibilità di ordinare il risarcimento del danno per equivalente, anziché la reintegrazione in forma specifica, in caso di eccessiva onerosità di quest'ultima, non trova applicazione nelle azioni intese a far valere un diritto reale, la cui tutela esige la rimozione del fatto lesivo"; Cass., Sez. Un., 16 gennaio 1986, n. 207, *Mass. Giur. it.*, 1986 ove si afferma che "in relazione alla domanda, con la quale il proprietario di un fondo chieda la rimozione di installazioni di linee telefoniche abusivamente realizzate dalla società concessionaria del relativo servizio, non sono invocabili i principi di cui all'art. 2058 c.c., circa il risarcimento per equivalente ove l'esecuzione in forma specifica risulti eccessivamente onerosa, stante la inapplicabilità di tale norma con riguardo alle azioni reali, mentre può operare solo il diverso limite fissato dall'art. 2933, 2° comma c. c., per il caso in cui la distruzione della cosa risulti di pregiudizio per l'economia nazionale, sempreché il concreto verificarsi di tale pregiudizio venga dedotto e dimostrato". Non ogni riduzione in pristino di opere che costituiscono beni produttivi sarà, quindi, in grado di incidere negativamente sull'economia nazionale. La giurisprudenza ha, infatti, escluso la rimozione di una costruzione che viola la normativa sulle distanze nell'ipotesi in cui "la destinazione dell'opera ad uso industriale risponde ad esigenze economiche locali, pur se in zone depresse del Paese", Cass., 17 dicembre 1997, n. 12735, *Mass. Giur. it.*, 1997.

83 COVIELLO, L.: *L'obbligazione negativa*, cit., p. 2 ss.; nello stesso senso NATOLI, U. - BIGLIAZZI GERI, L.: *Mora accipiendi e mora debendi*, Appunti delle lezioni, Milano, 1975, p. 245; GIORGIANNI, M.: *L'inadempimento*, cit., p. 88 ss.; VISINTINI G.: *Tratt. dir. civ. Rescigno*, 9, cit., p. 193; BRECCIA, U.: *Le obbligazioni*, cit., p. 593. Cass., 7 marzo 2003, n. 3412, *Mass. Giur. it.*, 2003: "In materia di obbligazioni, non si applica alle obbligazioni di non fare la disciplina della mora debendi, e costituisce inadempimento ogni fatto compiuto in violazione dell'obbligo (art. 1222 c.c.), ne consegue che l'inadempimento dell'obbligazione negativa di non costruire sul confine rimane integrata dal mero fatto obiettivo di avere costruito".

84 BIANCA, C.M.: "Dell'inadempimento delle obbligazioni", in *Comm. cod. civ.* (a cura di Scialoja-Branca), Bologna-Roma, 1967, p. 241.

una sorta di inadempimento parziale⁸⁵, il creditore avrebbe diritto al risarcimento dei danni per il tempo per il quale il rapporto non ha avuto regolare attuazione⁸⁶.

La giurisprudenza sembra accogliere la posizione della dottrina maggioritaria e a tal proposito ha, ad esempio, statuito che l'inadempimento dell'obbligazione negativa di non costruire sul confine rimane integrata dal mero fatto obiettivo di avere costruito⁸⁷ o, ancora, che l'adozione, da parte di un comune, di un piano regolatore generale, il quale definisca inedificabile un'area che il comune medesimo si era impegnato a mantenere nella preesistente situazione di edificabilità, costituisce fatto integrante inadempimento dell'indicata obbligazione negativa dell'ente locale⁸⁸. Sempre in giurisprudenza è stato riaffermato che "qualora un contratto preliminare ponga il divieto a carico del promissario acquirente di eseguire opere non autorizzate, diverse da quella – espressamente consentita – di recinzione, la violazione di tale obbligo importa un inadempimento contrattuale che, verificandosi – ai sensi dell'art. 1222 – per il fatto della violazione dell'obbligo di non fare, è superabile soltanto con la prova che l'inadempimento medesimo è dipeso da causa non imputabile all'autore della violazione"⁸⁹. La dottrina è concorde nel ritenere che anche le obbligazioni negative soggiacciono alle regole sulla responsabilità per inadempimento ex art. 1218 c.c., sì che l'impossibilità della

85 BRECCIA, U.: *Le obbligazioni*, cit., p. 593. Cfr. BIANCA, C.M.: *Diritto civile. La responsabilità*, 4, Milano, 1994, p. 106 s. il quale osserva come anche nelle obbligazioni negative possono distinguersi inadempimenti definitivi (come nel caso nel quale il debitore che si è impegnato a mantenere segreta una certa formula di produzione ed abbia invece svelato la stessa ai concorrenti del creditore) da quelli che lasciano ancora al debitore la possibilità di eseguire la prestazione (come nel caso del commerciante che, violato l'obbligo di non aprire attività commerciali in concorrenza con un altro soggetto, può sempre far cessare il proprio inadempimento chiudendo l'esercizio illecitamente intrapreso). Inoltre, al fine di ottenere la risoluzione di diritto, il creditore, intimando al debitore di rispettare l'obbligo di astenersi dal compimento di quelle attività contrattualmente non consentite, potrebbe utilizzare la diffida ad adempiere ex art. 1454 c.c. e giungere, così, in caso di perseveranza nell'inadempimento da parte del debitore, allo scioglimento di diritto del vincolo contrattuale e quindi del rapporto obbligatorio. Il debitore inadempiente, tuttavia, fino alla proposizione, da parte del creditore, della domanda di risoluzione per inadempimento potrebbe attivarsi per paralizzare tale iniziativa assumendo una condotta conforme a quanto pattuito e ponendo così fine ai comportamenti vietati, BIANCA, C.M.: *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 243.

86 Anche la nozione di "causa non imputabile" opera nella stessa direzione. Il debitore deve provare una causa a lui esterna, inevitabile (forza maggiore) secondo il metro della diligenza (art. 1176 c.c.) o imprevedibile (caso fortuito). Si deve trattare di evento specifico e determinato. Il debitore sopporta il rischio delle cause ignote in quanto non possa comprovarne l'accadimento. E ciò è conseguenza del regime probatorio. Il creditore deve provare l'esistenza di un valido titolo e il mero fatto del non adempimento. Invero, normalmente si può provare un accadimento, non un fatto negativo o un comportamento omissivo. La prova dell'inadempimento è richiesta soltanto ai fini della domanda di risoluzione (art. 1453 ss. c.c.) e limitatamente al requisito della "non scarsa importanza" (art. 1455 c.c.) nonché in ipo tesi nelle quali l'inadempimento sia consistito in un fatto positivo (ad es., inadempimento di obbligazione negativa). Per queste ragioni, il creditore ha l'onere di provare l'inesatta esecuzione della prestazione e – ai fini della responsabilità da ritardo – la scadenza del termine di adempimento. Il debitore deve provare, oltre all'impossibilità, anche la non imputabilità del fatto che l'ha causata. In particolare deve provare che l'impossibilità era assoluta, oggettiva e insuperabile, cfr. Cass., ord., 28 giugno 2024, n. 17915, *De Jure online*; Cass., ord., 14 luglio 2022, n. 22244, *ivi*.

87 Cass., 7 marzo 2003, n. 3412, *De Jure online*.

88 Cass., 2 marzo 1996, n. 1644, *De Jure online*.

89 Cass., 29 agosto 2011, n. 17716, *De Jure online*.

prestazione per causa non imputabile al debitore libererebbe, quest'ultimo, dal vincolo obbligatorio⁹⁰.

Sul tema dell'applicabilità della disciplina della responsabilità per inadempimento alle obbligazioni negative la giurisprudenza si è orientata nel senso di ritenere applicabile il principio della presunzione di colpa ex art. 1218 c.c., il quale sarebbe superabile soltanto con la prova che l'inadempimento – che, ex art. 1222 c.c., si verifica per il fatto della violazione dell'obbligo di non fare – sia dipeso da causa non imputabile al debitore⁹¹. È, infine, opportuno precisare che in merito all'inadempimento delle obbligazioni negative, non è in ogni caso configurabile un onere per il creditore di costituire in mora il debitore, in quanto la giurisprudenza afferma anche l'impossibilità della purgazione della mora⁹².

Una scelta dei rimedi calibrata sul caso concreto, con un'attenzione rivolta alla natura dell'interesse leso, all'entità del pregiudizio, alle funzioni che il rimedio è idoneo a produrre, alla compatibilità tra la *ratio* della previsione normativa applicabile e il bisogno effettivo di tutela, nel rispetto dei principi di adeguatezza e di proporzionalità tra il rimedio scelto e l'alterazione effettiva arrecata all'ordine contrattuale. Ciò comporta l'individuazione e la modulazione degli spazi e delle possibilità di contemperamento tra la logica del “caso per caso”, sottesa alla giustizia del caso concreto e l'esercizio dell'azione esecutiva, tra le esigenze di tutela del creditore e quelle di evitare che il debitore subisca un pregiudizio ingiustificato. Simile scelta risulta, del resto, coerente con una moderna concezione del rapporto obbligatorio, il quale non si esprime più esclusivamente in termini di subordinazione, bensì di cooperazione⁹³ al fine di raggiungere un risultato utile, sostenibile e ragionevole per i centri di imputazione di interessi coinvolti. Nella giustificazione di questa collaborazione leale e responsabile si supera la concezione individualistica e volontaristica, e per tale egoistica della singola situazione soggettiva inclusa e messa in connessione nel rapporto giuridico e si attribuisce rilevanza ad interessi regole e principi che, pur se non necessariamente dedotti in obbligazione tramite la fonte o l'oggetto, sono ragionevolmente riconducibili al concreto rapporto e alle peculiarità che lo contraddistinguono in base al titolo.

90 BIANCA C.M.: “Dell'inadempimento delle obbligazioni”, cit., p. 245; PERLINGIERI P.: “Dei modi di estinzione”, cit., p. 1256, il quale, nell'osservare che vi possono essere casi concreti in cui si verifica un'impossibilità della prestazione di non fare, porta ad esempio il patto di non alienare e una legge sopravvenuta che, invece, ordini di vendere.

91 Cass., 9 aprile 1991, n. 3724, Rep. Giur. it., 1991, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 547, in argomento cfr. il risalente orientamento della Corte di Cassazione che affermava l'inconfigurabilità di una impossibilità della prestazione che liberi il debitore per causa a lui non imputabile, atteso che ogni fatto compiuto in violazione dell'obbligo di non fare costituisce di per sé inadempimento: Cass., 10 maggio 1951, n. 1094, Rep. Foro it., voce *Obbligazioni e contratti*, n. 299.

92 Cass., 5 luglio 1980, n. 4290, Rep. Foro it., 1980, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 405.

93 Cfr. “Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi). Presentata nell'udienza del 16 marzo 1942-XX per l'approvazione del testo del Codice civile”, Riproduzione anastatica della G.U. del 4 aprile 1942 a cura del Consiglio Nazionale Forense, 2010, www.consiglionazionaleforense.it, al n. 588, dove è riferito alla correttezza. Essa è definita come “il dovere di comportarsi in modo da non ledere l'interesse altrui fuori dei limiti della legittima tutela dell'interesse proprio”.

BIBLIOGRAFIA

- ANGIULI, A.: "Servitù di elettrodotto", in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999.
- ANGIULI, A.: "Servitù pubbliche", *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999.
- BASSANELLI, E.: "L'obbligazione negativa del prestatore d'opera", *Riv. dir. comm.*, 1939, I.
- BARASSI, L.: *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948.
- BARASSI, L.: *La teoria generale delle obbligazioni*, I, *La Struttura*, Milano, 1946.
- BETTI, E.: *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti di obbligazione*, Milano, 1953.
- BETTI, E.: "Autotutela (dir. priv.)": *Enc. giur.* Treccani, IV, Milano, 1959.
- BISCONTINI, G.: *Solidarietà fideiussoria e "decadenza"*, Napoli, 1980.
- BIGLIAZZI GERI, L.: *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, *Introduzione*, Milano, 1971.
- BIGLIAZZI GERI, L.- BRECCIA, U.- BUSNELLI, F.D. – NATOLI, U.: *Diritto civile*, I, I, Milano, 1986.
- BIGLIAZZI GERI, L.- BRECCIA, U. – BUSNELLI, F.D. – NATOLI, U.: *Diritto civile*. 2, *Diritti reali*, Torino, 1988.
- BUZZI, R.: "Obbligazioni negative", in *Tratt. dir. civ.* Cendon, VII, Milano, 2015.
- CANNATA, C.A.: "Le obbligazioni in generale", in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 9, 2^a ed., Torino, 1999.
- CARNELUTTI, F.: "Appunti sulle obbligazioni", *Riv. dir. comm.*, 1915.
- CASTORINA, E.: "Sub art. 825", in *I beni pubblici* (a cura di Id. - G. CHIARA), *Comm. c.c. Schlesinger*, Artt. 822-830 c.c., diretto da F. Busnelli, Milano, 2008.
- CATALANO, R.: *Inadempimento e abuso nelle obbligazioni negative*, Napoli, 2024.
- CIAN, G.: "Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione", *Riv. dir. civ.*, 1968, I.
- CICALA, R.: *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione «novativa» del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968.

CICALA, R.: *Espromissione*, Napoli, 1987.

COVIELLO JR., L.: *L'obbligazione negativa. Contributo alla teoria delle obbligazioni*, Napoli, 1931, ried. 1978.

D'ANGELO, A.: "Senso attuale e condizioni d'uso della disciplina generale delle obbligazioni", *Annuario del contratto* 2009, diretto da D'ANGELO, A. e ROPPO, V., Torino, 2010.

DELLACASA, M.: *La cooperazione all'adempimento e i rimedi a tutela del debitore*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2019.

DEPLANO, S.: *Le obbligazioni negative*, Napoli, 2014.

DEIANA, G.: "Elettrodotto (dir. priv.)", in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1989.

DI MAJO, A.: "Obbligazione, I, Teoria generale", *Enc. giur.* Treccani, XXI, Roma, 1990.

DI MAJO, A.: "Dell'adempimento in generale. Art. 1177-1200", in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca Bologna-Roma, 1994.

DI RAIMO, R.: "Autotutela soddisfattoria e giustizia «volontaria»", *Dir. cost. riv. quad.*, 2018.

DONISI, C.: *Il contratto con se stesso*, Napoli, 1982.

FALZEA, A.: *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947.

FERRONI, L.: "Patrimonialità della prestazione fra evoluzione del sistema sociale e principi di ordine pubblico costituzionale", in AA.VV.: *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006.

FEMIA, P.: *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996.

FRANCESCA, M.: "Leonardo Coviello jr., l'obbligazione negativa e la narrazione della concorrenza", *Rass. dir. civ.*, I, 2024.

GALLI, C.: "Potenziale perpetuità della tutela del know-how e contrattualizzazione degli impegni di riservatezza", *Dir. ind.*, V, 2, 2018.

GIORGIANNI, M.: *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, Milano, 1968.

GIORGIANNI, M.: "Obbligazione (dir. priv.)", *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965.

GROSSO, G. – DEIANA, G.: *Le servitù prediali*, Tratt. dir. civ. it. Vassalli, V, I, Torino, 1963.

LA ROCCA, D.: *Diritto e denaro. Il valore della patrimonialità*, Milano, 2006.

LUZZATO, R.: *Le obbligazioni nel diritto italiano*, Torino, 1950.

MANTUCCI, D.: *L'inadempimento reciproco*, Napoli, 1990.

MANELLI, E.: *Le obbligazioni di non dare*, Napoli, 2018.

MESSINEO, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 1952.

MONGILLO, R.: *Inadempimento e risoluzione di diritto*, Napoli, 2012.

ORLANDI, M.: *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993.

PARENTE, F.: "Gli strumenti di autotutela nel diritto dei contratti", in *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti* (a cura di PERLINGIERI, C. -RUGGERI, L.), Camerino-Napoli, 2016.

PERLINGIERI, P.: *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Napoli, 1972.

PERLINGIERI, P.: *Profili del diritto civile*, 3^a ed., Napoli, 1994.

PERLINGIERI, P.: "Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento", *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Roma-Bologna, 1975.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, V, *Tutela e giurisdizione*, Napoli, 2020 .

PERLINGIERI, P.: "«Principio personalista», «funzione sociale della proprietà» e servitù coattiva di passaggio", Id.: *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005.

RECINTO, G.: *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004.

RESTA, G.: «Il patto di non concorrenza del lavoratore subordinato e le "libertà fondamentali" dell'Unione europea», in *Le "libertà fondamentali" dell'Unione europea e il diritto privato* (a cura di F. MEZZANOTTE), Roma, 2016.

RESCIGNO, P.: "Obbligazioni (dir. priv.)", in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979.

ROMANO, G.: *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, 1995.

ROMANO, G.: "Spunti in tema di adempimento delle obbligazioni", in *Autonomia negoziale e situazioni giuridiche soggettive* (a cura di PERLINGIERI G.- LAZZARELLI F.), Napoli, 2018.

ROMANO, SALV.: *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961.

RUSSO, M.: "Onere della prova e fatto negativo", *Giur. it.*, 2018.

SENATORE, A.: *Obbligazioni negative e comunione*, Napoli, 2020.

SCUTO, C.: *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Napoli, 1950.

SCHLESINGER, P.: "Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale", *Riv. trim.*, 1964

SITZIA, L.: "Il rifiuto dell'adempimento parziale dell'obbligazione negativa", *Riv. trim.*, 2018.

TARTAGLIA POLCINI, A.: *Modelli arbitrali tra autonomia negoziale e funzione giurisdizionale*, Napoli, 2002.

TARTAGLIA POLCINI, A.: *I termini nei rapporti giuridici*, Napoli, 2004.

TARTAGLIA POLCINI, A.: *Arbitrato e modelli di giustizia*, Napoli, 2018.

TARTAGLIA POLCINI, A.: "Sub art. 825", in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di PERLINGIERI G.), III, Napoli, 2010.

ZANONI, P.- CASATI, L.: "La durata dei patti di riservatezza: dal termine di un obbligo di non fare al termine del diritto d'uso del bene informazione", *Contratti*, 2018.

ZANOBINI, G.: *Corso di diritto amministrativo*, IV, Milano, 1958.

CONVERGENZA NORMATIVA E DIVERGENZA
FUNZIONALE TRA IDD E MIFID II

*REGULATORY CONVERGENCE AND FUNCTIONAL
DIVERGENCE BETWEEN IDD AND MIFID II*

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 242-261

Piermarco DI
LALLO

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de junio de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2026

RESUMEN: Il contributo esamina il processo di convergenza regolatoria tra la Direttiva sulla distribuzione assicurativa (IDD) e la MiFID II, con particolare riferimento ai prodotti di investimento assicurativi, interrogandosi sulla tenuta sistemica del modello di tutela. L'analisi muove dall'ipotesi che l'allineamento tra i due regimi, pur significativo sul piano normativo e procedurale, non abbia condotto a una piena assimilazione funzionale tra contratto assicurativo e prodotto finanziario. Attraverso la ricostruzione delle principali categorie condivise – obblighi di condotta, valutazione di adeguatezza, disciplina degli incentivi e product oversight and governance – il lavoro evidenzia una crescente proceduralizzazione della tutela del contraente, nella quale la correttezza del processo distributivo tende a prevalere sull'idoneità sostanziale della soluzione offerta. Tale dinamica emerge con particolare chiarezza nell'analisi delle polizze linked, nelle quali la persistenza di un nucleo di rischio assicurativo impedisce una piena riconduzione al paradigma dell'investimento finanziario. Il contributo si sofferma sulle ricadute di tale assetto sul piano della responsabilità civile e dei rimedi, sottolineando la necessità di governare il processo di convergenza al fine di preservare una tutela effettiva – e non meramente formale – del contraente.

PALABRAS CLAVE: Direttiva sulla distribuzione assicurativa (IDD); MiFID II; prodotti di investimento assicurativi (IBIPs); product oversight and governance; polizze linked; tutela del contraente.

ABSTRACT: *This paper examines the process of regulatory convergence between the Insurance Distribution Directive (IDD) and MiFID II, with particular reference to insurance-based investment products, questioning the systemic coherence of the investor protection framework. The analysis proceeds from the hypothesis that the alignment between the two regimes, while significant at the normative and procedural level, has not led to a full functional assimilation between the insurance contract and the financial product. Through a reconstruction of the main shared categories – conduct obligations, suitability assessment, inducements regulation, and product oversight and governance – the paper highlights a growing proceduralisation of policyholder protection, in which the correctness of the distribution process tends to prevail over the substantive suitability of the solution offered. This dynamic emerges with particular clarity in the analysis of linked policies, where the persistence of an insurance risk core prevents a full reabsorption into the financial investment paradigm. The paper then turns to the implications of this framework for civil liability and remedies, emphasising the need to govern the convergence process in order to preserve effective – rather than merely formal – protection for the policyholder.*

KEY WORDS: *Insurance distribution directive (IDD); MiFID II; insurance-based investment products (IBIPs); product oversight and governance; linked policies; policyholder protection.*

SUMARIO: I. PREMESA: L'ALLINEAMENTO COME TECNICA REGOLATORIA.- II. LA COSTRUZIONE NORMATIVA DELLA CONVERGENZA.- III. L'APPARENZA DELL'OMOGENEITÀ E LA PERSISTENZA DELLA DIVERGENZA FUNZIONALE.- IV. PROCEDURALIZZAZIONE DELLA TUTELA E RESPONSABILITÀ DEL DISTRIBUTORE.- V. INCENTIVI, CONSULENZA E VALORE DEL PRODOTTO: NODI CRITICI DELLA CONVERGENZA.- VI. LA PROSPETTIVA RIMEDIALE TRA VIGILANZA E DIRITTO CIVILE.- VII. CONCLUSIONI: GOVERNARE LA CONVERGENZA.

I. PREMESA: L'ALLINEAMENTO COME TECNICA REGOLATORIA.

La Direttiva sulla distribuzione assicurativa, nota come IDD (*Insurance Distribution Directive*)¹, si inserisce nel più ampio disegno europeo di razionalizzazione delle modalità di salvaguardia del contraente nei mercati finanziari² e assicurativi³. In particolare, con riferimento ai prodotti di investimento assicurativi (IBIPs)⁴, il legislatore unionale ha perseguito un obiettivo dichiarato di convergenza con la disciplina della distribuzione degli strumenti finanziari⁵, nel solco tracciato dalla

- 1 Direttiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2016, sulla distribuzione assicurativa, in GU L 26 del 2 febbraio 2016, pp. 19–59.
- 2 Cfr. PERRONE, A.: “Servizi di investimento e tutela dell’investitore”, *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 2019, I, p. I: “nel diritto dell’Unione europea la protezione degli investitori è diffusamente identificata come finalità delle norme che regolano emittenti, intermediari e mercati (per es.: in materia di prospetto, considerando n. 7 Regolamento (UE) 2017/1129; in materia di servizi di investimento, considerando n. 7 Direttiva 2014/65/UE: d’ora in poi, “MiFID II”; in materia di abusi di mercato, art. I Regolamento (UE) n. 596/2014)”. Sul tema, si faccia pure riferimento a MOLONEY, N.: *How to Protect Investors. Lessons from the EC and the UK*, I, Cambridge, 26/2/2010, pp. 45 ss.
- 3 Cfr. CAMEDDA, A.: “La product oversight and governance nel sistema di governo societario dell’impresa di assicurazione”, *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 2021, 2, p. 234: “Da qualche anno il mercato assicurativo costituisce uno degli scenari privilegiati dal legislatore europeo per la sperimentazione di nuove strategie di tutela dei soggetti che operano all’interno di detto mercato come “clienti” e che, in quanto tali, possono trovarsi in una posizione di debolezza e finanche di vulnerabilità rispetto all’impresa di assicurazione e alle relative reti distributive”.
- 4 Per prodotto di investimento assicurativo (“*Insurance-Based Investment Products*”) si intende “un prodotto assicurativo che presenta una scadenza o un valore di riscatto e in cui tale scadenza o valore di riscatto è esposto in tutto o in parte, in modo diretto o indiretto, alle fluttuazioni del mercato, e non include: a) i prodotti assicurativi non vita elencati all’allegato I della direttiva 2009/138/CE (Rami dell’assicurazione non vita); b) i contratti assicurativi vita, qualora le prestazioni previste dal contratto siano dovute soltanto in caso di decesso o per incapacità dovuta a lesione, malattia o disabilità; c) i prodotti pensionistici che, ai sensi del diritto nazionale, sono riconosciuti come aventi lo scopo precipuo di offrire all’investitore un reddito durante la pensione e che consentono all’investitore di godere di determinati vantaggi; d) i regimi pensionistici aziendali o professionali ufficialmente riconosciuti che rientrano nell’ambito di applicazione della direttiva 2003/41/CE o della direttiva 2009/138/CE; e) i singoli prodotti pensionistici per i quali il diritto nazionale richiede un contributo finanziario del datore di lavoro e nei quali il lavoratore o il datore di lavoro non può scegliere il fornitore o il prodotto pensionistico”; la definizione è rinvenibile all’art. 2, n. 17), della Direttiva (UE) 2016/97.
- 5 Sul punto, sempre PERRONE, A.: “Servizi di investimento”, cit., p. II, ricorda che “i più recenti interventi del diritto dell’Unione europea si caratterizzano per il tentativo di superare la tradizionale segmentazione delle regole esistenti tra prodotti bancari, finanziari e assicurativi” giacché “tali forme di segmentazione si sono [...] dimostrate poco efficienti nel processo di crescente integrazione registrato dall’industria finanziaria. Prevedere regole diverse per fenomeni simili dal punto di vista economico, infatti, aumenta i costi di compliance per gli intermediari polifunzionali, rischia di confondere gli investitori e, soprattutto, fonda la possibilità di arbitraggi regolamentari, permettendo comportamenti opportunistici a detrimento

• **Piermarco Di Lallo**

Dottorando di Ricerca presso l’Università degli Studi dell’Aquila. E-mail: piermarco.dilallo@graduate.univaq.it.

MiFID II⁶. A dieci anni dall'emanazione della IDD, il tempo appare sufficiente per interrogarsi non solo sull'effettività delle singole prescrizioni, ma sulla tenuta sistemica del modello di tutela che ne è scaturito. La convergenza si è realizzata precipuamente mediante l'adozione di un lessico comune e di categorie regolatorie omogenee, funzionali a prevenire fenomeni di arbitraggio e a garantire un livello di protezione comparabile per il contraente *retail*, indipendentemente dal canale distributivo o dalla natura formale del prodotto⁷.

L'ipotesi di fondo di questo contributo è che tale convergenza abbia però prodotto un'omogeneità prevalentemente normativa e procedurale, senza tuttavia riuscire – né forse potendo riuscire – a colmare la distanza funzionale che separa il contratto assicurativo dal prodotto finanziario⁸. Tale distanza non costituisce un

dell'investitore". Nel caso in esame, prosegue l'Autore, "il legislatore europeo" ha provveduto ad estendere "a un segmento del settore finanziario le regole previste per un altro segmento" e così "le nuove regole in materia di distribuzione assicurativa disciplinano i prodotti assicurativi a contenuto finanziario in conformità alle regole di comportamento e product governance previste dalla MiFID II nella distribuzione degli strumenti finanziari".

- 6 Direttiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE, in GU L 173 del 12 giugno 2014, pp. 349–496.
- 7 A tal proposito, si è ravvisato nella storica tendenza ad elaborare diversi statuti normativi a seconda dell'attività svolta dalle varie imprese operanti nei mercati finanziari (i.e. bancarie, di intermediazione e assicurative) un elemento di certa agevolazione di quel fenomeno consistente nell'arbitraggio normativo; in tal senso, cfr. COLAERT, V.: "European banking, securities and insurance law: cutting through sectoral lines?", *Common Market Law Review*, 27/9/2015, 52, 6, pp. 1579-1616 e COLAERT, V., BUSCH, D.: "Regulating Finance in a Post Sectorial World: Setting the Scene", in AA.VV.: *European Financial Regulation: Levelling the Cross-Sectorial Playing Field* (a cura di V. COLAERT, D. BUSCH, T. INCALZA), Hart, Londra, 19/3/2020. Conforme, anche PERRONE, A.: "Servizi di investimento", cit., p. 11, per cui si rinvia alla precedente nt. 5 di questo contributo. Dunque, sebbene il c.d. *institutional design* abbia costituito l'archetipo regolamentare a cui si è ispirato il legislatore nazionale ed europeo per tutto il XX secolo, oggi "emerge con chiarezza la centralità della questione per il legislatore sovranazionale, il cui obiettivo è quello, da un lato, di dettare definizioni uniformi (una "tassonomia" europea) al fine di prevenire disarmonie, incompatibilità e arbitraggi e, dall'altro, di garantire la presenza di un (minimum) level playing field regolatorio volto a preservare l'integrità e l'efficienza delle dinamiche di mercato e la protezione delle imprese, dei risparmiatori e dei consumatori, specie in punto informativo"; il virgolettato è tratto da URBANI, F.: "Rassegna dei principali interventi legislativi, istituzionali e di policy a livello europeo in ambito societario, bancario e dei mercati finanziari", *Riv. Soc.*, 1/8/2022, 4, p. 998. La cartina di tornasole di questa tendenza riposa nel considerando n. 61 della Direttiva (UE) 2016/97, ai sensi del quale "al fine di garantire una coerente protezione degli investitori ed evitare il rischio di arbitraggio regolamentare, è importante che, nel caso di violazioni relative alla distribuzione di un prodotto di investimento assicurativo, le sanzioni amministrative e le altre misure stabilite dagli Stati membri siano allineate a quelle previste dal regolamento (UE) n. 1286/2014" che tutela gli investitori al dettaglio; si veda anche il considerando n. 33 della medesima direttiva.
- 8 Cfr. POLICARO, G. A.: "Il labile confine tra prodotti finanziari ed assicurativi", *Giur. Comm.*, 2019, 6, p. 1311, che, nel commentare Cass. Civ., sez. III, 5 marzo 2019, n. 6319, rileva come la Suprema Corte abbia cassato, con rinvio in diversa composizione per il riesame della controversia, la sentenza della Corte d'Appello di Torino, ritenendo che il precitato consesso non avesse apprezzato "correttamente la natura mista del contratto", consistente, nella fattispecie, in una polizza c.d. "unit linked", caratterizzata da una duplice componente causale, ossia finanziaria - ed in quanto collegata ad indici azionari o altri valori di riferimento ascrivibili a fondi di investimento - ed assicurativa sulla vita; per un approfondimento su questa tipologia di prodotti, si rinvia al contributo di ODORISIO, A.: "Polizze vita linked: a proposito del rischio demografico", *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 2024, I. Tornando alla nota a sentenza citata *supra*, l'Autore sottolinea la qualifica, sotto il profilo funzionale, che la Corte di Cassazione ha riconosciuto al contratto di assicurazione ex art. 1882 c.c., considerandolo come interdipendente "dalla presenza dell'assunzione di un concreto e non irrisorio rischio demografico". Pertanto, qualora quest'ultimo dovesse mancare, la polizza non potrebbe assumersi come riferibile al "tipo vita" codicistico ma costituirebbe un contratto atipico, la cui meritevolezza dovrebbe essere valutata caso per caso, senza, quindi, che dall'assenza del rischio effettivo e non trascurabile possa inferirsi un'ipotesi automatica di nullità; POLICARO, G. A.: "Il labile confine", cit., p. 1312. Quanto alla definizione di "rischio demografico", VOLPE PUTZOLU, G.: "Le

mero residuo concettuale, ma incide in modo diretto sulla configurazione degli obblighi del distributore, sui criteri di imputazione della responsabilità e, in ultima analisi, sull'effettività della tutela del contraente⁹.

L'analisi che segue non muove da una verifica empirica dell'efficacia delle singole prescrizioni, ma ambisce a tentare una ricostruzione delle categorie regolatorie e civilistiche coinvolte, al fine di poter ragionare circa la loro coerenza funzionale rispetto alla struttura del contratto assicurativo.

II. LA COSTRUZIONE NORMATIVA DELLA CONVERGENZA.

L'architettura dell'IDD si fonda su una duplice stratificazione¹⁰: da un lato, regole di condotta generali applicabili a ogni forma di distribuzione assicurativa; dall'altro,

assicurazioni. Produzione e distribuzione", Il Mulino, Bologna, 1992, p. 50, lo individua nel "rischio dello scostamento dell'andamento demografico della popolazione assicurata dalla ipotesi demografica posta a base del calcolo del premio e delle somme assicurate". Dal ragionamento svolto, è agevole evincere che il principio espresso dagli ermellini evidenzia come la causa del tipo contrattuale di cui si discute sia pacifico che vada ricondotta all'assunzione, da parte dell'assicuratore, di un rischio aleatorio legato alla durata della vita umana e come tale assurga a matrice distintiva atta a differenziare funzionalmente il prodotto assicurativo dall'investimento finanziario puro. Cfr. pure CORRIAS, P.: "Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita", *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 95, che osserva come le polizze *unit-linked* e *index linked* siano riconducibili, nei fatti, ad espressione finanziaria dei prodotti assicurativi "vita", "nuzialità" e "natalità" e, pertanto, conservino sempre l'elemento del rischio demografico.

9 Il concetto è ben chiarito nel recente contributo di LAMANDINI, M., MONTEMAGGI, S., DROGHINI, L.: "Contratti bancari ed effettività di tutela del cliente della banca", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2025, 2, pp. 255-256, che, in apertura, riporta il contenuto della risoluzione del 5 luglio 2022 del Parlamento europeo sull'Unione bancaria in cui è ricordato "come, a dispetto di regole europee forti in materia di protezione del consumatore, le esigenze concrete di protezione dei clienti rispetto ai rischi di inadeguata comprensione delle condizioni di credito, inadeguatezza della valutazione di credito e, in ultima analisi, sovraindebitamento restano pressanti, anche perché le norme nazionali traspositive restano ancora oggi significativamente divergenti circa i requisiti di protezione e l'effettività della tutela". Inoltre, di certo interesse il fatto che gli Autori, anche alla luce della forte percezione di vulnerabilità del consumatore nei confronti della banca ravvisata dalla Corte di Giustizia, individuino "una fondamentale questione di principio, che attiene al come riconciliare tra loro, assicurandone l'armoniosa coesistenza, il valore della effettività di tutela del cliente della banca e la tutela sociale che essa sottende e quello della stabilità finanziaria".

10 Con riferimento alle dinamiche di stratificazione e coordinamento della disciplina di tutela del risparmio, si rinvia, *amplius*, alle riflessioni di ALPA, G.: "Responsabilità del produttore", in AA.VV.: *La responsabilità del produttore* (a cura di G. ALPA), Giuffrè, Milano, 2019, pp. 27-28, sulle "disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari", di cui alla l. 28/12/2005 n. 262, nelle quali l'Autore ravvisa "l'esito di un processo di creazione normativa che – promosso inizialmente per coordinare il t.u. sulla intermediazione finanziaria, il t.u. bancario e la riforma della disciplina societaria – ha assunto via via maggiori compiti e suscitato sempre più estese aspettative da parte dei risparmiatori [...] Il legislatore ha in parte soddisfatto, in parte lasciato inevasi gli adempimenti che emergevano dal progetto, ampio ed articolato, [...] e non si è curato di coordinare la nuova disciplina con altre norme" tra cui "il Codice delle assicurazioni private (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209)". L'Autore pur condividendo "i principi generali della nuova legge e i suoi obiettivi" nota che "i commenti che si sono via via raccolti sul testo ne hanno messo in evidenza aporie, lacune, oscurità interpretative, che implicherebbero un intervento legislativo correttivo, al fine di non lasciare irrisolte alcune questioni di fondamentale interesse per la tutela dei risparmiatori".

un regime rafforzato per i prodotti di investimento assicurativi¹¹, espressamente modellato secondo una logica “MiFID-like”¹².

Il baricentro assiologico è individuato nel dovere di agire onestamente, imparzialmente e professionalmente nel migliore interesse del cliente, declinato attraverso obblighi informativi, presidi contro i conflitti di interesse, limiti agli incentivi e regole sulla consulenza¹³.

La già più volte citata convergenza è ulteriormente rafforzata dal diritto di secondo livello, in particolare dalle disposizioni in materia di *product oversight and governance* (breviter, POG)¹⁴, che spostano il fuoco della tutela dal singolo atto di distribuzione alla fase di ideazione, strutturazione e monitoraggio del prodotto¹⁵. La protezione del contraente, quindi, non è più affidata soltanto al comportamento del distributore nel caso concreto, ma viene anticipata e “incorporata” nell’organizzazione dell’offerta, attraverso procedure interne, individuazione del mercato di riferimento e controlli *ex ante* ed *ex post* sul ciclo di vita del prodotto¹⁶. In questa prospettiva, la POG rappresenta una svolta significativa poiché la tutela non si fonda più esclusivamente sulla trasparenza informativa¹⁷, ma su un controllo qualitativo dell’offerta, che mira a ridurre a monte il rischio di prodotti strutturalmente inadeguati rispetto ai bisogni che dichiarano di soddisfare¹⁸.

11 Cfr. Capo VI della Direttiva (UE) 2016/97, rubricato “Requisiti supplementari in relazione ai prodotti di investimento assicurativi” che “stabilisce requisiti supplementari rispetto a quelli applicabili alla distribuzione assicurativa conformemente agli articoli 17, 18, 19 e 20, qualora tale attività sia svolta in relazione alla vendita di prodotti di investimento assicurativi da parte di [...] un intermediario assicurativo [...] un’impresa di assicurazione”; v. art. 26 della Direttiva (UE) 2016/97.

12 La IDD – attuata in Italia con D. Lgs. 21 maggio 2018, n. 68 – ha introdotto nel Codice delle assicurazioni private una disciplina *ad hoc* (artt. 121-ter ss. del D. Lgs. 7 settembre 2005, n. 209) per la distribuzione degli IBIPs che riproduce sostanzialmente, in aggiunta a quelli normalmente richiesti per gli altri prodotti assicurativi, i requisiti di comportamento e gli obblighi di *product governance* propri del modello MiFID II. L’intento del legislatore europeo è di garantire al sottoscrittore di una polizza finanziaria tutele speculari a quelle dell’investitore in strumenti finanziari, a prescindere dal canale distributivo e dalla forma contrattuale utilizzata; cfr. considerando n. 10 della Direttiva (UE) 2016/97, che sancisce l’importanza di “prendere in considerazione la natura specifica dei contratti di assicurazione rispetto ai prodotti di investimento disciplinati dalla direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio” e la necessità che la IDD regolamenti la “distribuzione dei contratti di assicurazione, compresi i prodotti di investimento assicurativi”, allineandola alla MiFID II. Il considerando n. 10 si chiude caldeggiando l’opportunità di “rafforzare le norme minime per quanto riguarda le regole di distribuzione e creare condizioni paritarie per tutti i prodotti di investimento assicurativi”.

13 V., in particolare, artt. 17, 19, 20 e 29 della Direttiva (UE) 2016/97.

14 Cfr. art. 25 della Direttiva (UE) 2016/97.

15 Cfr. MARZUCCHI, S.: “La nuova disciplina della “Product oversight and governance” nel settore assicurativo”, *Riv. di Dir. delle Ass.*, 2017, 4, p. 411, che apre il proprio lavoro chiarendo che “con il termine “Product oversight and governance” (POG) si indica il complesso di obblighi di vigilanza che regolano il processo di ideazione e realizzazione dei prodotti assicurativi (vita e danni) destinati alla collocazione nel mercato in ottica di tutela del consumatore”.

16 Sul tema, bene CAMEDDA, A.: “La product oversight”, cit., p. 238 ss.

17 Cfr. LO CONTE, R.: “La product oversight and governance nel diritto assicurativo, Evoluzioni delle forme di tutela del cliente e regolazione del mercato”, *Diritto dei Mercati*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 127.

18 Chiarisce bene questo aspetto, sempre CAMEDDA, A.: “La product oversight”, cit., p. 239, spec. nt. 19, che scrive: “La logica sottesa alla disciplina della POG è radicalmente diversa da quella che anima i tradizionali presidi di tutela del cliente, essendo finalizzata non ad impedire il collocamento di un prodotto inadeguato

Tuttavia, proprio questo spostamento accentua la tensione tra correttezza procedurale e adeguatezza sostanziale della tutela, sollevando interrogativi sul rapporto tra conformità ai presidi organizzativi e reale idoneità della soluzione assicurativa proposta¹⁹.

III. L'APPARENZA DELL'OMOGENEITÀ E LA PERSISTENZA DELLA DIVERGENZA FUNZIONALE.

Sotto il profilo formale, l'allineamento tra IDD e MiFID II appare senz'altro significativo.

Le due direttive, difatti, assumono medesime categorie - *best interest, suitability, product governance* -, analoghi presidi organizzativi, crescente attenzione a costi, oneri e valore del prodotto per il cliente. Sotto il profilo funzionale, però, si ritiene che la convergenza incontri un limite strutturale²⁰.

ma, più ambiziosamente, la realizzazione stessa di prodotti che si rivelerebbero inadeguati in sede di distribuzione”.

- 19 Cfr. SANASI D'ARPE, V. F.: “Riflessioni sul governo e controllo del prodotto nel mercato assicurativo”, *Dir. Mer. Ass. e Fin., E.S.I.*, 2018, 1, (reperito sul sito: www.contabilita-pubblica.it), pp. 5-6, che ha intercettato la differenza tra prodotto “offerto in vendita” e prodotto “customizzato” in base ai *desiderata* del cliente in considerazione dell'estensione della qualifica di produttore (e conseguenti responsabilità): “Il tentativo del legislatore comunitario è innanzitutto quello di introdurre un'equiparazione sostanziale tra il ruolo dell'impresa assicurativa e quello dell'intermediario che realizzi i prodotti offerti in vendita. La prospettiva è ora mutata radicalmente: se prima veniva considerato produttore la sola compagnia assicurativa, oggi questo ruolo – e, dunque, le relative responsabilità – sono ad appannaggio di chi operi sul mercato per confezionare un prodotto assicurativo. Ne è conferma indiretta l'esclusione dal novero dei produttori dell'intermediario che disegni un prodotto “su misura” a partire da specifiche individuate dal cliente; in questo caso, infatti, è chiaro che il ruolo dell'intermediario non è quello di sondare le esigenze del mercato e, in risposta a queste, ingegnerizzare un prodotto assicurativo, ma quello di dare una veste tecnica a esigenze preindeterminate”.
- 20 L'allineamento formale tra le due normative è stato ritenuto che originasse dalla presa d'atto, da parte del legislatore, “degli evidenti ostacoli che si pongono alla conservazione di assetti regolamentari difformi, stante la diffusa convergenza tra le strategie distributive dei diversi intermediari finanziari e la loro indubbia influenza sulla più generale integrazione tra i mercati dei rispettivi prodotti”; così, MIOLA, M.: “Sui rapporti tra assicurazione e mercati finanziari: il caso delle polizze linked”, *Giur. Comm.*, 2023, 4, p. 587, il quale precisa che il dichiarato obiettivo di sottoporre alla disciplina generale del t.u.f. e alla vigilanza della Consob l'offerta al pubblico dei c.d. prodotti finanziari-assicurativi emessi dalle imprese di assicurazione, così prescindendosi dalla natura dell'intermediario coinvolto, “è consistito nel realizzare un compromesso: allentare la tensione relativa alla compatibilità di tali polizze con la causa del contratto di assicurazione, a fronte della contestuale applicazione della disciplina del mercato mobiliare [...] L'altro versante della medaglia” prosegue l'Autore “è stato quello di una progressiva e non sempre lineare espansione della disciplina in materia, anche di fonte regolamentare, caratterizzata dalla sovrapposizione di normative di settore [...] non sempre ben coordinate tra di loro, pure se nell'obiettivo di fondo di uniformare il livello di tutela dell'investitore a prescindere dal segmento del mercato finanziario in cui il prodotto offerto si colloca, dando luogo a quella che efficacemente è stata definita come una «tela di Penelope».”; v. MIOLA, M.: “Sui rapporti”, cit., pp. 587-588; in senso conforme, cfr. pure le suggestioni di autorevole dottrina richiamate nella nt. 10. Una tela di Penelope che ha trovato nel “principio del c.d. doppio binario” una possibile risoluzione. Parte della dottrina, ritenendo che la “diversificazione normativa in base al soggetto con cui si conclude il contratto non sarebbe pregiudizievole per il cliente” e che “la tutela apprestata dal Codice delle assicurazioni sarebbe solamente diversa, ma non meno intensa rispetto a quella del TUF”, ha finito con il valorizzare la presunta omogeneità - in termini di protezione del cliente - della disciplina a cui risulterebbero soggetti tanto i prodotti assicurativi quanto quelli finanziari, ritenendone, ad ogni buon conto, opportuna la collocazione in una cornice di vigilanza settoriale distinta. Il legislatore ha poi sposato questo assunto che ravvisa “una distinzione soggettiva in base alla qualifica del collocatore” con l'emanazione del “d.lgs. n. 68/2018, attuativo della Direttiva 2016/97/UE c.d. «IDD», Insurance Distribution Directive”, che assoggetta la distribuzione degli IBIPs al Codice delle Assicurazioni indipendentemente dal soggetto distributore, pur conservando un riparto di competenze di vigilanza per soggetti, la Consob

Il contratto assicurativo, anche laddove incorpori una componente di investimento, resta caratterizzato da elementi che non si lasciano integralmente ricondurre al paradigma finanziario; il riferimento è alla funzione di trasferimento del rischio²¹, alla dimensione aleatoria²², all'orizzonte temporale tendenzialmente di lungo periodo²³, alla finalità di protezione²⁴ o pianificazione²⁵.

Mentre l'investitore tutelato dalla MiFID è, per definizione, chiamato a compiere scelte allocative tra alternative di rendimento²⁶, l'assicurato, in prima istanza, corrisponde ad un soggetto che domanda copertura rispetto ad eventi futuri e incerti²⁷.

per banche e Sim, e l'Ivass per gli intermediari assicurativi; così COPPOLA, F.: "Le polizze unit-linked tra c.d. doppio binario, rapporto contrattuale e riqualificazione", *Resp. civ. prev.*, 2024, 2, p. 613. Per completezza di analisi va detto che questo tentativo di composizione della problematica in esame non è condiviso da quella corrente "sostanzialista" che continua a ritenere le garanzie offerte dal TUF qualitativamente più forti ed intense rispetto a quelle del Codice delle assicurazioni private, "motivo per cui non risulterebbe coerente con i valori espressi dal nostro ordinamento giuridico pregiudicare in tal modo i clienti-investitori. [...] In altre parole, partendo dalla ratio di tutela sottesa all'art. 25-bis TUF e dando per presupposto che il Codice delle assicurazioni fornisca una tutela inferiore e non semplicemente diversa ai clienti-investitori, risulta coerente con l'intento di protezione dei soggetti deboli l'estensione dell'art. 25-bis TUF anche alle polizze unit-linked concluse con broker o agenti assicurativi."; COPPOLA, F.: "Le polizze", cit., p. 614. In senso conforme, v. STELLA RICHTER, M.: "L'attività di gestione del risparmio di banche ed assicurazioni", in AA.VV.: *I contratti del mercato finanziario* (a cura di E. GABRIELLI, R. LENER), Utet, Torino, 2004, p. 659 e ss.

- 21 Cfr. BIANCA, C. M.: *Diritto Civile, il contratto*, III, 2, Giuffrè, Milano, 2000, p. 491, spec. nt. 153, che indica "la generale nozione di rischio quale pericolo di pregiudizio derivante da fatti non imputabili alle parti come illeciti".
- 22 Sulla constatazione che "l'aleatorietà non esclude la corrispettività delle prestazioni" e "non giunge [...] ad escludere la funzione di scambio del contratto", v. sempre BIANCA, C. M.: *Diritto Civile*, cit., pp. 491 e 493. Conforme, MARINELLI, F., CERVALE, M. C.: *Diritto privato dell'economia*, 5, Giappichelli, Torino, 2022, p. 270.
- 23 Cfr. CHRISTOPHERSEN, C., ZSCHIESCHE, J.: "Macroprudential objectives and instruments for insurance, - An initial discussion", *EIOPA Financial Stability Report*, 2015, 5, p. 74.
- 24 Propria, in particolare, delle polizze di responsabilità civile, "caratterizzate da un'intrinseca complessità, che deriva dal fatto che la loro funzione è bifronte: proteggere sì il patrimonio dell'assicurato ma anche [...] proteggere la vittima di un danno"; così, CERINI, D.: "Prodotti cosmetici: responsabilità e assicurazione dopo il Reg. 1123/2009", in AA.VV.: *La responsabilità del produttore* (a cura di G. ALPA), Giuffrè, Milano, 2019, p. 556.
- 25 Che appartiene, in particolare, all'assicurazione sulla vita, "in quanto strumento volto anche a stimolare lo spirito di previdenza e di risparmio degli assicurati."; v. CAMPOBASSO, G. F.: *Manuale di diritto commerciale*, UTET, Milano, 2022, p. 533. Aderisce alla pertinenza del distinguo tra i due "rami" (v. art. 2 "Classificazione per ramo" del D. Lgs. n. 209 del 2005) - "vita" e "danni" - ivi effettuato (cfr. questa e la nota precedente), SANTI, F.: "Art. 1882", in AA.VV.: *Commentario al codice civile* (a cura di P. CENDON), Giuffrè, Milano, 2010, p. 10, che sottolinea come "l'enunciato normativo dell'art. 1882 c.c., che fissa la nozione di contratto di assicurazione si presta ad alcune osservazioni preliminari. Esso aderisce all'idea di configurare in termini unitari questo contratto, il che è illusorio. Si tratta di due definizioni, dal momento che il pensiero giuridico non ha espresso una concezione unitaria sotto il profilo della causa dei due tipi contrattuali indicati in quella descrizione (assicurazione dei danni e sulla vita)".
- 26 L'osservazione secondo la quale "il profilo dell'operazione è, pertanto, prevalentemente «speculativa» [...] atteso che l'obiettivo prevalente dell'investitore è quello di realizzare l'investimento e dismettere, in un periodo relativamente breve, l'impegno finanziario", sebbene sia formulata in ambito *corporate*, risulta tuttavia utile a mettere in luce la matrice allocativa che caratterizza, sul piano funzionale, anche le decisioni di investimento dell'investitore "al dettaglio" tutelato dalla MiFID, chiamato a confrontare alternative di rendimento e a valutare la temporaneità dell'impegno finanziario; cfr. MAZZÙ, S., RICCARDI, A.: "L'investimento nel capitale di rischio e il venture capital", in AA.VV.: *Corporate & investment banking* (a cura di S. MONFERRA, M. COTUGNO, S. MAZZÙ), Franco Angeli, Milano, 2017, p. 254.
- 27 Ed infatti la "causa del contratto di assicurazione è il trasferimento di un'alea economica"; TORRENTE, A., SCHLESINGER, P.: *Manuale di diritto privato*, 18, Giuffrè, Milano, 2007, p. 723. Sul punto, cfr. Cass. civ., sez. III, ord. 30 aprile 2018, n. 10333, *Rivista di diritto tributario*, Pacini Giuridica, suppl. online, dove la Suprema Corte ha ritenuto corretta la riqualificazione in contratto di intermediazione finanziaria - e non assicurativo - di una polizza vita priva di garanzia di conservazione del capitale alla scadenza, sancendo così

Le polizze *linked*²⁸ rappresentano, in tal senso, un vero e proprio stress test del modello di convergenza. Loro elemento peculiare, confortato dalla prassi contrattuale, è la presenza di una sia pur minima garanzia demografica a favore dell'assicurato²⁹. Ad esempio, è frequente la clausola per cui, in caso di morte di quest'ultimo, ai beneficiari spetti non soltanto il controvalore delle quote finanziarie maturate, ma anche una maggiorazione - spesso parametrata all'età del soggetto al momento del decesso - sul capitale liquidato. Non è, tuttavia, la misura quantitativa della garanzia demografica a risultare decisiva, quanto la sua rilevanza causale nella struttura del rapporto³⁰. Con ciò vuole dirsi che anche un rischio assicurativo limitato, purché non meramente simbolico, possa concorrere a qualificare il contratto in termini funzionalmente distinti rispetto al prodotto finanziario puro. Ciò riflette la finalità previdenziale di tali prodotti, ponendo l'assicuratore a copertura di un rischio, per quanto contenuto, legato alla vita umana. Un elemento, questo, estraneo alle logiche squisitamente speculative, ma tipico della funzione assicurativo-previdenziale³¹. Da una parte, la presenza di una

che, in assenza di una garanzia di risultato tipica, il contratto venga trattato come prodotto d'investimento. Il pronunciamento pone in rilievo la prevalenza, al di là delle etichette, della causa in concreto, ossia della funzione economico-individuale del contratto, ad osservanza della quale è dato convenire che laddove la polizza non copra un rischio assicurativo sostanziale, vada considerata alla stregua di un investimento finanziario, al di là del *nomen iuris* attribuitole.

- 28 CORRIAS, P.: "I prodotti assicurativo-finanziari: genesi ed evoluzione", *Assicurazioni*, Torino, 2021, 4, p. 583, le riconduce "a tre classi principali: i) le polizze unit linked agganciate a fondi interni, ossia costituiti e gestiti dalla stessa impresa di assicurazione all'interno delle riserve matematiche afferenti alle polizze in esame; ii) le polizze unit linked agganciate a fondi esterni rispetto all'impresa, ossia a fondi comuni di investimento; iii) le polizze index linked con prestazioni non dipendenti dalle quote di un fondo - sia esso interno od esterno rispetto all'impresa - ma da un indice azionario o da un altro valore di riferimento. Tratto comune e caratterizzante di questi modelli è che la prestazione dell'impresa non dipende unicamente dal verificarsi dell'evento - incerto nell'an o nel quando - della vita contemplato (c.d. rischio demografico) ma dall'andamento del mercato finanziario, ossia da parametri, quali il valore delle quote dei fondi interni o di quelli esterni, oppure dall'altro valore di riferimento".
- 29 Ciò permette, sul piano sistematico, di inquadrare pacificamente le polizze *linked* tra i contratti assicurativi sulla vita; cfr. nt. 25.
- 30 Cfr. Cass. civ., sez. I, 9 aprile 2024, n. 9418, ECLI:IT:CASS:2024:9418CIV, adesiva alla giurisprudenza maggioritaria, secondo cui, in tema di polizze *unit linked*, la qualificazione del contratto come assicurazione sulla vita ovvero come investimento in strumenti finanziari richiede una verifica in concreto dell'effettiva allocazione del rischio demografico, inteso quale rischio connesso al verificarsi di un evento attinente alla durata della vita umana. La Corte ribadisce la distinzione, di carattere descrittivo, tra polizze *guaranteed*, *partial guaranteed* e *unit linked* c.d. pure, chiarendo che solo nelle prime due ipotesi l'assicuratore assume, benché con diversa intensità, il rischio demografico, garantendo una prestazione minima svincolata dall'andamento del parametro finanziario sottostante. Nelle polizze pure, invece, il rischio di investimento grava integralmente sull'assicurato e l'evento legato alla vita umana degrada a mero criterio temporale di liquidazione della prestazione, con conseguente insussistenza di un effettivo rischio demografico e natura soltanto apparente dell'assunzione del rischio da parte dell'assicuratore; in tal senso, cfr. pure Corte D'App. Napoli, sez. VII, 19 novembre 2025, n. 5832, *Diritto del Risparmio*, p. 19, in cui è ribadito l'assunto secondo cui "se il rischio d'investimento grava totalmente sull'assicurato, tanto da poter comportare la perdita dell'intero capitale, il c.d. rischio demografico, pur apparentemente presente, è in realtà insussistente perché non si garantisce all'assicurato, proprio in base all'accordo, il riconoscimento di una somma di denaro minima, pur ridotta rispetto all'ammontare dei premi versati, che sia completamente "slegata" dal valore sottostante delle quote di investimento; oppure gli si attribuisce una somma del tutto irrisoria".
- 31 Al riguardo, scrive VOLPE PUTZOLU, G.: "Le polizze linked tra norme comunitarie, Tuf e codice civile", *Ass.*, 2012, I, p. 414, che "le polizze linked non sono "prodotti finanziari", ma contratti di assicurazione connessi con una operazione finanziaria o, se si preferisce, con un prodotto finanziario. Il rilievo dell'operazione finanziaria è, quindi, soltanto indiretto", in adesione alle posizioni espresse da una minoritaria dottrina. Quanto alle finalità delle polizze vita, l'Autrice, chiarisce che "può trattarsi di una finalità previdenziale intesa come finalità di provvedere ai bisogni propri in caso di sopravvivenza ad una certa età, o di provvedere ai bisogni dei beneficiari in caso di morte, ma da nessuna disposizione del codice civile è dato

componente finanziaria³² giustifica l'applicazione di presidi tipici della disciplina MiFID; dall'altra, la persistenza di un nucleo di rischio assicurativo impedisce una piena assimilazione funzionale al prodotto finanziario puro³³.

Ne deriva che categorie quali adeguatezza³⁴, *target market*³⁵ e valore del prodotto, pur necessarie, non possano essere applicate in modo indifferenziato senza incidere sulla ricostruzione civilistica della causa del contratto³⁶.

Il rischio, allora, è che l'utilizzo di categorie mutate dal diritto dei mercati finanziari produca una tutela formalmente uniforme ma funzionalmente disallineata, nella quale la correttezza del processo decisionale assume un rilievo preponderante rispetto alla congruità sostanziale della soluzione assicurativa offerta³⁷.

desumere che questa e soltanto questa sia la funzione del contratto.”; VOLPE PUTZOLU, G.: “Le polizze”, cit., p. 407.

- 32 Parla “di una causa di investimento [...] che a volte sfuma ed a volte eclissa completamente la funzione previdenziale”, BERTI DE MARINIS, G.: “La natura delle polizze assicurative a carattere finanziario e la tutela dell'assicurato-investitore”, *Resp. civ. prev.*, 2018, 5, p. 1521.
- 33 Sebbene, CAPRIGLIONE, F.: “Le polizze “unit linked”: prodotti assicurativi con finalità di investimento”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 30, 9, p. 428, osservi che “ove venga verificata la sussistenza di un intento orientato alla realizzazione di un contratto volto in via prevalente ad attuare un investimento finanziario, non sorge perplessità alcuna a ritenere che il medesimo sia estraneo al genus dei “contratti assicurativi sulla vita”, nei quali la riferibilità ad eventi riguardanti la vita umana incide significativamente sulle prestazioni convenute tra le parti. In altri termini, quel che viene in considerazione è la priorità dello scopo di investimento”. Anche le riflessioni proposte da BERTI DE MARINIS, G.: “La natura”, cit., p. 1523, indicano che “il problema [...] non può essere analizzato esclusivamente sotto il profilo dell'evento che fa sorgere il diritto alla prestazione erogata dall'assicurazione, ma risulterà influenzato anche dalla corretta allocazione del rischio dedotto in contratto, tale che se lo stesso non incombe sull'impresa di assicurazione ma soltanto sul contraente [...] non verrebbe assicurata a quest'ultimo la possibilità di contare su una risorsa finanziaria certa, strumentale a fronteggiare il bisogno connesso all'evento della vita umana dedotto in contratto. In tali circostanze, quindi, la presenza di una forte e preponderante alea economica gravante sul contraente [...] che vedrà dipendere la prestazione assicurativa [...] dalle variabili [...] che caratterizzano il «rischio di investimento» determina una netta modifica della funzione che quello schema negoziale [...] è in grado di assolvere”.
- 34 Ne intercetta la crescente incidenza in questo particolare ambito, GAGLIARDI, M.: “I contratti di assicurazione della responsabilità civile con clausola claims made: le problematiche aperte in sanità”, *Riv. it. med. leg.*, 2019, 2, p. 484, la quale nota che “l'adeguatezza ha sempre costituito il fulcro della valutazione richiesta all'intermediario di assicurazione, anche se maggiore attenzione sulla sua reale portata sembra seguire all'implementazione della Direttiva sulla distribuzione assicurativa, 2016/97/UE (c.d. Direttiva IDD) ad opera del D. Lgs. 21 maggio 2018, n. 68 e sulla relativa vicinanza alle analoghe previsioni sancite a carico degli intermediari finanziari”.
- 35 Cfr. CAMEDDA, A.: “La product oversight”, cit., p. 255, che chiarisce bene come l'attività di monitoraggio dell'attività distributiva effettuata dall'impresa di assicurazione – per il tramite di idonee “misure, anche di controllo” – in ossequio alla propria *policy* POG sia “diretta, in particolare, a verificare che la distribuzione dei prodotti avvenga all'interno del mercato di riferimento individuato dal produttore e che l'eventuale distribuzione al di fuori del *target market* sia comunque indirizzata a clienti non compresi nel *target* negativo (c.d. vendita “a target grigio”) e giustificata dalla preliminare verifica della corrispondenza del prodotto alle richieste ed esigenze del cliente finale in termini di adeguatezza, risultante dalla consulenza fornita prima della conclusione del contratto, o, per i prodotti di investimento assicurativi non complessi ai sensi dell'art. 16 del reg. UE n. 2359/2017 (prodotti di ramo I con garanzia di restituzione del capitale) rispetto ai quali non vige un obbligo di consulenza, in termini di appropriatezza/adeguatezza”.
- 36 Proprio rispetto al rischio di “fuoriuscita dalla causa del contratto di assicurazione” delle polizze *linked* e “al fine di preservare l'adeguatezza del valore di tale investimento” e dare loro una “corretta configurazione”, MIOLA, M.: “Sui rapporti”, cit., p. 605, ritiene che “un ruolo significativo potrà essere svolto dalle regole in tema di product oversight and governance introdotte dalla direttiva IDD”.
- 37 Sul rischio di una protezione solo formalmente efficace nella distribuzione dei prodotti assicurativi finanziari, v. LANDINI, S.: “Regole di condotta nella distribuzione delle polizze linked tra forma e sostanza”, *Pactum*, 2022, 3, p. 431, dove si osserva che “la violazione della regola di condotta della coerenza del

IV. PROCEDURALIZZAZIONE DELLA TUTELA E RESPONSABILITÀ DEL DISTRIBUTORE.

Quel che si nota è il modo in cui la convergenza IDD–MiFID II si traduca, sul piano applicativo, in una crescente proceduralizzazione della tutela. La verifica dell'adempimento tende a concentrarsi su elementi documentabili e verificabili *a posteriori*, quali la completezza dell'informativa, la correttezza dei questionari, l'esistenza di presidi di *product governance*, la tracciabilità delle valutazioni effettuate³⁸.

Un approccio, questo, che presenta indubbi vantaggi in termini di certezza e vigilanza, ma comporta anche, come effetto collaterale, il rischio che la tutela del contraente venga misurata più sulla base della conformità procedurale che sull'effettiva idoneità del prodotto rispetto ai suoi bisogni assicurativi³⁹.

Sul piano della responsabilità civile ciò incide profondamente sui criteri di imputazione. L'attenzione si sposta dall'esito dell'operazione, che si concreta nella reale adeguatezza della soluzione offerta, al processo che ha condotto alla sua raccomandazione o distribuzione. Ne derivano interrogativi rilevanti circa la prova

prodotto offerto potrebbe dar vita ad una inadeguatezza totale", con conseguente applicazione delle norme civilistiche sulla nullità del contratto per inesistenza del rischio ex art. 1895 c.c. e sulla responsabilità del distributore, ai sensi dell'art. 1338 c.c., giacché l'adesione formale a moduli e documentazione predefinita rischia concretamente di mascherare l'assenza di una reale tutela sostanziale del cliente. Affronta in maniera verticale gli aspetti legati alla tutela informativa in fase precontrattuale delle polizze *linked*. GRECO, F.: "Dall'informazione pre-contrattuale alla product governance: la tutela del risparmiatore tra paternalismo normativo e nuovi modelli di controllo", *Riv. dir. banc.*, 2017, 2, pp. 73 e ss., al cui lavoro si rinvia.

38 "Alle imprese di assicurazione e agli intermediari assicurativi che realizzano prodotti assicurativi da vendere ai clienti viene indicato di elaborare e adottare presidi in materia di governo e controllo del prodotto che prevedano appropriate misure e procedure finalizzate all'ideazione, monitoraggio, revisione e distribuzione dei prodotti proporzionati (si parla appunto di principio di proporzionalità) al livello di complessità e rischiosità dei prodotti nonché alla natura, alle dimensioni e alla complessità dell'attività svolta dai produttori. [...] In capo al distributore assicurativo grava [...] una vera e propria "funzione consulenziale", che si concreta in una serie di attività rivolte ad una revisione di contratti, procedure interne e azioni di governance progettate a massimizzare il principio di direzione dell'attività di intermediazione alla più corretta gestione degli interessi dei consumatori contraenti."; così, SANASI D'ARPE, V. F.: "Riflessioni sul governo, cit., p. 6.

39 Come osservato in dottrina rispetto alle disposizioni MIFID II, nei servizi di consulenza in materia di investimenti e di gestione di portafogli l'intermediario è tenuto a svolgere una preventiva e articolata analisi di adeguatezza, fondata su questionari di profilazione e su algoritmi decisionali che tengano conto, tra l'altro, della conoscenza ed esperienza del cliente, della sua propensione al rischio, della capacità di sostenere perdite, degli obiettivi di investimento e delle preferenze di sostenibilità; in tale prospettiva, il giudizio di adeguatezza, strutturato in termini binari e verificabili *ex post*, condiziona in via impeditiva la prestazione del servizio; cfr., sul punto, LEMBO, M.: "Servizi di investimento e sostenibilità esg: il nuovo assetto normativo alla luce della più recente disciplina comunitaria", *Dir. comm. int.*, 01/03/2023, I, p. 72. Sul piano della sistematica complessiva del fenomeno qui considerato, si inserisce, in controllo, anche la clausola di non applicabilità prevista dall'art. 24, comma 3, della Direttiva (UE) 2016/97, che, nel rinviare a regimi settoriali contigui, opera all'interno di un paradigma di tutela già fortemente proceduralizzato, nel quale la centralità di strumenti documentali e di presidi organizzativi tende ad assorbire la valutazione sull'effettività della protezione offerta al contraente.

del nesso causale, la configurabilità del danno e il ruolo delle presunzioni⁴⁰ fondate sulla violazione di regole di condotta⁴¹.

La *product governance*, in particolare, tende a ridisegnare la responsabilità in chiave organizzativa⁴², individuando nella ricostruzione proposta non più -o non solo- l'errore individuale del singolo intermediario, ma un vero e proprio *deficit*

40 Sul punto, può richiamarsi, in chiave meramente suggestiva, una riflessione maturata in ambito civilistico, nella quale il ricorso alle presunzioni è stato letto non come automatismo imputativo, bensì come strumento funzionale ad evitare che l'assetto della responsabilità civile resti ancorato, quale che ne sia il titolo, a modelli probatori irrealistici. Cfr. ALPA, G.: "Responsabilità del produttore", cit., pp. 42-43, che vede nel "ricorso a «presunzioni» [...] un mero espediente per aprire la via a soluzioni più realistiche" in considerazione del fatto che "l'applicazione della clausola generale di responsabilità ha [...] permesso di configurare come «illecito aquiliano» non solo la negligente fabbricazione della merce, ma anche la sua errata progettazione" e "l'insufficiente documentazione sui modi di impiego del prodotto [...] Né la natura dei meri «danni economici» si è considerata ostacolo all'ammissione -in linea di principio- delle richieste di risarcimento. In verità, in tutti questi casi l'impiego della clausola generale di responsabilità non è dissociato dal criterio della «colpa»; ma si tratta di colpa «presunta», almeno nella maggior parte dei casi, nei quali il consumatore non aveva potuto (o saputo) dimostrare l'imprudenza o l'imperizia del produttore". Una riflessione, questa, che, sebbene afferisca alla responsabilità aquiliana del produttore, appare significativa sul piano funzionale, in quanto mette in luce come il ricorso alle presunzioni risponda a un'esigenza di riequilibrio probatorio che trascende il titolo della responsabilità, risultando rilevante ogniquale l'adempimento di obblighi di condotta – specie a contenuto informativo o procedurale – si collochi prevalentemente nella sfera di controllo di una sola delle parti coinvolte.

41 "Nel tempo la dottrina si è interrogata circa gli effetti privatistici della violazione di regole di condotta presenti nella normativa pubblicistica volte a superare asimmetria informativa e difficoltà della controparte nel comprendere il tecnicismo dei contenuti contrattuali dei prodotti del mercato assicurativo e finanziario. Qui dottrina e giurisprudenza hanno oscillato tra la responsabilità per mancata adozione di standard di correttezza nella formazione del contratto (art. 1337), la nullità per violazione di norma imperativa, la risoluzione per inadempimento (art. 1453) degli obblighi incombenti sull'intermediario all'interno del rapporto di distribuzione."; così LANDINI, S.: "Regole di condotta", cit., pp. 430-431, la quale sostiene che "non sia possibile individuare la soluzione privatistica perché occorre considerare come la violazione della regola di condotta si inserisca nel procedimento contrattuale e nella struttura contrattuale". V., *amplius*, con specifico riguardo alle polizze *unit-linked*, SCUDERI, S.: "Tutela del risparmiatore e polizze unit linked. Le questioni ancora aperte dopo le decisioni della CGE", *Jus Civile*, 2024, 2, pp. 297-299, la quale evidenzia che la violazione degli obblighi informativi ripropone la dibattuta distinzione tra regole di validità e regole di comportamento. Su tale crinale si registrano orientamenti opposti, giacché un primo filone considera gli obblighi informativi alla stregua di norme imperative, sicché la loro inosservanza determinerebbe la nullità del contratto e la conseguente restituzione di quanto versato dall'investitore; un diverso orientamento, viceversa, esclude effetti sulla validità negoziale, configurando l'inosservanza dei doveri informativi come fonte di responsabilità risarcitoria – precontrattuale o contrattuale – a favore dell'investitore non adeguatamente informato. In linea con questa seconda impostazione, nel 2007, le Sezioni Unite della Cassazione hanno riaffermato il principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento, escludendo la tesi della nullità e prospettando quale rimedio il risarcimento del danno pur in presenza di un contratto pienamente valido ed efficace, nonché, laddove l'inadempimento risulti grave ai sensi dell'art. 1455 c.c., la risoluzione del contratto. Nel settore delle polizze *unit-linked*, tuttavia, l'assenza di specifiche previsioni sanzionatorie nella disciplina di derivazione europea ha lasciato irrisolti i problemi di tutela in caso di carenze informative. Sul punto sono intervenute le recenti pronunce della Corte di Giustizia UE (24 febbraio 2022, cause riunite C-143/20 e C-213/20; 2 febbraio 2023, causa C-208/21) che, da un lato, impongono di comunicare agli aderenti tutte le informazioni essenziali sulle caratteristiche specifiche e sui rischi degli investimenti sottostanti la polizza collettiva sottoscritta e, dall'altro, qualificano l'omissione – o la comunicazione incompleta – di tali informazioni come pratica commerciale sleale, in quanto omissione ingannevole su elementi decisivi per la decisione del consumatore. Ne discende l'imputabilità della responsabilità in capo all'operatore professionale, impresa assicurativa o intermediario che sia, per violazione del dovere di diligenza. Conseguentemente, si assiste a un potenziamento delle azioni esperibili dal momento che il risparmiatore leso dall'omessa informazione potrà affiancare ai rimedi contrattuali previsti dall'ordinamento interno anche quelli privatistici dettati in materia di pratiche commerciali scorrette, ivi compresa l'azione individuale a carattere risarcitorio.

42 V. Regolamento IVASS n. 45 del 4/08/2020, recante disposizioni in materia di requisiti di governo e controllo dei prodotti assicurativi ai sensi del decreto legislativo 7/09/2005, n. 209 – codice delle assicurazioni private e successive modifiche e integrazioni; in particolare, si faccia riferimento all'art. 5, comma I, in cui è chiarito come sia l'organo amministrativo ad avere "la responsabilità ultima dell'osservanza delle norme sul processo di approvazione dei prodotti assicurativi".

strutturale dell'assetto predisposto dall'impresa⁴³. Si tratta di un'evoluzione di certo coerente con le trasformazioni dei mercati, ma che richiede un attento governo sul piano dei rimedi, per evitare derive verso forme surrettizie di responsabilità oggettiva⁴⁴.

V. INCENTIVI, CONSULENZA E VALORE DEL PRODOTTO: NODI CRITICI DELLA CONVERGENZA.

Alcuni snodi regolatori rivelano in modo particolarmente chiaro la tensione tra convergenza normativa e divergenza funzionale.

Partendo dalla disciplina degli incentivi, è agevole intuire come questa miri a neutralizzare conflitti di interesse potenzialmente distorsivi. Tuttavia, un siffatto strumento può produrre effetti differenti in contesti funzionalmente diversi. A puro titolo esemplificativo, ciò che riduce il rischio di *mis-selling*⁴⁵ in ambito finanziario può incidere sull'accessibilità e sulla sostenibilità della consulenza assicurativa, soprattutto per prodotti complessi o di lungo periodo⁴⁶.

43 Cfr. Corte giust., 15 luglio 2021, causa C-911/19, *Fédération bancaire française (FBF) vs. Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)*, § 104, ECLI:EU:C:2021:599, dove si afferma che "l'immissione sul mercato, da parte degli istituti finanziari, di prodotti bancari elaborati e commercializzati senza tener conto delle caratteristiche dei mercati considerati e di quelle dei consumatori interessati può comportare rischi considerevoli per detti istituti, in particolare esponendoli a costi notevoli legati all'insorgenza di responsabilità in capo ad essi e alla pronuncia di sanzioni nei loro confronti".

44 Tuttavia, in ambito extracontrattuale, si pensi alla responsabilità ex art. 2049 c.c. riconosciuta in capo a imprese di investimento, banche, intermediari finanziari e società di gestione del risparmio per i danni cagionati da atti illeciti posti in essere, "nell'esercizio delle loro incombenze", dai promotori finanziari di cui si avvalgano per la promozione di offerte fuorisede; si rinvia, sul punto, a TRIMARCHI, P.: "La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno", III, Giuffrè, Milano, 2021, p. 337. Tale fattispecie, talora ricondotta in dottrina allo schema della responsabilità oggettiva, appare più correttamente qualificabile come responsabilità fondata su un criterio di imputazione organizzativo e sul rischio d'impresa, strutturalmente delimitata dal requisito dell'occasionalità necessaria, che esclude l'imputazione "quando la condotta illecita involga comportamenti o azioni ab imis estranei" al nesso teleologico con l'attività affidata; così, CALVO, R.: "La responsabilità civile", Zanichelli, Torino, 2024, pp. 201-202, che, sempre in ambito di responsabilità dei padroni e committenti di cui all'art. 2049 c.c., conferma l'esistenza di "una ricca casistica in tema di responsabilità della società d'investimento mobiliare verso il consulente finanziario per i danni provocati all'investitore: in questo settore vige l'art. 31, comma 3, d.lgt. n. 58 del 1998, in forza del quale chi «conferisce l'incarico è responsabile in solido dei danni arrecati a terzi dal consulente finanziario abilitato all'offerta fuori sede, anche se tali danni siano conseguenti a responsabilità accertata in sede penale»; v. CALVO, R.: "La responsabilità", cit., p. 196, spec. nt. 4.

45 Ossia di una "errata vendita" che non permetta di tutelare al meglio le ragioni degli investitori; la definizione ivi riportata è tratta dalla sentenza della Corte d'Appello di L'Aquila, sez. I, 10 marzo 2025 n. 312, *De Jure*. Sul tema, si rinvia, senza pretesa di esaustività, ai recenti lavori di MEZZACAPO, S.: "Profili civilistici del mis-selling di strumenti finanziari: il rapporto tra «contratto-quadro» e singoli «ordini» d'investimento e i regimi di responsabilità dei soggetti abilitati (Trib. Terni, 30 gennaio 2023, n. 65)", *Le Corti Umbre*, E.S.I., 2023, 2, pp. 395-430, e CIRIOLO, F.: "Mis-selling di passività ammissibili e tutela dell'investitore", *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale della Banca d'Italia*, 2024, 99, pp. 361-374.

46 La IDD consente agli Stati membri di introdurre limiti più stringenti in materia di incentivi, in particolare laddove questi possano impattare negativamente sulla qualità del servizio prestato al cliente o generare conflitti di interesse, se non adeguatamente gestiti. Tale impostazione si inserisce in un quadro disciplinare coerente con l'approccio adottato in ambito finanziario dalla MiFID II, volto a ridurre i potenziali *bias* distributivi connessi ai meccanismi di remunerazione degli intermediari; v. artt. 29, §§ 3 e 4, lett. a) e b), Direttiva (UE) 2016/97. Nel settore assicurativo, e in particolare nel ramo vita, un irrigidimento eccessivo degli incentivi rischia tuttavia di incidere negativamente sull'equilibrio economico dell'attività di consulenza, soprattutto laddove la distribuzione di prodotti assicurativi di lungo termine e caratterizzati da una struttura finanziaria complessa – quali le polizze *unit-linked* – presupponga un impegno informativo qualificato e un'assistenza continuativa nel tempo. In tali ipotesi, una compressione significativa delle forme

Analoghe considerazioni valgono per quanto concerne la valutazione di adeguatezza; infatti, se la *suitability* è costruita attorno a categorie tipiche dell'investimento quali il rischio, il rendimento o l'orizzonte temporale, il pericolo concreto è quello di catturare solo parzialmente la specificità della domanda assicurativa, che è spesso orientata alla copertura e alla protezione più che all'ottimizzazione finanziaria⁴⁷.

In questo quadro si inserisce anche l'emergere del concetto di *value for money*⁴⁸, rilanciato dalle più recenti iniziative europee in materia di investimenti *retail*. L'attenzione al valore del prodotto per il cliente rafforza certamente la convergenza, ma accentua altresì il rischio di un'analisi eccessivamente standardizzata, difficilmente compatibile con la pluralità delle funzioni che l'assicurazione è chiamata a svolgere⁴⁹. Muovendo da tale impianto regolatorio, emerge che l'impostazione descritta, pur coerente con la logica di anticipazione

di remunerazione indiretta può tradursi in una contrazione dell'offerta di consulenza personalizzata, con il possibile effetto di limitare l'accesso della clientela *retail* a soluzioni assicurative coerenti con orizzonti di investimento di medio-lungo periodo. Il bilanciamento regolatorio si presenta, pertanto, come particolarmente sensibile, richiedendo un'attenta ponderazione tra l'esigenza di prevenire conflitti di interesse e pratiche distributive scorrette e quella di non disincentivare, in modo sproporzionato, la distribuzione qualificata di prodotti assicurativi a vocazione previdenziale e di investimento, né l'erogazione di servizi consulenziali idonei a valorizzarne le caratteristiche in funzione del profilo e degli obiettivi del cliente finale. Sul fatto che la "consulenza personalizzata" rappresenti "un'ulteriore causa di mis-selling", cfr. COLONNELLO, D.: "Rischio di mis-selling per il risparmiatore retail: strategie normative e prospettive in ambito europeo", *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 2022, 5, p. 5: "intermediari e clienti sono in conflitto di interesse perché tale tipologia di consulenza è costosa per chi deve prestarla e, ove posta in essere in maniera corretta, potrebbe impattare negativamente sui margini commissionali e sulla redditività". Un valido contrappeso al concretarsi di simili derive sembra comunque potersi rinvenire nella responsabilità c.d. "da prospetto", in cui il danno patrimoniale "gemma da informazioni inesatte, rilevanti sotto il profilo del torto aquiliano, perché si traducono in una lesione del patrimonio individuale."; cfr. CALVO, R.: "La responsabilità", cit., p. 135.

- 47 Ne discende che strumenti come il questionario MiFID – nati per sondare la propensione al rischio finanziario – possono faticare a catturare aspettative diverse, quali la protezione di lungo termine o la garanzia di un capitale futuro; sulla funzione dei questionari di profilazione, si rinvia a LEMBO, M.: "Servizi di investimento", cit., p. 72, cfr. nt. 39. Anche la nozione di *suitable product* andrebbe tarata sul contesto assicurativo, in cui il "prodotto adeguato" è quello che meglio soddisfa i bisogni tipici di quel contratto, che possono spaziare della salvaguardia del tenore di vita, alla pianificazione successoria sino alla previdenza integrativa, risultando per il cliente recessivo in termini di individuazione della soluzione più congeniale l'*optimum* del rapporto rischio/rendimento attesi. A conforto di quanto appena detto, GIORDANO, F.: "La Corte d'Appello di Napoli sulle polizze unit-linked", *Diritto del Risparmio*, 26/11/2025, proprio riferendosi alla "*suitability rule*" ricorda che "l'intermediario deve astenersi dall'effettuare operazioni non adeguate al profilo del cliente per tipologia, oggetto, frequenza o dimensioni" e "se decide comunque di procedere, deve informare preventivamente il cliente per iscritto delle ragioni di inadeguatezza e ottenere un ordine scritto esplicito".
- 48 "Il *value for money* di un prodotto assicurativo è inteso come l'equità del prezzo, del valore in termini di utilità ed efficacia delle coperture e dei servizi offerti e, per i prodotti IBIPs, delle aspettative di rendimento"; così LO CONTE, R.: "Il *value for money* nei processi POG: profili applicativi e prospettive future", *Riv. dir. banc.*, 2023, 4-6, p. 243.
- 49 In relazione ai prodotti *unit-linked*, l'*European Insurance and Occupational Pensions Authority* ha chiarito che la valutazione del *value for money* si colloca nell'ambito delle regole di *product oversight and governance* previste dall'art. 25 IDD e dal regolamento delegato POG, precisando che tali prodotti offrono valore quando costi e oneri risultano proporzionati ai benefici attesi per il mercato di riferimento, tenendo conto delle esigenze, degli obiettivi e delle caratteristiche del *target market*. A tal fine, le autorità di vigilanza verificano l'esistenza di processi strutturati di *pricing*, di adeguati test qualitativi e quantitativi lungo l'intero ciclo di vita del prodotto, nonché di revisioni periodiche di costi, performance, garanzie, coperture e servizi, fermo restando che l'attività di vigilanza non è finalizzata a interferire con le scelte imprenditoriali, ma a valutare i processi adottati dai produttori e distributori sotto il profilo della tutela del cliente; cfr. EIOPA, "Supervisory Statement", 30/11/2021, spec. pp. 3-8.

della tutela propria della *product governance*, tende a ricondurre la valutazione del valore del prodotto entro schemi procedurali e criteri di proporzionalità che, se applicati in modo indifferenziato, rischiano di appiattire la specificità causale del contratto assicurativo. La centralità del rapporto tra costi e benefici, letta prevalentemente in termini di performance attesa, garanzie e servizi, si presta infatti a una misurazione omogeneizzante che può risultare adeguata a prodotti con finalità prevalentemente allocative, ma meno idonea a catturare la dimensione di protezione e trasferimento del rischio che connota l'assicurazione, anche nei suoi modelli a contenuto finanziario, e che sollecita interrogativi sulla sua persistente autonomia funzionale rispetto al paradigma dell'investimento.

VI. LA PROSPETTIVA RIMEDIALE TRA VIGILANZA E DIRITTO CIVILE.

La divergenza funzionale non resta confinata al piano teorico ma si riflette direttamente sulla dimensione rimediale. Ciò in quanto il diritto civile è chiamato a confrontarsi con un apparato regolatorio marcatamente settoriale, il quale inevitabilmente influenza la valutazione di diligenza, correttezza e buona fede nel rapporto contrattuale⁵⁰.

Il rischio -ad avviso di chi scrive di natura duplice e speculare- è, da un lato, che la violazione procedurale venga elevata a criterio quasi automatico di responsabilità⁵¹, e, dall'altro, che la prova dell'adempimento procedurale diventi uno schermo idoneo a neutralizzare pretese risarcitorie, anche laddove si configuri un pregiudizio sostanziale⁵². In ambedue i casi, la coerenza del sistema dipende dalla capacità di mantenere

50 Rispetto alle rilevanti conseguenze giuridiche che comporterebbe una riqualificazione *tout court* nel mercato degli intermediari finanziari dei prodotti assicurativo-finanziari, BRIGANTI, G.: "La genesi delle polizze assicurative linked e l'emersione come nuovi prodotti assicurativo-finanziari: tra mercato assicurativo e mercato finanziario", *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 2024, 3, p. 22, chiarisce come "primariamente, si affermerebbe integralmente la disciplina del T.U.F. e, in particolare, l'art. 23 che richiede la forma scritta per il contratto. L'assicurato potrebbe ottenere, in assenza di forma scritta, l'accertamento della nullità della polizza e la ripetizione dell'indebito, ex art. 2033 c.c., per i premi versati. Per il contratto di assicurazione, infatti, la forma scritta è richiesta solo ad probationem, mentre per il contratto di intermediazione finanziaria "a pena di nullità" rilevabile solo dal cliente. Secondariamente, le imprese emittenti, gli intermediari e i promotori dovrebbero attenersi, non solo al principio di buona fede, ma anche alle regole di condotta previste dal T.U.F. e dal regolamento Consob di attuazione. Infine, verrebbe meno la regola dell'impignorabilità e dell'insequestrabilità, di cui all'art. 1923 c.c., nelle ipotesi in cui le polizze non assolvano ad alcuna funzione di tipo previdenziale".

51 E, nei fatti, l'attuale tendenza delle Corti è proprio quella di riconoscere che "in presenza di gravi carenze informative, "se l'intermediario si fosse astenuto dal dare corso all'operazione o avesse fornito tutte le informazioni necessarie", il risparmiatore non avrebbe concluso l'investimento. Il nesso causale tra inadempimento e danno è quindi in re ipsa."; così, GIORDANO, F.: "La Corte", cit.

52 In dottrina si è evidenziato come il crescente ricorso - tanto nella giurisprudenza italiana quanto in quella europea - a clausole generali di correttezza e buona fede, nonché a categorie quali la causa concreta e la meritevolezza dell'interesse perseguito, segnali i limiti delle discipline settoriali di trasparenza e la loro insufficienza a garantire, da sole, una tutela effettiva del cliente. Tale tendenza conferma come la mera osservanza degli obblighi procedurali e informativi non possa esaurire il giudizio giuridico sul rapporto, ove l'assetto di interessi concretamente realizzato risulti pregiudizievole. Cfr. SCIARRONE ALIBRANDI, A.: "Dalla tutela informativa alla *product governance*: nuove strategie regolatorie dei rapporti tra clientela e intermediari finanziari", *Riv. reg. merc.*, 2016, I, p. 2.

distinta, pur nel sempre fecondo dialogo tra fonti, la funzione delle regole di condotta da quella dei rimedi civilistici⁵³.

VII. CONCLUSIONI: GOVERNARE LA CONVERGENZA.

Il bilancio del decennio IDD consente di affermare che la convergenza con la MiFID II ha rafforzato la trasparenza e la qualità dei processi distributivi, ma ha anche accentuato una tendenza alla proceduralizzazione della tutela.

Tale esito non va letto come una patologia dell'intervento regolatorio, bensì come il risultato fisiologico del trapianto di categorie elaborate per mercati a vocazione allocativa in un ambito strutturalmente polifunzionale. La persistenza di una divergenza funzionale tra contratto assicurativo e prodotto finanziario suggerisce che l'uniformità delle regole non può essere assunta come valore in sé⁵⁴.

Pertanto, la sfida attuale non è arrestare il processo di convergenza, ma governarlo, riconoscendo i limiti dell'operazione di trasposizione dogmatico-concettuale, adattando le categorie regolatorie alla funzione assicurativa e preservando, sul piano dei rimedi, una tutela effettiva e non meramente formale del contraente. In questo equilibrio, ad avviso di chi scrive, si gioca la credibilità del modello europeo di protezione nel mercato della distribuzione assicurativa.

53 Nel diritto europeo dei mercati finanziari, l'armonizzazione delle regole di condotta non è accompagnata da una corrispondente armonizzazione dei rimedi civilistici, che restano rimessi ai diritti nazionali, con conseguenti disarmonie sul piano dell'effettività della tutela. In tale prospettiva, i rimedi privatistici "costituiscono un complemento essenziale dell'enforcement della disciplina", poiché "l'esistenza di forme di enforcement pubblico non è di per sé sufficiente ad assicurare la necessaria tutela" e, sovente, la disciplina unionale rimette al diritto domestico la regolazione in concreto delle azioni corrispondenti; cfr. LAMANDINI, M., MONTMAGGI, S., DROGHINI, L.: "Contratti bancari", cit., pp. 262-263.

54 Scrive ALPA, G.: "Responsabilità del produttore", cit., pp. 32-33, che "essendo i mercati frammentati – c'è il mercato delle merci, quello dei servizi, [...] il mercato delle banche e degli intermediari finanziari – il consumatore appare anch'esso "frammentato" perché in ciascuno di questi mercati riceve una tutela differenziata". L'Autore, ricordando la "necessità di valutare volta per volta la posizione del consumatore nell'ambito dei singoli rapporti", trova inopportuna l'idea di "considerare [...] la figura del consumatore 'avvertito e responsabile', figura che si fonda sulla presunzione che alla asimmetria informativa e alla asimmetria di potere contrattuale si possa rimediare con una quantità di informazioni e una quantità di rimedi sufficienti a pareggiare le due posizioni contrapposte". Al contrario, reputa "lodevole la "costituzionalizzazione" della posizione giuridica del consumatore [...] perché la critica radicale che denuncia nella costruzione della figura del consumatore una creatura del capitalismo avanzato in danno - o in spregio - della tutela della 'persona' è del tutto miope. Non c'è identità, ovviamente, tra posizione giuridica della persona tout court e posizione giuridica del consumatore, ma non si può negare che l'essere consumatore sia una dimensione della persona, e che, promuovendo la tutela del consumatore si promuova la tutela della persona, cioè la sua salute [...] la sua sfera privata [...] il suo patrimonio (per l'appunto tutelandola [...] dalle operazioni economiche concluse sotto la pressione di pratiche scorrette, dagli investimenti inappropriati)". Corroborata questa linea di pensiero, l'avveduta considerazione di SCIARRONE ALIBRANDI, A.: "Dalla tutela", cit., p. I: "Mentre [...] in una prima stagione, si era fiduciosi nella efficacia di regole volte a superare l'opacità derivante dalle asimmetrie sussistenti fra intermediari e clientela attraverso l'imposizione di dettagliati e minuziosi obblighi informativi, oggi – all'esito di una forte mancanza di fiducia negli intermediari, nonché di indagini condotte da studiosi di behavioural economics che hanno messo fortemente in discussione l'idea del cliente come soggetto razionale – si è assai più scettici sull'effettiva utilità, al fine del superamento delle asimmetrie, di una più intensa circolazione di informazioni. La preferenza va invece a regole di taglio diverso, volte a introdurre vincoli diretti ad assicurare una maggiore corrispondenza fra i prodotti offerti alla clientela e le reali esigenze di quest'ultima e, più in generale, un adeguato equilibrio tra le posizioni contrattuali delle parti".

BIBLIOGRAFIA

ALPA, G.: "Responsabilità del produttore", in AA.VV.: *La responsabilità del produttore* (a cura di G. ALPA), Giuffrè, Milano, 2019.

BERTI DE MARINIS, G.: "La natura delle polizze assicurative a carattere finanziario e la tutela dell'assicurato-investitore", *Resp. civ. prev.*, 5, 2018.

BIANCA, C. M.: *Diritto Civile*, il contratto, III (2), Giuffrè, Milano, 2000.

BRIGANTI, G.: "La genesi delle polizze assicurative linked e l'emersione come nuovi prodotti assicurativo-finanziari: tra mercato assicurativo e mercato finanziario", *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 03/2024.

CAMEDDA, A.: "La product oversight and governance nel sistema di governo societario dell'impresa di assicurazione", *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 2, 2021.

CAMPOBASSO, G. F.: *Manuale di diritto commerciale*, UTET, Milano, 2022.

CAPRIGLIONE, F.: "Le polizze "unit linked": prodotti assicurativi con finalità di investimento", *Nuova giur. civ. comm.*, 30, 9, 2014.

CERINI, D.: "Prodotti cosmetici: responsabilità e assicurazione dopo il Reg. I123/2009", in AA.VV.: *La responsabilità del produttore* (a cura di G. ALPA), Giuffrè, Milano, 2019.

CHRISTOPHERSEN, C., ZSCHIESCHE, J.: "Macroprudential objectives and instruments for insurance, - An initial discussion", *EIOPA Financial Stability Report*, 5, 2015.

CIRAOLIO, F.: "Mis-selling di passività ammissibili e tutela dell'investitore", *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, 99, 2024.

COLAERT, V.: "European banking, securities and insurance law: cutting through sectoral lines?", *Common Market Law Review*, 52, 6, 2015.

COLAERT, V., BUSCH, D.: "Regulating Finance in a Post Sectorial World: Setting the Scene", in AA.VV.: *European Financial Regulation: Levelling the Cross-Sectorial Playing Field* (a cura di V. COLAERT, D. BUSCH, T. INCALZA), Hart, Londra, 2020.

COLONNELLO, D.: "Rischio di mis-selling per il risparmiatore retail: strategie normative e prospettive in ambito europeo", *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 05/2022.

COPPOLA, F.: "Le polizze unit-linked tra c.d. doppio binario, rapporto contrattuale e riqualificazione", *Resp. civ. prev.*, 2, 2024.

CORRIAS, P.: "Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita", *Riv. dir. civ.*, 2009; "I prodotti assicurativo-finanziari: genesi ed evoluzione", *Assicurazioni*, 4, Torino, 2021.

GAGLIARDI, M.: "I contratti di assicurazione della responsabilità civile con clausola claims made: le problematiche aperte in sanità", *Riv. it. med. leg.*, 2, 2019.

GIORDANO, F.: "La Corte d'Appello di Napoli sulle polizze unit-linked", *Diritto del Risparmio*, 2025.

GRECO, F.: "Dall'informazione pre-contrattuale alla product governance: la tutela del risparmiatore tra paternalismo normativo e nuovi modelli di controllo", *Riv. dir. banc.*, 2, 2017.

LAMANDINI, M., MONTEMAGGI, S., DROGHINI, L.: "Contratti bancari ed effettività di tutela del cliente della banca", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2025.

LANDINI, S.: "Regole di condotta nella distribuzione delle polizze linked tra forma e sostanza", *Pactum*, 3, 2022.

LEMBO, M.: "Servizi di investimento e sostenibilità esg: il nuovo assetto normativo alla luce della più recente disciplina comunitaria", *Dir. comm. int.*, 1, 2023.

LO CONTE, R.: "La product oversight and governance nel diritto assicurativo, Evoluzioni delle forme di tutela del cliente e regolazione del mercato", *Diritto dei Mercati*, Giuffrè, Milano, 2022; "Il value for money nei processi POG: profili applicativi e prospettive future", *Riv. dir. banc.*, 2023.

MARINELLI, F., CERVALE, M. C.: *Diritto privato dell'economia*, 5, Giappichelli, Torino, 2022.

MARZUCCHI, S.: "La nuova disciplina della "Product oversight and governance" nel settore assicurativo", *Riv. di Dir. delle Ass.*, 4, 2017.

MAZZÙ, S., RICCARDI, A.: "L'investimento nel capitale di rischio e il venture capital", in AA. VV.: *Corporate & investment banking* (a cura di S. MONFERRÀ, M. COTUGNO, S. MAZZÙ), Franco Angeli, Milano, 2017.

MEZZACAPO, S.: "Profili civilistici del mis-selling di strumenti finanziari: il rapporto tra «contratto-quadro» e singoli «ordini» d'investimento e i regimi di responsabilità dei soggetti abilitati (Trib. Terni, 30 gennaio 2023, n. 65)", *Le Corti Umbre*, 2, E.S.I., 2023.

MIOLA, M.: "Sui rapporti tra assicurazione e mercati finanziari: il caso delle polizze linked", *Giur. Comm.*, 4, 2023.

MOLONEY, N.: *How to Protect Investors. Lessons from the EC and the UK*, Cambridge, I, 2010.

ODORISIO, A.: "Polizze vita linked: a proposito del rischio demografico", *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, I, 2024.

PERRONE, A.: "Servizi di investimento e tutela dell'investitore", *Banca Borsa e Titoli di Credito*, I, 2019.

POLICARO, G. A.: "Il labile confine tra prodotti finanziari ed assicurativi.", *Giur. Comm.*, 6, 2019.

SANASI D'ARPE, V. F.: "Riflessioni sul governo e controllo del prodotto nel mercato assicurativo", *Dir. Mer. Ass. e Fin.*, I, E.S.I., 2018.

SANTI, F.: "Art. 1882", in AA.VV.: *Commentario al codice civile* (a cura di P. CENDON), Giuffrè, Milano, 2010.

SCIARRONE ALIBRANDI, A.: "Dalla tutela informativa alla product governance: nuove strategie regolatorie dei rapporti tra clientela e intermediari finanziari", *Riv. reg. merc.*, I, 2016.

SCUDERI, S.: "Tutela del risparmiatore e polizze unit linked. Le questioni ancora aperte dopo le decisioni della CGE", *Jus Civile*, 2, 2024.

STELLA RICHTER, M.: "L'attività di gestione del risparmio di banche ed assicurazioni", in AA.VV.: *I contratti del mercato finanziario* (a cura di E. GABRIELLI, R. LENER), Utet, Torino, 2004.

TORRENTE, A., SCHLESINGER, P.: *Manuale di diritto privato*, I8, Giuffrè, Milano, 2007.

URBANI, F.: "Rassegna dei principali interventi legislativi, istituzionali e di policy a livello europeo in ambito societario, bancario e dei mercati finanziari", *Riv. Soc.*, 4, 2022.

VOLPE PUTZOLU, G.: *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Il Mulino, Bologna, 1992; "Le polizze linked tra norme comunitarie, Tuf e codice civile", *Ass.*, I, 2012.



DERECHO DE SUPERFICIE EN SUELO RURAL Y ENERGÍAS RENOVABLES*

SUPERFICIES RIGHTS AND RENEWABLE ENERGY DEVELOPMENT ON RURAL LAND

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 262-307

* Este trabajo es resultado de la investigación realizada en el marco del Proyecto de Investigación titulado «Las propiedades claudicantes» (PID2022-136274NB-I00), concedido en la convocatoria de 2022 de «Proyectos de Generación de Conocimiento» del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

Juan Carlos
VELASCO-
PERDIGONES

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de abril de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2026

RESUMEN: El proceso de transición energética ha incrementado la demanda de suelo rural para la implantación de energías renovables, planteando relevantes desafíos jurídicos. En este contexto, el derecho de superficie se presenta como un instrumento idóneo para desarrollar infraestructuras energéticas sin alterar la titularidad del suelo. Este trabajo analiza su configuración a partir de un enfoque normativo, doctrinal y jurisprudencial. Se destaca su capacidad para separar la propiedad del suelo de las instalaciones, garantizando la seguridad jurídica a las partes y habilitándolas para la creación de otros derechos reales y/o relaciones personales. Esta escisión no solo garantiza la seguridad jurídica a las partes, sino que viabiliza la constitución de garantías sobre el propio derecho (hipoteca superficiaria), esenciales para la financiación de estas infraestructuras. Asimismo, una buena articulación del título constitutivo permitirá, en determinados supuestos, compatibilizar el uso agrario y ganadero con la producción energética, contribuyendo tanto a la transición energética como al mantenimiento de la producción agro-ganadera.

PALABRAS CLAVE: Derecho de superficie; derecho agrario; energías renovables; uso del suelo agrario; transición energética.

ABSTRACT: The energy transition process has increased the demand for rural land for the deployment of renewable energies, raising significant legal challenges. In this context, the right of surface (derecho de superficie) emerges as an ideal instrument for developing energy infrastructures without altering the underlying land ownership. This paper analyzes its legal configuration from a normative, doctrinal, and jurisprudential perspective. It highlights its capacity to separate land ownership from the ownership of the installations, thereby guaranteeing legal certainty for the parties and enabling the creation of other rights in rem. This legal division specifically makes possible the constitution of real security interests over the surface right itself (surface mortgage), which are essential for financing these infrastructures. Furthermore, a proper drafting of the deed of incorporation will allow, in certain cases, the compatibility of agricultural and livestock use with energy production, contributing both to the energy transition and the maintenance of farming and livestock production.

KEY WORDS: Surface rights; agricultural law; renewable energy; agricultural land use; energy transition.

SUMARIO: I. PREÁMBULO.- I. Objeto.- 2. Metodología.- 3. Fuentes.- II. SUELO RURAL Y ENERGÍAS RENOVABLES: NOTAS SOBRE EL CONTEXTO ACTUAL.- III. DERECHO DE SUPERFICIE URBANA Y RÚSTICA: DELIMITACIÓN A TRAVÉS DEL ORDENAMIENTO VIGENTE.- 1. Código Civil y legislación hipotecaria.- 2. Legislación del suelo y urbanística.- 3. Otras normas.- 4. Derecho de superficie urbana, rústica y de montes vecinales de mano común: conclusiones acerca de su delimitación.- 5. Derecho de superficie e infraestructuras de energías renovables.- IV. CONFIGURACIÓN JURÍDICA ACTUAL DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN SUELO EN SITUACIÓN RURAL PARA ENERGÍAS RENOVABLES.- 1. Concepto.- 2. Características.- 3. Constitución.- A) *Elementos personales*.- a) Concedente.- b) Superficiario.- B) *Elementos reales*.- a) Suelo.- b) Construcción o edificación (en sentido amplio).- C) *Elementos formales*.- D) *Elemento temporal*.- 4. Contenido.- A) *Concedente del derecho*.- a) Obligaciones.- a') Posibilitar el ejercicio del derecho.- b') Abono de tributos y arbitrios.- b) Derechos.- a') Uso del suelo compatible con el ejercicio del derecho.- b') Percibir la contraprestación.- c') Conservación de facultades dominicales.- d') Derecho a la reversión.- B) *Superficiario*.- a) Obligaciones.- a') Abono de tributos y arbitrios.- b') Satisfacción de la contraprestación.- c') Respeto de la finalidad.- d') Posibilitar la reversión.- b) Derechos.- a') Construir en el plazo previsto.- b') Titularidad de la propiedad separada de lo construido.- c') Derecho a la transmisión y gravamen.- d') Cualquier otra facultad dominical.- 5. Extinción.- A) *Causas de extinción*.- a) Causas comunes a los derechos reales.- a') Consolidación.- b') Renuncia.- c') Resolución.- d') Expropiación forzosa.- e') Destrucción o perecimiento.- b) Causas específicas.- a') Transcurso del plazo pactado.- b') Transcurso del plazo legal de duración.- B) *Efectos de la extinción*.- a) Reversión.- b) Extinción de derechos reales y personales constituidos por el superficiario.- V. CONCLUSIONES.

I. PREÁMBULO.

El aumento¹ en España de la implantación de instalaciones de producción de “energía procedente de fuentes renovables” o “energía renovable”², en particular parques fotovoltaicos³, eólicos⁴ y termosolares⁵, ha intensificado el interés científico

1 Vid. *infra* II.

2 La Directiva (UE) 2018/2001, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (DOUE de 21 de diciembre de 2018) define “energía procedente de fuentes renovables” o “energía renovable” aquella “procedente de fuentes renovables no fósiles, es decir, energía eólica, energía solar (solar térmica y solar fotovoltaica) y energía geotérmica, energía ambiente, energía mareomotriz, energía undimotriz y otros tipos de energía oceánica, energía hidráulica y energía procedente de biomasa, gases de vertedero, gases de plantas de depuración, y biogás”.

3 En las instalaciones fotovoltaicas, las células que componen los paneles producen electricidad mediante dispositivos semiconductores que reaccionan a la radiación solar, transformando la energía solar en eléctrica (MARTÍNEZ DEL FRESNO, J.: “Reflexiones sobre la calificación civil y la tributación de las instalaciones solares fotovoltaicas y aerogeneradores en los impuestos sobre el tráfico de bienes”, *Revista de Contabilidad y Tributación CEF*, núm. 54, 2009, p. 51).

4 Por su parte, la energía eólica es producida por la acción del viento, transformando la energía cinética procedente de las corrientes de aire, convirtiéndose los giros de las hélices del aerogenerador en electricidad, canalizada por cable a un convertidor (MARTÍNEZ DEL FRESNO, J.: “Reflexiones sobre la calificación civil, cit., p. 51).

5 La energía termosolar se produce a través de un ciclo termodinámico que, mediante la alineación de una serie de espejos (curvos o parabólicos), se hace concentrar la energía derivada del sol en una torre central para que produzca vapor y mueva una turbina, transformando la radiación en electricidad (MARTÍNEZ DEL FRESNO, J.: “Reflexiones sobre la calificación civil, cit., p. 51).

• Juan Carlos Velasco-Perdigones

Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz. Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Cádiz. Correo electrónico: juancarlos.velasco@uca.es.

por el derecho de superficie en suelo rural, ya que podría configurarse como una institución idónea para la regulación del fenómeno al dividirse la propiedad en dos estatutos jurídico-reales diferenciados, esto es, la titularidad del suelo, por un lado, y, lo temporalmente construido o edificado (o plantado o sembrado, en su vertiente rústica), por otro; permitiendo la constitución de derechos reales de garantía, como la hipoteca, fundamental para la financiación de las instalaciones.

Han sido varias las voces que han señalado que no sólo el derecho de superficie resulta un instrumento jurídico idóneo para la proyección viviendas en suelo urbano, sino también para muchos otros supuestos como la implantación de infraestructuras de energías renovables en suelo rural⁶.

Aceptada la finalidad del derecho de superficie para proyectos de energía renovable, nacen naturalmente una serie de cuestiones que resultan de interés deslindar, teniendo presente que su régimen se encuentra determinado por un ordenamiento un tanto difuso al reconocer la realidad de la institución en el ordenamiento tanto civil (Código Civil y legislación hipotecaria) —que sólo se limita a una mención referencial—, como en el administrativo (normativa urbanística y de montes) —que lo regula más extensamente—. En este sentido, el ordenamiento privado reconoce expresamente la existencia de esta figura, pero no va más allá de su escueta mención en el art. 1611 CC y, su remisión, en cierta medida, al art. 1655 CC; la referenciada posibilidad de hipotecarse ex art. 107.5º LH; o la confusión terminológica del art. 30.3º RH al referirse al “derecho real de vuelo sobre fincas rústicas”, cuando en realidad se ha entendido por la doctrina que el precepto se está refiriendo al derecho de superficie rústica como institución de naturaleza diferenciada de la urbana. La cuestión se complica cuando la normativa administrativa introduce en el ordenamiento, a través de la legislación del suelo (y la ordenación territorial de cada Comunidad Autónoma) la regulación de una institución de genuina naturaleza privatista⁷. Este plural y difuso panorama normativo no ofrece una regulación unitaria y sistemática que permita deslindar la estructura del derecho de superficie aplicable a la concreta implantación de infraestructuras de energía renovable en el suelo rural, pues a simple vista podría pensarse que se está ante un verdadero derecho de superficie rústico, del que

6 Vgr. vid. DE SALAS MURILLO, S.: “Tendencias recientes sobre el arrendamiento y el derecho de superficie en el marco del derecho a la vivienda”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23, enero-diciembre, 2009, pp. 91-123; BERNAD MAINAR, R.: “Derechos reales de nuevo cuño: a propósito de las afecciones y externalidades derivadas de la construcción de parques eólicos en suelo agrícola”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis, junio, 2022, p. 2601; BUSTOS MORENO, Y.: “Nuevas aplicaciones sobre los derechos reales de edificación ante el desarrollo sostenible”, *CESCO*, núm. 48, 2023, p. 111; IGLESIAS-GONZÁLEZ, F.: “Nuevas herramientas urbanísticas para la promoción de viviendas”, *Ciudad y Territorio, Estudios Territoriales*, vol. LVII, núm. 225, otoño, 2025, p. 253; SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Derecho de superficie: su ayer y hoy en España”, en AA.VV.: *Acciones populares. Contribuciones de Derecho Público y Privado romano* (coord. por M. E. ORTUÑO PÉREZ y J. A. BUENO DELGADO), vol. I, Dykinson, Madrid, 2025, p. 1091.

7 La jurisprudencia constitucional (STC 61/1997, de 20 marzo) catalogó el derecho de superficie regulado en la legislación del suelo como una institución de naturaleza genuinamente civil, aunque fuese regulada por una norma administrativa.

podría excluirse la legislación del suelo. Lo anterior, obliga a realizar un esfuerzo interpretativo integrador que intente deslindar las particularidades del derecho de superficie, de si realmente cabe hablar de dos naturalezas y regímenes distintos (urbana y rústica)⁸; y, una vez determinado, construir la estructura de la institución⁹, adaptada a la realidad que imponen las energías renovables¹⁰.

La configuración del derecho de superficie plantea, además, relevantes interrogantes en torno a su contenido y límites. Entre ellas, destacan su forma de constitución¹¹, la determinación del plazo máximo de duración¹², el régimen de transmisión y gravamen¹³, la forma¹⁴ y el estatuto básico regulador de los derechos y obligaciones de las partes¹⁵, así como las consecuencias derivadas de su extinción, particularmente en lo relativo a la reversión de la infraestructura energética¹⁶. Estas cuestiones adquieren una dimensión específica cuando el objeto del derecho consiste en este tipo de infraestructuras, cuya vida útil, régimen de explotación y, en su caso, la obligación de desmantelamiento, podrían articularse específicamente en el título constitutivo, considerándose el papel de la autonomía privada una de las fuentes más esenciales de la institución, debiendo tenerse presente en su integración el necesario respeto de determinados preceptos imperativos impuestos por la legislación del suelo.

El aprovechamiento energético del suelo y los usos genuinos del suelo rural convergen en una clara función social, en el que se articulan la defensa de la productividad y la promoción del desarrollo económico, desplazándose el centro de atención de la propiedad hacia una concepción jurídica vinculada socialmente, condicionando así las facultades propias del propietario del suelo¹⁷.

I. Objeto.

La presente investigación tiene por objeto analizar de forma sistemática el régimen jurídico del derecho de superficie como institución especialmente idónea para la instalación y desarrollo de infraestructuras de energías renovables en suelo rústico. Se trata, en esencia, de construir la arquitectura de esta figura a partir del estudio integrado de la normativa aplicable, debiendo elaborarse a través de

8 Vid. *infra* III.

9 Vid. *infra* IV.

10 Vid. *infra* II.

11 Vid. *infra* IV. 3.

12 Vid. *infra* IV. 3. D.

13 Vid. *infra* IV. 4. B). b) c').

14 Vid. *infra* IV. 3. C).

15 Vid. *infra* IV. 4.

16 Vid. *infra* IV. 4. A) b) d').

17 COLINA GAREA, R.: *La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978*, J.M. Bosch Editores, Barcelona, 1997, p. 80.

la delimitación de uno de los regímenes jurídicos impuestos por el ordenamiento (bien, la superficie urbana, bien, la rústica).

Este análisis cobra especial relevancia debido a la complejidad que presenta su regulación, caracterizada, por un lado, por su naturaleza difusa (superficie rústica y superficie urbana), situada en la intersección entre el ordenamiento civil y el régimen del suelo, lo que genera incertidumbres interpretativas en cuanto al sistema jurídico aplicable; y, por otro, por su amplitud normativa, derivada de la concurrencia del ordenamiento estatal en materia de suelo, que ha de integrarse con el autonómico en cuanto a la ordenación territorial y urbanística.

2. Metodología.

La metodología es de carácter exegético, orientada al análisis, interpretación e integración sistemática de las normas vigentes en relación con el derecho de superficie aplicado al suelo de naturaleza rural, con especial atención a su utilización para la implantación de infraestructuras de energías renovables. Este enfoque parte de la premisa de que la adecuada comprensión de la institución exige no solo la interpretación gramatical de las disposiciones normativas, sino también su contextualización dentro del conjunto del ordenamiento jurídico, atendiendo a su finalidad (ex art. 3.1 CC).

A tal efecto, se recurre al estudio de las principales fuentes del Derecho, en particular la legislación civil y la normativa sobre suelo, dada la incidencia que ambos niveles normativos tienen en la configuración de este derecho real. Este análisis se complementa con la revisión de la doctrina científica más relevante y de determinadas decisiones jurisdiccionales, lo que permite identificar no solo los elementos estructurales de la institución, sino también los principales debates interpretativos y criterios solutivos de interés para la consecución del objeto propuesto.

En primer lugar, se aborda un esbozo del contexto actual en el que se inserta el suelo rural, prestando especial atención a las transformaciones derivadas del impulso de las energías renovables y a las tensiones existentes entre los usos tradicionales del suelo y los nuevos aprovechamientos energéticos¹⁸. En segundo lugar, se procede a la delimitación del derecho de superficie, diferenciando su régimen en el ámbito urbano y rústico¹⁹. Finalmente, se analizan de manera detallada los elementos esenciales del derecho de superficie²⁰ —constitución, contenido, duración, transmisión, extinción, etc.—, circunscribiéndose el trabajo a

¹⁸ *Vid. infra* II.

¹⁹ *Vid. infra* III.

²⁰ *Vid. infra* IV.

su funcionalidad como instrumento jurídico apto para canalizar la implantación de infraestructuras energéticas y como instrumento que permite, en muchos casos, la compatibilidad con la actividad agraria y ganadera.

3. Fuentes.

En el desarrollo de la presente investigación, la labor de integración y reconstrucción sistemática del derecho de superficie se apoyará en un conjunto de fuentes normativas de carácter heterogéneo, cuya interpretación conjunta resulta imprescindible dada, a simple vista, la dispersión y fragmentación de su régimen jurídico. En particular, se atenderá, en el ámbito civil, a los artículos 1611 y 1655 CC, en cuanto preceptos que, si bien no regulan la institución, la doctrina, en un primer momento, efectuó una serie de interpretaciones que hoy se consideran en cierto modo anacrónicas.

Asimismo, se recurre a la legislación hipotecaria, especialmente a los arts. 107.5.º LH y 30. 3.º RH, que reconocen determinados aspectos del derecho de superficie en relación con la posibilidad de hipotecarse y el derecho de superficie rústico, respectivamente. También cobra especial relevancia el art. 3 Ley 55/1980, de 11 de noviembre, de montes vecinales en mano común²¹, como una subespecialidad del derecho de superficie rústica, además de ser este tipo de patrimonios públicos eventuales destinatarios de infraestructuras renovables.

Ocupa un lugar central la normativa del suelo, en particular el Capítulo III del Título VII (“[f]unción social de la propiedad y gestión del suelo”), integrado por los artículos 53 y 54 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (en adelante, *TRLSRU*)²². Esta regulación proporciona el marco jurídico más detallado, desarrollando el derecho de superficie en el ordenamiento español, circunscrito específicamente a su vertiente urbana.

II. SUELO RURAL Y ENERGÍAS RENOVABLES: NOTAS SOBRE EL CONTEXTO ACTUAL.

La progresiva implantación de elementos de producción de energía renovable en España²³ —a la que se hacía alusión en los prolegómenos de este estudio— ha venido influenciada por las políticas de transición energética, combate del cambio

21 BOE núm. 280, de 21 de noviembre de 1980.

22 BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

23 Según el Informe del Sistema Eléctrico de energías renovables (2024), cuyos datos proceden de *ENTSO-E Transparency Platform* (28/1/2025), España es el segundo país en con mayor generación de energías renovables de origen eólico y solar, por detrás de Alemania. (Red Eléctrica. Informe del Sistema Eléctrico. Informe resumen de energías renovables 2024, marzo, 2025, consúltese en: https://www.sistemaelectrico-ree.es/sites/default/files/2025-03/Informe_Renovables_2024.pdf).

climático y la descarbonización que, a través de una serie de normas —iniciadas en el contexto internacional—, está generando una transformación estructural en el régimen de usos del suelo rural²⁴.

Han sido numerosas normas las que paulatinamente han ido modificando el paradigma del uso de este singular suelo, siguiendo las directrices impuestas por la Directiva (UE) 2018/2001, de 11 de diciembre de 2018, sobre fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables²⁵; o el Reglamento (UE) 2018/1999, de 11 de diciembre de 2018, sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima²⁶, entre otras. Una de sus manifestaciones en el ordenamiento interno ha sido la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética²⁷. Dicha norma toma como partida las observaciones realizadas por Naciones Unidas en relación a la necesidad de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, teniéndose en cuenta además de las obligaciones asumidas por las partes a través del Acuerdo de París sobre cambio climático —del que España naturalmente forma parte²⁸—, así como el Pacto Verde Europeo²⁹, la Estrategia Europea de descarbonización a 2050³⁰ y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible³¹. Una suerte de instrumentos y directrices que pretenden la transformación y cambio de paradigma del modelo económico español para, en teoría, crecer hacia una sociedad equitativa y próspera, con una economía moderna, eficiente y competitiva³².

El objeto de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, se ciñe al aseguramiento del cumplimiento por España del citado Acuerdo de París, facilitando la descarbonización, su transición a un modelo circular que garantice el uso racional y solidario de los recursos, y la promoción de la adaptación a los impactos del cambio climático —apostando por la implantación de un modelo de desarrollo

24 Vid. v.gr. BARRAL, M. A., RUÍZ DIEZ, A., PRADOS, M. J., GARCÍA-MARTÍN, R., y DELICADO, A.: “Energías renovables y cambios de usos del suelo en el sur de la Península Ibérica: una lectura territorial de la política energética”, *Boletín de la Asociación de Geógrafos españoles*, (97), 2023, <https://doi.org/10.21138/bage.3356>; PÉREZ-PÉREZ, B., DÍAZ-CUEVAS, P., y MARTÍN PEINADO, F. J.: “La energía solar: ¿Un nuevo uso ordinario del medio rural? Ocupación de suelos agrícolas en el sur de España”, *Hábitat y Sociedad*, vol. 17, 2024, pp. 45-61, <https://doi.org/10.12795/HabitatySociedad.2024.il7.03>, entre otros estudios.

25 DOUE de 21 de diciembre de 2018.

26 DOUE de 21 de diciembre de 2018.

27 BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2021.

28 BOE núm. 28, de 2 de febrero de 2017.

29 COM (2019) 640 final, de 11 de diciembre de 2019, el Pacto Verde Europeo. Vid. en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF

30 Ministerio para la Transformación Ecológica y el Reto Demográfico (Gobierno de España). (noviembre, 2020): “Estrategia de descarbonización a largo plazo 2050”.

31 ONU. Asamblea General. Resolución de la Asamblea General de la ONU [A/RES/70/1] de 25 de septiembre de 20153 “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”.

32 Vid. Pacto Verde Europeo (Introducción).

sostenible³³— en el que las energías renovables jueguen un papel preponderante al considerarse como el medio idóneo para alcanzar la neutralidad climática³⁴.

Este panorama ha ido modificando y condicionando la actuación del hombre con relación a la utilización y productividad del suelo rural. La irrupción de las energías renovables como nuevo sector de aprovechamiento económico del territorio ha provocado una profunda mutación en la configuración de la tierra. En este sentido, el destino tradicional de dichas superficies, históricamente adscritas a explotaciones agrícolas y ganaderas —caracterizadas en la actualidad por una progresiva pérdida de rentabilidad y por su sometimiento a intensos condicionantes normativos—, está siendo desplazado por la implantación de infraestructuras de generación energética renovable, singularmente instalaciones fotovoltaicas, termosolares y parques eólicos, llegando a cuestionarse incluso si cabe la función original e intrínseca de la propiedad del suelo rústico³⁵.

Del elenco de energías renovables, resulta importante destacar el desarrollo de la energía solar fotovoltaica (segunda fuente de energía renovable con más potencia, por detrás de la eólica) que, según los últimos datos publicados por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, relativos a la evolución de la superficie de parques fotovoltaicos y su impacto en los usos del suelo (ESYRCE)³⁶, ha supuesto una creciente ocupación de terrenos tradicionalmente destinados a aprovechamientos agrarios, fundamentalmente cereal, girasol y olivar³⁷.

33 Vid. art. 1 Ley 7/2021, de 20 de mayo.

34 El art. 3 Ley 7/2021, de 20 de mayo, establece unos objetivos mínimos a conseguir para el año 2030, consistentes en: i) la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero (al menos, un 23% respecto del año 1990); ii) introducir las energías de origen renovable en el consumo de energía final (de al menos, un 42%); iii) generación eléctrica a partir de energías de origen renovables (al menos un 74%); y, iv) mejora de la eficiencia energética disminuyendo el consumo de energía primaria (al menos, un 39,5%). Todo ello, con el claro objetivo de que, antes de 2050, España alcance la neutralidad climática (conforme a los compromisos adquiridos internacionalmente) y “el sistema eléctrico deberá estar basado, exclusivamente, en fuentes de generación de origen renovable” (art. 3.2).

35 La preocupación social por la proliferación de este tipo de estructuras frente al uso tradicional del suelo es patente: vid. v.gr. DEL CAMPO, S. G. (24 de abril de 2025). “Un gigante amenaza el campo en Valladolid”, *Diario de Valladolid*, consúltase en: <https://www.diariodevalladolid.es/valladolid/250420/270033/gigante-solar-amenaza-campo-valladolid.html>; RAMOS, M. (22 de mayo de 2025): “Los olivos centenarios andaluces en peligro por el avance fotovoltaico: el campo exige frenar las talas”, *elEconomista*, consúltase en: <https://www.eleconomista.es/energia/noticias/13378319/05/25/los-olivos-centenarios-andaluces-en-peligro-por-el-avance-fotovoltaico-el-campo-exige-frenar-las-talas.html>; MEDINA, M. A., y DONAIRE, G. (20 de mayo de 2025) “Qué hay tras los ‘100.000 olivos talados para plantas solares en Jaén’: números exagerados y rechazo por la pérdida de empleo”, *El País*, consúltase en: <https://elpais.com/clima-y-medio-ambiente/2025-05-20/que-hay-tras-los-100000-olivos-talados-para-plantas-solares-en-jaen-numeros-exagerados-y-rechazo-por-la-perdida-de-empleo.html>; De TORO, M. (1 de mayo de 2025). “La grave amenaza de las renovables para el olivar de Jaén”, *El Debate*, consúltase en: https://www.eldebate.com/campo-y-caza/20250501/grave-amenaza-renovables-olivar-jaen_292976.html; YABEN, M. (19 de diciembre de 2025) “La guerra entre olivos y placas solares entra en el escenario judicial ‘ante la inminente tala’”, *El Debate*, consúltase en: https://www.eldebate.com/campo-y-caza/20251219/guerra-entre-olivos-placas-solares-entra-escenario-judicial-ante-inminente-tala_367027.html; entre otras.

36 Vid. S.G. de Análisis, Coordinación y Estadística (SGACE), “Extensión de los parques fotovoltaicos en España”, *Análisis y Prospectiva-Serie Agrinfo n° 37* (junio 2024), Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

37 Según el informe sobre Extensión de los parques fotovoltaicos en España”, *Análisis y Prospectiva-Serie Agrinfo n° 37* (junio 2024), del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, en un 21% de la superficie

Desde la perspectiva del suelo, este fenómeno plantea relevantes cuestiones en torno a la compatibilidad y función del suelo rural, con la consecuente redefinición de su función económica y ambiental. Y es que, la implantación de parques fotovoltaicos —que alcanzan en la actualidad una extensión próxima a las 50.000 hectáreas, con previsiones alcistas a corto plazo [en los últimos tres años el crecimiento anual supera el 20% y el crecimiento acumulado de la superficie (2016-2023) alcanza el 166%]—, evidencia una tendencia hacia la progresiva incorporación del suelo rural a actividades de carácter energético-industrial que hacen replantearse la eventual mutación de la función de la propiedad agraria (cuestión que excede del objeto de esta investigación).

Ante este notable incremento de instalaciones de energías renovables a lo largo y ancho del territorio español, surge en el ámbito de la ciencia del Derecho Privado la cuestión relativa a la capacidad del derecho de superficie, y de su configuración jurídica vigente, para responder a los intereses de los promotores energéticos y de los propietarios del suelo, ofreciendo la posible compatibilidad fáctica y jurídica de determinadas instalaciones con la función agraria y ganadera del suelo. Para afrontar esta hipótesis, el estudio exige un análisis detallado de la estructura de la institución —abordada por la doctrina desde sus orígenes romanos³⁸—, el deslinde de su régimen jurídico, y la configuración de su estatuto propio.

III. DERECHO DE SUPERFICIE URBANA Y RÚSTICA: DELIMITACIÓN A TRAVÉS DEL ORDENAMIENTO VIGENTE.

I. Código Civil y legislación hipotecaria.

Como puede observarse de la lectura del CC, coincidiendo con los autores que se han preocupado de la institución analizada, cabe decir que el derecho de superficie no ha tenido un tratamiento específico y tipificado en el texto decimonónico, ciñéndose a su exclusivo reconocimiento de manera referencial, y, a su vez, confusa, en el art. 1611 (III) CC. Este precepto —incardinado sistemáticamente en el Capítulo I (“[d]isposiciones generales”), Título VII (“[d]e los censos”)— es el único del texto civil que menciona al “derecho de superficie” —dándolo a entender como cosa muerta y digna sólo de una mera referencia³⁹— circunscrito a la redención de los censos constituidos antes de la promulgación

ocupada por parques fotovoltaicos en 2022 se cultivan cereales; un 10% sembrada de cultivos industriales (fundamentalmente girasol); un 6,6% eran olivares y; un 11% era barbecho.

38 Para mayor profundidad, *vid.* BLANQUER UBEROS, R.: *Acerca del derecho de superficie*, Colegios Notariales en España, Madrid, 2007, p. 17 y ss.; GUILARTE ZAPATERO, V.: *El derecho de superficie*, Aranzadi, Pamplona, 1966, pp. 3-57; DE LOS MOZOS, J. L.: *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, Ministerio de la Vivienda, Madrid, 1974, pp. 25-30, entre otros muchos.

39 PUIG PEÑA, F.: *Tratado de Derecho Civil español*, t. III. *Derechos reales*, vol. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, p. 473.

del CC, declarando la inaplicabilidad (de la redención) “[...] a los foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes [...]”⁴⁰, que deberá hacerse a través de una ley especial⁴¹: (“[...] en los cuales el principio de la redención de los dominios será regulado por una ley especial”).

Esta mención referencial, por la dicción del precepto y por razones históricas, hizo que la doctrina⁴² y jurisprudencia⁴³ inicial —al menos hasta la promulgación de la legislación del suelo— lo pusiera en relación con el art. 1655 CC, al reseñar este que “[l]os foros y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga [...]” —entre los que podía incluirse el derecho de superficie (referencia indirecta)—, si se constituían tras la promulgación del CC, se aplicaría la figura del censo enfiteútico y, si fuese por tiempo determinado, el ordenamiento aplicable era el del arrendamiento⁴⁴. Con el transcurso del tiempo, unido a la entrada en vigor de la primera norma reguladora del suelo (Ley de 12 de mayo de 1956, sobre el régimen del suelo y ordenación urbana⁴⁵) —que tenía como finalidad fomentar la construcción de viviendas⁴⁶—, la aplicabilidad de la enfiteusis o el arrendamiento fue perdiendo razón de ser, entendiéndose el derecho de superficie como un derecho real⁴⁷ con sustantividad y autonomía propia⁴⁸, desligado de las citadas instituciones⁴⁹.

40 DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. III, t. II, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2019, p. 122.

41 ALONSO PÉREZ, M. T.: “La temporalidad del derecho de superficie y los efectos de su extinción (principal inconveniente para que sirva de vía de acceso a la vivienda)”, en AA.VV.: *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*, (dir. M. T. ALONSO PÉREZ), Thomson Reuters, Cizur-Menor, 2018, p. 357.

42 GUILARTE ZAPATERO, V.: *El derecho de superficie*, cit., p. 698;

43 STS 3 julio 1941 (RJ 1941/892).

44 SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil. Derechos reales*, t. III, 2ª ed., Madrid, 1900, p. 698; VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho Civil español*, t. II. Parte especial. *Derechos reales*, 4ª ed., Valladolid, 1936; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español, común y foral*, t. II. *Derecho de cosas*, 8ª ed., Reus, Madrid, 1951, p. 679; PUIG PEÑA, F.: *Tratado de Derecho Civil español*, cit., pp. 475-476; DIEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III. *Derecho de cosas*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1981, pp. 532-533; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil*, t. III. *Derechos reales e hipotecario*, Revista de Derecho Privado, 1992, p. 280, entre otros.

45 BOE núm. 135, de 14 de mayo de 1956).

46 IGLESIAS-GONZÁLEZ, F.: “Nuevas herramientas urbanísticas”, cit., p. 253.

47 Vid. STS (Sala 4ª) 4 febrero 1993 (RJ 1993/782); STS (Sala 1ª) 26 noviembre 2002 (RJ 2002/9935).

48 AA.VV.: *Curso de Derecho Civil III. Derechos reales y registral inmobiliario*, (coord. por F. J. SÁNCHEZ CALERO), 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 318.

49 La doctrina comenzó a discutir que el derecho de superficie tuviese una naturaleza análoga a los foros, arrendamiento o enfiteusis, pues se trataría de instituciones con diferencias notables (SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Derecho de superficie”, cit., p. 1085; LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil III. Derechos reales*, vol. II, Dykinson, Madrid, 2001, p. 185); además de la definición como derecho real por el propio ordenamiento del suelo (ARANDA RODRÍGUEZ, R.: “El derecho de superficie. Análisis de algunos de sus problemas jurídicos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 759, 2017, p. 407). Puede ampliarse sobre los motivos contrarios a la aplicación análogica en NAVARRO VIÑUALES, J. M.: “El derecho de vuelo. El derecho de superficie”, en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado*, t. II, vol. I, (coord. por J. F. DELGADO DE MIGUEL), Civitas, Madrid, 2002, pp. 726-727.

Hoy en día, no tiene sentido alguno relacionar el derecho de superficie con la aplicabilidad de la enfiteusis o el arrendamiento, ya que asistimos a una nueva construcción de la institución a partir de la legislación del suelo —que propone la existencia de un Derecho privado general sobre el derecho de superficie⁵⁰—, aparte de los motivos contrarios a la analogía entre instituciones de tan dispar naturaleza⁵¹.

El ordenamiento hipotecario vigente asiste a una misma situación con respecto al CC, en el sentido en que la Ley Hipotecaria y su Reglamento se limitan a anunciar el derecho de superficie en determinados preceptos. Así, el 107. 5º LH declara la posibilidad de gravar el derecho mediante hipoteca y, el art. 16.2 RH —tras haberse anulado por el TS el contenido de buena parte del precepto [apdos. 1, subapdos. b) y c) del apdo. 2.]⁵²— se refiere a la inscripción del derecho de elevación o construcción bajo el suelo, sin la constitución del derecho de superficie. Así, el ordenamiento estrictamente civil está huérfano de una regulación sustantiva del derecho de superficie, pretendiendo llenar ese vacío la legislación del suelo a la que posteriormente nos referiremos.

Por otro lado, la doctrina ha vinculado el art. 30.3 RH con el derecho de superficie rústica (sobre plantaciones u otra superficie vegetal)⁵³, si bien, el tenor literal del precepto hace alusión al “derecho real de vuelo sobre fincas rústicas ajenas” y a los requisitos de su inscripción, haciéndose constar, entre otros: “[...] la plantación o siembra en que consista, así como el destino de éstas [...]”. En definitiva, se hace alusión al otorgamiento del derecho a plantar o sembrar en fincas rústicas ajenas⁵⁴.

2. Legislación del suelo y urbanística.

El actual TRLSRU tiene por objeto regular, para todo el territorio nacional, las condiciones básicas relacionadas con el suelo en general⁵⁵. De la lectura de este texto puede extraerse que se está ante una norma básica estatal reguladora del

50 PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. III, vol. II, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1979, p. 151; AA.VV.: *Curso de Derecho Civil III*, cit., p. 318.

51 NAVARRO VIÑUALES, J. M.: “El derecho de vuelo”, cit., pp. 726-728.

52 La STS (Sala 3ª) de 31 de enero de 2001 (RJ\2001\1083) declaró la nulidad del art. 16.1 RH, dedicado en esencia a los requisitos para la inscripción del derecho de superficie, al entenderse que la inscripción (constitutiva) que establecía el RH se extralimitaba a lo previsto en la Ley del Suelo del momento (Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana), ya que este sólo se limitaba a exigir la inscripción como requisito de eficacia. Además, se consideraba por el TS que el precepto reglamentario imponía una serie de exigencias que excedían de la potestad reglamentaria, ya que estaban reservadas a la ley.

53 ROCA SASTRE, R. M.: “Ensayo sobre el derecho de superficie”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 392-393, 1961, p. 39.

54 El art. 30.3 RH sólo se limita a establecer las reglas para la inscripción y los datos que han de constar (DÍEZ-PICAZO, L.: *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 127).

55 Vid. art. 1 TRLSRU.

suelo en general, que distingue dos estados de suelo: i) suelo urbanizado; y, ii) suelo rural⁵⁶.

El suelo en situación rural —donde se enmarca la mayoría infraestructuras industriales de energía renovable— se caracteriza principalmente por la necesidad de preservarlo de la transformación urbanizadora⁵⁷. Por el contrario, el suelo en situación de urbanizado es aquel que queda integrado en una malla urbana conformada por una red de viales, dotaciones y parcelas propias del núcleo o asentamiento de población del que forma parte y que, al menos, cumpla alguna de las siguientes condiciones: i) haberse urbanizado por el correspondiente instrumento; ii) disponer de instalaciones operativas de infraestructuras y servicios necesarios que satisfagan las necesidades que demanden los usos y edificaciones existentes; o, iii) ocupación por edificación en los porcentajes legalmente establecidos.

En cuanto al derecho de superficie (regulado en los arts. 53 y 54 TRLSRU) la norma —al igual que hiciesen sus precedentes legislativos próximos— otorga sustantividad y autonomía propia, definiéndose como facultad que permite la realización de “construcciones o edificaciones” en finca ajena; sin calificarse expresamente de “superficie urbana” o “urbanística”. La regulación del derecho de superficie contenida en el TRLSRU resultará aplicable a todo suelo, independientemente de la situación en la que se encuentre, ya sea urbanizado o en situación rural⁵⁸, con independencia también de la naturaleza del sujeto constituyente (público o privado⁵⁹), o de intereses públicos o particulares subyacentes⁶⁰. Y es que, la legislación sobre el suelo se caracteriza por su contenido básico y la nota de generalidad, aplicable a cualquier tipo de suelo, ya sea catalogado de urbanizado o rural. Luego, el régimen jurídico del derecho de superficie regulado en el TRLSRU recaería sobre cualquiera de estas dos situaciones básicas del suelo.

Por su parte, de acuerdo con el art. 148.1.3ª CE, las CCAA pueden asumir competencias en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, por lo que habrá que integrar el régimen establecido en el TRLSRU con las distintas normas autonómicas, de las que algunas han venido a referirse expresamente al derecho que se estudia⁶¹.

56 Vid. art. 21.1 TRLSRU.

57 Vid. art. 21.2 a) TRLSU.

58 ARANDA RODRÍGUEZ, R.: “El derecho de superficie”, cit., pp. 410 y ss.

59 DE PABLO CONTRERAS, P., MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., y PÉREZ ÁLVAREZ, M.: *Curso de Derecho Civil (III). Derechos reales*, 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2020, p. 535; SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Derecho de superficie, cit., p. 1091.

60 NAVARRO VIÑUALES, J. M.: “El derecho de vuelo”, cit., pp. 743 y ss.

61 Por ejemplo, la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía (BOJA núm. 303, de 20 de diciembre de 2021) ha reconocido en su art. 131 la posibilidad de constituir el derecho de superficie tanto a Administraciones Públicas y demás entidades públicas, así como los particulares, en bienes de su propiedad o integrantes del patrimonio público de suelo correspondiente,

3. Otras normas.

El ordenamiento también prevé una regulación especial del derecho de superficie, circunscrito a aquellos suelos calificados como montes vecinales en mano común. Así, el art. 3 de la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, de montes vecinales en mano común, habilita la posibilidad de constitución del derecho de superficie para aquellos montes que pertenezcan a agrupaciones vecinales que se han ido aprovechando consuetudinariamente en mano común por los vecinos⁶².

La norma establece la posibilidad de constituir el derecho de superficie sobre este tipo de montes, con plazo máximo de 30 años, para edificaciones o plantaciones, así como instalaciones (entre las que podría incluirse las infraestructuras de energías renovables); determinándose como fuentes reguladoras: i) lo dispuesto en el art. 3 Ley 55/1980, de 11 de noviembre; ii) el título constitutivo; y, iii) subsidiariamente, por las normas de Derecho privado.

4. Derecho de superficie urbana, rústica y de montes vecinales en mano común: conclusiones acerca de su delimitación.

En los inicios de la entrada en vigor de la primera ley del suelo en España y, debido a la diversidad legislativa existente, la doctrina comenzó a debatir acerca de la existencia de varias modalidades de derecho de superficie, esto es, la convergencia de un derecho de superficie urbana común o civil (regido por el CC) y otro de naturaleza urbanística (regulado por la normativa administrativa del suelo y ordenación territorial)⁶³, además de la vertiente rústica (que se vislumbra a partir del art. 30.3 RH)⁶⁴.

Hoy día, parece estar superada la concepción dual urbanística-urbana del derecho, ya que, como se ha señalado en apartados anteriores, el vigente TRLSRU —como ya hizo la norma de 2007— parte de un único derecho de superficie (el urbano) debido a ese carácter omnicomprendivo y completo del ordenamiento del suelo, que sólo lo clasifica en dos: urbanizado y rústico⁶⁵. El TRLSRU sólo regula un único derecho de superficie, la urbana, al ordenar de forma unitaria el derecho de propiedad del suelo, debiendo complementarse dicha norma especial con las reglas establecidas en el ordenamiento civil. De la interpretación del TRLSRU se extrae que no existe suelo no afectado por la legislación básica del suelo, pues

con destino a cualquiera de los usos permitidos por la ordenación urbanística autonómica, remitiendo a lo regulado en la legislación estatal.

⁶² Vid. art. 1.

⁶³ GUILARTE ZAPATERO, V.: *El derecho de superficie*, cit., p. 86; PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, cit., p. 149; ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil español*, 6ª ed., vol. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, p. 414.

⁶⁴ SERRANO DE NICOLÁS, A.: "Derecho de superficie", cit., p. 1082.

⁶⁵ Ídem.

todo suelo es considerado edificable⁶⁶, incluido el rústico si se cumplen con los requisitos para ello.

El TRLSRU no cierra la facultad edificadora o urbanizadora en el suelo rural al poder legitimarse actos y usos específicos que sean de interés público o social (art. 13.1), así como permitirse el paso a suelo urbanizado (art. 13.2) o el sometimiento de una actuación de transformación urbanística (art. 16.3), lo que trae como consecuencia que en un suelo clasificado como rural se puedan llevar a cabo actos de naturaleza urbanizadora, incluida la constitución de derechos de superficie urbana regidas por la normativa del suelo. Por tanto, existe un único derecho de superficie urbano, independientemente del sujeto que lo constituya (público o privado) y de la clasificación del suelo en que se realicen las “construcciones o edificaciones”, al ser la verdadera naturaleza de este derecho llevar a cabo este tipo de actos urbanizadores.

Como corolario de lo expuesto, se colige que el derecho de superficie puede ser urbano, cuando la finalidad sea “realizar construcciones o edificaciones” (art. 53.1 TRLSRU), independientemente de que tales actos urbanizadores se realicen en suelo urbano o rural y, derecho de superficie rústico, cuando la finalidad sea la “plantación o siembra” (art. 30.3 RH)⁶⁷. En la primera variedad, es decir, cuando el superficiario construya o edifique en cualquiera de las dos clases de suelo, la fuente primaria de aplicación sería el TRLSRU (arts. 53 y 54), limitándose en cierta medida la autonomía de la voluntad de las partes⁶⁸. Y es que, el art. 54.3 TRLSRU establece como marco jurídico aplicable: i) las disposiciones del Capítulo III (arts. 53 y 54); ii) de forma supletoria, las disposiciones de la legislación civil en lo no previsto por el citado Capítulo; y, iii) por el título constitutivo del derecho.

Luego, la configuración jurídica del derecho de superficie urbana debe articularse a partir de un sistema de fuentes escalonado. En primer término, resultan determinantes las normas imperativas contenidas en los arts. 53 y 54 del TRLSRU, que establecen el núcleo indisponible de la institución, aunque algunas previsiones dejan cierto margen de libertad a las partes (por ejemplo, la libertad de pactos a la hora de la liquidación del derecho). En segundo lugar, opera con carácter supletorio el ordenamiento civil en todo aquello no previsto por la legislación especial. Finalmente, adquiere relevancia el título constitutivo,

66 GONÍ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: “Acerca del derecho de superficie urbano y sus modalidades”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 756, p. 2252.

67 DIEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 532; ARANDA RODRÍGUEZ, R.: “El derecho de superficie”, cit., p. 416.

68 NAVARRO VIÑUALES, J. M.: “El derecho de vuelo”, cit., p. 745.

en cuanto manifestación de la autonomía de la voluntad dentro de los límites previstos (art. 1255 CC)⁶⁹.

Desde esta perspectiva, la doctrina ha identificado un conjunto de elementos de carácter imperativo en el TRLSRU que delimitan estructuralmente el derecho de superficie. Entre ellos destacan, en particular, la necesaria limitación temporal del derecho (límite máximo de 99 años)⁷⁰, los requisitos formales para su válida constitución —esto es, el otorgamiento en escritura pública y su inscripción en el Registro de la Propiedad—, las causas de extinción expresamente previstas en la norma (no edificación en plazo o por el transcurso de este) y la legitimación para la constitución por el propietario del suelo⁷¹. Por el contrario, se consideran de naturaleza dispositiva aquellas cuestiones en las que el legislador permite un margen de configuración y libertad a las partes. En este ámbito se incluyen, entre otras, la transmisibilidad del derecho —que puede ser modulada mediante pactos específicos—, la configuración del régimen de reversión, la determinación de la contraprestación o la eventual previsión de indemnizaciones y, la facultad transmisión y gravamen⁷². En consecuencia, el título constitutivo se erige como un instrumento clave para adaptar el derecho de superficie a las necesidades concretas de las partes, siempre dentro del marco de las limitaciones imperativas establecidas por el TRLSRU.

En lo que respecta al derecho de superficie rústica, este ha suscitado cierta confusión en torno a la aplicación de las disposiciones contenidas en el TRLSRU. Algunos autores han sostenido la extensión de dicho régimen para la configuración jurídica de este derecho de superficie⁷³. Sin embargo, a nuestro juicio, esta posición puede resultar un tanto imprecisa. Pues, como se ha señalado, el derecho de superficie rústica, en su configuración específica recogida en el art. 30.3 RH, presenta un objeto claramente delimitado: la “plantación o siembra”. Este elemento teleológico resulta determinante, en la medida en que vincula la institución a una función eminentemente agraria o productiva, ajena a toda lógica edificatoria o urbanizadora⁷⁴. Por el contrario, el art. 53.I TRLSRU proyecta un derecho de superficie de naturaleza inequívocamente constructiva, orientado a

69 En un primer momento se entendió que el ordenamiento del suelo sólo tenía valor supletorio, debiendo aplicarse cuando no hubiese pacto configurador de la superficie (FONT BOIX, V.: “El derecho de vuelo y el derecho de superficie”, *RDN*, núm. 57, vol. 57-58, 1967), si bien, este postulado ha de irse desechando en virtud del nuevo ordenamiento del suelo.

70 ALONSO PÉREZ, M. T.: “La temporalidad del derecho de superficie”, cit., p. 378.

71 NAVARRO VIÑUALES, J. M.: “El derecho de vuelo”, cit., pp. 745-746.

72 *Ibidem*, p. 747.

73 SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: “El derecho de superficie rústica”, en AA.VV.: *Derechos reales (tratado práctico interdisciplinar)*, (coord. por G. MUÑOZ RODRIGO y A. BUENO BIOT) (dir. J. R. DE VERDA BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 891-893.

74 PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, cit., p. 169, declaraba en relación a la faceta teleológica de la institución que, mientras que el derecho de superficie urbana tiene por objeto fomentar la edificación, el que recae sobre fincas rústicas tiene un propósito facilitador del cultivo.

la edificación y, en todo caso, a la transformación urbanística del suelo (ya sea urbanizado o rústico).

La confusión entre ambos planos —agrario y urbanístico— conduce a una indebida traslación de categorías jurídicas que, aunque formalmente próximas, responden a finalidades y presupuestos sustancialmente dispares y, por ende, a regímenes distintos. No basta, por tanto, con atender a la clasificación del suelo como rural o rústico para calificar el derecho constituido sobre el mismo como un derecho de superficie rústico⁷⁵. Cabe afirmar que, cuando las facultades conferidas al superficiario se orientan a la ejecución de actuaciones urbanizadoras o edificatorias, incluso si estas tienen lugar sobre suelo clasificado como rural, nos encontraríamos propiamente ante un derecho de superficie de naturaleza urbana, regido por los arts. 53 y 54 TRLSRU. En estos supuestos, el derecho mantiene su carácter —urbano o edificatorio— en función de su finalidad, con independencia de la clase de suelo sobre el que recae.

En consecuencia, la distinción no debe anclarse exclusivamente en la naturaleza rústica o urbana del suelo, sino en la función económico-jurídica del derecho de superficie. Solo cuando esta función se circunscribe a la explotación agraria —mediante el acto de plantación o siembra— cabe hablar de un derecho de superficie rústico en los términos del art. 30.3 RH; en los demás casos (cuya acción es la construcción o edificación incluso en suelo rural) la institución se incardina en el ámbito del derecho de superficie urbana. En cuanto a las fuentes del derecho de superficie rústico, la nula regulación positiva de esta figura obliga a reconocer un papel predominante a la autonomía de la voluntad de las partes, plasmada en el correspondiente título constitutivo como principal criterio rector de su configuración y contenido. En ausencia de previsión expresa en dicho título, resultarán de aplicación supletoria las disposiciones generales del Código Civil, junto con la costumbre y los principios generales del Derecho, en cuanto fuentes subsidiarias del ordenamiento jurídico. Asimismo, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 30.3 RH en lo relativo a su acceso e inscripción en el Registro de la Propiedad.

Por último, en lo que atañe a la configuración del derecho de superficie sobre los montes vecinales en mano común —ya sea para instalaciones, edificaciones o plantaciones—, el sistema de fuentes se construye a partir de una norma con carácter especial. En primer término, debe estarse a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, que establece el marco normativo básico. En segundo lugar, adquiere relevancia determinante el título constitutivo del propio derecho de superficie y, finalmente, con carácter supletorio, resultarán

75 NAVARRO VIÑUALES, J. M.: “El derecho de vuelo”, cit., p. 802.

de aplicación las normas generales del Derecho privado (art. 3.4º Ley 55/1980, de 11 de noviembre).

5. Derecho de superficie e infraestructuras de energías renovables.

Una vez delimitadas las dos categorías del derecho de superficie, se impone avanzar hacia la construcción de una dogmática específica aplicable al derecho de superficie orientado a la implantación de infraestructuras de energías renovables en suelo rural. Esta tarea no es meramente sistemática, sino que presenta una indudable relevancia práctica, en la medida en que de la correcta calificación dependerán aspectos esenciales como la duración del derecho, su transmisibilidad, el régimen de extinción, así como la articulación de las relaciones entre el propietario del suelo y el superficiario, entre otras más.

En este contexto, emerge como cuestión nuclear la determinación del régimen jurídico rector de esta figura: si ha de reconducirse, siquiera por analogía, al modelo propio del derecho de superficie urbana —tradicionalmente vinculado a la edificación o construcción— o si, por el contrario, debe subsumirse en el régimen característico de la superficie rústica, históricamente conectada con los aprovechamientos agrarios.

A este respecto, parece razonable descartar, con carácter general, la aplicación del régimen propio de la superficie rústica. En efecto, esta modalidad se configura en torno a la atribución al superficiario de facultades de plantación (acción de introducción de plantas en la tierra) o siembra (arrojar y esparcir semillas en tierra preparada para ello) sobre fundo ajeno, esto es, la introducción de una cubierta vegetal con finalidad productiva, ya sea agrícola, forestal o análoga⁷⁶. Su función reside, por tanto, en la explotación agrícola del suelo y en el mantenimiento de ciclos naturales de producción, lo que revela una clara desconexión con la realidad económica y técnica de las instalaciones de energías renovables. Estas últimas — como parques fotovoltaicos, termosolares o eólicos — no implican propiamente un uso agrario del suelo, sino la ocupación del mismo mediante estructuras destinadas a la captación y transformación de recursos naturales (radiación solar, viento) en energía eléctrica. Se trata, en consecuencia, de un uso eminentemente industrial del suelo rústico, caracterizado por la implantación de instalaciones fijas o con vocación de permanencia. Desde esta perspectiva, la figura se aproxima más a la superficie urbana, en cuanto comporta la atribución al superficiario de un derecho a construir o edificar—en sentido amplio— y mantener lo construido o edificado en suelo ajeno, cuestión que se aclara en el apartado dedicado a los elementos reales del derecho que se analiza⁷⁷.

⁷⁶ VILALTA NICUESA, A. E: *El derecho de superficie. La superficie rústica*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 223-224.

⁷⁷ *Vid. infra* 3. B).

IV. CONFIGURACIÓN JURÍDICA ACTUAL DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN SUELO EN SITUACIÓN RURAL PARA ENERGÍAS RENOVABLES.

I. Concepto.

En los últimos años, la doctrina ha mantenido una estructura conceptual del derecho de superficie (derivado de *super facies*⁷⁸, *superficies-ei*, *superficium-ii*⁷⁹) más o menos homogénea, identificándose como la facultad de un sujeto (superficiario) de poder construir o edificar (en su vertiente urbana), sembrar o plantar (en la rústica) en la rasante, subsuelo o vuelo⁸⁰ propiedad de otro (concedente o *dominus soli*), a cambio o no de remuneración, constituyéndose dos estatutos jurídico-dominicales diferenciados, que al término de la vigencia del derecho (temporalidad⁸¹), lo construido, edificado, plantado o sembrado, puede revertir o no a favor del concedente⁸².

Por su parte, la definición de superficie urbana que ofrece el ordenamiento vigente puede encontrarse en el art. 53.I TRLSRU, entendiéndose como derecho real que otorga a un sujeto (superficiario) la facultad de realizar construcciones o edificaciones (o ya realizadas) en la rasante y en el vuelo y subsuelo de una finca ajena, manteniendo (el superficiario) la propiedad temporal de lo construido o edificado. Así, la arquitectura del derecho de superficie descansaría en dos fases diferenciadas: como derecho real a construir o edificar y como propiedad separada entre el suelo y la construcción⁸³.

En condiciones normales, la superficie pertenece al dueño del suelo ex art. 350 CC, pero puede que dicho propietario (en virtud de la libertad de disposición y el régimen de *numerus apertus* de los derechos reales⁸⁴) transmita a un tercero el derecho para construir o edificar, o su uso⁸⁵, derogándose el principio de accesión

78 CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español, común y foral*, cit., p. 675.

79 El significado etimológico “sobre la faz de la tierra” no se identificaba por los juristas romanos como un espacio de dos dimensiones, sino como lo que se levanta sobre el suelo y en íntima unión con él, esto, es lo que se encuentra sobre el suelo, esté o no fijamente unido al mismo (GONZÁLEZ, J.: *El derecho de superficie*, Madrid, 1922, p. II).

80 BERNAD MAINAR, R.: “Derechos reales de nuevo cuño”, cit., p. 2598, señala que el derecho de superficie presenta estas tres modalidades.

81 En una etapa más primitiva la temporalidad se difuminaba debido a la interpretación del derecho de superficie con los arts. 1611 y 1655 CC, al relacionarse con la enfiteusis y el arrendamiento. Así, algunos autores iniciales introdujeron también en el concepto el carácter de indefinido, cuestión que con el ordenamiento del suelo quedaba abandonada. Vgr. ROCA SASTRE, R. M.: “Ensayo sobre el derecho de superficie”, cit., 1961, p. 7; GUILARTE ZAPATERO, V.: *El derecho de superficie*, cit., p. 174.

82 Vid. por todos, AA.VV. *Curso de Derecho Civil III*, cit., p. 317; SERRA RODRÍGUEZ, A.: “Los censos y el derecho de superficie”, en AA.VV.: *Derechos reales (tratado práctico interdisciplinar)*, (coord. por G. MUÑOZ RODRIGO y A. BUENO BIOT) (dir. J. R. DE VERDA BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 864-865.

83 NAVARRO VIÑUALES, J. M.: “El derecho de vuelo”, cit., p. 735

84 DE LOS MOZOS, J.L.: *El derecho de superficie en general*, cit., p. 116; ALBALADEJO, M.: *Derecho civil III. Derecho de bienes, vol. II. Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad*, 5ª ed., Bosch, Barcelona, 1983, p. 208.

85 CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español, común y foral*, cit., p. 678-679.

de superficies solo cedit consagrado en el art. 358 CC; y lo construido o edificado en fundo ajeno pertenecerá no al *dominus soli*, sino al superficiario (al menos durante cierto tiempo)⁸⁶.

En el ámbito de la instalación de infraestructuras para energías renovables en suelo rural, el derecho de superficie se configuraría como una facultad concedida —principalmente a través del pacto⁸⁷— por el propietario del suelo (ya sea público o privado) a un tercero ajeno con la finalidad de construir, instalar u ocupar⁸⁸ la rasante del suelo, subsuelo o vuelo con infraestructuras de energías renovables, reconociéndose la propiedad temporal y separada de lo instalado y su conjunto, y, por otro, el suelo en sí.

2. Características.

La doctrina científica ha sistematizado la estructura del derecho de superficie en torno a tres rasgos axiales que delimitan su fisonomía jurídica, a saber: i) como derecho real limitado de goce autónomo y sustantivo, que recae sobre cosa ajena; ii) separación entre la propiedad superficiaria y la que retiene el concedente; y, iii) la temporalidad como derecho de duración limitada⁸⁹.

Como derecho real de goce autónomo y sustantivo, en el plano energético que analizamos, otorga al superficiario un estatuto jurídico particular diferido de la mera relación obligacional. Así, se le concede al beneficiario una propiedad diferenciada para la implantación de toda una infraestructura para la proyección industrial de energías renovables en el suelo o subsuelo, permitiéndose su inscripción registral ex art. 53.2 TRLSRU, y respondiendo a su vez a una función económico-jurídica de relevancia: servir como elemento de garantía para la financiación, al ser un derecho hipotecable ex art.107.5º LH⁹⁰.

Por otro lado, la disociación entre la propiedad del suelo y la superficiaria adquiere en el contexto de las energías renovables una importante función, en la que el proyectista o inversor dispone de un volumen distinto del inmueble en sí

86 VILALTA NICUESA, A.E: *El derecho de superficie*, cit., p. 107.

87 La constitución puede originarse por cualquiera de las posibles formas a través de las cuales nacen los derechos reales, si bien, el modo más normal de adquisición (incluidas las de finalidad energética) es el negocio jurídico, es decir, la declaración de voluntades del *dominus soli* y aceptada por el superficiario (DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996, p. 174).

88 *Vid. infra* 3. B)

89 O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil*, cit. p. 283; SERRA RODRÍGUEZ, A.: "Los censos", cit., p. 865; ALONSO PÉREZ, M. T.: "La temporalidad del derecho de superficie", cit., p. 362; VILALTA NICUESA, A. E: *El derecho de superficie*, cit., pp. 107-110; ARANDA RODRÍGUEZ, R.: "El derecho de superficie", cit., p. 405.

90 BUSTOS MORENO, Y.: "Nuevas aplicaciones", cit., p. 113.

y mantiene una completa independencia⁹¹, sin necesidad de adquirir el suelo en el que implantará la infraestructura, suponiendo un importante ahorro económico.

Finalmente, la naturaleza esencialmente temporal del derecho de superficie (conforme a los arts. 53.1 y 53.2 del TRLSRU) se erige como una nota definitoria de especial relevancia, al permitir acompasar la vigencia del gravamen con la vida útil de la infraestructura y el periodo de amortización de la inversión. No obstante, el advenimiento del término final suscita complejos interrogantes jurídicos respecto al régimen liquidatorio del derecho, particularmente en lo relativo a la reversión. En este punto, la configuración del título constitutivo deviene crucial para disciplinar extremos tales como la obligación de desmantelamiento de los activos, la restitución del predio a su estado agronómico original o el establecimiento de eventuales compensaciones económicas. Todo ello queda confiado a la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), cuya libertad de pacto encuentra sus límites infranqueables no solo en el orden público y la moral, sino en el ordenamiento imperativo como lo dispuesto en las normas de carácter urbanístico y de ordenación territorial.

3. Constitución.

El ordenamiento sigue sin delimitar los modos de constitución del derecho de superficie⁹² más allá de los requisitos formales de escritura pública e inscripción registral (art. 53. 2 TRLSRU); por lo que hay que acudir a los modos generales de nacimiento de los derechos reales, pudiendo constituirse a título gratuito u oneroso⁹³, por actos *inter vivos* —de la más diversa naturaleza— o *mortis causa*⁹⁴.

No obstante lo anterior, se considera que el modo más normal de constitución es el negocio jurídico contractual, es decir, el pacto consistente en la cesión a una persona ajena de la facultad de construir o edificar en el suelo, subsuelo y/o vuelo propiedad del cedente, a cambio o no de un precio determinado o determinable. Así, para la constitución del derecho de superficie para la instalación de energías renovables, podría ser la compraventa el cauce más natural⁹⁵, teniendo en cuenta la realidad económica y la seguridad jurídica que trae consigo dicho negocio jurídico, así como la claridad de su regulación típica (arts. 1445 y ss. CC).

91 ALONSO PÉREZ, M. T.: “La temporalidad del derecho de superficie”, cit., p. 362.

92 GULLÓN BALLESTEROS, A.: *La superficie urbana (El derecho de superficie en la Ley del suelo y legislación hipotecaria)*, Universidad de Sevilla, 1960, p. 59.

93 Vid. art. 53.3 TRLSRU.

94 DE LOS MOZOS, J. L.: *El derecho de superficie en general*, cit., p. 295.

95 DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: *El derecho de superficie*, cit., p. 175-176.

A) Elementos personales.

El TRLSRU [art. 53.2 (II)] sólo aclara la posición jurídica del sujeto que puede constituir el derecho de superficie: “el propietario del suelo, sea público o privado”. Sin embargo, naturalmente, se han de distinguir las dos partes diferenciadas de la relación superficiaria, por un lado, el concedente del derecho o *dominus soli* (propietario del suelo) y, por otro, el superficiario o beneficiario de las facultades de construcción o edificación que le va a otorgar el primero.

a) Concedente o *dominus soli*.

El art. 53.2 (II) TRLSRU otorga la exclusiva legitimación (y no a otro) al titular dominical del suelo para la constitución del derecho, al disponerse expresamente que “[...] sólo puede ser constituido por el propietario del suelo [...]”, ya sea este de naturaleza pública o privada. Se requiere, conforme a las normas generales del Derecho Civil, que el sujeto reúna las condiciones mínimas para el ejercicio de su capacidad jurídica y poder de disposición de la propiedad⁹⁶.

Puede ocurrir que el suelo sobre el que se va a constituir el derecho se trate de una propiedad en comunidad romana o en comunidad germánica, señalando los autores la necesidad de que todos los cotitulares o comuneros presten su consentimiento para la válida constitución ex arts. 397 y 398 CC⁹⁷.

b) Superficiario.

Naturalmente, el TRLSRU nada dice acerca de los requisitos exigibles al superficiario, dejando su regulación a las normas generales del ordenamiento civil. Así, tal y como ha venido indicando la doctrina, a este sólo se le exigirá capacidad para contratar.

B) Elementos reales.

La doctrina mayoritaria ha venido identificando como elementos reales del derecho de superficie “el suelo” y “la construcción o edificación”⁹⁸. Esta caracterización responde a la propia estructura del derecho, en la que el suelo constituye el soporte físico sobre el que se proyecta la facultad de edificar o de mantener una construcción separada de la propiedad del terreno, mientras que la

96 CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español, común y foral*, cit., p. 680; DE LA IGLESIA MONJE, M.I.: *El derecho de superficie*, cit., p. 187; AA.VV. *Curso de Derecho Civil III*, cit., p. 319.

97 DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: *El derecho de superficie*, cit., p. 187; AA.VV. *Curso de Derecho Civil III*, cit., p. 187; NAVARRO VIÑUALES, J. M.: “El derecho de vuelo”, cit., p. 748.

98 PUIG PEÑA, F.: *Tratado de Derecho Civil español*, cit., p. 478; ROCA SASTRE, R.M.: “Ensayo sobre el derecho de superficie”, cit., 1961, p. 41; NAVARRO VIÑUALES, J. M.: “El derecho de vuelo”, cit., p. 752, entre otros más.

construcción o edificación se configura como el objeto material del derecho una vez ejecutada o incorporada al mismo.

a) Suelo.

El CC no establece una definición de “suelo” ni de “superficie”, entendiéndolo algún autor como un objeto material concreto situado en el plano superficial de la tierra con independencia de su configuración geológica o geográfica, mientras que, por el contrario, la superficie ha sido concebida como el espacio o volumen existente sobre dicho suelo⁹⁹. La RAE ofrece una definición más geológica, al señalar que el suelo es aquella “capa superior de la corteza terrestre situada entre el lecho rocoso y la superficie (...)”¹⁰⁰.

La elevación de elementos fijos sobre la rasante del suelo implica, desde el punto de vista arquitectónico, una ocupación que no se limita estrictamente a la superficie de este, sino que se puede extender necesariamente a la subsuperficie¹⁰¹. Ello obedece a las exigencias propias de las distintas técnicas constructivas, que requieren la ejecución de cimentaciones, anclajes y otros elementos estructurales indispensables para garantizar la estabilidad y seguridad de lo elevado en la superficie, tal y como ocurre con la instalación de cualquier infraestructura de energía renovable. A modo de ejemplo, tal y como expone MARTÍNEZ DEL FRESNO, la instalación de un huerto solar o de un parque eólico requiere *per se* de una infraestructura previa sobre la cual se asiente cada dispositivo generador de electricidad, de manera que los materiales quedan integrados en la central eléctrica y directamente vinculados al equipo en el que se instalan¹⁰².

En este sentido, resulta fuera de toda lógica negar al superficiario la facultad de intervenir en el subsuelo cuando dicha operación constituye una consecuencia lógica, inherente e inevitable del propio acto constructivo. Así, el uso del subsuelo debe entenderse implícitamente comprendido dentro del derecho de superficie en la medida en que viene predeterminado por las necesidades técnicas de la construcción proyectada, configurándose así como un presupuesto funcional necesario para el pleno ejercicio del derecho concedido.

La utilización del subsuelo es una consecuencia inherente al derecho de superficie cuando para elevar algo se precisa de la previa intervención y uso del subsuelo y que, sin dicha intervención, perdería sentido lo demás. En aquellos supuestos en los que el título constitutivo no prevea de forma expresa el uso necesario de este subsuelo, dicha facultad podría entenderse integrada en el

99 BLANQUER UBEROS, R.: *Acerca del derecho de superficie*, cit., p. 8 y ss.

100 Diccionario Panhispánico del español jurídico.

101 GULLÓN BALLESTEROS, A.: *La superficie urbana*, cit., p. 53.

102 MARTÍNEZ DEL FRESNO, J.: “Reflexiones sobre la calificación civil, cit., p. 52.

contenido obligacional del mismo en virtud de lo dispuesto en el art. 1258 CC, debiendo estarse no sólo a lo expresamente pactado, sino también a todas aquellas consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, permitiendo así completar el alcance del derecho constituido cuando resulte razonable y funcionalmente imprescindible para su efectividad.

b) Construcción o edificación (en sentido amplio).

Una de las cuestiones centrales que se suscitan en este ámbito es determinar si, dentro del concepto de “construcción” o “edificación”, pueden subsumirse los actos consistentes en la instalación de infraestructuras destinadas a elementos industriales de energías renovables. Esta problemática adquiere especial importancia si se tiene en cuenta que la regulación positiva del derecho de superficie circunscribe su ámbito objetivo, de manera expresa, a la realización de “construcciones” o “edificaciones”, sin efectuar una mención específica a otro tipo diferente como pueden ser las “instalaciones”.

En este contexto, la eventual inclusión de las infraestructuras de energías renovables —como parques eólicos, plantas fotovoltaicas o instalaciones termosolares— dentro de dichas categorías determinaría la viabilidad de articular su implantación a través del derecho de superficie, con las consecuencias que ello comporta.

La cuestión radica en una ampliación interpretativa del concepto “construcción” o “edificación” a la concreta implantación de infraestructuras de energías renovables. En efecto, por un lado, la legislación dispone acerca de “construcciones” o “edificaciones” en sentido estricto, pero, por otro, podría ampliarse a otro tipo de elementos como las instalaciones de energía renovables con viso de adherencia y permanencia al suelo. La noción de “construcción” o “edificación” debe entenderse en un sentido material y funcional más que estrictamente arquitectónico o urbanístico, de modo que lo relevante no es su existencia en sentido técnico, sino la implantación sobre el suelo de un soporte material fijo o permanente, descartándose el derecho de superficie para todo aquello que no disponga de tales caracteres¹⁰³.

Y es que, desde una perspectiva sistemática, resulta defendible una interpretación extensiva del concepto de “construcción”, que no se limite a la edificación tradicional de carácter inmobiliario, sino que ha de abarcar toda transformación material del suelo que conlleve una incorporación fija y permanente al mismo¹⁰⁴, en línea con la noción ofrecida por la doctrina de bien inmueble. En

¹⁰³ DE LOS MOZOS, J. L.: *El derecho de superficie en general*, cit., pp. 282-283.

¹⁰⁴ Los primeros comentaristas del *Code Civil* francés (1804) argumentaron que cuando se incorporan los materiales al suelo, y tales materiales se identifican con aquel (en el sentido de que son uno con él)

esta dirección, parte de la doctrina ya ha calificado determinadas instalaciones de energías renovables como construcciones y, por ende, bienes inmuebles (ex art. 334.I.1° CC)¹⁰⁵, al considerar que constituyen el resultado de una actividad constructiva caracterizada por su adherencia estable al terreno, de tal modo que su separación implicaría un menoscabo o deterioro sustancial de la propia infraestructura energética¹⁰⁶.

Parte de la doctrina ha rechazado que la instalación de elementos de carácter transitorio y desmontables puedan constituir el objeto del derecho de superficie, al considerar que la construcción superficiaria debe presentar unas características tales que, en ausencia de este derecho, lo edificado resultaría absorbido por la propiedad del suelo conforme al principio de accesión¹⁰⁷. Esta circunstancia, sin embargo, no concurriría en el caso de instalaciones temporales, dado que, por su propia naturaleza, no quedan sujetas a la regla general de la accesión y, por ello, no se incorporarían al dominio del propietario del terreno¹⁰⁸. En el caso de las instalaciones de infraestructuras de energías renovables, se han de entender bienes inmuebles por incorporación, ya que al integrarse en un inmueble (tierra) carecen de sustantividad y autonomía¹⁰⁹ y que, en caso de separación, sufrirían un quebranto o deterioro, especialmente con respecto a los elementos del subsuelo (cableado, canalizaciones, etc.), dando lugar a un cambio de esencia en su configuración como elemento energético. Así, aunque tales elementos puedan considerarse —antes de su incorporación al terreno— bienes muebles¹¹⁰, perderán su naturaleza particular y adquirirán la consideración jurídica de bienes inmuebles al quedar unidos al suelo de manera fija y duradera¹¹¹.

comparten su naturaleza y se vuelven inmuebles debido a la unión permanente con el suelo; si la unión es solo temporal, los materiales siguen siendo muebles (LAURENT, F.: *Principes de Droit Civil*, t. 50, 2ª ed., 1876, pp. 506-511).

105 Algunos autores han entendido que el carácter de inmueble se da por la adherencia o en dependencia de los elementos enumerados en el art. 334.I.1° CC, esto es, las tierras, edificios, caminos y construcciones (SCAEVOLA, Q. M.: *Código Civil*, t. VI, 6ª ed., Madrid, 1895, p. 84).

106 BERNAD MAINAR, R.: “Derechos reales de nuevo cuño”, cit., p. 2581.

107 ROCA SASTRE, R. M.: “Ensayo sobre el derecho de superficie”, cit., p. 42.

108 PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, cit., p. 155.

109 AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. V, vol. I, arts. 333 a 391, (coord. por ALBALADEJO), Revista de Derecho Privado, 1980, p. 18.

110 Por el contrario, los bienes muebles se caracterizan por su movilidad y por su mayor susceptibilidad a la destrucción, sustracción u ocultación; rasgos que no concurren en los elementos que integran las infraestructuras de energías renovables (ROCA SASTRE, R.M.: *Instituciones de Derecho hipotecario*, t. III, Bosch, Barcelona, 1942, p. 31).

111 La STS 18 marzo 1961 (JUR\1961\15) resolvió acerca de la naturaleza de bien inmueble de elementos muebles incorporados al suelo, concretamente los lavabos, inodoros, bañeras, calefacción y tubería exterior, entendiendo que adquiere tal condición por haberse incorporado de manera fija y duradera al suelo, manteniéndose el criterio [SSTS 24 marzo 1992 (RJ\1992\2282); 30 marzo 2000 (RJ\2000\2431); 13 enero 2021 (RJ\2021\533), entre otras].

C) Elementos formales.

Aunque en nuestro ordenamiento rige, con carácter general, el principio de libertad de forma en la celebración de los negocios jurídicos y en la creación de derechos (arts. 1278 y 1280 CC), dicho principio experimenta una relevante excepción en el ámbito del derecho de superficie, al menos en su modalidad urbana. Efectivamente, el art. 53.2 TRLSRU [“(…) para que el derecho de superficie quede válidamente constituido (….)”] exige, para su válida constitución, la formalización del derecho en escritura pública y también su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Esta doble exigencia formal —título público e inscripción registral— se entiende tanto como requisito de eficacia frente a terceros, como presupuesto de validez y de nacimiento del propio derecho. En consecuencia, la inscripción adquiere carácter constitutivo, de modo que el derecho de superficie no se entiende válidamente constituido hasta la práctica del correspondiente asiento registral.

Desde esta perspectiva, el otorgamiento en documento privado resulta insuficiente para producir efectos jurídicos frente a terceros y también entre las propias partes. En tales casos, no cabría hablar propiamente de un derecho de superficie existente, sino, a lo sumo, de una relación obligacional susceptible de ulterior formalización, pero carente de eficacia real hasta el cumplimiento de la solemnidad exigida por el ordenamiento.

D) Elemento temporal.

La temporalidad es un elemento claramente definitorio del derecho de superficie y, a la vez, esencial, pues el propio TRLSRU establece la obligación de fijar de forma necesaria el plazo de duración del derecho de superficie, cuyo límite máximo se sitúa normativamente en los 99 años¹¹².

Además, este plazo hay que distinguirlo del plazo que dispone el superficiario para llevar a cabo la construcción o edificación conforme a la ordenación territorial y urbanística, así como lo acordado por las partes en el título constitutivo (art. 54.5 TRLSRU). A este respecto, la legislación urbanística y ordenación territorial suele imponer una serie de plazos para iniciar y concluir los actos constructivos, pudiendo dar lugar a la caducidad de la licencia otorgada para tal fin. Sin embargo, nada impide que, una vez caducada la licencia, se pueda volver a solicitar a la administración competente, siempre y cuando se esté dentro del plazo establecido en el título constitutivo y, naturalmente, respete el límite temporal máximo

¹¹² Vid. art. 53.2 TRLSRU.

recogido en la norma del suelo. Por tanto, se ha de entender que el término final será el pactado en el título constitutivo que, en ningún caso, podrá exceder de los 99 años, extinguiéndose el derecho si no se ejecuta el acto constructivo en plazo (art. 54.5).

4. Contenido.

A) *Concedente del derecho.*

a) Obligaciones.

a') Posibilitar el ejercicio del derecho.

El concedente asume como obligación esencial —de naturaleza tanto positiva como negativa— la de garantizar al superficiario el pleno y efectivo ejercicio de su derecho de superficie, lo que implica no solo permitir, sino también facilitar, la realización de cuantos actos materiales y técnicos resulten necesarios para la adecuada implantación de las infraestructuras destinadas a la generación de energía, debiendo autorizar incluso la realización de trabajos en el subsuelo o suelo adyacente no gravados, pero que resulta necesario para el efectivo ejercicio del derecho¹¹³.

En este sentido, dicha obligación comprende, en su vertiente positiva, la colaboración que razonablemente resulten exigibles para la ejecución del proyecto, incluyendo el acceso al terreno, la realización de obras preparatorias y la obtención o tramitación de autorizaciones cuando proceda. Paralelamente, en su dimensión negativa, impone al concedente un deber de abstención, consistente en no llevar a cabo actos que, directa o indirectamente, puedan impedir, dificultar, perturbar, obstaculizar o menoscabar¹¹⁴ la instalación, desarrollo, explotación y ulterior mantenimiento de las referidas infraestructuras, así como la interdicción de aquellos actos que impliquen el uso abusivo de sus facultades¹¹⁵.

Todo lo anterior debe interpretarse conforme al principio de buena fe contractual (art. 1258 CC), de manera que el concedente no solo se ha de abstener de interferencias manifiestas, sino también de aquellas conductas omisivas o dilatorias que, sin impedir formalmente la actividad del derecho del superficiario, la dificulten comprometiendo la viabilidad o eficiencia del proyecto.

113 DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: *El derecho de superficie*, cit., p. 204.

114 PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, cit., pp. 156 y ss.; NAVARRO VIÑUALES, J. M.: "El derecho de vuelo", cit., p. 771; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil*, cit., p. 284

115 PUIG PEÑA, F.: *Compendio de Derecho civil español*, cit., p. 608.

b') Abono de tributos y arbitrios.

La mayoría de la doctrina ha identificado la obligación de pago de los tributos y arbitrios que le corresponda al concedente como una manifestación inherente a su condición de titular dominical del suelo, en la medida en que el derecho de superficie no altera la titularidad última del bien, sino que únicamente atribuye al superficiario un derecho real. En consecuencia, el concedente continúa siendo, con carácter general, el sujeto pasivo de aquellos tributos y arbitrios que graven la propiedad de su terreno en sí mismo considerado.

b) Derechos.

a') Uso del suelo compatible con el ejercicio del derecho.

El concedente conserva, en principio, las facultades de uso, disfrute y disposición sobre aquellas porciones de suelo y subsuelo no afectadas por el derecho de superficie, siempre que el ejercicio de tales facultades resulten plenamente compatibles con el contenido y finalidad del derecho constituido y no genere perturbación, menoscabo o limitación alguna en el derecho del superficiario y, todo ello, salvo que las partes hubieran convenido otra cosa¹¹⁶.

En el ámbito de las infraestructuras de energías renovables, esta cuestión adquiere particular relevancia, pues, en numerosas ocasiones, la implantación de las instalaciones no comporta la ocupación íntegra de la finca, sino únicamente de determinadas superficies necesarias para la ubicación de los elementos técnicos (aerogeneradores, paneles fotovoltaicos, centros de transformación, viales de acceso, etc.). Ello permite que subsistan espacios no directamente afectados por la instalación, susceptibles de aprovechamiento por parte del concedente.

Ahora bien, dicho aprovechamiento queda condicionado a la compatibilidad con el derecho de superficie, limitándose tanto a la ausencia de interferencia material inmediata, como a la prevención de riesgos potenciales para la correcta explotación, mantenimiento y seguridad de la infraestructura energética. En este sentido, usos como el cultivo agrícola, el pastoreo o incluso la cesión a terceros de facultades de goce sobre las zonas no afectadas pueden considerarse admisibles, siempre que no comprometan aspectos tales como el acceso a las instalaciones, la integridad de los equipos, el cumplimiento de la normativa técnica o medioambiental, o la eficiencia en la producción energética.

Asimismo, la doctrina ha subrayado que la eventual transmisión por el concedente de derechos de uso o disfrute —ya sea mediante uso, arrendamiento

116 NAVARRO VIÑUALES, J. M.: "El derecho de vuelo", cit., p. 772.

o usufructo¹¹⁷— debe articularse de forma que los terceros queden igualmente sujetos a las limitaciones derivadas del derecho de superficie, evitando la interferencia al superficiario. Si tales derechos se constituyeron en un momento anterior al derecho de superficie y, no son compatibles con este, una vez que se inicie la construcción superficiaria, dichos derechos han de quedar resueltos¹¹⁸. En consecuencia, resulta recomendable que estas cuestiones queden perfectamente delimitadas en el título constitutivo tanto del derecho de superficie como de aquellos otros derechos reales o personales establecidos con posterioridad.

b') Percibir la contraprestación.

El art. 53.3 TRLSRU determina que el derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito, previendo diversas formas en el modo de contraprestación: i) el pago de una suma alzada o de un canon periódico (*solarium*¹¹⁹); ii) la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo; o, iii) una combinación de varias de estas modalidades.

En el plano de las instalaciones de energías renovables, lo habitual es la preferencia por fórmulas de retribución dineraria, ya sea mediante el abono de un precio a tanto alzado o, con mayor frecuencia, a través de cánones periódicos. Esta tendencia responde, entre otros factores, a la propia naturaleza de estas instalaciones —caracterizadas por la explotación continuada en el tiempo y por flujos de ingresos relativamente estables—, lo que favorece la adopción de mecanismos retributivos recurrentes que pueden actualizarse según los intereses de las partes.

c') Conservación de facultades dominicales.

El cedente, en su condición de titular dominical del suelo —configurado jurídicamente como una propiedad separada respecto del derecho de superficie—, conserva las facultades inherentes a todo propietario ex art. 54.4 TRLSRU. Ello implica que mantiene las potestades que le son propias, si bien condicionadas en cierto modo por la existencia del derecho de superficie y por las limitaciones funcionales derivadas de su constitución.

117 GUILARTE ZAPATERO, V.: *El derecho de superficie*, cit., p. 269.

118 Hay autores que son contrarios a esta tesis, pues entienden que el *dominus soli* no debería de seguir gozando del suelo, ni poder transmitir su goce a un tercero, ya que desde el mismo momento en que se constituye el derecho de superficie, el superficiario tiene el goce de la superficie y todo lo que se construya o plante en ella pertenecerá al superficiario por el principio de accesión (DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: *El derecho de superficie*, cit., p. 207). No obstante lo anterior, resulta necesario precisar que las partes en el título constitutivo pueden pactar, como manifestación de la autonomía privada, el uso y disfrute del suelo cedido en superficie que no perjudique al superficiario.

119 O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil*, cit., p. 284.

En este sentido, la titularidad del cedente no queda vaciada de contenido, sino que se proyecta sobre todos aquellos aspectos que no se opongan al derecho del superficiario. Así, el propietario del suelo puede realizar actos de disposición, transmisión o gravamen de su derecho con separación del derecho del superficiario y, sin necesidad de consentimiento del propio superficiario (art. 54.4 TRLSRU). En este sentido, en aquello que no resulte incompatible con la explotación energética, el propietario del suelo podrá gravarlo con relaciones jurídico-reales (hipoteca, uso o usufructo), usarlo y transmitirlo mediante relaciones personales (arrendamiento). Así, si la instalación energética y el derecho del superficiario lo permite, se podrá compatibilizar el uso energético del suelo con finalidades agro-ganaderas del propietario o de terceros. Aparte de lo anterior, también se incluye naturalmente la facultad de ejercicio de acciones de defensa de la propiedad.

El subsuelo también podrá ser objeto de transmisión a terceros y gravamen juntamente con el suelo (ex art. 54.4 TRLSRU), salvo que se haya incluido de forma expresa o tácita en el derecho de superficie, si bien, en el ámbito de las energías renovables se entenderá incluido en el derecho de superficie ante la necesidad de su uso para la cimentación, canalizaciones y conductos de la instalación.

d') Derecho a la reversión.

La reversión de lo construido es una consecuencia jurídica que se produce al finalizar el plazo de duración del derecho de superficie, adquiriendo el concedente, salvo pacto en contrario, lo que sobre o bajo el suelo se haya construido¹²⁰. A través del pacto, no sólo caben cláusulas sobre los derechos de tanteo, retracto o retroventa a favor del propietario del suelo¹²¹, sino también pactos sobre las formas de reversión como: la reversión parcial o total de lo construido a favor del superficiario¹²²; la reversión a favor del superficiario (denominada por algunos "reversión invertida"¹²³); reversión en comunidad al concedente y superficiario;

120 ESPINET ASENCIO, J. M.: "Vivienda compartida y temporal. Usufructo. Derecho de superficie", en AA.VV.: *Tratado de la vivienda*, (dir. por M. CUENA CASAS y J. TEJEDOR BIELSA), Boletín Oficial del Estado, 2025, p. 721; NAVARRO VIÑUALES, J. M.: "El derecho de vuelo", cit., p. 776.

121 Vid. art. 54.3 TRLSRU.

122 LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil III*, cit., p. 188. Algún autor ha puesto de manifiesto que no es válido el pacto por el que se excluye la reversión total, fundamentando que si no hay reversión el derecho de superficie implícitamente deviene perpetuo, surgiendo una disociación indefinida ante la titularidad dominical del suelo y lo edificado, esto es, se frustra el carácter temporal, ya que el superficiario continuaría en propiedad de la totalidad de lo edificado (NAVARRO VIÑUALES, J. M.: "El derecho de vuelo", cit., p. 778).

123 Se produce no en favor del cedente sino del superficiario, el cual queda propietario tanto de lo construido como del solar (NAVARRO VIÑUALES, J. M.: "El derecho de vuelo", cit., p. 780).

todo ello, con la posibilidad de establecerse indemnizaciones a favor del dueño del suelo¹²⁴.

Aunque, como se ha dicho, con carácter general, el derecho de superficie comporta la reversión de lo construido o instalado al propietario del suelo al término del plazo, en el sector de las energías renovables es frecuente que las partes introduzcan libremente pactos respecto a dicha reversión y liquidación del derecho de superficie¹²⁵. En particular, puede pactarse que el superficiario mantenga la titularidad de las instalaciones al extinguirse el derecho, asumiendo correlativamente la obligación de proceder a su desmantelamiento y retirada en un plazo determinado, no perpetuando así la propiedad separada. Esta solución responde a diversas finalidades: por un lado, evita la transferencia al propietario del suelo de activos que pueden haber agotado su vida útil o cuya explotación ya no resulta económicamente viable; y, por otro, garantiza la restitución del terreno en condiciones adecuadas para su uso futuro, minimizando riesgos ambientales y costes para el cedente, quien no se dedica de ordinario a la explotación energética.

B) Superficiario.

a) Obligaciones.

a') Abono de tributos y arbitrios.

Al igual que el concedente, el superficiario, en cuanto titular de un derecho real autónomo que recae sobre la edificación o instalación levantada en virtud del derecho de superficie, asume igualmente obligaciones tributarias y análogas que se deriven de dicha titularidad¹²⁶.

b') Satisfacción de la contraprestación.

El superficiario debe satisfacer la contraprestación pactada en el título constitutivo, ya sea el pago único de una suma alzada o de un canon periódico, configurable de la más amplia forma admisible en derecho. A este respecto, resulta habitual en el sector pactar como retribución un porcentaje de la facturación obtenida por la venta de energía, en proporción a la ocupación de la finca con las instalaciones¹²⁷. En cuanto a la interpretación, cumplimiento y los remedios frente al

124 LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil III*, cit., p. 188.

125 SERRA RODRÍGUEZ, A.: "Los censos", cit., p. 870.

126 PUIG PEÑA, F.: *Compendio de Derecho civil español*, cit., p. 608.

127 De la SAP de Cádiz (Secc. 8ª) 4 marzo 2020 (JUR\2021\48752) se extrae una particular forma de retribución, pactada por las partes en el momento de constitución contractual del derecho de superficie, estableciéndose en la cláusula 7ª del contrato un porcentaje de la facturación anual neta obtenida por la venta de energía eléctrica generada por un parque eólico y, en proporción a la energía generada en la finca: "Un canon anual equivalente al 3,8% de la facturación anual neta (base imponible), obtenida por la

incumplimiento de la retribución y su forma, en defecto de previsiones específicas, se han de regir por las normas civiles generales en materia de obligaciones y contratos.

c') Respeto de la finalidad.

El superficiario viene obligado a respetar estrictamente la finalidad delimitada en el título constitutivo del derecho de superficie, la cual actúa como elemento configurador esencial de su contenido y alcance¹²⁸. En consecuencia, no podrá destinar el derecho a usos distintos de los expresamente previstos, debiendo ajustar su actuación a la concreta finalidad constructiva o de implantación de las instalaciones que hayan sido pactadas por las partes en el título constitutivo.

Desde esta perspectiva, la obligación del superficiario no se agota en la mera realización de la construcción o instalación proyectada, sino que se amplía también sobre su mantenimiento y explotación conforme a dicha finalidad. Así, debe desarrollar la actividad en los términos y plazos pactados, observando tanto las condiciones técnicas como las limitaciones derivadas del título constitutivo, y el cumplimiento de la normativa urbanística y territorial aplicable¹²⁹.

En el concreto plano de las energías renovables, ello se traduce en la obligación de destinar el suelo a la implantación y explotación de la instalación energética prevista, sin que resulte admisible su transformación en un uso distinto sin el consentimiento del cedente. Asimismo, el superficiario asume la garantía respecto de la finalidad del derecho, en la medida en que debe impedir no solo al propietario del suelo, sino también las injerencias de terceros que puedan comprometer o menoscabar el destino pactado¹³⁰.

d') Posibilitar la reversión.

Como manifestación de la buena fe contractual (art. 1258 CC), el superficiario asume el deber de cooperar activamente en la correcta ejecución de la fase final del derecho de superficie, en particular en lo relativo a la reversión del suelo y, en su caso, de las construcciones o instalaciones.

venta de energía eléctrica generada por el parque eólico "Chorreaderos Altos", según facturas emitidas a su comprador por P&T y en proporción a la energía generada en la finca de la propiedad, respecto de la energía total generada en el parque eólico anteriormente citado, considerándose a efectos del cálculo que la potencia mínima instalada es de 22,5 MW. Se fijó a estos efectos un canon mínimo, por debajo del cual no podría operar el concepto indicado". En la SAP de Huelva (Secc. 2ª) 29 febrero 2024 se recoge como forma de retribución una cantidad variable, en función de la energía eléctrica producida por los aerogeneradores ubicados en el suelo objeto del derecho (2,1 % de la energía anual facturada).

128 GULLÓN BALLESTEROS, A.: *La superficie urbana*, cit., p. 79.

129 AA.VV. *Curso de Derecho Civil III*, cit., p. 321.

130 GULLÓN BALLESTEROS, A.: *La superficie urbana*, cit., p. 79.

b) Derechos.

a') Construir en el plazo previsto.

El art. 53.I TRLSRU indica el contenido básico del derecho: la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante, subsuelo y vuelo de una finca ajena (así como el posterior el mantenimiento), convirtiéndose en propietario temporal (con eficacia *erga omnes*)¹³¹ de dicha construcción o edificación¹³². El título constitutivo puede contener disposiciones específicas respecto a la "construcción", así como al plazo de ejecución, extinguiéndose el derecho ex art. 54.5 TRLS si no se ejecuta en el plazo previsto convencionalmente y, en cualquier caso, por el transcurso del plazo máximo de duración del derecho¹³³.

En el derecho de superficie para las energías renovables, esta cuestión adquiere una especial relevancia, puesto que la ejecución de las instalaciones suele estar condicionada por la obtención de una serie de autorizaciones administrativas que pueden prolongar el término inicial de la ejecución. Por ello, los títulos constitutivos deben contemplar mecanismos de flexibilización y ampliación del término inicial de ejecución de la implantación, vinculándolo al cumplimiento de determinados hitos o previendo suspensiones en caso de retrasos no imputables al superficiario.

De igual forma, como se ha manifestado, el título constitutivo puede o no contener condiciones de la construcción o, en nuestro caso, instalación. Si no se ha previsto nada al respecto, el superficiario podrá ejecutar la obra libremente, sin perjuicio de las limitaciones establecidas en la legislación urbanística y sectorial, pero, si por el contrario, se han previsto una serie de condiciones, el título constitutivo podrá establecer sus consecuencias. El sustancial exceso en los límites del contenido del derecho podrá traer como consecuencia, si se ha pactado, la vigencia del principio de accesión a favor del propietario del suelo. En caso de un incumplimiento no tan esencial (por ejemplo: sólo afecta a una parte, excesos no significativos o alteraciones menores), el derecho de superficie desplegará su eficacia y habrá que contemplar la posibilidad de indemnizar al concedente por aquellos daños y perjuicios irrogados¹³⁴.

b') Titularidad de la propiedad separada de lo construido.

Una vez realizada la construcción, la facultad otorgada al superficiario ha agotado su intrínseca función, surgiendo el derecho de propiedad a favor de este

131 DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: *El derecho de superficie*, cit., p. 210.

132 AA.VV. *Curso de Derecho Civil III*, cit., p. 319

133 SERRA RODRÍGUEZ, A.: "Los censos", cit., p. 870.

134 GUILARTE ZAPATERO, V.: *El derecho de superficie*, cit., p. 263.

sobre lo ejecutado¹³⁵. Así, la titularidad de la propiedad separada de lo construido se convertirá en un derecho inherente del superficiario, al haberse derogado (temporalmente) el principio de accesión. Esta facultad se erige como elemento definitorio de la institución, en la medida en que comporta una excepción al principio de *superficie solo cedit* consagrado en el art. 358 CC. En el derecho de superficie, dicho principio queda desplazado —de forma funcional y temporal—, permitiendo la escisión entre la titularidad del suelo y la construcción.

En virtud de esta derogación temporal, el superficiario ostenta un verdadero derecho de propiedad sobre la construcción o instalación, con el contenido y las facultades propias del dominio, si bien circunscritas al objeto de su derecho y limitadas temporalmente por la duración del mismo. Así, podrá usar, disfrutar y disponer de lo construido, incluyendo su transmisión o su gravamen.

c') Derecho a la transmisión y gravamen.

El superficiario puede disponer de su derecho con las limitaciones establecidas en el título constitutivo, incluyéndose la posibilidad de constituir sobre el mismo relaciones jurídico-reales o personales. Así, el art. 54.I TRLSRU reconoce expresamente esta facultad al superficiario, en términos análogos a los previstos para el propietario del suelo, al disponer que podrá transmitir y gravar su derecho, si bien con sujeción a las limitaciones que se deriven del título constitutivo.

El superficiario puede no solo transmitir su derecho —ya sea por actos *inter vivos* o *mortis causa*¹³⁶—, sino también gravarlo mediante la constitución de otros derechos reales o establecer relaciones de naturaleza personal, tales como arrendamientos u otros negocios jurídicos que permitan la explotación indirecta de lo construido.

Ahora bien, la facultad de disposición del superficiario no es absoluta, sino que se encuentra condicionada por el pacto y la propia naturaleza del derecho de superficie. En particular, su carácter temporal implica que el acto efectuado quedará necesariamente sujeto al plazo de duración del derecho, de modo que el tercero asumirá la posición del superficiario dentro del límite legal previsto. Su reflejo normativo se encuentra en el art. 54.5 (III) TRLSRU al disponerse expresamente que la extinción del derecho de superficie por la finalización del plazo de duración determinará la extinción de toda clase de derechos reales o personales establecidos por el superficiario.

¹³⁵ Ibidem, p. 255.

¹³⁶ ALBALADEJO, M.: *Derecho civil III*, cit., pp. 214-215.

d') Cualquier otra facultad dominical.

El superficiario, en cuanto titular dominical de lo edificado o construido, dispone de todas aquellas facultades dominicales que como propietario le corresponden. Así, particularmente la facultad de defensa de su derecho frente a injerencias o perturbaciones de terceros, mediante el ejercicio de las acciones que el ordenamiento jurídico reconoce para la tutela de la propiedad, en términos análogos a los de cualquier propietario.

5. Extinción.

Las causas específicas de extinción del derecho que prevé expresamente el TRLSRU (art. 54.5) son: i) por la no edificación de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución; ii) por la reunión de los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario (consolidación¹³⁷); y, iii) por el transcurso del plazo máximo de duración del derecho (99 años). Además, a estas causas hay que añadirles aquellas que vienen establecidas comúnmente para todos los derechos reales en el ordenamiento civil general. La mayor parte de la doctrina identifica como causas comunes de extinción las siguientes: i) la consolidación; ii) renuncia; iii) resolución del derecho; iv) expropiación forzosa; y, v) la destrucción o perecimiento.

A) *Causas de extinción.*

a) Causas comunes a los derechos reales.

a') Consolidación.

El derecho de superficie, en cuanto derecho real, se extingue cuando concurre en una misma persona —por actos *inter vivos* o *mortis causa*— la condición de titular del suelo y la de superficiario, operando así la denominada consolidación o confusión de derechos. Este principio responde a la lógica de los derechos reales, en virtud de la cual no resulta admisible la subsistencia de un derecho real sobre cosa propia¹³⁸.

En el caso del derecho de superficie, cuya esencia radica precisamente en la disociación entre la propiedad del suelo y la titularidad de lo edificado o construido, la reunión de ambas titularidades en una sola persona provoca la desaparición de dicha separación, dando lugar a la consolidación del dominio pleno. Como consecuencia, el derecho de superficie se extingue *ipso iure*, integrándose en una esfera dominical unitaria.

¹³⁷ También previsto como causa común en los derechos reales.

¹³⁸ Díez-PICAZO, L.: *Sistema de Derecho civil*, cit., p. 60.

b') Renuncia.

La renuncia constituye una causa de extinción del derecho de superficie en la medida en que implica la abdicación voluntaria del derecho subjetivo del que se es titular. La renuncia del superficiario supone un acto unilateral mediante el cual el titular del derecho decide extinguir su derecho, provocando la consiguiente consolidación del dominio en el propietario del suelo.

Por su parte, la renuncia del propietario del suelo no determina la extinción del derecho de superficie, en la medida en que no produce la consolidación de los dominios en la figura del superficiario¹³⁹.

c') Resolución.

Como manifestación de la autonomía privada, las partes pueden pactar en el título constitutivo que el incumplimiento esencial de alguna de las obligaciones comprometidas por el superficiario —aparte del vencimiento de plazo pactado o el plazo para construir— dé lugar a la extinción del derecho¹⁴⁰. En este sentido, ante el incumplimiento habrá que estar a los remedios establecidos a través del pacto en el título constitutivo y, en su defecto, en el ordenamiento general.

d') Expropiación forzosa.

La expropiación forzosa total o parcial, fundada en razones de utilidad pública o interés social, constituye igualmente una causa de extinción del derecho de superficie que, al igual que el dominio del suelo y los demás derechos reales limitados, puede resultar afectado por la potestad expropiatoria de la Administración¹⁴¹.

e') Destrucción o perecimiento.

La destrucción física de la cosa sobre la que recae el derecho (suelo) supone la extinción del derecho¹⁴² en aquellos supuestos en los que la alteración de dicho soporte físico alcanza una entidad tal que hace imposible o jurídicamente inoperante la subsistencia de la relación superficiaria, ya que desaparece o imposibilita la realización de la función o destino económico¹⁴³.

No obstante, habrá que estar a las circunstancias, ya que no toda alteración del terreno determinaría necesariamente la extinción del derecho. Únicamente

¹³⁹ DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: *El derecho de superficie*, cit., p. 233.

¹⁴⁰ GUILARTE ZAPATERO, V.: *El derecho de superficie*, cit., p. 280.

¹⁴¹ Vid. art. 1 Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa (BOE núm. 351, de 17 de diciembre de 1954).

¹⁴² GUILARTE ZAPATERO, V.: *El derecho de superficie*, cit. p. 280.

¹⁴³ DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: *El derecho de superficie*, cit., p. 226.

aquellas situaciones que impliquen la pérdida sustancial, definitiva e irreversible que conlleve a la no utilización conforme al destino natural previsto. En el caso de afectaciones parciales o temporales, el derecho de superficie puede subsistir; si bien sólo supone la modificación o suspensión de la relación jurídica, la cual puede continuar existiendo sobre la parte existente de la cosa.

En el caso de las energías renovables, esta cuestión adquiere una especial relevancia, ya que este tipo de infraestructuras suelen implantarse en terrenos expuestos a riesgos ambientales o climáticos y, la destrucción del suelo por una inclemencia meteorológica puede cuestionar la continuación de la explotación energética. Por ello, se recomienda que en el título constitutivo se prevean tales vicisitudes y los efectos ante su eventual acaecimiento.

Sin embargo, no parece ocurrir lo mismo cuando es la infraestructura energética la que se destruye o perece, pues asistirá el derecho del superficiario a su reemplazo o reparación, permaneciendo incólume el derecho de goce que se tenía sobre el suelo, esto es, derecho a la (re)construcción mientras no expire el plazo¹⁴⁴.

b) Causas específicas.

a') Transcurso del plazo pactado.

El apdo. 5 del art. 54 TRLSRU pone de manifiesto que el derecho de superficie se extingue si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título constitutivo.

El precepto parece referirse a dos planos claramente diferenciados, aunque funcionalmente interrelacionados, en relación con la obligación de edificar o ejecutar la construcción: de un lado, el cumplimiento de las exigencias técnico-jurídicas derivadas de la ordenación territorial y urbanística aplicable; y, de otro, el respeto del plazo de ejecución establecido convencionalmente en el título constitutivo del derecho de superficie.

En el primer plano, la obligación de construir se encuentra condicionada por el marco normativo urbanístico y sectorial, dentro del cual la licencia urbanística desempeña un papel importante. En este contexto, la Administración competente puede imponer no solo condiciones de la construcción o instalación, sino también los plazos de inicio y ejecución de las obras a través de la correspondiente licencia urbanística. Por su parte, en el segundo plano, el título constitutivo del derecho

144 O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil*, cit. p. 285.

de superficie puede establecer, en ejercicio de la autonomía privada, un término inicial y final de ejecución de la obra.

La cuestión problemática surge cuando ambos regímenes temporales no coinciden o presentan divergencias en su alcance y efectos. En particular, cabe plantear si el incumplimiento del plazo impuesto por la licencia urbanística puede determinar, por sí mismo, la extinción del derecho de superficie cuando este aún se encuentra dentro del plazo convencionalmente pactado y, en todo caso, dentro del límite legal. A nuestro juicio, debe sostenerse una respuesta negativa. El plazo de ejecución impuesto por la Administración en el marco de la licencia urbanística no determina automáticamente la extinción del derecho de superficie, en la medida en que ambos planos responden a lógicas normativas distintas: el primero, de naturaleza jurídico-pública orientado a la disciplina urbanística; el segundo, de naturaleza jurídico-privada vinculado a la configuración del derecho real. En consecuencia, la caducidad o ineficacia de la licencia no afecta *per se* a la existencia del derecho de superficie, sino únicamente a la posibilidad de ejecutar materialmente la obra en ese momento, que podrá hacerse en otro mientras se esté dentro del plazo convencional y, en todo caso, dentro del plazo máximo legal.

Ello se refuerza si se atiende a la posición jurídica del superficiario, quien conserva la facultad de solicitar nuevas licencias urbanísticas cuantas veces resulte necesario, siempre que el derecho de superficie se mantenga vigente. En este sentido, la licencia urbanística, como acto administrativo habilitante, no agota ni consume el derecho de superficie, sino que constituye un presupuesto de ejercicio de la facultad de construir, sometido a las vicisitudes propias del Derecho Administrativo. Distinta es la situación cuando el incumplimiento afecta al plazo establecido en el título constitutivo. En tal caso, nos encontramos ante una infracción del contenido esencial del derecho de superficie, que puede dar lugar —según lo pactado— a su extinción, a la resolución del negocio o a la aplicación de las consecuencias previstas a través del pacto.

b') Transcurso del plazo legal de duración.

Tal y como se ha indicado, el derecho de superficie tiene ex art. 53.2 TRLSRU un plazo límite de duración de 99 años, que deberá especificarse necesariamente en la escritura pública. El transcurso de este plazo máximo determina por sí mismo la extinción del derecho, recobrando así vigencia el principio de accesión. Algunos autores entienden que el citado término final es imperativo¹⁴⁵, derivado de la *voluntas legislatoris*, imponiéndose que, transcurrido este, el derecho queda *ipso iure* extinguido, no siendo necesaria la intervención de voluntad alguna¹⁴⁶. En

¹⁴⁵ DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: *El derecho de superficie*, cit., p. 221.

¹⁴⁶ ALONSO PÉREZ, M. T.: "La temporalidad del derecho de superficie", cit., p. 378.

relación con esta cuestión, resulta necesario distinguir dos aspectos fundamentales en torno a la eventual prórroga del derecho de superficie, atendiendo al distinto alcance de los límites temporales que lo condicionan.

En primer lugar, cabe plantear la posibilidad de prórroga en caso de vencimiento del plazo pactado en el título constitutivo, siempre que no se haya alcanzado el plazo máximo de 99 años. En este supuesto, la prórroga encuentra su fundamento en la autonomía privada, permitiendo a las partes extender la duración del derecho, que deberá cumplir los requisitos de forma¹⁴⁷. Se trata, por tanto, de una modificación del contenido temporal del derecho dentro de los márgenes permitidos por el ordenamiento.

En segundo lugar, debe analizarse la eventual prórroga una vez alcanzado el plazo máximo legal de duración del derecho de superficie. En este caso, la respuesta ha de ser, con carácter general, negativa, en la medida en que dicho límite opera como un tope imperativo que no puede ser superado por la voluntad de las partes. En consecuencia, agotado el plazo máximo legal, el derecho se extingue necesariamente, sin que quepa su prórroga en sentido propio, sin perjuicio de la posibilidad de constituir *ex novo* un derecho de superficie mediante un nuevo negocio jurídico¹⁴⁸.

B) Efectos de la extinción.

a) Reversión.

El art. 54.5 (II) TRLSRU declara como efecto de la extinción del derecho de superficie, por el transcurso del plazo de duración, la reversión; esto es, que el *dominus soli* hace suya la propiedad de lo construido o edificado (recobra vigencia el principio de accesión), sin necesidad de indemnización alguna. No obstante, aclara el precepto que las partes podrán pactar normas sobre la liquidación del régimen llegado el momento de la reversión.

La liquidación a la que hace referencia el texto normativo puede pactarse en el propio título constitutivo para una vez vencido el derecho, siendo válidos aquellos pactos que no se encuentren de frente con las limitaciones establecidas en el art. 1255 CC. Como se ha señalado en apartados anteriores¹⁴⁹, en el ámbito de las energías renovables, las partes pueden establecer que, vencido el plazo y llegado el momento de la reversión, lo instalado o implantado en el terreno siga siendo propiedad del superficiario, con la obligación de desmontaje y desmantelamiento, quedando el terreno libre y expedito. Lo habitual es que el dueño del terreno

147 NAVARRO VIÑUALES, J. M.: "El derecho de vuelo. El derecho de superficie", cit., p. 770.

148 Ídem.

149 Vid. *supra* apdo. 4. A) b) d').

sea ajeno a la actividad energética y no desee adquirir toda una infraestructura cuya vida útil ha vencido, unido a otros inconvenientes como la especialización del sector, los costes de retirada, el régimen de autorizaciones, etc.

b) Extinción de derechos reales y personales constituidos por el superficiario.

Otra de las consecuencias de la extinción del derecho de superficie —ya sea por la no construcción o edificación de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título constitutivo o por el transcurso del plazo de duración del derecho— es la extinción *ipso iure* de toda clase de derechos reales o personales constituidos por el superficiario [art. 54.5 (III) TRLSRU].

Los derechos reales de terceros constituidos por el propietario del suelo — como la hipoteca— plantean cuestiones interesantes en relación con su eventual proyección sobre la propiedad superficiaria tras la extinción del derecho de superficie.

En los supuestos en que tales gravámenes recaigan sobre el terreno con anterioridad a la constitución del derecho de superficie, su eficacia queda, en principio, limitada al ámbito del derecho del concedente, sin extenderse automáticamente a la propiedad separada del superficiario. En consecuencia, una vez extinguido el derecho de superficie, dichos gravámenes no se proyectarán sobre lo edificado o construido, salvo que se hubiera pactado expresamente en el título constitutivo del derecho real de hipoteca su extensión a la futura propiedad superficiaria¹⁵⁰.

Por el contrario, cuando el gravamen es constituido por el propietario del suelo con posterioridad al nacimiento del derecho de superficie, su alcance queda necesariamente subordinado a la previa existencia de este, de modo que no puede perjudicar la posición jurídica del superficiario ni extenderse a su propiedad separada. En tales casos, extinguida la superficie, la reversión de lo edificado o construido al propietario del suelo se produce, con carácter general, libre de las cargas constituidas por este con posterioridad¹⁵¹.

En caso de confusión o consolidación, las cargas que recayeren sobre cada uno de los derechos (propietario del suelo y superficiario) continuarán siendo gravados separadamente hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie, momento en el que se extinguirán las que afectaban al derecho de superficie (art. 54 *in fine* TRLSRU).

V. CONCLUSIONES.

¹⁵⁰ DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: *El derecho de superficie*, cit., p. 249.

¹⁵¹ *Ídem*.

I.- Del trabajo realizado se colige que el derecho de superficie constituye un instrumento óptimo para la proyección de infraestructuras de energía renovable en suelo rústico, en un contexto marcado por la creciente demanda de este tipo de suelos para tales fines (especialmente, energía solar, eólica y termosolar), motivado por los procesos de transición energética impuestos por el ordenamiento nacional e internacional. Su fundamento principal es la neutralización temporal del principio de accesión —*superficies solo cedit*—, lo que viabiliza una disociación estructural entre la propiedad del suelo y el dominio superficiario de las instalaciones. Ante la presión que la transición energética ejerce sobre el suelo agrario, esta escisión dominical garantiza la seguridad jurídica al dotar de independencia a los aprovechamientos concurrentes sobre un mismo predio, protegiendo tanto al propietario del suelo como al superficiario.

II.- En cuanto al ordenamiento aplicable, resulta importante precisar que el TRLSRU regula al denominado derecho de superficie urbana, aplicable a todo derecho de superficie que tenga por objeto la “construcción” o “edificación”, independientemente de la catalogación del suelo (ya sea urbanizado o rural) y de los sujetos intervinientes, pues dicha normativa es considerada como básica y general, aplicable a todo tipo de suelo. Así, el derecho de superficie rústico ex el art. 30.3 RH, consistente en el derecho a plantar o sembrar, se regirá principalmente por el pacto, derivado de la autonomía de la voluntad, al considerarse excluido por una interpretación teleológica la aplicabilidad del TRLSRU. Por tanto, la implantación de infraestructuras de energía renovable en suelo rural, al no consistir —obviamente— en un acto de siembra o plantación a modo de superficie vegetal, deberá regirse por el TRLSRU al entenderse además la instalación de tal infraestructura como un acto “urbanizador”.

III.- Un corolario axil de esta investigación radica en la superación del sesgo puramente urbanístico del derecho de superficie, configurándose como una institución de naturaleza civil. Se confirma que el régimen sustantivo contenido en el TRLSRU ostenta una eficacia expansiva y transversal, resultando de plena aplicación al suelo en situación rural. Esta proyección normativa omnicompreensiva resulta vital para la praxis, por cuanto asegura un mínimo marco imperativo de garantías —singularmente, la limitación temporal máxima de 99 años y la preceptiva escritura pública e inscripción registral— que operan como presupuestos ineludibles para la financiación de los proyectos y la tutela de terceros adquirentes.

IV.- En cuanto al objeto del derecho de superficie, esto es, el acto de “construir” o “edificar” (en suelo ajeno), debe interpretarse de una manera evolutiva y sistemática, que supere la concepción tradicional constreñida a la construcción o edificación urbana. La fisonomía técnica y la vocación de permanencia de las

infraestructuras renovables exigen la subsunción en el concepto de “construcción” previsto en el art. 53.1 TRLSRU. Bajo este prisma hermenéutico, los parques fotovoltaicos, eólicos o termosolares operan como una “implantación fija y permanente” adherida al suelo, coincidiendo a su vez con la definición doctrinal de bien inmueble por incorporación.

V.- La configuración estructural realizada con este trabajo ha puesto de relieve la posibilidad de permitir compatibilizar los usos energéticos con los agrarios y ganaderos en el suelo rústico, a través de diversos instrumentos jurídico-reales (v.gr. uso o usufructo) o personales (v.gr. arrendamiento). La compatibilidad efectiva entre la explotación agro-ganadera y la generación energética exige un diseño negocial adaptado a cada caso concreto a través del título constitutivo. Al amparo del art. 1255 CC, los operadores pueden articular aspectos esenciales como la duración del derecho (teniendo en cuenta el límite temporal máximo), la obligación de construcción o instalación, su finalidad, el régimen y liquidación de la reversión, las condiciones de desmantelamiento, eventuales causas de extinción o incumplimiento, o las relaciones entre las partes y terceros ajenos a la relación superficiaria.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Curso de Derecho Civil III. Derechos reales y registral inmobiliario*, (coord. por F.J. SÁNCHEZ CALERO), 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. V, vol. I, arts. 333 a 391, (coord. por ALBALADEJO), Revista de Derecho Privado, 1980.

ALBALADEJO, M.: *Derecho civil III. Derecho de bienes*, vol. II. *Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad*, 5ª ed., Bosch, Barcelona, 1983.

ALONSO PÉREZ, M. T.: "La temporalidad del derecho de superficie y los efectos de su extinción (principal inconveniente para que sirva de vía de acceso a la vivienda)", en AA.VV.: *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*, (dir. M. T. ALONSO PÉREZ), Thomson Reuters, Cizur-Menor, 2018.

ARANDA RODRÍGUEZ, R.: "El derecho de superficie. Análisis de algunos de sus problemas jurídicos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 759, 2017.

BARRAL, M. A., RUÍZ DÍEZ, A., PRADOS, M. J., GARCÍA-MARTÍN, R., y DELICADO, A.: "Energías renovables y cambios de usos del suelo en el sur de la Península Ibérica: una lectura territorial de la política energética", *Boletín de la Asociación de Geógrafos españoles*, (97), 2023, <https://doi.org/10.21138/bage.3356>.

BERNAD MAINAR, R.: "Derechos reales de nuevo cuño: a propósito de las afecciones y externalidades derivadas de la construcción de parques eólicos en suelo agrícola", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis, junio, 2022.

BLANQUER UBEROS, R.: *Acerca del derecho de superficie*, Colegios Notariales en España, Madrid, 2007.

BUSTOS MORENO, Y.: "Nuevas aplicaciones sobre los derechos reales de edificación ante el desarrollo sostenible", *CESCO*, núm. 48, 2023.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español, común y foral*, t. II. *Derecho de cosas*, 8ª ed., Reus, Madrid, 1951.

COLINA GAREA, R.: *La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978*, J.M. Bosch Editores, Barcelona, 1997.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996.

DE LOS MOZOS, J. L.: *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, Ministerio de la Vivienda, Madrid, 1974.

DE PABLO CONTRERAS, P., MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., y PÉREZ ÁLVAREZ, M.: *Curso de Derecho Civil (III). Derechos reales*, 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2020.

DE SALAS MURILLO, S.: "Tendencias recientes sobre el arrendamiento y el derecho de superficie en el marco del derecho a la vivienda", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23, enero-diciembre, 2009.

DE TORO, M. (1 de mayo de 2025). "La grave amenaza de las renovables para el olivar de Jaén", *El Debate*, consúltese en: https://www.eldebate.com/campo-y-caza/20250501/grave-amenaza-renovables-olivar-jaen_292976.html.

DEL CAMPO, S. G. (24 de abril de 2025). "Un gigante amenaza el campo en Valladolid", *Diario de Valladolid*, consúltese en: <https://www.diariodevalladolid.es/valladolid/250420/270033/gigante-solar-amenaza-campo-valladolid.html>.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.:

- *Sistema de Derecho Civil, vol. III. Derecho de cosas*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1981.
- *Sistema de Derecho civil, vol. III, t. II*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2019.

ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil español*, 6ª ed., vol. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981.

ESPINET ASENCIO, J. M.: "Vivienda compartida y temporal. Usufructo. Derecho de superficie", en AA.VV.: *Tratado de la vivienda*, (dir. por M. CUENA CASAS y J. TEJEDOR BIELSA), Boletín Oficial del Estado, 2025.

FONT BOIX, V.: "El derecho de vuelo y el derecho de superficie", *RDN*, núm. 57, vol. 57-58, 1967.

GONZÁLEZ, J.: *El derecho de superficie*, Madrid, 1922.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: "Acerca del derecho de superficie urbano y sus modalidades", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 756.

GUILARTE ZAPATERO, V.: *El derecho de superficie*, Aranzadi, Pamplona, 1966.

GULLÓN BALLESTEROS, A.: *La superficie urbana (El derecho de superficie en la Ley del suelo y legislación hipotecaria)*, Universidad de Sevilla, 1960.

IGLESIAS-GONZÁLEZ, F.: “Nuevas herramientas urbanísticas para la promoción de viviendas”, *Ciudad y Territorio, Estudios Territoriales*, vol. LVII, núm. 225, otoño, 2025.

LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil III. Derechos reales*, vol. II, Dykinson, Madrid, 2001.

LAURENT, F.: *Principes de Droit Civil*, t. 50, 2ªed., 1876.

MARTÍNEZ DEL FRESNO, J.: “Reflexiones sobre la calificación civil y la tributación de las instalaciones solares fotovoltaicas y aerogeneradores en los impuestos sobre el tráfico de bienes”, *Revista de Contabilidad y Tributación CEF*, núm. 54, 2009.

MEDINA, M. A., y DONAIRE, G. (20 de mayo de 2025) “Qué hay tras los ‘100.000 olivos talados para plantas solares en Jaén’: números exagerados y rechazo por la pérdida de empleo”, *El País*, consúltase en: <https://elpais.com/clima-y-medio-ambiente/2025-05-20/que-hay-tras-los-100000-olivos-talados-para-plantas-solares-en-jaen-numeros-exagerados-y-rechazo-por-la-perdida-de-empleo.html>.

NAVARRO VIÑUALES, J. M.: “El derecho de vuelo. El derecho de superficie”, en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado*, t. II, vol. I, (coord. por J.F. DELGADO DE MIGUEL), Civitas, Madrid, 2002.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil*, t. III. *Derechos reales e hipotecario*, Revista de Derecho Privado, 1992.

PÉREZ-PÉREZ, B., DÍAZ-CUEVAS, P., y MARTÍN PEINADO, F. J.: “La energía solar: ¿Un nuevo uso ordinario del medio rural? Ocupación de suelos agrícolas en el sur de España”, *Hábitat y Sociedad*, núm. 17, 2024, <https://doi.org/10.12795/HabitatSociedad.2024.i17.03>.

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. III, vol. II, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1979.

PUIG PEÑA, F.:

- *Compendio de Derecho civil español. Derechos reales*, 3ª ed., Pirámide, Madrid, 1976.
- *Tratado de Derecho Civil español*, t. III. *Derechos reales*, vol. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

RAMOS, M. (22 de mayo de 2025): “Los olivos centenarios andaluces en peligro por el avance fotovoltaico: el campo exige frenar las talas”, *elEconomista*,

consúltese en: <https://www.eleconomista.es/energia/noticias/13378319/05/25/los-olivos-centenarios-andaluces-en-peligro-por-el-avance-fotovoltaico-el-campo-exige-frenar-las-talas.html>.

ROCA SASTRE, R. M.:

- "Ensayo sobre el derecho de superficie", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 392-393, 1961.
- *Instituciones de Derecho hipotecario*, t. III, Bosch, Barcelona, 1942.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: "El derecho de superficie rústica", en AA.VV.: *Derechos reales (tratado práctico interdisciplinar)*, (coord. por G. MUÑOZ RODRIGO y A. BUENO BIOT) (dir. J.R. DE VERDA BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil. Derechos reales*, t. III, 2ª ed., Madrid, 1900.

SCAEVOLA, Q. M.: *Código Civil*, t. VI, 6ª ed., Madrid, 1895.

SERRA RODRÍGUEZ, A.: "Los censos y el derecho de superficie", en AA.VV.: *Derechos reales (tratado práctico interdisciplinar)*, (coord. por G. MUÑOZ RODRIGO y A. BUENO BIOT) (dir. J. R. DE VERDA BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

SERRANO DE NICOLÁS, A.: "Derecho de superficie: su ayer y hoy en España", en AA.VV.: *Acciones populares. Contribuciones de Derecho Público y Privado romano* (coord. por M. E. ORTUÑO PÉREZ y J. A. BUENO DELGADO), vol. I, Dykinson, Madrid, 2025.

VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho Civil español*, t. II. Parte especial. *Derechos reales*, 4ª ed., Valladolid, 1936.

VILALTA NICUESA, A. E: *El derecho de superficie. La superficie rústica*, Bosch, Barcelona, 2008.

YABEN, M. (19 de diciembre de 2025) "La guerra entre olivos y placas solares entra en el escenario judicial 'ante la inminente tala', *El Debate*, consúltese en: https://www.eldebate.com/campo-y-caza/20251219/guerra-entre-olivos-placas-solares-entra-escenario-judicial-ante-inminente-tala_367027.html.

EQUIDAD JUDICIAL, MOVILIDAD REDUCIDA Y
PROPIEDAD HORIZONTAL: TUTELA CIVIL FRENTE A LA
RIGIDEZ COMUNITARIA

*JUDICIAL EQUITY, REDUCED MOBILITY AND CONDOMINIUM
LAW: CIVIL PROTECTION AGAINST COMMUNITY RIGIDITY*

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 308-335

Carlos DE
LARA VENCES

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de junio de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2026

SINTESI: La equidad judicial prevista permite corregir situaciones de rigidez comunitaria cuando la aplicación ciega de la norma proyecta sobre personas vulnerables una carga desproporcionada. El trabajo analiza la naturaleza jurídica del juicio de equidad como tutela civil frente a la imposición del cargo de presidente y al bloqueo en accesibilidad universal.

PAROLE CHIAVE: Propiedad horizontal; equidad judicial; movilidad reducida; persona vulnerable; accesibilidad universal; presidente de comunidad; discapacidad; bloqueo comunitario.

ABSTRACT: *Judicial equity makes possible to correct situations of community rigidity where the blind application of the law imposes a disproportionate burden on vulnerable persons. This paper analyses the legal nature of equity proceedings as a form of civil protection against the compulsory appointment as president of the owners' association and against deadlock in matters of universal accessibility.*

KEY WORDS: *Condominium law; judicial equity; reduced mobility; vulnerable person; universal accessibility; condominium president; disability; community deadlock.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA EQUIDAD JUDICIAL COMO RESPUESTA CIVIL FRENTE A LA VULNERABILIDAD.- 1. De la propiedad horizontal patrimonial a la propiedad horizontal convivencial.- 2. Movilidad reducida y vulnerabilidad civil.- III. LA EQUIDAD EN EL SISTEMA DE FUENTES: EXCEPCIÓN AUTORIZADA AL PRINCIPIO DE ESTRUCTA LEGALIDAD.- 1. La equidad como método de ponderación aplicativa y fundamento exclusivo de la decisión judicial.- 2. Equidad, buena fe y prohibición del abuso de derecho.- IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL JUICIO DE EQUIDAD EN LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL.- 1. Procedimiento especial, sumario, contradictorio y de cognición limitada.- A) *Tesis de la jurisdicción voluntaria.*- B) *Tesis contenciosa: la equidad como criterio de decisión, no como ausencia de proceso.*- C) *Tesis del procedimiento especial sui generis.*- 2. Equilibrio entre dispensa automática y decisión paternalista.- V. EL RELEVO JUDICIAL DEL PRESIDENTE DESIGNADO: ENTRE PROTECCIÓN, AUTONOMÍA Y NO DISCRIMINACIÓN.- 1. La presidencia comunitaria como carga orgánica de intensidad variable.- 2. Criterios para una decisión equitativa en el art. 13.2 LPH.- 3. Relvo, sustitución y preservación de la participación comunitaria.- VI. BLOQUEO COMUNITARIO Y ACCESIBILIDAD UNIVERSAL: LA EQUIDAD COMO TÉCNICA DE DESBLOQUEO.- 1. Integración de los arts. 10.1.b), 17.2 y 17.7 LPH.- 2. Bloqueo por doble mayoría y comunidades con estructura desigual de cuotas.- 3. Accesibilidad y función social de la propiedad.- VII. CONTRADICTORES, PRUEBA, BUENA FE Y CONTROL PROCESAL DE LA DECISIÓN DE EQUIDAD.- 1. Quiénes deben ser oídos y quiénes deben ser parte.- 2. La prueba como presupuesto de una equidad no arbitraria.- 3. Recurso y control de la decisión de equidad.- VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

La equidad judicial en la Ley de Propiedad Horizontal constituye un cauce especialmente apto para satisfacer la tutela civil de la persona con movilidad reducida en el interior de la comunidad de propietarios. Lejos de tratarse de una cuestión meramente tangencial, aflora aquí un problema de justicia dentro del ámbito comunitario que obliga a revisar la pretendida neutralidad de reglas como la obligatoriedad del cargo de presidente, el principio mayoritario en la formación de la voluntad colectiva o la distribución uniforme de las cargas comunitarias. Cuando tales reglas se aplican de forma abstracta a situaciones de movilidad reducida, pueden proyectar sobre la persona afectada un sacrificio sensiblemente más intenso que el soportado por el resto de los propietarios y comprometer, de manera material, el uso digno y funcional del inmueble.

En ese marco, la movilidad reducida no puede ser tratada como un simple realidad *extra muros* del ámbito jurídico o como una circunstancia meramente fáctica ajena a la estructura de las mayorías aplicables que se precisan en el régimen de la propiedad horizontal. Al contrario, constituye un elemento normativo profundamente relevante para interpretar la posición del propietario dentro de la comunidad, tanto en el plano de la gobernanza comunitaria como en el de la accesibilidad a los elementos comunes. La comunidad de propietarios, en estos casos, no puede seguir siendo concebida exclusivamente como una organización

• **Carlos de Lara Vences**

Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil, Universidad de Burgos. Correo electrónico: cde@ubu.es.

patrimonial de base real regida por cuotas, mayorías y deberes uniformes; ha de ser entendida también como una estructura jurídica de convivencia en la que la aplicación estricta de reglas aparentemente neutras puede desembocar en resultados incompatibles con una tutela civil materialmente adecuada de la vulnerabilidad funcional.

Desde esta perspectiva, la obligatoriedad del cargo de presidente exige una reconsideración. Su imposición automática resulta difícilmente conciliable con supuestos en los que el desempeño del cargo implica desplazamientos, presencia física continuada, seguimiento de incidencias, supervisión de obras o relación operativa con espacios comunes no accesibles para quien ha sido designado. El problema no reside en convertir la movilidad reducida en una causa automática de dispensa, sino en determinar si la exigencia de asumir el cargo puede mantenerse cuando se traduce en una carga orgánica desproporcionada. La sustitución judicial del presidente designado deja así de aparecer como una concesión de mera tolerancia para ser comprendida como una respuesta jurídicamente fundada frente a una imposición comunitaria que, en determinados supuestos, desborda los límites de lo razonablemente exigible. La clave radica en desplazar el análisis desde la igualdad formal en la atribución de cargas hacia la proporcionalidad en su concreta incidencia sobre la persona afectada.

En paralelo, la accesibilidad de los elementos comunes revela otra manifestación de la misma insuficiencia estructural. La previsión legal de determinadas actuaciones obligatorias no elimina la conflictividad en torno al coste de las obras, a su alcance técnico, a la suficiencia de la solución adoptada o a la resistencia, abierta o encubierta, de la colectividad. El desacuerdo comunitario no puede ser tratado siempre como una simple divergencia entre intereses patrimoniales equivalentes. En determinados supuestos, la negativa o la pasividad de la mayoría proyectan sobre una persona concreta una carga de exclusión que trasciende la mera incomodidad y compromete seriamente la efectividad del uso de la vivienda. Cuando la falta de accesibilidad impide o dificulta de modo relevante el disfrute del inmueble, la cuestión deja de ser un problema organizativo o de aplicación estricta del principio de autonomía de la voluntad, para convertirse en un problema de tutela civil de la persona vulnerable.

La conexión entre el relevo judicial del presidente designado y la superación del bloqueo comunitario en materia de accesibilidad pone de manifiesto una realidad más profunda que, a veces, no se reconoce. En ambos casos aparece la misma realidad: la insuficiencia de reglas comunitarias formalmente neutras cuando recaen sobre una persona cuya movilidad reducida altera de manera relevante la posibilidad real de soportar ciertas cargas o de disfrutar plenamente del inmueble. La equidad judicial no comparece, por tanto, como cláusula marginal

o residual, sino como técnica de corrección de la rigidez comunitaria. Su función no es excepcionar arbitrariamente el régimen de propiedad horizontal, sino impedir que la rigidez estructural del sistema de mayorías produzca resultados materialmente disfuncionales.

Esta reconstrucción solo adquiere pleno sentido si se la sitúa a la luz de los principios de dignidad del ser humano, libre desarrollo de la personalidad y no discriminación. La dignidad impide tratar a la persona con movilidad reducida como destinataria indiferenciada de deberes diseñados para un propietario abstracto y funcionalmente neutro. El libre desarrollo de la personalidad exige preservar un espacio efectivo de autonomía en el disfrute de la vivienda y en la participación en la vida comunitaria, sin que las limitaciones de movilidad se conviertan en causa de subordinación material o de reducción práctica de esa autonomía. La no discriminación obliga, por su parte, a superar una falsa neutralidad normativa que ignora el impacto desigual de ciertas reglas cuando son aplicadas sin modulación a situaciones de vulnerabilidad funcional. Estos principios no operan aquí como referencias externas de carácter meramente retórico, sino como criterios de interpretación material del régimen comunitario y como fundamento de soluciones civilmente proporcionadas.

La respuesta doctrinal adecuada pasa por configurar la equidad judicial como un juicio de proporcionalidad civil y humanamente orientado. En materia de presidencia comunitaria, ello exige ponderar la aptitud funcional real para asumir el cargo, la intensidad del sacrificio impuesto, la posibilidad de apoyos organizativos y la existencia de soluciones menos gravosas. En materia de accesibilidad, exige valorar si la negativa o la dilación comunitaria comprometen el uso ordinario y digno de la vivienda, perpetúan barreras evitables o consolidan una desigualdad funcional objetivamente relevante. En ambos planos, la finalidad no consiste en privilegiar subjetivamente a quien presenta movilidad reducida, sino en evitar que la aplicación lineal de reglas aparentemente neutras produzca una desproporción jurídicamente inaceptable. Esto se produce cuando existe una mayoría de bloqueo, cuando la doble mayoría exigida impide la adopción de acuerdo alguno. En este caso, la equidad puede perseguir la función social de la propiedad.

Desde esta óptica, la categoría de desproporción comunitaria ofrece un eje conceptual particularmente útil. Hay desproporción cuando la comunidad impone a un propietario con movilidad reducida una carga orgánica o funcional que excede de lo razonablemente exigible, o cuando mantiene una estructura física cuya inaccesibilidad priva de contenido real al uso del inmueble en condiciones de igualdad. Ante esa desproporción, la respuesta adecuada no puede reducirse a una apelación ética a la sensibilidad vecinal, sino que debe concretarse en técnicas jurídicas de corrección. La equidad judicial cumple precisamente esa función:

traducir las exigencias de dignidad, autonomía y no discriminación a soluciones operativas en el seno del régimen de propiedad horizontal, permitiendo tanto la modulación de las cargas de gobierno como la superación del bloqueo comunitario cuando este produce efectos excluyentes.

Por ello, la sustitución del presidente designado por razón de movilidad reducida y el desbloqueo judicial de acuerdos vinculados a la accesibilidad constituyen dos manifestaciones de una misma exigencia de racionalidad interna del sistema comunitario. En ambos supuestos, la equidad judicial actúa como técnica de integración material del régimen de propiedad horizontal y como instrumento idóneo para impedir que la aparente neutralidad de sus reglas termine lesionando, de forma indirecta pero intensa, la posición civil de la persona con movilidad reducida. La consecuencia última es clara: la propiedad horizontal no puede seguir siendo interpretada exclusivamente desde la lógica de la uniformidad y de la mayoría, sino también desde la necesidad de garantizar que la convivencia comunitaria sea compatible con la dignidad de la persona, con su libre desenvolvimiento en el espacio doméstico y con una auténtica prohibición de discriminación por razón de vulnerabilidad funcional. Esta es la función de la equidad en la tutela civil de las personas vulnerables en el ámbito del régimen de la propiedad horizontal.

II. LA EQUIDAD JUDICIAL COMO RESPUESTA CIVIL FRENTE A LA VULNERABILIDAD FUNCIONAL.

I. De la propiedad horizontal patrimonial a la propiedad horizontal convivencial.

La propiedad horizontal ha sido tradicionalmente explicada como una forma compleja de titularidad inmobiliaria, integrada por un derecho singular y exclusivo sobre un elemento privativo y por una copropiedad inseparable sobre los elementos comunes, es decir, se trata de una titularidad *ob rem*¹. Esta sigue siendo una realidad inmutable, de hecho, es un paradigma esencial de la propiedad horizontal, pero resulta insuficiente cuando el análisis se desplaza desde la estructura del derecho real hacia la posición material de los condueños. La comunidad de propietarios es algo más que un mero centro de imputación de gastos, cuotas y mayorías; es también un espacio jurídico de convivencia en el que la vivienda, los accesos, las escaleras, los ascensores, los portales, los garajes, los patios y demás elementos comunes condicionan la vida diaria de quienes habitan o utilizan el inmueble².

1 DE LARA VENCES, C: *Derecho de la Construcción y Uso de la Vivienda. Suelo, Construcción, Propiedad Horizontal, Arrendamientos Urbanos y Registro de la Propiedad*, Colex, A Coruña, 2025, p. 181.

2 ALONSO PÉREZ, M. T.: “¿Es necesario reconocer personalidad jurídica a las comunidades de propietarios organizadas en régimen de propiedad horizontal?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 802, 2024, pp. 639-672.

Esta dimensión convivencial adquiere especial intensidad cuando la persona afectada presenta movilidad reducida, discapacidad física, sensorial o psíquica, edad avanzada, enfermedad o cualquier otra circunstancia de vulnerabilidad funcional que incida directamente en el uso del edificio o en la posibilidad real de asumir determinadas cargas comunitarias. En tales situaciones, las reglas ordinarias de la propiedad horizontal, tales como la obligatoriedad del cargo de presidente, el principio mayoritario, reparto de gastos por cuota, la ejecutividad inmediata de los acuerdos o la necesidad de alcanzar determinadas mayorías, pueden producir efectos que deben ir más allá de una fría aplicación de un precepto jurídico haciendo abstracción de la persona a quien va destinada la aplicación concreta de la norma.

La cuestión no es convertir toda circunstancia personal en causa de inaplicación del régimen comunitario, como si toda norma fuera en esencia una excepción, cuando en realidad es lo contrario, procede su aplicación general. Tampoco se trata de transformar la vulnerabilidad en una categoría exoneratoria general frente a las obligaciones inherentes a la titularidad dominical. La propiedad horizontal requiere cooperación, contribución a los gastos comunes, aceptación de cargas organizativas y sometimiento a reglas de funcionamiento colectivo. Sin embargo, cuando la aplicación rigurosa de esas reglas coloca a una persona vulnerable ante una carga singularmente gravosa, no basta con invocar la igualdad formal de todos los propietarios. La igualdad formal puede encubrir una desigualdad real cuando se exige idéntico comportamiento a quienes se encuentran en posiciones funcionalmente desiguales. Por eso, lo que se pretende aquí es analizar la equidad instrumento jurídico que permite superar la igualdad formal para alcanzar la igualdad material³.

Desde esta perspectiva, la equidad judicial prevista en la Ley de Propiedad Horizontal aparece como una técnica de corrección interna de la rigidez derivada de la ciega aplicación de la norma, pretendiendo encontrar un acomodo para los condueños vulnerables. En este sentido, debe tener en cuenta que se trata de aplicar la norma en el lugar habitual de residencia y morada de los condueños. Su función no es desplazar la ley, sino impedir que su aplicación rígida produzca resultados incompatibles con la justicia del caso concreto. El legislador remite al juez a la equidad en dos ámbitos en los que la rigidez comunitaria puede generar consecuencias especialmente intensas: de un lado, el relevo del presidente designado; de otro, la imposibilidad de alcanzar determinadas mayorías comunitarias. Ambos supuestos revelan una misma tensión: la que se produce

3 CARMONA CUENCA, E.: "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 84, 1994, pp. 265-286. En el mismo sentido, CHANO REGAÑA, L.: "La igualdad como parámetro de control de la constitucionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español: evolución, modelo aplicativo y principio de proporcionalidad", *Nuevos Horizontes del Derecho Constitucional*, núm. 4, 2023, pp. 78-97.

entre el funcionamiento abstracto de la comunidad y la protección civil de personas situadas en una posición materialmente vulnerable. Si hay algún lugar donde las personas vulnerables deben ser especialmente protegidas es en su hogar. No pueden ser víctimas de la literalidad de la norma, sino de una aplicación equitativa de la misma por parte del juzgador, sin olvidar, como más adelante se analizará, que viene avalado por una norma con rango legal.

2. Movilidad reducida y vulnerabilidad civil.

La movilidad reducida no debe ser tratada como un dato meramente físico, médico o asistencial, sino como una circunstancia jurídicamente relevante cuando condiciona el ejercicio de facultades dominicales, el acceso a la vivienda, la utilización de elementos comunes o el cumplimiento de deberes comunitarios. Una persona propietaria con movilidad reducida no ocupa una posición idéntica a la de quien puede desplazarse sin obstáculos por el inmueble, asistir sin dificultad a juntas, supervisar reparaciones, resolver incidencias, atender presencialmente a terceros o asumir tareas ordinarias de representación comunitaria⁴.

La vulnerabilidad funcional tiene, por tanto, una doble proyección. En primer lugar, opera en sentido defensivo, como límite a la imposición de cargas comunitarias que, aunque en abstracto deben ser aplicadas desde la generalidad, pueden resultar desproporcionadas en determinados casos concretos⁵. Este es el plano propio del art. 13.2 LPH, relativo al relevo judicial del presidente designado. En segundo lugar, opera en sentido prestacional o facilitador, como fundamento de actuaciones orientadas a remover barreras que impiden el uso efectivo del inmueble. Este es el plano de las obras de accesibilidad y del eventual recurso a la equidad del art. 17.7 LPH cuando el principio mayoritario no permite superar una situación de bloqueo⁶.

4 A fecha de redacción de este artículo se ha aprobado el 26 de mayo de 2026 la toma en consideración de la Proposición de Ley de modificación de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, expediente 122/000240, que pretende modificar la Ley de Propiedad Horizontal en tres puntos: el art. 9.1.h), para admitir una dirección de correo electrónico a efectos de citaciones y notificaciones; el art. 15.1, para admitir la asistencia a la junta de propietarios por videoconferencia; y el art. 19.1, para permitir el libro de actas en formato y soporte electrónico. El texto propuesto para el art. 15.1 dice que la asistencia a la Junta será "personal, por videoconferencia o por representación legal o voluntaria", basa en la normativa aprobada en los tiempos de la pandemia derivada del COVID-19, concretamente el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

5 TINAO LLERANDI, R.: "Las personas vulnerables. Análisis global de su definición y protección jurídica", *CEFLegal. Revista práctica de derecho*, núm. 277, 2024, pp. 5-32. DOI: 10.51302/cefllegal.2024.20141. Este autor considera que, en sentido jurídico civil, la vulnerabilidad no debe identificarse solo con una condición personal abstracta, sino con una situación relacional de exposición cualificada al daño, en la que la persona presenta una menor capacidad real para prevenir, resistir o neutralizar los efectos perjudiciales de una relación jurídica, patrimonial, familiar, contractual o habitacional.

6 OTERO CRESPO, M.: "Colectivos vulnerables y vivienda", *Revista de Derecho Civil*, núm. 4, 2025, pp. 93-129. Defiende que la realidad de la vivienda debe analizarse también desde la posición de los sujetos vulnerables o en riesgo de discriminación, debiéndose aplicar mecanismos correctores. En este caso, la equidad.

Ahora bien, la tutela civil de la persona vulnerable exige evitar dos riesgos contrapuestos. El primero es la indiferencia formalista: negar relevancia a la vulnerabilidad porque la Ley de Propiedad Horizontal impone a todos los propietarios las mismas cargas. El segundo es el paternalismo excluyente: presumir que toda persona mayor, enferma o con discapacidad debe ser automáticamente apartada de la presidencia comunitaria o de la participación en la vida orgánica del edificio. La primera opción desprotege; la segunda infantiliza. Una comprensión constitucional y civilmente adecuada exige partir de la voluntad de la persona afectada, valorar su situación real y adoptar únicamente aquellas modulaciones que resulten necesarias y proporcionadas. Ninguno de estos criterios aplicados de forma aislada daría lugar a una solución justa, lo que procede es una interpretación conjunta de todos ellos que permita encontrar un equilibrio basado en la equidad cuya aplicación viene avalada por una norma legal y cuya aplicación, no se deja de forma arbitraria a la mayoría de los condueños, a los órganos de gobierno o al propio vulnerable, sino que se cede al poder judicial.

Por ello, la movilidad reducida no debe operar como una incapacidad comunitaria automática. Una persona con discapacidad física puede estar plenamente capacitada, desear ejercer la presidencia y contar con apoyos suficientes para hacerlo. Del mismo modo, una persona mayor puede tener aptitud, experiencia y voluntad para asumir funciones representativas. La equidad judicial debe convertirse en una herramienta para evitar que a una persona vulnerable se le imponga una carga que, atendidas sus circunstancias, excede de lo razonablemente exigible. La clave no reside en una aplicación automática de la norma o en una injusta clasificación del condueño: mayor, enfermo, discapacitado, vulnerable, sino en la concreta incidencia funcional de esa circunstancia sobre el deber comunitario discutido. Por lo tanto, razones de estricta justicia aconsejan el examen individual de cada situación, huyendo de injustas reglas apriorísticas que lejos de alcanzar una aplicación justa de la norma, conlleve a situaciones de auténtica discriminación o de desaforada protección que genere situaciones humillantes.

Las comunidades de propietarios deben superar el ser un rígido microcosmos de aplicación normativa ciega para pasar a ser un lugar de interrelación social. No es necesario una relación más allá de la meramente protocolaria, pero sí debe ser un espacio donde se fomente más la convivencia humana que un lugar frío de aplicación normativa insensible. Ahora bien, es necesario crear un marco que permita alcanzar la igualdad material en el seno de las comunidades de propietarios⁷.

7 NOGUEIRA LÓPEZ, A.: "Vulnerabilidad. Reducto o frontera del Estado social", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 12, 2025, pp. 215-246. Esta autora ofrece ofrecer un marco general sobre el tránsito desde una vulnerabilidad entendida como excepción asistencial hacia una vulnerabilidad concebida como frontera del Estado social y de los mecanismos de igualdad material.

III. LA EQUIDAD EN EL SISTEMA DE FUENTES: EXCEPCIÓN LEGALMENTE AUTORIZADA AL PRINCIPIO DE ESTRUCTA LEGALIDAD.

I. La equidad como método de ponderación aplicativa y fundamento exclusivo de la decisión judicial.

El art. 3.2 CC contiene una regla de extraordinaria importancia para delimitar el alcance de la equidad judicial. Según este precepto, la equidad debe ponderarse en la aplicación de las normas, pero las resoluciones judiciales solo pueden descansar exclusivamente en ella cuando la ley expresamente lo permita. Lo contrario implicaría una clara vulneración del principio de legalidad, base inexcusable del estado de derecho. Esta formulación permite distinguir dos planos. En un primer plano, la equidad actúa como criterio ordinario de aplicación razonable del Derecho: permite interpretar y aplicar las normas de modo proporcionado, evitando resultados manifiestamente injustos⁸. En un segundo plano, mucho más excepcional, la equidad se convierte en fundamento directo de la decisión judicial, pero solo cuando exista habilitación legal expresa.

Los arts. 13.2 y 17.7 LPH constituyen precisamente una de esas habilitaciones legales expresas. En el primero, el propietario designado presidente puede solicitar su relevo al juez, quien resolverá por el procedimiento del art. 17.7. LPH. En el segundo, cuando la mayoría no pueda lograrse por los procedimientos establecidos legalmente, el juez, a instancia de parte, oyendo en comparecencia a los contradictores previamente citados, resolverá en equidad lo que proceda. La ley no se limita a permitir una interpretación equitativa de normas preexistentes, sino que atribuye al juez una potestad decisoria fundada en la equidad para desbloquear una situación comunitaria o modular una carga orgánica.

Esta habilitación no significa que el juez quede liberado del derecho. Resolver en equidad no equivale a resolver según intuiciones personales, criterios de oportunidad o percepciones subjetivas de conveniencia⁹. La equidad judicial sigue siendo una decisión jurisdiccional, sometida a motivación, contradicción, prueba, congruencia y control procesal¹⁰. Su singularidad consiste en que la solución no se deduce de manera automática de una regla cerrada, sino de una ponderación de las circunstancias relevantes del caso a la luz de los principios que estructuran el ordenamiento: dignidad, igualdad, no discriminación, buena fe, prohibición del

8 ZORRILLA RUIZ, M. M.: "Eficacia y justicia del orden natural de la equidad", *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, vol. 57, núm. 2, 2009, pp. 255-302. Se puede considerar la equidad como criterio excepcional de resolución judicial y como corrección de la generalidad de la norma.

9 LELL, H.M.: "La equidad y la seguridad jurídica. El equilibrio como desafío a la ética judicial", *Lex Humana*, vol. 9, núm. 1, 2017, pp. 26-45.

10 PARRA MARTÍN, M. D.: "La equidad como criterio auxiliar en la interpretación judicial", en *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, BOE, 2021, pp. 1413-1420. Considera la equidad como criterio auxiliar de interpretación judicial, no como poder libre del juez.

abuso de derecho, proporcionalidad, función social de la propiedad y efectividad del uso del inmueble.

La equidad funciona así como una excepción al principio de estricta legalidad en sentido débil, no como una excepción al Derecho. Es una excepción a la subsunción mecánica, no una licencia para apartarse del ordenamiento. El juez no sustituye la ley por una valoración puramente moral, sino que aplica una habilitación legal que le permite integrar el régimen comunitario allí donde la regla mayoritaria u orgánica produce un bloqueo o una carga desproporcionada. La equidad no destruye la seguridad jurídica; la completa allí donde la seguridad formal generaría una injusticia material intolerable.

2. Equidad, buena fe y prohibición del abuso de derecho.

La equidad judicial en propiedad horizontal se encuentra estrechamente conectada con la buena fe y con la prohibición del abuso de derecho¹¹. Las comunidades de propietarios son ámbitos especialmente propensos a conflictos de bloqueo, estrategias de resistencia, mayorías coyunturales, minorías obstativas y tensiones entre el interés patrimonial individual y la funcionalidad colectiva del inmueble. En ese contexto, la equidad permite al juez examinar si la posición mantenida por una parte responde a un interés legítimo o, por el contrario, utiliza las reglas comunitarias para imponer a otra persona un sacrificio desproporcionado.

Este análisis resulta particularmente relevante en materia de accesibilidad. La oposición a una obra puede fundarse en razones técnicas, económicas o de proporcionalidad que merecen consideración. No toda negativa comunitaria es abusiva ni toda solicitud de accesibilidad debe aceptarse sin examen. Sin embargo, cuando la oposición se basa en meras preferencias estéticas, incomodidades menores, resistencia genérica al gasto o indiferencia hacia la imposibilidad real de uso del inmueble por una persona con movilidad reducida, la buena fe exige un control más intenso. El problema no es solo si se ha alcanzado o no una mayoría, sino si la regla de mayoría está siendo utilizada para consolidar una barrera que priva a una persona del uso ordinario de su vivienda o de los elementos comunes.

La equidad puede desempeñar, en este punto, una función análoga a la del abuso de derecho, aunque no se confunde con él. El abuso de derecho permite

11 Resulta de interés el análisis de la buena fe realizado por YZQUIERDO TOLSADA, quien distingue la buena fe subjetiva y objetiva, estudia su función como estándar de conducta y su papel integrador del contrato. Sirve para fundamentar que la buena fe no es solo creencia psicológica, sino canon objetivo de lealtad, diligencia y corrección. YZQUIERDO TOLSADA, M.: "De nuevo sobre la buena fe", *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 6, 1988, pp. 633-681.
Vid. PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA, J. I.: "Aproximación al concepto de abuso del derecho del artículo 7.2 del Código civil español", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 69, núm. 3, 2016, pp. 925-949.

neutralizar el ejercicio antisocial de una facultad¹². La equidad, en cambio, permite construir una solución judicial positiva allí donde la comunidad no ha sido capaz de alcanzarla. En ocasiones ambas categorías convergerán: por ejemplo, cuando la negativa comunitaria a una medida de accesibilidad carezca de justificación razonable y produzca una exclusión funcional grave. En otros casos, la equidad no se apoyará tanto en la ilicitud de la conducta de los contradictores como en la necesidad de resolver una situación objetiva de bloqueo. Son conceptos jurídicos complementarios, de hecho, la equidad puede fundamentar la solución ante el abuso del derecho.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL JUICIO DE EQUIDAD EN LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

I. Procedimiento especial, sumario, contradictorio y de cognición limitada.

La naturaleza jurídica del juicio de equidad en la Ley de Propiedad Horizontal ha suscitado dudas relevantes. No encaja plenamente en el proceso declarativo ordinario, porque su regulación es brevísima, su plazo es extraordinariamente reducido y la ley ordena al juez resolver en equidad. Tampoco se identifica sin más con un expediente de jurisdicción voluntaria, porque presupone la existencia de contradictores previamente citados, puede existir una controversia real de intereses y la decisión judicial produce efectos relevantes sobre la organización comunitaria o sobre la posición de determinados propietarios. La categoría más adecuada es la de procedimiento especial *sui generis*, de cognición limitada, contradictorio y legalmente orientado a la resolución equitativa de una situación de bloqueo o de una solicitud de relevo.

La naturaleza jurídica del juicio de equidad ha dado lugar al planteamiento de distintas tesis.

A) Tesis de la jurisdicción voluntaria.

Esta tesis parte de varios datos: el procedimiento se inicia por una solicitud o instancia, la ley no habla formalmente de demanda, el juez no revisa la legalidad de un acuerdo ya adoptado, sino que suple una falta de decisión comunitaria, y en algunos supuestos puede tener una dimensión más organizativa que estrictamente litigiosa.

12 MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.: "Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997, pp. 297-326. Considera este autor que si bien, la buena fe, abuso del derecho, equidad y otras cláusulas generales son útiles como instrumentos de corrección judicial, pueden suponer también una fuente de riesgo para la seguridad jurídica si se utilizan sin control metodológico.

En la práctica judicial aparecen procedimientos calificados como de jurisdicción voluntaria. La SAP Madrid 18 abril 2018, trae causa de unos autos denominados en origen “Procedimiento de equidad LPH 424/2016 (Jurisdicción Voluntaria)”¹³. Sin embargo, lo relevante es que la propia resolución no se queda en esa etiqueta formal, sino que aborda la naturaleza sustantiva del juicio de equidad y afirma que la equidad se refiere a la decisión, no necesariamente al cauce procesal.

El principal obstáculo para calificarlo como jurisdicción voluntaria es la propia Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que define estos expedientes como aquellos que requieren intervención de un órgano jurisdiccional para tutelar derechos e intereses civiles o mercantiles “sin que exista controversia” que deba sustanciarse en un proceso contencioso. Precisamente, el art. 17.7 LPH exige oír a los contradictores, lo que revela que el presupuesto natural del juicio de equidad es una situación de bloqueo derivada de posiciones contrapuestas.

B) Tesis contenciosa: la equidad como criterio de decisión, no como ausencia de proceso.

Se entiende que el juez resuelve un conflicto entre los condueños del edificio¹⁴. Esta parece ser la tesis seguida por la anteriormente citada SAP Madrid 18 abril 2018¹⁵. Señala la sentencia que se trata de suplir la falta de un acuerdo adoptado por mayoría, a través de lo que denomina “proceso plenario de cognición especial” encuadrable en la jurisdicción contenciosa.

Sus partidarios defienden esta tesis sobre la base de la existencia de partes con intereses opuestos, audiencia contradictoria, posible práctica de prueba, pronunciamiento sobre costas y una resolución que afecta al contenido de la relación jurídico-comunitaria.

C) Tesis del procedimiento especial sui generis.

La calificación más afinada es, sin embargo, la de procedimiento especial *sui generis*. Se supera con ello la necesidad de dilucidar si se está ante un procedimiento de jurisdicción voluntaria o contencioso¹⁶. Ello permite evitar dos reducciones

13 SAP Madrid 18 abril 2018 (ECLI:ES:APM:2018:3631).

14 GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.: “Las decisiones judiciales ‘en equidad’ en la vigente Ley de Propiedad Horizontal”, en AA.VV.: *Estudios Jurídicos Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*, (dir. por J. M. MIGUEL GONZÁLEZ, A. M. MORALES MORENO Y J. CAFFARENA LAPORTA, coord. por C. ARIJA SOUTULLO, M. J. SANTOS MORÓN, J. M. EMBID Irujo), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2017, pp. 407-436. Se constata expresamente que la doctrina se divide entre quienes lo consideran jurisdicción voluntaria, quienes lo sitúan en la jurisdicción contenciosa y quienes lo asimilan a una suerte de procedimiento arbitral; pero el autor toma partido por la naturaleza contenciosa, porque el juez resuelve un conflicto previo de intereses entre propietarios, con exigencias derivadas del art. 24 CE y de la legislación procesal civil.

15 SAP Madrid 18 abril 2018 (ECLI:ES:APM:2018:3631).

16 PÉREZ URREÑA, A.A.: “El juicio de equidad en el régimen de propiedad horizontal, a la luz de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas”, *El Derecho/Lefebvre, Tribuna*, 1 de abril de

excesivas. Por un lado, evita convertirlo en un expediente típico de jurisdicción voluntaria, ignorando la existencia de contradictores. Por otro, evita someterlo íntegramente al juicio ordinario del art. 249.I.8.º LEC, porque la Ley de Propiedad Horizontal ha querido un cauce rápido, funcional y simplificado, con resolución en veinte días.

En realidad, el juicio de equidad no es una acción declarativa común, ni una impugnación de acuerdos del art. 18 LPH, ni un arbitraje, ni una mediación judicial. Es una técnica judicial de integración de la voluntad comunitaria bloqueada. Su función no es anular un acuerdo ya adoptado, sino sustituir la voluntad no formada cuando la Junta no ha podido alcanzar la mayoría legalmente exigida.

La propia práctica judicial reciente tiende a tratarlo como un procedimiento judicial de equidad especial de la Ley de Propiedad Horizontal, con demanda o solicitud, comparecencia de contradictores, admisión de prueba documental en su caso, resolución judicial, pronunciamiento sobre costas y posibilidad de recurso cuando proceda conforme a las reglas procesales aplicables¹⁷. Esta configuración confirma que la brevedad del procedimiento no elimina sus garantías esenciales. El juez no puede decidir en abstracto, ni limitarse a una impresión general de conveniencia, sino que debe formar criterio a partir de las circunstancias acreditadas.

La expresión legal “oyendo en comparecencia a los contradictores previamente citados” es especialmente significativa. No se trata de una audiencia meramente circunstancial. La contradicción es presupuesto de legitimidad de la decisión de equidad, porque el juez solo puede ponderar adecuadamente si conoce las razones de quien solicita la intervención judicial y las razones de quienes se oponen. La comparecencia debe permitir alegar, aportar documentos y proponer aquellos medios de prueba compatibles con la sumariedad del procedimiento. La equidad exige conocimiento suficiente de los hechos; sin hechos probados, degenera en intuición.

En materia de relevo del presidente, esta exigencia probatoria adquiere especial relevancia. La persona designada que solicita el relevo deberá acreditar las razones que invoca: movilidad reducida, enfermedad, edad avanzada asociada a limitaciones funcionales, discapacidad sensorial que impida o dificulte gravemente determinadas tareas, situación psíquica o cognitiva que haga desproporcionado el desempeño, cargas familiares o asistenciales intensas, u otras circunstancias

2014. Este autor destaca que el art. 17.7 LPH genera importantes problemas procesales por su parquedad y que la cuestión central es precisamente determinar si se está ante un procedimiento contencioso o ante un acto de jurisdicción voluntaria.

17 SAN CRISTÓBAL REALES, S.: “Las acciones en el ámbito de la propiedad horizontal”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2008, XLI, pp. 103-136. Sitúa el juicio en equidad dentro del conjunto de acciones propias de la propiedad horizontal.

análogas. Pero los contradictores también deben poder alegar y probar lo que estimen oportuno: existencia de apoyos suficientes, posibilidad de ejercicio no presencial, escasa complejidad de la comunidad, disponibilidad de administrador profesional, rotación previa de cargos o eventual utilización abusiva de la solicitud para eludir una obligación legal.

Po lo tanto, la resolución judicial no solo es consecuencia del criterio personalista del juez ordinario predeterminado por la ley, sino que es el resultado del análisis conjunto y razonado de las alegaciones y pruebas propuestas por las partes y cuya práctica se ha acordado en el seno del procedimiento.

2. Equilibrio entre dispensa automática y decisión paternalista.

La primera consecuencia doctrinal de esta naturaleza jurídica *sui generis* es que el juicio de equidad no permite automatismos. En el art. 13.2 LPH, el cargo de presidente es obligatorio, pero el propietario designado puede solicitar su relevo al juez. La ley no establece un catálogo cerrado de causas, ni convierte la edad, la enfermedad o la discapacidad en causas automáticas de exoneración. Esta opción legislativa es coherente con una visión no paternalista de la vulnerabilidad: protege a quien pide protección, pero no presupone que toda persona vulnerable sea incapaz de asumir responsabilidades comunitarias¹⁸.

La voluntariedad de la solicitud es decisiva. Si una persona con movilidad reducida desea ejercer la presidencia y puede hacerlo con apoyos razonables, la comunidad no debería apartarla por prejuicio, comodidad o temor a eventuales dificultades¹⁹. Privarla automáticamente del cargo equivaldría a sustituir la tutela por exclusión. La discapacidad no elimina la capacidad jurídica ni la aptitud para participar en la vida comunitaria²⁰. La equidad debe proteger frente a la carga desproporcionada, no frente al ejercicio autónomo de derechos.

Al mismo tiempo, la equidad tampoco puede convertirse en un refugio para el incumplimiento injustificado de obligaciones comunitarias²¹. La edad, la enfermedad o la discapacidad no dispensan por sí solas de todos los deberes

18 GARZÓN VALDÉS, E.: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988, pp. 155-173. la protección de la persona vulnerable no autoriza cualquier sustitución de su autonomía. Lell, H.M.: “El paternalismo jurídico y su justificación ética en el pensamiento de Ernesto Garzón Valdés”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 48, núm. 129, 2018, pp. 439-458.

19 TÍNAO LLERANDI, R.: “Las personas vulnerables”, cit., <https://doi.org/10.51302/cefflegal.2024.20141>. La vulnerabilidad no debe operar como etiqueta absoluta, sino como criterio jurídico de protección graduada.

20 CALAZA LÓPEZ, S.: “Ni toda la discapacidad es vulnerabilidad, ni toda la vulnerabilidad es discapacidad en el nuevo crisol digital: en busca de la confluencia”, *Persona y Derecho*, núm. 89, 2023, pp. 243-267. Se debe evitar una identificación automática entre discapacidad, vulnerabilidad e imposibilidad de asumir cargas. El juez debe razonar caso por caso, sin categorías rígidas.

21 La aplicación de la equidad como causa de remoción de la obligación de asunción de la presidencia comunitaria exige una causa legítima y objetiva. DE LARA VENCES, C.: *Lecciones de Derecho de la Construcción*, Colex, A Coruña, 2024, pp. 175-176.

inherentes a la propiedad. El juez debe examinar si la causa invocada incide realmente en el desempeño del cargo y si existen medidas menos gravosas que permitan compatibilizar la obligación comunitaria con la situación personal. Entre esas medidas pueden encontrarse el apoyo de un administrador profesional, la distribución interna de tareas, la asistencia telemática a determinadas gestiones, la delegación de actos materiales no representativos o la designación de otro propietario si el sacrificio resulta excesivo.

La equidad se configura así como un juicio de proporcionalidad civil²². No pregunta únicamente si la persona solicitante pertenece a un grupo vulnerable, sino si la concreta obligación que se le impone resulta adecuada, necesaria y proporcionada en atención a sus circunstancias. La respuesta puede ser el relevo, pero también puede ser la permanencia en el cargo con apoyos o la desestimación de la solicitud cuando no exista sacrificio relevante. La finalidad no es privilegiar a una persona frente al resto de propietarios, sino evitar una desproporción jurídicamente injustificada.

V. EL RELEVO JUDICIAL DEL PRESIDENTE DESIGNADO: ENTRE PROTECCIÓN, AUTONOMÍA Y NO DISCRIMINACIÓN.

I. La presidencia comunitaria como carga orgánica de intensidad variable.

El cargo de presidente de la comunidad es una obligación legal vinculada a la condición de propietario²³. Sin embargo, su intensidad práctica varía extraordinariamente según las características del inmueble. No es lo mismo presidir una pequeña comunidad con escasa conflictividad, administrador profesional y mínimos servicios comunes que asumir la presidencia de una comunidad compleja, con obras pendientes, litigios, incidencias frecuentes, accesos difíciles, ausencia de administrador, morosidad relevante o necesidad de presencia física continuada.

Esta variabilidad impide resolver las solicitudes de relevo mediante criterios rígidos. En algunos casos, una persona con movilidad reducida podrá ejercer el cargo sin dificultad relevante si la comunidad cuenta con apoyos organizativos y si las funciones materiales están profesionalizadas. En otros, la misma situación de movilidad reducida puede convertir la presidencia en una carga excesiva: desplazamientos constantes por zonas no accesibles, inspección de elementos comunes, atención presencial a proveedores, firma de documentación en lugares

22 La aplicación de la equidad como juicio de proporcionalidad civil no solo está reservado al ámbito de la propiedad horizontal, puesto que despliega toda su eficacia en otras ramas jurídicas, como el caso de la proporcionalidad respecto a la obligación del pago de alimentos. En este sentido, GONZÁLEZ VALVERDE, A.: "La suspensión temporal de la obligación de satisfacer la pensión de alimentos a los hijos menores por carencia de medios", *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 3, 2019, pp. 73-118.

23 Esta obligatoriedad permanece desde el nombramiento del condeño como presidente hasta la resolución judicial firme, dictada en equidad y que le permita abandonar el cargo. LOSCERTALES FUERTES, D.: Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal, Colex, A Coruña, 2023, p. 128.

no adaptados, supervisión de obras o gestión de conflictos vecinales que exijan presencia física.

El art. 13.2 LPH permite al juez atender a esa variabilidad. La fórmula “invocando las razones que le asistan” abre el juicio a una valoración amplia, pero no ilimitada. Las razones deben ser personales, funcionales y jurídicamente relevantes. La enfermedad, la edad o la discapacidad no operan como etiquetas, sino como hechos que deben conectarse con las tareas concretas de la presidencia. La pregunta central no es si el solicitante es vulnerable en abstracto, sino si el desempeño del cargo le impone, en esa comunidad y en ese momento, una carga desproporcionada. Debe tenerse en cuenta que hoy en día, la mayoría de las comunidades de propietarios cuentan entre sus órganos de gobierno con un administrador colegiado que gestiona directamente todos los asuntos comunitarios, limitando al presidente solo a sus funciones de representación orgánica de la comunidad²⁴. La dificultad de nombrar a un presidente condueño del edificio se suple con la ampliación de las competencias del administrador comunitario hasta el límite establecido en el art. 20 LPH²⁵.

Por lo tanto, el criterio decisivo debe ser la proporcionalidad. Si la comunidad puede funcionar mediante la designación de otro propietario sin perjuicio relevante, y si el mantenimiento del cargo en la persona con movilidad reducida genera una carga intensa, la equidad debe inclinarse hacia el relevo. La presidencia no puede transformarse en una forma de sacrificio personal incompatible con la dignidad y la autonomía.

2. Criterios para una decisión equitativa en el art. 13.2 LPH.

Una decisión judicial de relevo fundada en equidad debería ponderar, al menos, seis criterios.

En primer lugar, la aptitud funcional real de la persona designada. Debe examinarse si la movilidad reducida, enfermedad, discapacidad sensorial, deterioro cognitivo o situación psíquica alegada impide o dificulta gravemente el desempeño ordinario de la presidencia. Esta valoración no puede descansar en estereotipos. Una discapacidad visual, auditiva o física puede ser plenamente compatible con la presidencia si existen apoyos adecuados. Por el contrario, una limitación aparentemente moderada puede ser muy relevante si el edificio carece de accesibilidad o exige presencia material constante.

24 DE LARA VENCES, C.: “Representación en juicio del presidente de la comunidad de propietarios”, *Propiedad horizontal: cuaderno jurídico*, núm. 361, 2024, pp. 14-19.

25 En este sentido, GONZÁLEZ CARRASCO, M. C.: “Comentario al artículo 13 de la Ley de Propiedad Horizontal”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, (coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 611-612.

En segundo lugar, la complejidad objetiva de la comunidad. El juez debe considerar número de propietarios, existencia de administrador profesional, conflictividad, obras pendientes, litigios, morosidad, servicios comunes, estado del edificio y accesibilidad interna. La misma situación personal puede justificar el relevo en una comunidad y no en otra. Si el designado presidente es deudor de la comunidad no será aconsejable su continuación ya que privaría a esta de su representación orgánica.

En tercer lugar, la disponibilidad de apoyos razonables. Antes de relevar, debe valorarse si la carga puede modularse mediante medidas organizativas menos intensas: administrador profesional, colaboración del secretario-administrador, reuniones telemáticas cuando sean posibles, asistencia de familiares o apoyos voluntarios, externalización de gestiones materiales o distribución razonable de tareas. No obstante, los apoyos no pueden convertirse en una ficción para mantener formalmente a una persona en un cargo que, en realidad, no puede desempeñar sin sacrificio excesivo.

En cuarto lugar, la voluntariedad del solicitante. La tutela se activa porque la persona designada pide el relevo. La comunidad no debería utilizar la vulnerabilidad como argumento para excluirla contra su voluntad. La equidad protege la autonomía; no legitima la sustitución paternalista de la voluntad ajena.

En quinto lugar, la posición de los contradictores. La oposición de otros propietarios puede ser legítima si se funda en razones objetivas: carga rotatoria ya soportada, distribución equitativa de cargos, inexistencia de imposibilidad real, disponibilidad de apoyos o perjuicio organizativo relevante. Pero será menos atendible si responde a mera resistencia insolidaria, presión vecinal o indiferencia hacia una limitación funcional acreditada.

En sexto lugar, la buena fe. El juez debe examinar tanto la buena fe del solicitante como la de quienes se oponen. La equidad no debe amparar estrategias elusivas, pero tampoco oposiciones puramente obstativas. La comunidad exige reciprocidad; la vulnerabilidad exige proporcionalidad.

3. Relevo, sustitución y preservación de la participación comunitaria.

Si el juez estima la solicitud, la resolución debe designar al propietario sustituto hasta que se proceda a nueva designación en el plazo fijado. Esta previsión muestra que el relevo no es una anulación de la vida comunitaria, sino una técnica de continuidad institucional. La comunidad no queda sin presidencia; simplemente se evita que una persona soporte una carga que el juez considera excesiva.

No obstante, la resolución debería cuidar su fundamentación para evitar efectos simbólicos indeseables. No debe presentarse a la persona relevada como incapaz

o inhábil en términos generales, sino como titular de una situación concreta que hace desproporcionado el desempeño del cargo en ese momento. Esta precisión es relevante para evitar que la tutela civil se transforme en estigmatización. La persona relevada conserva su condición de propietaria, su derecho de voto, su participación en la comunidad y su capacidad para intervenir en los asuntos comunes.

La equidad cumple aquí una función de ajuste razonable en sentido civil amplio. No se limita a aplicar una cláusula compasiva, sino que adapta la organización comunitaria para evitar una carga desproporcionada. El relevo no es privilegio; es proporcionalidad. Tampoco es exclusión; es preservación de la autonomía frente a una obligación que, en el caso concreto, excede de lo exigible.

VI. BLOQUEO COMUNITARIO Y ACCESIBILIDAD UNIVERSAL: LA EQUIDAD COMO TÉCNICA DE DESBLOQUEO.

I. Integración de los arts. 10.I.b), 17.2 y 17.7 LPH.

La accesibilidad universal ocupa un lugar central en la evolución contemporánea de la propiedad horizontal. El edificio ya no puede ser concebido solo como una estructura patrimonial dividida en pisos y locales, sino como un entorno físico que debe permitir, en condiciones razonables, el acceso, la movilidad y el uso de las personas que viven en él. Esta transformación se refleja en el art. 10.I.b) LPH, que contempla actuaciones obligatorias en materia de accesibilidad, y en el art. 17.2 LPH, que regula acuerdos comunitarios sobre obras o servicios comunes destinados a suprimir barreras arquitectónicas o establecer ascensor.

La relación entre ambos preceptos y el art. 17.7 LPH es delicada. Si la obra es obligatoria conforme al art. 10.I.b) LPH, la comunidad no puede bloquearla sin más mediante la negativa mayoritaria. En ese caso, el problema se desplaza hacia la determinación de la necesidad, el alcance técnico, la distribución del coste, la eventual existencia de alternativas menos gravosas o la superación de resistencias de hecho. En cambio, cuando se trata de actuaciones de accesibilidad que se encuentran bloqueadas por el capricho aritmético de la doble mayoría necesaria, de propietarios y de cuotas de participación, y esta no se alcanza, el art. 17.7 LPH ofrece un cauce para que el juez resuelva en equidad.

La equidad no debe convertirse en una vía para eludir los requisitos del art. 10.I.b) LPH ni para imponer cualquier mejora deseada bajo la etiqueta de accesibilidad. Pero tampoco debe interpretarse de forma tan restrictiva que deje sin respuesta situaciones de bloqueo estructural. La finalidad del sistema es doble: proteger a la persona con necesidad de accesibilidad y preservar una distribución razonable de cargas entre propietarios. Esta doble finalidad exige

una ponderación particularmente cuidadosa cuando concurren vulnerabilidad funcional y vulnerabilidad económica.

Debe tenerse en cuenta una vulnerabilidad más, es la vulnerabilidad económica. A la vulnerabilidad funcional hay que añadir que el permanente bloqueo injustificado por un condeño en situación de mayoría de cuotas de participación, pero de minoría de propietarios, puede obligar a quien tiene una discapacidad, además, a soportar el pago permanente de las actuaciones tendentes a eliminar barreras arquitectónicas, con beneficio, incluso, para aquel condeño que vota en contra del acuerdo. Por ello, la equidad es un remedio para sanar conductas que en muchos casos resultan tangenciales al abuso del derecho. El art. 17.7 LPH permite así introducir una racionalidad correctora en comunidades bloqueadas. La mayoría deja de ser un muro infranqueable cuando su falta produce una situación de exclusión funcional. La decisión judicial en equidad no destruye la autonomía comunitaria, sino que la integra allí donde la comunidad no ha sido capaz de alcanzar una solución compatible con los derechos implicados²⁶.

2. Bloqueo por doble mayoría y comunidades con estructura desigual de cuotas.

Uno de los supuestos más relevantes para la equidad se produce cuando la doble mayoría de propietarios y cuotas resulta difícil o imposible de alcanzar por la estructura interna de la comunidad. Es importante destacar como la accesibilidad universal ha ido desplazando el peso de la unanimidad hacia fórmulas de mayoría y obligatoriedad legal. No obstante esta evolución, puede ocurrir que una mayoría numérica de propietarios, muchos de ellos mayores o con limitaciones funcionales, represente una minoría de cuotas, mientras que un propietario joven, una sociedad o un titular de varios elementos privativos concentre la mayoría de los coeficientes. También puede suceder lo contrario: un reducido grupo de propietarios con alta cuota impide soluciones apoyadas por quienes soportan directamente las barreras del edificio.

En tales casos, el principio mayoritario puede dejar de funcionar como técnica democrática razonable y convertirse en mecanismo de bloqueo. La equidad del art. 17.7 LPH permite al juez examinar si la imposibilidad de alcanzar la doble mayoría responde a una discrepancia legítima o a una configuración comunitaria que produce un resultado materialmente injusto. La cuestión no es sustituir sistemáticamente la mayoría por la voluntad judicial, sino evitar que la arquitectura de cuotas haga inviable una solución exigida por la accesibilidad, la dignidad y el uso efectivo del inmueble.

26 En este supuesto, el conflicto no se reduce a una mera discrepancia económica, sino que puede afectar al uso efectivo y digno de la vivienda. ARNAU MOYA, F.: "La problemática de la instalación de ascensores en los edificios de propiedad horizontal", *Revista Jurídica Valenciana*, núm. 37-38, 2021, pp. 33-69.

El ejemplo de una comunidad integrada por varios propietarios mayores de setenta años con cuotas minoritarias y un propietario joven con cuota mayoritaria ilustra bien el problema. Si las obras de accesibilidad son obligatorias, la comunidad deberá afrontarlas en los términos legales. Pero si se trata de una actuación de mejora de accesibilidad que exige acuerdo y la doble mayoría queda bloqueada, la equidad permite introducir criterios de justicia distributiva. El juez puede valorar quién se beneficia, quién soporta el coste, si existen ayudas públicas, si la obra incrementa el valor de todos los inmuebles, si el sacrificio económico de los propietarios vulnerables es asumible y si la oposición del propietario mayoritario responde a un interés legítimo o a una estrategia de bloqueo.

3. Accesibilidad y función social de la propiedad.

La accesibilidad universal no beneficia únicamente a quien hoy tiene movilidad reducida. Mejora la funcionalidad del edificio, incrementa su habitabilidad, facilita el envejecimiento en casa, previene futuras situaciones de exclusión y puede aumentar el valor de los elementos privativos. Por ello, la distribución del coste no puede analizarse solo desde el uso inmediato. La jurisprudencia sobre ascensores ha insistido en que la instalación o adecuación funcional del ascensor no constituye una simple mejora, sino una actuación vinculada a la habitabilidad y al uso total del inmueble.

Esta idea permite conectar la accesibilidad con la función social de la propiedad. La propiedad horizontal no puede interpretarse como una yuxtaposición de intereses individuales desvinculados, sino como una forma de titularidad que incorpora deberes de cooperación. Quien se beneficia de la existencia del edificio, de sus elementos comunes y de la revalorización derivada de su mejora funcional debe soportar, dentro de los límites legales, las cargas necesarias para hacerlo accesible. La función social no anula el derecho de propiedad ni permite imponer sacrificios ilimitados, pero sí impide una comprensión puramente individualista de los elementos comunes²⁷.

La equidad judicial es especialmente útil para traducir esta función social a soluciones concretas. Puede modular plazos, ordenar soluciones técnicas razonables, evitar costes desproporcionados, ponderar subvenciones, distribuir cargas conforme al título o a criterios legalmente admisibles, y valorar la existencia de propietarios con vulnerabilidad económica. La tutela de la persona con movilidad reducida no exige ignorar la situación económica de otros comuneros. Al contrario, una equidad bien entendida debe atender tanto a la vulnerabilidad

27 La accesibilidad no es una mera comodidad, sino presupuesto de igualdad real en el uso de los entornos habitados. LÓPEZ PELÁEZ, P. y DE PERALTA ORTEGA, J.C. "Urbanismo y vivienda accesibles para personas con discapacidad: el caso español", *Contexto. Revista de la Facultad de Arquitectura de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, vol. 10, núm. 13, 2017, pp. 27-36.

funcional de quien necesita accesibilidad como a la vulnerabilidad social o económica de quienes deben contribuir al coste.

VII. CONTRADICTORES, PRUEBA, BUENA FE Y CONTROL PROCESAL DE LA DECISIÓN DE EQUITAD.

I. ¿Quiénes deben ser oídos y quiénes deben ser parte?

La Ley de Propiedad Horizontal habla de “contradictores previamente citados”, expresión que plantea una cuestión procesal de notable importancia: si tales contradictores son propiamente parte o si solo deben ser oídos en comparecencia. La respuesta debe construirse atendiendo a la eficacia de la resolución. Cuando la decisión judicial afecte directamente a la comunidad, parece necesario que la comunidad sea llamada al procedimiento. Cuando, además, existan propietarios concretos que hayan mantenido una posición contraria en junta o que puedan resultar singularmente afectados por la decisión, su citación como contradictores resulta indispensable.

En materia de relevo del presidente, el contradictor natural pudiera parecer ser la comunidad, pues la sustitución afectaría a su organización. También deberían ser citados quienes se hayan opuesto expresamente al relevo si tal oposición consta de forma identificable. Aunque lo que parece razonable es exigir la citación de todos los propietarios y sí debe garantizarse que quienes sostienen una posición contraria y pueden verse afectados tengan posibilidad real de ser oídos²⁸.

En materia de acuerdos no alcanzados, la cuestión es más compleja. Si se pretende que el juez supla una mayoría no lograda, deben citarse como contradictores quienes hayan votado en contra o quienes sostengan la posición impeditiva del acuerdo. Puede discutirse si deben citarse también a los ausentes y los que se abstuvieron por afectarles a ellos también la resolución judicial que se dicte. El criterio más seguro es identificar como contradictores a quienes mantuvieron la oposición que impidió la mayoría, sin que se pueda permitir la intervención de otros propietarios, tales como ausentes o propietarios que se abstuvieron²⁹.

28 SAN CRISTÓBAL REALES, S.: “Los juicios en equidad de la Ley de Propiedad Horizontal”, en AA.VV.: *Estudios sobre la Propiedad Horizontal*, (coord. por S. SAN CRISTÓBAL REALES), La Ley, Madrid, 2009, p. 961. Existen posiciones doctrinales contradictorias en este sentido, en el sentido de si solo deben ser considerados contradictores quienes hayan rechazado las razones vertidas por el proponente del juicio de equidad o, por el contrario, debe extenderse a todos los propietarios. En este sentido, no comparto la conclusión de esta autora que considera que extenderlo a todos los condueños implica que sean parte todos los que pueden ser afectados por la resolución que se dicte. Considero más acertado el criterio mantenido por LOSCERTALES FUERTES que lo restringen a quienes se hayan opuesto al acuerdo objeto del proceso de equidad. LOSCERTALES FUERTES, D.: *Propiedad Horizontal, Legislación y Comentarios*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 245-246.

29 SAN CRISTÓBAL REALES, S.: “Los juicios”, cit., pp. 953-954.

2. La prueba como presupuesto de una equidad no arbitraria.

La equidad judicial requiere un conocimiento suficiente de los hechos. La sumariedad del procedimiento no puede confundirse con ausencia de prueba. En los supuestos del art. 13.2, serán relevantes informes médicos, certificados de discapacidad, informes sociales, documentos sobre movilidad, edad, dependencia, barreras arquitectónicas del inmueble, existencia o inexistencia de administrador profesional, actas de juntas, comunicaciones comunitarias y cualquier documento que permita valorar la carga real que supone la presidencia. En los supuestos del art. 17.7 vinculados a accesibilidad, serán decisivos los informes técnicos, presupuestos, alternativas de obra, certificaciones de ayudas públicas, actas de votación, distribución de cuotas, situación económica de los propietarios y acreditación de las necesidades de accesibilidad.

El juez no debe resolver sobre la base de una compasión abstracta ni de una resistencia patrimonial abstracta. Debe reconstruir la situación comunitaria con precisión suficiente para ponderar. La prueba permite distinguir entre vulnerabilidad real y alegación oportunista; entre oposición legítima y bloqueo abusivo; entre obra necesaria y mejora excesiva; entre coste razonable y carga desproporcionada.

3. Recurso y control de la decisión de equidad.

La idea de que la decisión de equidad queda sustraída a todo control debe rechazarse, al menos como afirmación general. La equidad no elimina la naturaleza jurisdiccional de la resolución. Otra cosa es que el control de la segunda instancia no deba convertir la apelación en una sustitución libre del criterio equitativo del juez de primera instancia. El control debe centrarse en la competencia, la correcta constitución de la relación jurídico procesal, la citación de contradictores, la suficiencia de la motivación, la valoración racional de la prueba, la congruencia, la ausencia de arbitrariedad y la razonabilidad de la solución adoptada.

La apelación puede ser particularmente relevante cuando se alegue indefensión por falta de citación de quienes debieron ser oídos, cuando la resolución haya prescindido de prueba esencial, cuando haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a la junta o no incluidas en la solicitud, o cuando la decisión equitativa sea manifiestamente irrazonable. En cambio, no debería prosperar una apelación fundada únicamente en que el tribunal de segunda instancia habría ponderado de otro modo circunstancias opinables, siempre que la resolución recurrida esté motivada y se mantenga dentro de los márgenes razonables de la equidad legalmente habilitada, puesto que lo contrario significaría vaciar de contenido la equidad del juez ordinario predeterminado por la ley.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Primera. La equidad judicial de los arts. 13.2 y 17.7 LPH constituye una técnica de tutela civil frente a la rigidez comunitaria, especialmente relevante cuando las reglas ordinarias de la propiedad horizontal proyectan sobre personas con movilidad reducida cargas desproporcionadas o consolidan barreras de accesibilidad.

Segunda. La equidad opera como excepción legalmente autorizada al principio de estricta legalidad, en los términos del art. 3.2 CC, pero no como excepción al Derecho. La decisión judicial debe ser motivada, contradictoria, probatoriamente fundada y orientada por los principios de dignidad, autonomía, no discriminación, buena fe, proporcionalidad y función social de la propiedad.

Tercera. El juicio de equidad regulado en la Ley de Propiedad Horizontal debe configurarse como procedimiento especial *sui generis*, sumario, contradictorio y de cognición limitada. No es un proceso declarativo ordinario, pero tampoco un expediente puramente voluntario carente de controversia. La presencia de contradictores y la eficacia de la resolución exigen garantías procesales suficientes.

Cuarta. En el art. 13.2 LPH, la tutela de la persona vulnerable no justifica automatismos. La edad, enfermedad o discapacidad no deben determinar por sí solas el relevo ni la exclusión del cargo. La clave es la voluntad del solicitante y la incidencia funcional concreta de sus circunstancias sobre el desempeño de la presidencia.

Quinta. La protección frente a la presidencia obligatoria debe evitar tanto la indiferencia formalista como el paternalismo. La equidad debe impedir cargas desproporcionadas, pero no privar a la persona vulnerable de participación comunitaria cuando desee y pueda ejercerla con apoyos razonables.

Sexta. En materia de accesibilidad universal, el art. 17.7 LPH puede cumplir una función de desbloqueo cuando la doble mayoría resulte inalcanzable o cuando la estructura de cuotas y propietarios produzca una situación materialmente injusta. Su uso debe coordinarse con el art. 10.1.b) LPH, que contempla actuaciones obligatorias, y con el art. 17.2 LPH, relativo a acuerdos de accesibilidad.

Séptima. La equidad permite articular una justicia distributiva intracomunitaria que atienda simultáneamente a la vulnerabilidad funcional de quien necesita accesibilidad y a la vulnerabilidad económica de quienes deben contribuir al coste. La solución justa no siempre será la más expansiva técnicamente, sino la más proporcionada, eficaz y respetuosa con el uso digno del inmueble.

Octava. La buena fe desempeña un papel central. La equidad no debe amparar solicitudes oportunistas de relevo ni oposiciones comunitarias meramente

obstativas. El juez debe valorar la conducta de solicitantes y contradictores, la razonabilidad de las posiciones sostenidas y el impacto real de la decisión sobre la convivencia comunitaria.

Novena. Las resoluciones dictadas en equidad no deben considerarse, sin matiz, inmunes al recurso. El control judicial debe extenderse a la correcta constitución del procedimiento, la citación de contradictores, la motivación, la valoración racional de la prueba y la ausencia de arbitrariedad, sin sustituir indebidamente la ponderación equitativa razonable del juez de instancia.

Décima. La propiedad horizontal contemporánea exige superar una comprensión exclusivamente patrimonial y mayoritaria. La comunidad de propietarios es también un espacio civil de convivencia en el que la dignidad, la autonomía personal y la accesibilidad universal deben operar como criterios internos de interpretación y aplicación del régimen comunitario.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, M. T.: “¿Es necesario reconocer personalidad jurídica a las comunidades de propietarios organizadas en régimen de propiedad horizontal?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 802, 2024.

ARNAU MOYA, F.: “La problemática de la instalación de ascensores en los edificios de propiedad horizontal”, *Revista Jurídica Valenciana*, núm. 37-38, 2021.

CALAZA LÓPEZ, S.: “Ni toda la discapacidad es vulnerabilidad, ni toda la vulnerabilidad es discapacidad en el nuevo crisol digital: en busca de la confluencia”, *Persona y Derecho*, núm. 89, 2023.

CARMONA CUENCA, E.: “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 84, 1994.

CHANO REGAÑA, L.: “La igualdad como parámetro de control de la constitucionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español: evolución, modelo aplicativo y principio de proporcionalidad”, *Nuevos Horizontes del Derecho Constitucional*, núm. 4, 2023.

DE LARA VENCES, C.:

- *Derecho de la Construcción y Uso de la Vivienda. Suelo, Construcción, Propiedad Horizontal, Arrendamientos Urbanos y Registro de la Propiedad*, Colex, A Coruña, 2025.
- *Lecciones de Derecho de la Construcción*, Colex, A Coruña, 2024.
- “Representación en juicio del presidente de la comunidad de propietarios”, *Propiedad horizontal: cuaderno jurídico*, núm. 361, 2024.

GARZÓN VALDÉS, E.: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988.

GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.: “Las decisiones judiciales 'en equidad' en la vigente Ley de Propiedad Horizontal”, en AA.VV.: *Estudios Jurídicos Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*, (dir. por J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, A. M. MORALES MORENO y J. CAFFARENA LAPORTA, coord. por C. ARIJA SOUTULLO, M. J. SANTOS MORÓN, J. M. EMBID IRUJO), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2017.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “Comentario al artículo 13 de la Ley de Propiedad Horizontal”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

GONZÁLEZ VALVERDE, A.: "La suspensión temporal de la obligación de satisfacer la pensión de alimentos a los hijos menores por carencia de medios, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 3, 2019.

LELL, H. M.:

- "El paternalismo jurídico y su justificación ética en el pensamiento de Ernesto Garzón Valdés", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 48, núm. 129, 2018.
- "La equidad y la seguridad jurídica. El equilibrio como desafío a la ética judicial", *Lex Humana*, vol. 9, núm. 1, 2017.

LÓPEZ PELÁEZ, P. y DE PERALTA ORTEGA, J. C. "Urbanismo y vivienda accesibles para personas con discapacidad: el caso español", *Contexto. Revista de la Facultad de Arquitectura de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, vol. 10, núm. 13, 2017.

LOSCERTALES FUERTES, D.:

- *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Colex, A Coruña, 2023.
- *Propiedad Horizontal, Legislación y Comentarios*, Dykinson, Madrid, 2020.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.: "Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997.

NOGUEIRA LÓPEZ, A.: "Vulnerabilidad. Reducto o frontera del Estado social", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 12, 2025.

OTERO CRESPO, M.: "Colectivos vulnerables y vivienda", *Revista de Derecho Civil*, núm. 4, 2025.

PARRA MARTÍN, M. D.: "La equidad como criterio auxiliar en la interpretación judicial", en *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, BOE, 2021.

PÉREZ UREÑA, A.A.: "El juicio de equidad en el régimen de propiedad horizontal, a la luz de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas", *El Derecho/Lefebvre, Tribuna*, 1 de abril de 2014.

PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA, J. I.: "Aproximación al concepto de abuso del derecho del artículo 7.2 del Código civil español", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 69, núm. 3, 2016.

SAN CRISTÓBAL REALES, S.:

- "Las acciones en el ámbito de la propiedad horizontal", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLI, 2008.
- "Los juicios en equidad de la Ley de Propiedad Horizontal", en AA.VV.: *Estudios sobre la Propiedad Horizontal*, (coord. por S. SAN CRISTOBAL REALES), La Ley, Madrid, 2009.

TÍNAO LLERANDI, R.: "Las personas vulnerables. Análisis global de su definición y protección jurídica", *CEFLegal. Revista práctica de derecho*, núm. 277, 2024.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: "De nuevo sobre la buena fe", *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 6, 1998.

ZORRILLA RUIZ, M. M.: "Eficacia y justicia del orden natural de la equidad", *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, vol. 57, núm. 2, 2009.

EL PROCESO INTRODUCIDO POR LA LEY 5/2018
PARA LA INMEDIATA RECUPERACIÓN DE VIVIENDAS
OCUPADAS ILEGALMENTE Y SU RELACIÓN CON EL
PRECARIO

*THE PROCEDURE INTRODUCED BY LAW 5/2018 FOR THE
IMMEDIATE RECOVERY OF ILLEGALLY OCCUPIED PROPERTIES
AND ITS RELATIONSHIP TO PRECARIOUSNESS*

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 336-375

Carmen María
MONSERRATE
ARROYO

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de mayo de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2026

RESUMEN: En este estudio, tras un primer análisis sobre los vacíos existentes en el proceso para la recuperación de la vivienda ocupada ilegalmente, a través de un análisis detallado de conceptos equívocos que vienen usándose en el ámbito de la protección posesoria, se analiza en profundidad la institución del precario, lo que permitirá diferenciar claramente dos procesos que se utilizan incomprensiblemente de forma equivalente.

PALABRAS CLAVE: Precariousness; occupation; procedure; protection; transfer; inappropriate; legislator.

ABSTRACT: *In this paper, we first analyse the gaps in the process for recovering illegally occupied property. Through a detailed examination of the misconceptions that have come to be accepted in the field of protection of possession, we then conduct an in-depth analysis of the concept of 'precarious tenancy', which will enable us to clearly distinguish between two processes that are, incomprehensibly, often treated as equivalent.*

KEY WORDS: Precario; ocupación; procedimiento; protección, cesión, inadecuado, legislador.

SUMARIO: I. LA PROTECCIÓN POSESORIA. NOTAS INTRODUCTORIAS.- II. EL PROCESO INTRODUCIDO POR LA LEY 5/2018 PARA LA INMEDIATA RECUPERACIÓN DE VIVIENDAS OCUPADAS ILEGALMENTE.- 1. Sobre la “ocupación”.- 2. Algunas cuestiones sobre la Ley 5/2018. Reflexiones sobre sus características y fracaso.- 3. El concepto de “poseedor legítimo”.- 4. El concepto de “vivienda” y “vivienda habitual”.- III. EL PRECARIO.- 1. Breve análisis de los antecedentes históricos y su evolución.- 2. Las sentencias del Tribunal Supremo: la línea jurisprudencial mantenida durante los siglos XX y XXI.- A) *Análisis jurisprudencial de algunas sentencias destacadas*.- B) *Toma de posición*.- 3. Algunas consideraciones sobre el proceso de desahucio por precario.- 4. Sentencias de las Audiencias Provinciales sobre el uso del desahucio por precario.- IV. CONCLUSIONES.

I. LA PROTECCIÓN POSESORIA. NOTAS INTRODUCTORIAS.

La posesión, fenómeno natural desde que existe la humanidad, sigue siendo un concepto equívoco que varía entre ordenamientos jurídicos y en el que confluyen antecedentes de Derecho romano, germánico y canónico. Determinar qué es, por tanto, es verdaderamente complejo, ya que el Código no da una definición en sentido estricto o de forma explícita, y su naturaleza jurídica sigue siendo algo muy discutido doctrinalmente. Siguiendo a LACRUZ, la posesión no es más que “la dominación de una cosa que se *tiene*. Un contacto físico autónomo y visible”¹; por su parte, el Código Civil (CC), en su art. 430 refiere que “posesión natural es la tenencia de una cosa o animal, o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa, animal o derecho como suyos”.

Se defina como se defina la posesión, y sea cual sea su naturaleza jurídica, lo cierto es que a los *poseedores* se les protege por el ordenamiento jurídico. El citado artículo 430 es fundamental al hablar de la protección posesoria ya que, desde el principio, parte de la idea de que poseedor es, sencillamente, quien tiene materialmente la cosa y ello con independencia de su derecho a poseer o no². Dicho en otros términos, el Derecho protege a quien tiene el llamado *ius possessionis*. Este es un concepto “circular”, pues es la propia tenencia la que genera ese *ius possessionis*, y este último determina el derecho de quien *tiene* a seguir en esa posesión, en esa tenencia. El *ius possidendi*, por contra, se refiere al derecho que

1 LACRUZ, J.L.: *Elementos de Derecho Civil, III. Derechos Reales. Volumen Primero. Posesión y propiedad*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1991, p. 31. Además, en la página 32, continúa matizando lo que es la posesión: “el término *posesión*, ya lo he dicho, designa especies muy varias; tanto la tenencia física como la apariencia de titularidad de un derecho; tanto el contacto con la cosa que se realiza por el propio titular como el de otra persona en favor de éste”. Estos matices son importantes para entender, más tarde, cómo se formula y por qué la protección posesoria.

2 En relación, también, con el artículo 438 CC: “la posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar estos sujetos a la acción de nuestra voluntad, o por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho”

• Carmen María Monserrate Arroyo

Graduada en Derecho y Máster en Acceso a la Abogacía por la Universidad de Murcia. Correo electrónico: carmenmaria.monserratea@um.es.

tiene un sujeto a poseer, pero no por tener la cosa, sino porque verdaderamente tiene un derecho subjetivo, un título en que se funda esa posesión. Por supuesto, este último también queda protegido, pero no necesariamente por los mismos procesos por los que se protege al poseedor natural, sin derecho³.

La idea general y principal sobre la protección del poseedor ya la ofrece el CC en su art. 446: “todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen”. Ello en combinación con lo establecido en el art. 441: “en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor se resista a la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente”. Estos dos artículos nos muestran las dos caras de la moneda que es la posesión: el sujeto que tiene en su poder materialmente la cosa, aunque no tenga derecho alguno a esa tenencia, tiene derecho a que se le respete en su posesión, estando legitimado para iniciar los procesos judiciales oportunos para reaccionar ante cualquier perturbación o despojo (art. 446), aunque esa perturbación o despojo provenga de un sujeto con derecho a poseer esa misma cosa fundado en algún título que lo ampare, quien no puede molestarle en su posesión mientras aquel muestre oposición (art. 441). Así, al mero detentador se le protege *erga omnes* y se garantiza que la única vía posible tanto para defender su posesión, como para reivindicar otro sujeto su derecho a poseer, sea la judicial. Esto es lógico, pues el fundamento más firme y claro de la protección posesoria responde a una cuestión de preservación de la paz social y el orden público, evitando así la justicia privada⁴.

Así las cosas, nuestro ordenamiento ha establecido una serie de procesos que se encargan de proteger la posesión. Estos procesos actuales encuentran su origen en el Derecho romano, en los juicios interdictales, donde se ejercitaban los llamados *interdictos*. Actualmente, la vía procesal específica para la defensa de la posesión se articula a través del cauce del juicio verbal y, en concreto, de procesos sumarios que podemos encontrar enumerados en el art. 250.I LEC, por ejemplo: proceso de desahucio por precario -aunque este es plenario- (250.I.2.º); proceso para la obtención de la posesión de bienes adquiridos por herencia -protección de la posesión civilísima- (250.I.3.º); proceso para la tutela frente a la perturbación

3 Aunque, quien posee materialmente la cosa, además, con *ius possidendi*, puede utilizar los procesos previstos para la defensa del *ius possessionis*, pero no al revés. Quien solo tiene sin derecho a ello, no puede utilizar los procesos previstos para la defensa del *ius possidendi* porque no puede aportar título alguno que justifique un derecho que no existe.

4 También hay teorías que afirman que esta protección especial que se otorga a la posesión es porque se considera que quien posee, normalmente lo hace porque tiene derecho a ello, protegiéndose así la apariencia del poseedor. Aun así, parece más acertado y coherente fundamentar la protección posesoria en razones de orden público.

o despojo de la posesión (250.I.4.º); procesos para la inmediata recuperación de viviendas ocupadas ilegalmente (250.I.4.º, párrafo segundo); proceso para la protección de derechos reales inscritos (250.I.7.º); o el proceso de desahucio por falta de pago o expiración del plazo (250.I.1.º).

Todos estos procesos se abren con el ejercicio de las acciones posesorias, que están encaminadas a solicitar la protección de la posesión, bien como derecho, bien como poder de hecho (*ius possidendi* – *ius possessionis*)⁵. De esta forma, la protección posesoria, con su doble cara, protege de actos violentos tanto al sujeto que posee sin fundamento ni título alguno (incluso a costa del poseedor con derecho), como al sujeto que sí tiene derecho a poseer frente a quien ha ocupado su posesión ilegalmente, protección asegurada en ambas posiciones con estos procesos sumarios.

Si bien en teoría son procesos que parecen estar definidos de forma concisa, si ahondamos en la terminología empleada en cada uno de ellos veremos que, en realidad, hay una confusión importante a nivel conceptual, lo que determina que, en la práctica, se utilicen a veces de forma indistinta para situaciones que, en rigor, son distintas. Estos van a ser analizados a continuación.

II. EL PROCESO INTRODUCIDO POR LA LEY 5/2018 PARA LA INMEDIATA RECUPERACIÓN DE VIVIENDAS OCUPADAS ILEGALMENTE.

I. Sobre la “ocupación”.

El proceso posesorio por excelencia cuando se habla sobre la protección posesoria lo encontramos en el interdicto de retener y recobrar (250.I.4.º, párrafo primero), que defiende la posesión de facto -y sobre el que no se va a decir prácticamente nada en este trabajo- pero que es necesario mencionar para pasar a hablar de lo que pudiera parecer su reverso: el proceso para la inmediata recuperación de viviendas ocupadas ilegalmente, que introdujo la Ley 5/2018, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas. Desde su creación, la doctrina se ha preguntado si es o no una modalidad del clásico interdicto mencionado⁶, y el decir que puede ser el reverso del primer proceso mencionado no es sino porque, en apariencia,

5 No son acciones posesorias aquellas cuyo ejercicio puede dar lugar a poner en posesión de una cosa a un sujeto, pero que están basadas en otro derecho subjetivo distinto de la posesión. Por ejemplo, la acción reivindicatoria es la que ejercita quien desea hacer valer su dominio sobre un bien; en caso de prosperar, el propietario obtiene la posesión de ese bien, no por haber sido poseedor previamente, sino porque la propiedad, como derecho subjetivo, incluye entre sus facultades jurídicas el derecho a poseer la cosa.

6 Algo en lo que no se va a entrar en profundidad porque no es relevante para el objeto de este trabajo. Parece que la defensa de este proceso como una modalidad del interdicto de retener y recobrar se basa sencillamente en que el legislador lo ha introducido en el mismo artículo, mismo apartado. Lo cierto es que es bastante discutible que sea una submodalidad de la acción posesoria frente a la perturbación o despojo, por las partes implicadas, por el propio objeto del proceso e incluso por el plazo para interponer la acción.

parece que lo que está protegiendo es el derecho a poseer⁷. Esto, según la perspectiva con la que se analice, porque *a priori* no se deja claro a quién protege verdaderamente. Aunque, siguiendo el espíritu del CC, es verdad que se protege a quien tiene *ius possidendi*, de tal forma que este pueda recuperar su inmueble, también se está protegiendo, de alguna forma, el *ius possessionis*, puesto que el ocupante ilegal que posee de hecho también es tutelado asegurando que, para ser echado, se tenga que iniciar un proceso judicial, no permitiéndose su lanzamiento de forma violenta por quien se cree con derecho a poseer el inmueble.

Esta Ley, como bien señala en su exposición de motivos, fue creada ante la lacra social y económica que suponía un problema que venía sucediendo desde hacía años, el de la ocupación de viviendas, justificándose de la siguiente forma: “ninguno de los cauces legales actualmente previstos en la vía civil, para procurar el desalojo de la ocupación por la fuerza de inmuebles, resulta plenamente satisfactorio y, en todo caso, se demora temporalmente de forma extraordinaria, con los consiguientes perjuicios de los legítimos poseedores de la vivienda, en muchos casos también con una difícil situación económica, personal o familiar”. Con independencia del mayor o menor triunfo de este proceso, la Ley que lo introduce define, con acierto, lo que es la ocupación en puridad⁸, es decir, aquella “no consentida ni tolerada”. A esto habría de añadir que esa ocupación no consentida ni tolerada lo es originariamente, es decir, desde el principio, y además por un sujeto que no tiene ni ha tenido en ningún momento título que le otorgue derecho a poseer (esto es lo que diferencia al ocupante ilegal del sujeto que se encuentra en situación de precario, como se analizará más adelante)⁹¹⁰.

Es importante distinguir lo que se entiende por “ocupación” desde el punto de vista del Derecho (y, por tanto, lo que es la verdadera ocupación) de lo que es la ocupación en el contexto social. De esta última forma parece que se

7 Esto es lo que piensa, por ejemplo, LAFUENTE, quien nos dice que: “En tanto que el clásico interdicto de recobro va dirigido —como dijimos— a proteger la posesión como mero hecho, el que ahora analizamos tutela el derecho a poseer. Así se desprende de varios preceptos: del art. 437.3 bis LEC, en cuya virtud debe acompañarse a la demanda el título en el que el actor funde su derecho a poseer; del art. 441.I.bis, párrafo 2.º, que condiciona la inmediata entrega del inmueble a que dicho título se reputa suficiente para acreditar el *ius possidendi* (...)”. LAFUENTE TORRALBA, A.J.: “El *labyrinthus iudiciorum* de la ocupación ilegal de viviendas: remedios en las vías penal y civil y análisis de su eficacia”, *Revista de Derecho aragonés*, núm. 26-27, 2020-2021, p. 136.

8 Esto es a lo que hace referencia el fenómeno “okupa”, como se le denomina coloquial o socialmente. También hay que tener en cuenta que este fenómeno político y social en realidad puede darse en cualquier tipo de inmuebles -viviendas o locales-.

9 De nuevo acertadamente, continua en su exposición de motivos esta Ley concretando que “el cauce conocido como «desahucio por precario» plantea un problema de inexactitud conceptual, con la consiguiente inseguridad en la consecución de la tutela pretendida, dado que en los supuestos de ocupación ilegal no existe tal precario, puesto que no hay ni un uso tolerado por el propietario o titular del legítimo derecho de poseer, ni ningún tipo de relación previa con el ocupante”.

10 En este sentido se pronuncia ARIZA COLMENAREJO, M. J.: “Nuevo proceso posesorio en materia de ocupación ilegal de viviendas”, *Diario La Ley*, núm. 9245, 2018, p. 2.: “la ocupación sería el proceso por el cual “personas físicas entran a morar en edificaciones más o menos habilitadas como domicilio, para desarrollar su actividad personal sin consentimiento del propietario, sin título ni derecho alguno”.

considera ocupación toda aquella que no está permitida por quien tiene derecho a poseer -propietario o no-, incluyendo dentro del ámbito de la ocupación ilegal situaciones de permanencia ilícita dentro de una vivienda, como pueden ser, por ejemplo, los supuestos en que un arrendatario permanece en la vivienda sin pagar la renta. Tanto la ocupación como estas otras situaciones se mueven dentro de la ilegalidad, pero no reciben, o no han de recibir, la misma respuesta por parte del Derecho, pues los supuestos son distintos desde su propio origen. Nuestro ordenamiento sí distingue la ocupación de otras situaciones en las que un sujeto decide permanecer de forma ilícita en un inmueble, normalmente en viviendas. Es por ello por lo que se prevén distintos procesos según haya ocupación (250.I.4.º, párrafo segundo LEC), se trate de un precarista (250.I.2.º LEC) o se trate de un arrendatario que ya no paga o cuyo arrendamiento ha expirado (250.I.1.º LEC); por tanto, la confusión entre situaciones no se ha dado por parte del legislador, quien ya reconoció en la Ley 5/2018 que la ocupación en nuestro país no había sido abordada a través cauces procesales específicos. Una adecuada delimitación de lo que es la ocupación permite dar una mejor respuesta.

2. Algunas cuestiones sobre la Ley 5/2018. Reflexiones sobre sus características y fracaso.

Este proceso sumario pretende conseguir el lanzamiento de aquellos sujetos que ocupan materialmente un inmueble o parte de él y pueden instarlo las personas físicas propietarias o poseedoras legítimas, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseer y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social^{II}. A colación del análisis sobre si es o no una modalidad del clásico interdicto (que protege el *ius possessionis*), si se estudia en profundidad se puede observar que no es tan fácil llegar a una conclusión definitiva porque la intención protectora del legislador es doble: se pretende que sea un proceso ágil y rápido para quien tiene derecho a poseer (*ius possidendi*) y, al mismo tiempo, aunque sea menos evidente, trata de proteger al ocupante que, con frecuencia, puede encontrarse en una situación de vulnerabilidad (*ius possessionis*), como ya se ha mencionado. Si bien es cierto que, aunque ya no sea una cuestión tan relevante como pudo serlo en el momento de su entrada en vigor, más bien se puede clasificar como una modalidad del interdicto de recobrar la posesión, no por su ubicación sino por su naturaleza; y, aunque es evidente su uso prácticamente nulo, al seguir vigente es necesario dedicarle unas reflexiones.

II Quedan fuera cualesquiera otras personas jurídicas, que tienen a su alcance otros procesos (que se dilatan aún más en el tiempo) para la recuperación de las viviendas que tengan derecho a poseer, lo que quizá podría suponer un conflicto de constitucionalidad de la norma por una posible vulneración del art. 14 de la CE. Parece que así el legislador intenta evitar que grandes tenedores, entidades financieras o análogas, puedan hacerse valer de un proceso que, en principio, pretende ayudar al propietario común o, como se dice, *poseedor legítimo*, que pudiera necesitar realmente el inmueble.

La medida más llamativa para conseguir esa rapidez consiste en introducir un incidente dentro de este proceso por el cual se puede solicitar el inmediato lanzamiento de los ocupantes y con ello la inmediata entrega de la posesión¹², solicitándolo en la demanda y requiriendo el tribunal a los ocupantes para que aporten justo título en que fundamenten su posesión, por plazo de 5 días desde la notificación del proceso (art. 441.I bis LEC).

Estas medidas cautelares son bastante especiales, aunque es el legislador quien las denomina de esta forma, pues se comportan más bien como una ejecución provisional. Estas lo que hacen no es asegurar una determinada situación para que la eventual sentencia no pierda su efecto, sino que anticipan la consecuencia de esa eventual sentencia estimatoria, adelantando la ejecución. Por otro lado, además, en aras de la agilidad que requiere un proceso sumario, y aún más este, se prescinde de la audiencia a la otra parte y el solicitante de las medidas no tiene que demostrar activamente ninguno de los dos presupuestos que, generalmente, exige cualquier medida cautelar: ni el *periculum in mora* ni el *fumus boni iuris*, que, de alguna forma, ya se entienden implícitos o se presumen cuando en el momento de presentación de la demanda se aporta el título que justifica el *ius possidendi*¹³.

Continuando con esa doble protección, y partiendo del hecho de que cualquier proceso para despojar de la posesión a quien posee sin derecho ya supone una garantía para el poseedor de facto, en este caso la ley articula medidas concretas para intentar paliar la vulnerabilidad de los ocupantes que van a ser desahuciados. Es bastante frecuente que estos sujetos ocupantes se encuentren en situación de marginalidad e incluso que se trate de familias, por lo que la citada ley añade en el art. 444.I bis, párrafo tercero LEC, lo siguiente: “en todo caso, en la misma resolución en que se acuerde la entrega de la posesión de la vivienda al demandante y el desalojo de los ocupantes, se ordenará comunicar tal circunstancia, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados, a los servicios públicos competentes en materia de política social, para que, en el plazo de siete días, puedan adoptar las medidas de protección que en su caso procedan”. El legislador introduce una medida que no ayuda a la agilidad que en teoría se predica de este proceso, pues pone su confianza en que los servicios sociales, dependientes de la Administración Pública, puedan encontrar una solución habitacional en un máximo de 7 días, cuando la realidad demuestra que la falta de recursos -tanto de las Administraciones Públicas como de la propia Administración de Justicia- impide tal

12 Que, por otro lado, pueden ser “ignorados ocupantes”, pues lo normal en una ocupación es que se desconozca la identidad de los sujetos que se han asentado en la vivienda.

13 De hecho, si se atiende a las enmiendas que se propusieron a la inicial proposición de ley, la número 23 solicitó que se suprimiera esta medida para “evitar que puedan producirse medidas cautelares que puedan provocar lanzamientos sin previa audiencia del demandado”, de lo que se deduce que ya entonces se adelantó que, en realidad, más que cautelar la medida era ejecutiva (disponible en https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-78-4.PDF, fecha de acceso: 10/12/2025).

agilidad¹⁴. En caso de que se comunique a los servicios sociales y en tanto se busca una solución para los ocupantes, cabe preguntarse, a tenor de la literalidad de esta ley, si se paraliza el lanzamiento o se continúa con el mismo, porque cualquiera de las dos posibles soluciones a este supuesto no son satisfactorias: si se suspende la ejecución no se estaría proporcionando una efectiva protección posesoria al sujeto ocupado, al alargar sobremanera el momento del desalojo esperando una solución que, con toda seguridad, tardará; si se procede al lanzamiento de los ocupantes, la ley estaría fracasando en su intento proteger a los sujetos desamparados.

Por su diseño, sí encaja con la sumariedad que se predica del mismo, y parece que el problema se presenta fundamentalmente en la propia fase de ejecución, pues en la práctica jurídica lo habitual será que los tribunales no procedan al lanzamiento de sujetos vulnerables hasta que no se dé una solución habitacional, aunque haya finalizado la fase declarativa con un pronunciamiento favorable a ese desahucio.

En cualquier caso, aunque han pasado ya unos años desde la entrada en vigor de la Ley 5/2018, actualmente también ha de ser tenida en cuenta la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (en adelante: LDV), que introduce importantes medidas en el ámbito procesal relevantes para el supuesto recién planteado. Una de las modificaciones estrella es la que se hace en el art. 439 LEC, sobre la inadmisión de la demanda en ciertos casos, y para lo que aquí interesa, introduce un nuevo apartado 6 que determina que: “en los casos de los números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del apartado 1 del artículo 250, no se admitirán las demandas, que pretendan la recuperación de la posesión de una finca, en que no se especifique: a) Si el inmueble objeto de las mismas constituye vivienda habitual de la persona ocupante; b) Si concurre en la parte demandante la condición de gran tenedora de vivienda, en los términos que establece el artículo 3.k) de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. En el caso de indicarse que no se tiene la condición de gran tenedor, a efectos de corroborar tal extremo, se deberá adjuntar a la demanda certificación del Registro de la Propiedad en el que consten la relación de propiedades a nombre de la parte actora”¹⁵. Esto restringe todavía más la agilidad del proceso en cuestión, ya que normalmente la vivienda ocupada lo será con la finalidad de constituir vivienda habitual de los ocupantes. Sin embargo, si en una ocupación lo normal es que los ocupantes sean desconocidos, no parece sencillo para el demandante aportar indicios fundados en la demanda de que están

14 Tampoco se entiende que el legislador de 2018 supedita la ayuda de la Administración al propio consentimiento de los ocupantes, pues acabar con la vulnerabilidad social o proporcionar soluciones eficaces ante estas situaciones debería ser una cuestión de orden público o interés general. Actualmente, ya no se requiere este consentimiento, como se comenta a continuación.

15 Además de otros apartados que han sido recientemente declarados inconstitucionales por STC 26/2025, de 29 de enero (disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2025-4079>).

utilizando el inmueble como vivienda habitual¹⁶, por lo que no solo se reduce la agilidad sino que se podría llegar a reducir la propia operabilidad del proceso al no poder determinar si es vivienda habitual o no.

En el art. 44I LEC se modifica el apartado 5 y se introduce el 6, que básicamente regulan la forma de actuar en caso de vulnerabilidad económica y social del ocupante, a quien se le informará de la posibilidad que tiene de acudir a los servicios sociales de la Administración, aunque también se informará de oficio¹⁷. Una vez verificada esta vulnerabilidad se presentará al Juzgado “propuesta de alternativa de vivienda digna en alquiler social a proporcionar por la Administración competente para ello y propuesta de medidas de atención inmediata a adoptar igualmente por la Administración competente, así como de las posibles ayudas económicas y subvenciones de las que pueda ser beneficiaria la parte demandada”; finalmente se establece que el Tribunal pueda suspender el proceso “para que se adopten las medidas propuestas por las Administraciones públicas, durante un plazo máximo de suspensión de dos meses si el demandante es una persona física o de cuatro meses si se trata de una persona jurídica”. Antes también se preveía esta suspensión por la misma causa, pero no en relación con el proceso del art. 250.I.4°.

En definitiva, se intentó crear un proceso ágil y eficaz, pero tener en cuenta los contextos de precariedad económica del ocupante también implica introducir medidas que retrasan el proceso para estudiar otras alternativas. La Ley 5/2018 ya era consciente de este hecho y desde la puesta en marcha de este proceso de “desalojo exprés” se ha evidenciado que no ha respondido con la celeridad esperada. Aunque no daba respuesta explícita a si era necesario suspender o no el proceso (sin perjuicio de la práctica judicial), ya con la entrada en vigor de la LDV se faculta expresamente al Tribunal para la suspensión, obstaculizando definitivamente el proceso. Contrasta con el hecho de que nos movamos dentro del ámbito de un proceso sumario en el que se pretende el despacho de la protección del *poseedor legítimo* rápida y satisfactoriamente. Aun así, es un ejemplo curioso de hasta qué punto se protege a quien posee de hecho, sobre todo por su marginalidad, y de cómo el ordenamiento siempre intenta conjugar la protección del *ius possessionis* y del *ius possidendi*.

En la exposición de motivos de la ley se intenta reforzar la premisa fundamental (y no cumplida) de nuestro Derecho: la concepción del orden penal como *ultima ratio*, pues los casos de ocupación venían resolviéndose prácticamente siempre a

16 “Sorprende que, en un juicio verbal de desahucio, especialmente cuando se refiere a un caso de okupación, en el que al titular de la vivienda le es prácticamente imposible saber quién está dentro de la misma que además se le imponga la carga de la prueba de que el inmueble okupado constituye la vivienda habitual de la persona ocupante”, ARNAU MOYA, F.: “Luces y sombras de la Ley 12/2023 por el derecho a la vivienda”, *Revista jurídica valenciana*, núm. 42, 2023, p. 100.

17 Ya no es necesario que los ocupantes presten su consentimiento como pedía la Ley 5/2018.

través de procesos penales que tampoco daban una respuesta verdaderamente eficaz¹⁸. Por ello, el legislador, además de su intención de satisfacer el derecho de posesión del afectado, intenta crear un proceso ágil que seduzca a los operadores jurídicos a reconducir la solución a la vía civil, y de ahí todas estas medidas que se pensaba que podían ser lo suficientemente céleres.

Sin embargo, no contaba el legislador con que las Administraciones Públicas no podían satisfacer las necesidades habitacionales con la rapidez que se requería, ni sostener la alta demanda de vivienda. Tampoco iba a poder la Administración de Justicia resolver con la fluidez pensada, situación ésta absolutamente previsible. Sobre la teoría supone un proceso magnífico que cuenta con todos los elementos para aportar una solución rápida; sin embargo, también resulta un planteamiento poco sensato y razonable -incluso idealista- que solo hubiera tenido éxito si la situación de las administraciones hubiera permitido actuar con dicha agilidad. El primer motivo del fracaso de este lo constituye la decepción que implica la propia disociación entre este proceso en su concepción teórica (llamado coloquialmente e incluso por la clase política como proceso de *desalojo exprés*) y en el plano real, donde se necesita rapidez y no se puede conseguir¹⁹.

3. El concepto de “poseedor legítimo”.

En esta Ley 5/2018 se hace referencia hasta en diez ocasiones a la *legitimidad* en la posesión (v.g., “poseedor legítimo” o “legítimo derecho de poseer”). Sin embargo, el CC no menciona ni una sola vez en todo su articulado “posesión legítima” o similares. Es un “concepto”, por tanto, que opera dentro del Derecho procesal pero que el Derecho civil sustantivo ignora. En realidad, no es que lo ignore en sentido estricto, sino que en Derecho civil el concepto de “posesión legítima” terminológicamente es redundante, pues lo cierto es que todos los poseedores son legítimos. Aunque hay autores²⁰ que relacionan la posesión

18 Véanse, los supuestos de usurpación pacífica de inmuebles (en la realidad, un gran número de ocupaciones son pacíficas), ya que no suelen darse los elementos que el tipo penal requiere y finalizaban casi siempre con la absolución del denunciado.

19 La solución judicial a la ocupación ilegal y otras formas de permanencia ilegal en viviendas (como los mal llamados *inquiokupas*, por ejemplo) es sumamente compleja, fundamentalmente por la difusa regulación jurídica de los distintos procesos previstos, mezclándose la vía penal con la civil y viceversa, e intercambiando unos procesos por otros con un objeto distinto. Precisamente, esta ambigüedad jurídica acaba decepcionando a la ciudadanía cuando acuden a los tribunales a instar la defensa de sus derechos y es la responsable de dos lacras en la actualidad: los grupos *desokupa*, que suponen una amenaza real para el orden público, incitando a la justicia privada al afectado -que, por otro lado, era un modo de solución de conflictos más que superado en nuestra sociedad-, y no solo eso, sino incentivando actuaciones en el límite de la ilicitud, cuando no directamente ilegales; de otro lado, siquiera en parte, el miedo latente en la ciudadanía a una posible ocupación o a la pérdida de control sobre una vivienda de su propiedad, necesariamente tiene efectos en el problema de la vivienda que actualmente vivimos.

20 Como BASTANTE GRANELL, V.: “Ocupación ilegal de viviendas: la necesaria delimitación jurídico-social de los sujetos «ocupa» y «ocupado»”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 47, 2018, p. 4. La distinción que se hace de la posesión en este trabajo (buena fe, mala fe, violenta o clandestina...) no tiene que ver con la protección posesoria, considerando este autor la legitimidad de la posesión tal y como la considera el legislador de la Ley 5/2018, relacionando legitimidad con título para poseer. Parece contradecirse, además, cuando recalca que: “todo poseedor -incluido el sujeto ocupa de una vivienda- ostenta el llamado *ius*

legítima con la posesión legalmente adquirida, la posesión es posesión sea cual sea su origen, y no afecta a su legitimidad en orden a la protección que se le otorga. Otra cosa es que se añada la connotación “justa” o “injusta” a la posesión, incluso que pueda considerarse posesión de buena fe o de mala fe, pero, aun así, todos los poseedores son legítimos porque así se establece en el CC. Cuando se habla de la posesión a colación de su protección y se usa el concepto de posesión legítima, se corre el riesgo de llegar a considerar que posesión ilegítima es toda aquella que no se basa en ningún título. Siguiendo este razonamiento, el precarista, que funda su legitimidad en la gracia o beneplácito del *precario dans* y que no tiene título (entendiendo el título el documento físico que lo recoge, puesto que, título en sentido estricto, como ya se explica más adelante, sí tiene) no sería considerado poseedor legítimo cuando, de nuevo siguiendo con el mismo razonamiento, es poseedor “justo” y de buena fe. Tampoco se es menos poseedor por haber adquirido la posesión ilegalmente²¹, sin perjuicio de que merezca reproche por vía penal, por ejemplo. Hay que recordar que la posesión se protege, a propósito, con procesos sumarios donde lo único que interesa es saber si efectivamente se posee (*ius possessionis*) y/o si quien reclama la posesión, según los casos, tiene *ius possidendi*, y para ello no importa cómo se haya adquirido la posesión en términos de legalidad, porque no es la finalidad de estos procesos, así como tampoco se entrará a cuestionar si ha habido buena fe o mala fe o si la posesión es más o menos justa, interesando estos aspectos en otros ámbitos distintos a los de la protección posesoria, como puede ser a efectos de usucapión.

La posesión como mero hecho ya otorga una legitimidad especial a quien posee, especial porque la otorga sin necesidad de justificar que se funda en un título. La posesión de quien simplemente detenta un bien sin título, de hecho, no es menos legítima que la posesión de quien detenta un bien porque además tiene derecho a ello, pues ambos están protegidos por el ordenamiento, siquiera de forma transitoria o provisional, que es lo que ocurre con la protección del *ius possessionis* si no está basada en ningún derecho subjetivo que la abarque. La legitimidad de todos los poseedores es tal que el Derecho ha articulado procesos que pretenden ser ágiles para poder dar una respuesta rápida a cualquier situación posesoria.

La posesión, en su origen, es indudablemente un hecho jurídico que desata una serie de efectos o consecuencias que acaban otorgando a quien posee algunas facultades que le permiten, finalmente, conseguir ante los tribunales una protección concreta a través del ejercicio de acciones. Precisamente por eso, la

possessionis (...). Ello, incluso, a pesar de la inexistencia de título que legitime su posesión”. Si se tiene *ius possessionis*, se es poseedor legítimo.

21 Piénsese, por ejemplo, en quien roba una cosa. Siendo delito, desde un punto de vista civil no deja de ser poseedor, pues detenta la cosa y por tanto, tiene *ius possessionis*, quedando protegido y pudiendo, en teoría, utilizar los interdictos que tiene a su alcance, como el de retener y recobrar la posesión.

mayoría de la doctrina acaba defendiendo que se trata de un verdadero derecho subjetivo, porque la posesión material ya genera ese *ius possessionis* y con ello derecho a seguir en esa posesión. Un derecho subjetivo es una situación de poder o, directamente, un poder jurídico que me concede el Derecho sobre *algo*, sobre una realidad. El hecho de ser titular de un derecho subjetivo me otorga una serie de facultades jurídicas que me dan posibilidades de actuación determinadas; correlativamente, para el resto de las personas, o para algunas personas concretas, existirá un deber jurídico de respeto a ese derecho. Dicho de otra forma, para el Derecho civil poseedor legítimo es aquel que tiene *ius possessionis* y aquel que tiene *ius possidendi*, es decir, todo aquel que *tiene*, porque todos están protegidos, aunque sea de distinta forma e incluso transitoria o provisional (el *ius possessionis* cede antes el *ius possidendi*).

En Derecho procesal, cuando se habla de “posesión legítima” parece que, en principio, habría que pensar en la posesión fundada en algún título que otorga al sujeto un *ius possidendi* (lo que es técnicamente, o, en puridad, incorrecto). Esta conclusión es evidente, porque no pensaba el legislador en un proceso que pudiera utilizar un sujeto que sin título ya ocupaba esa vivienda y que se ve privado por otro ocupante, sin título tampoco; lo que quería el legislador era que tanto el propietario como quien no lo es, pero tiene derecho a poseer (arrendatarios, usufructuarios, incluso precaristas) pudieran hacer valer sus derechos. Por eso, quizá el legislador habría estado más acertado si los términos empleados hubieran sido “sujeto con derecho a poseer en título fundado” o “en justo título” o cualquier otro análogo que exprese la misma idea en lugar de “poseedor legítimo”. Aún más raro es que la ley emplee la expresión “legítimo derecho de poseer” porque, de nuevo, el derecho de poseer puede ostentarse por tener un título que lo adjudique, o simplemente por tener la cosa materialmente, sin más.

Además, es posible ir más allá y preguntarse qué es exactamente el “título” que se debe tener para alegar ese *ius possidendi*, o cómo deber ser aquel. Está claro que el arrendatario tiene un contrato de arrendamiento; en el usufructo, el usufructuario puede serlo, por ejemplo, por disposición testamentaria o de otra forma, no obstante, siempre se dejará por escrito o constará registralmente; pero, también existe la usucapión, y un sujeto al que le han ocupado una vivienda que ha logrado usucapir tras cumplir con todos los requisitos legales lo más probable es que solo pueda demostrar esa usucapión a través de testimonios de vecinos o similares. Es dudoso que se admita por un tribunal esta forma de demostrar el derecho a poseer, así que, más bien, se debe aportar un título documentado. Y como solo se puede aportar este título documentado, por ejemplo, el precarista, parece que no podría beneficiarse de este proceso, siendo un poseedor legítimo²².

22 Esto es, porque no será frecuente que esta situación de precario se haya documentado. Pudiera darse algún caso en que sí, porque la casuística siempre es variada, pero como suelen ser concesiones *gracias* y que

Tampoco el arrendatario que vive en un inmueble sin haber firmado contrato (no será frecuente esto actualmente), aunque pudiera demostrarlo con un extracto bancario de las transferencias realizadas al arrendador (no prueba que se tenga ningún derecho, solo que efectivamente se realizan esas transferencias). Por todo lo expuesto, no es que este proceso no funcione o que no sea adecuado, sino que simplemente utiliza conceptos que, tomados desde una perspectiva civilista, generan situaciones paradójicas por la contradicción entre lo que se entiende en el seno del Derecho procesal y lo que se entiende por el Derecho civil. Así también queda aún más restringido el ámbito de la legitimación activa.

La proposición de ley de la que parte el procedimiento legislativo ya mencionaba el confuso “legítimo derecho de poseer”, entendido este como el derecho que tiene el sujeto con *ius possidendi* (aunque, como se ha dicho, ese legítimo derecho de poseer lo tiene el sujeto con *ius possessionis* también). No se introduce el concepto “poseedor legítimo” pero sí es destacable que, en este momento, no se estaba pensando en la protección de los poseedores legítimos tal y como se entiende por la doctrina civilista (ni de ninguna forma) sino, como se menciona en la p. 3, de “dueños o usufructuarios”²³.

Se acuerda encomendar su aprobación a la Comisión de Justicia y se abre plazo para que los demás grupos parlamentarios presenten enmiendas²⁴. En concreto, se propusieron algunas enmiendas que resultan interesantes a colación de esta cuestión:

- En la enmienda núm. 4 se suprimen de la redacción que se había dado en la proposición los términos “dueño y usufructuario” y “derecho a poseerla”, cuya justificación radica en una mejora técnica.

- En la enmienda núm. 5, se añade por fin el concepto de poseedor legítimo proponiendo la siguiente redacción: “también estarán legitimadas a demandar la entrega de una vivienda de forma subsidiaria a las que corresponderían al legítimo poseedor (...) las administraciones públicas con competencias en materia de vivienda (...)”.

con mucha frecuencia se dan en el ámbito familiar, no es probable que se haya dejado por escrito.

23 La redacción que se propuso sobre el art. 250.I LEC fue: “[...] 2.º bis. Las que pretendan el lanzamiento o desalojo y la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, por parte de su *dueño o usufructuario*, siempre que se trate de personas físicas, o bien de entidades sociales y de administraciones públicas tenedoras de un parque de vivienda de alquiler social, *con derecho a poseerla*, por haber sido desposeídas de ella sin su consentimiento”.

24 https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-78-4.PDF (fecha de acceso: 10/12/2025)

Sin embargo, el texto que se remite al Senado²⁵, contenía, palabra por palabra, la redacción actual del art. 250.1.4 ° párrafo segundo; finalmente, se aprobó sin enmiendas importantes por parte del Senado el texto remitido²⁶. Sí se propusieron enmiendas en este momento también, pero ninguna relevante o relacionada con una mejora técnica que esclareciese qué es ser “poseedor legítimo” o más bien que introdujeran de una forma más adecuada lo que se pretendía, que era permitir que solo pudieran valerse de este proceso los sujetos con *ius possidendi* y, además, documentado²⁷.

Es curioso ver cómo la preocupación de los grupos parlamentarios se centró en discutir si se debía hacer uso de los términos “poseedor legítimo” y análogos, o de “dueño y usufructuario”, como se ha expuesto, por lo que ya se puede comprobar que no se valoró en ese momento, probablemente por desconocimiento técnico, que la posesión siempre es legítima, siguiendo el tenor del CC. Ello resulta lógico por cuanto lo que se buscaba en este momento, dada la creciente preocupación por el fenómeno *okupa*, era la practicidad.

4. El concepto de “vivienda” y “vivienda habitual”.

El proceso para la inmediata recuperación de las viviendas ocupadas ilegalmente tiene como objeto del proceso precisamente la “vivienda”, no la “vivienda habitual”. Quedan fuera del objeto de este proceso cualesquiera otros inmuebles que no conformen vivienda. Aunque no se hable de vivienda habitual, lo normal es que quien ocupa lo haga con finalidad de desarrollar su vida privada y familiar en el inmueble, pretendiendo esa habitualidad y no el desarrollo esporádico de su intimidad personal, buscando permanecer en el inmueble -hasta que sean desalojados-. La fijación por saber qué es exactamente la vivienda y, más allá, qué es la vivienda habitual tiene su fundamento en que este proceso de desalojo de ocupantes ilegales solo nos habla de viviendas ocupadas, mientras que la nueva LDV, como se ha dicho, afecta de forma importante al desarrollo del proceso si los ocupantes han instalado en el inmueble su vivienda habitual.

Al sujeto ocupado lo despojan de la posesión a la que tiene derecho sobre una vivienda, que para él puede ser o no habitual (podría ser una segunda residencia a la que se acude en momentos puntuales del año o simplemente una vivienda sin más), pero con frecuencia para el ocupante constituirá su vivienda habitual, y saber qué es la vivienda habitual es algo complejo porque el legislador durante

25 https://www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_12_229_I822.PDF (fecha de acceso: 10/12/2025).

26 https://www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_12_245_I983.PDF (fecha de acceso: 10/12/2025).

27 El paso a paso del proceso legislativo en su totalidad puede comprobarse en <https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/iniciativas/detalleiniciativa/index.html?legis=12&id1=624&id2=000009#> (fecha de acceso: 10/12/2025).

mucho tiempo no ha dado una definición exacta de “vivienda habitual”. Sí que lo intenta ahora, en la LDV, con el concepto de vivienda: “edificio o parte de un edificio de carácter privativo y con destino a residencia y habitación de las personas, que reúne las condiciones mínimas de habitabilidad exigidas legalmente, pudiendo disponer de acceso a espacios y servicios comunes del edificio en el que se ubica, todo ello de conformidad con la legislación aplicable y con la ordenación urbanística y territorial” (art. 3 a). También aporta una definición de residencia habitual: “la vivienda que constituye el domicilio permanente de la persona que la ocupa y que puede acreditarse a través de los datos obrantes en el padrón municipal u otros medios válidos en derecho”²⁸.

Es difícil que el sujeto ocupante pueda empadronarse en el municipio de que se trate, pues normalmente los Ayuntamientos pedirán algún tipo de documentación que demuestre que se encuentra residiendo en el inmueble con el consentimiento o tolerancia del propietario, por lo que en este caso parece que se debería acreditar por esos otros medios de prueba válidos (básicamente, testificales). Aun así, la mencionada ley sigue sin determinar cuándo se considera un domicilio permanente, para determinar si es vivienda habitual, y la definición tradicional de “residencia habitual” que hace la legislación fiscal²⁹ carece de sentido aplicarla aquí porque es probable que la demanda se interponga incluso cuando el ocupante lleva menos de esos 183 días ocupando la vivienda, fundamentalmente porque en este contexto de protección posesoria, para la legislación procesal y civil, parece que la vivienda habitual tiene una connotación subjetiva que va más allá de una mera presencia física continuada.

En Derecho penal se habla de “morada” para referirse al espacio cerrado en el que un sujeto desarrolla su vida íntima, personal y familiar; resguardado del espacio exterior y de la intromisión de terceros³⁰, estancia en la que se lleva a cabo el libre desarrollo de la personalidad; sin embargo, también dice la jurisprudencia y lo asume la doctrina penal, que la morada no equivale necesariamente a la vivienda habitual, pues la residencia que constituye morada puede ser o no aquella en la que el sujeto habite normalmente. Se ha de considerar la opinión del Tribunal

28 A colación de estas definiciones cabe destacar que siempre que se habla del asunto se entremezclan los conceptos de residencia, vivienda y domicilio, y se tratan con mucha frecuencia como si fueran lo mismo, lo que no ayuda a la delimitación conceptual. Es más difícil aún cuando es un concepto equívoco y distinto en cada una de las ramas del ordenamiento. Es comprensible que se den estas definiciones en esta ley, ya que por su contexto social y político está pensada para dar respuesta a la problemática del acceso a la vivienda, sin ninguna relación con la protección posesoria.

29 Artículo 9.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio: “1. Se entenderá que el contribuyente tiene su residencia habitual en territorio español cuando se dé cualquiera de las siguientes circunstancias: a) Que permanezca más de 183 días, durante el año natural, en territorio español. Para determinar este periodo de permanencia en territorio español se computarán las ausencias esporádicas, salvo que el contribuyente acredite su residencia fiscal en otro país (...)”.

30 Es jurisprudencia reiterada, v.g.: STS 6 noviembre 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3620) o, STS 17 noviembre 2000 (RJ 2000, 8941).

Constitucional sobre la misma cuestión, quien de forma reiterada establece que “el núcleo esencial del domicilio constitucionalmente protegido es el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y familiar», toda vez que tal domicilio «en cuanto morada o habitación de la persona, entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad”³¹.

Estos últimos conceptos, si bien no equivalen de forma absoluta al concepto que se busca de “vivienda habitual”, parece que sí pueden arrojar luz sobre qué es la vivienda habitual cuando se introduce en el ámbito de la protección posesoria. Parece lógico pensar que cuando la legislación procesal y civil mencionan la vivienda habitual (de ocupante o de ocupado) hacen referencia a ese espacio delimitado físicamente en el que una persona desarrolla toda su intimidad y privacidad, en sentido doméstico, con ánimo de desarrollarla de forma permanente o continuada en el tiempo. Así, podríamos concluir que vivienda habitual también puede ser una caravana, en tanto es vivienda en la que una persona habita o mora, pero no podríamos decir que esté incluida dentro del ámbito de protección del art. 250.I. 4.º párrafo segundo, al estar referido a la protección de vivienda inmueble únicamente (tampoco sería considerada como vivienda por la LDV, que hace referencia al “edificio o parte de un edificio” para hablar de vivienda).

La razón de estudiar estos conceptos, como este último referido al de vivienda habitual, parte del hecho de que suelen ser conceptos equívocos y repetidos en procesos que, de forma errónea, son confundidos por los tribunales, como este proceso para el desahucio de ocupantes ilegales o el propio proceso de desahucio por precario, como se expone a continuación.

III. EL PRECARIO.

En un trabajo donde se estudia la protección posesoria y en el que se hace referencia al proceso introducido por la Ley 5/2018, es imprescindible hablar sobre el proceso de desahucio por precario y, más concretamente, sobre la misma institución del *precario*; todo ello con motivo del error en que incurren generalmente los tribunales a la hora de considerar el precario y que, por tanto, afecta al uso que se hace del proceso de desahucio por precario, haciendo equivaler en la práctica jurídica este proceso con el proceso para el desahucio de ocupantes ilegales.

Así, la institución del precario merece un estudio detallado, al no haber un consenso firme sobre su definición, ni por parte de la doctrina científica ni por parte de la jurisprudencia. Precisamente por ello, antes de determinar qué es,

31 STC 283/2000, de 27 de noviembre (RTC 2000, 283). Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2001-323.

cuáles son sus características y cómo se ejecuta el desahucio por precario, es necesario realizar un recorrido por sus orígenes, analizando al mismo tiempo la doctrina jurisprudencial.

I. Breve análisis de los antecedentes históricos y su evolución³².

La mayoría de los historiadores coinciden en que el origen del precario podría hallarse en el *ius gentium*. Originariamente no revestía naturaleza jurídica, sino que comenzó siendo una mera situación de hecho, encontrándose el germen de lo que hoy es una institución en las concesiones del *ager publicus*³³ que tenían en su posesión los patronos. En realidad, el precario era una especie de segunda concesión o subconcesión de la posesión, ya que quien cedía al precarista ya era concesionario. Estamos hablando de la cesión de tierras que pertenecían a los señores por concesión del Estado, y estos, a raíz de la extensión de cultivos como los cereales, empezaron a cederlas a plebeyos o campesinos que las explotaban y trabajaban.

El origen del precario hay que entenderlo como una situación que se daba en relaciones verticales, entre un sujeto con poder (social, político o económico) y otro sujeto sometido a ese poder. Es por ello por lo que el precario fue una situación de hecho que con bastante frecuencia se ubicaba en el marco de la clientela romana. La clientela como sistema de influencias en la Antigua Roma, hacía depender a un ciudadano libre -*cliens*- de la protección económica o social que le proporcionaba el *patronus*. Eran relaciones personales en las que, si bien aparentemente ambas partes se veían beneficiadas, existía una clara desigualdad, pues el poder que tenía el patrón era bastante evidente teniendo en cuenta que quienes se veían sometidos eran plebeyos, que buscaban de su patrón sustento y protección social, económica e incluso legal; a cambio, el cliente le debía lealtad, que podía manifestarse en forma de trabajo, pero sobre todo hablamos de lealtad política (votos) y lealtad militar. Entre las dádivas que podía recibir el cliente por la adulación dada y otras actuaciones que permitían al patrón mantener su prestigio, este último podía concederle la posesión de alguna tierra o de parte de ella, para que este pudiera trabajarla o habitarla junto con su familia. Es necesario recalcar que el cliente es un ciudadano libre que, por esta condición, puede poseer, pero que por su supeditación al patrón no se va a producir ninguna vinculación jurídico-obligacional tal y como se conoce hoy en día, conservando siempre el patrón su potestad revocatoria.

32 En esta parte se sigue fundamentalmente a MORENO MOCHOLI, M.: *El precario*, Eunsa, Navarra, 1976; y a D'ORS, E.: *Derecho Privado Romano*, 7ª Ed., Eunsa, Navarra, 1989.

33 El *ager publicus* refiere un terreno donde recaía un *dominium* público y que, por tanto, no pertenecía a ningún particular de forma privada.

El precario fue adquiriendo vida propia y desarrollándose durante muchos años como situación de hecho, sin que pudiera defenderse de forma interdictal. Es por ello que, habiéndose vuelto una figura con relativa importancia, el Derecho pretorio fue el primero que concedió tanto al *precario dans* (concedente) como al *precario accipiens* (precarista) una defensa. La defensa reconocida al *precario dans* radica en la potestad revocatoria que este tiene, permitiéndole reclamar así la posesión cedida al precarista cuando considere, según su voluntad -también podían reclamarla sus herederos-. En cuanto a la naturaleza de este interdicto, si bien ya era discutida desde sus orígenes, es mayoritariamente mantenido que se trata de un interdicto recuperatorio de la posesión (aunque ha de destacarse que, en estos casos, no se trata de un interdicto equiparable al interdicto de retener y recobrar ya que no ha habido una perturbación o despojo propiamente dichos). Por otra parte, es un interdicto cuyo ejercicio procede incluso pasado un año desde el ejercicio de la liberalidad por parte del concedente³⁴, característica que deriva de la propia naturaleza del precario, pues ya desde este momento se entendía que era una situación temporal, si bien con la posibilidad de no establecer una duración determinada. Asimismo, el precarista, en tanto es poseedor, siempre tendría a su disposición los interdictos para defender su posesión de la acción de terceros. Podía ejercitar el interdicto *uti possidetis* cuando un sujeto perturbase esta posesión, y también el interdicto *unde vi* para defender la posesión de quien pretendía despojársela violentamente.

Durante la etapa de Derecho clásico, el precario perdura con fuerza como una situación de hecho, sin considerarse aún un contrato en sentido estricto, y que solo despliega sus efectos (principalmente la potestad revocatoria del concedente) cuando el precarista goza efectivamente de la posesión, y ello bajo el pretexto de que no generaba obligaciones y, además, carecía de acciones -solo se podían ejercitar interdictos-. Más allá, el Derecho clásico no lo incluía dentro de la relación de contratos que contemplaba y, de hecho, había tendencia a distinguirlo del comodato -o no considerarlo como modalidad del mismo- por el carácter contractual de este último. En esta época se van asentando las características originales del precario, que ya se va ordenando formalmente. De hecho, el precario era considerado como una situación particular y diferenciada de otras figuras análogas: con la donación compartía la nota de liberalidad de quien entrega a otro una cosa, destacando como nota esencial del precario que lo cedido (el uso, no como en la donación) necesariamente lo era con carácter temporal consecuencia de la potestad revocatoria que siempre tenía el concedente; con el arrendamiento compartía las notas de cesión de uso y temporalidad en esa cesión -si bien en el precario siendo temporal la duración es indeterminada, pero el arrendamiento, que si se consideraba un contrato, tenía una causa onerosa, existiendo una contraprestación a la cesión de uso temporal.

34 Esto lo diferencia de otros interdictos estrictamente posesorios.

Si bien es cierto que durante esta última etapa el precario adquirió una gran autonomía y desarrollo, en el Derecho postclásico parece observarse cierta decadencia. Sin embargo, más que decadencia podría aducirse que continuó evolucionando de forma distinta, hasta verse plasmado, tal y como se entendía el precario en aquel momento y tal y como había trascendido del Derecho romano, en el Digesto.

El Digesto de Justiniano es, de todas, obra fundamental cuando se habla de la posesión precaria, porque recoge el concepto evolucionado de lo que tradicionalmente viene considerándose precario, y de los elementos esenciales que luego permitirán descartar definiciones equivocadas de lo que actualmente se concibe como precario. En efecto, el Digesto recoge en su libro XLIII, título XXVI y ss. lo que en ese momento se conocía como tal:

D.43.36.1³⁵

“Precario es lo que se concede á ruego del que lo pide, para que use de ello mientras lo permita el que lo concede.

Cuya especie de liberalidad trae su origen en el Derecho de Gentes.

Se distingue de la donación en que el que dona da para no volver á recibirlo; y que el que da en precario da para volverla á recibir cuando quiera que se acabe el precario”.

D.43.26.2

“Dice el Pretor: Lo que tiene de él en precario, ó con dolo malo hiciste para dexar de tenerlo; por lo qual pide que se lo restituyas.

Este interdicto es restitutorio.

Contiene en sí equidad natural, y compete al que quiere revocar el precario. Porque es naturalmente justo que disfrute mi liberalidad por el tiempo que yo quiera; y que yo la pueda revocar quando mude de voluntad: y así quando se dio alguna cosa en precario, no solo podemos usar de este interdicto, sino también de la acción praescriptis verbis, que resulta de la buena fe.

Parece que tiene en precario el que obtuvo la posesión natural ó civil, solo por esta causa, porque lo pidió, y se le concedió la facultad de poseer ó usar”.

35 En este trabajo se sigue la versión de 1872 publicada por los licenciados D. Manuel Gómez Marín y D. Pascual Gil y Gómez, traducida en el siglo anterior por el licenciado D. Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca.

En la época medieval, la posesión en sí misma se ve influenciada por las corrientes de Derecho germano y Derecho canónico, y con ello inevitablemente se va a ver influenciado el precario. Es por ello que las referencias que encontramos en el Fuero Juzgo sobre el precario están fuertemente influenciadas por el Derecho canónico, una influencia que se va a mantener incluso hasta la Novísima Recopilación, tratándose el instituto del precario (en este momento, por influencia canónica, también llamada *la precaria*) de forma más incidental.

La época de la codificación española fue fundamental para el resurgimiento del precario original, tal y como viene recogido en el Digesto, pues las nuevas leyes desamortizadoras tuvieron un papel importante en la decadencia de la influencia del Derecho canónico en este sentido. En concreto, el Decreto de Cortes de 8 de junio de 1813 y la Ley de 9 de abril de 1842, sobre fincas rústicas y propiedad urbana respectivamente, fueron los pilares que más tarde determinaron que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 previese un juicio de desahucio que finalmente fue ampliando su ámbito de aplicación a los supuestos de precario, consecuencia de lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo fue sentando, con base en lo que consideraba, erróneamente, que era la institución del precario.

2. Las sentencias del Tribunal Supremo: la línea jurisprudencial mantenida durante los siglos XX y XXI.

A) Análisis jurisprudencial de algunas sentencias destacadas.

Se hace necesario un análisis jurisprudencial de algunas de las sentencias más destacadas en materia de posesión precaria que el TS ha ido redactando a lo largo de los años, con la finalidad de comprender el fundamento de la línea marcada por este Tribunal y que hoy día se mantiene, aunque también ha vacilado en determinadas cuestiones, por lo que no deja de ser confusa su interpretación. Por motivos de espacio, sería imposible analizar absolutamente todas las sentencias dictadas en esta materia, pero se ha intentado seleccionar las que se consideran más adecuadas para efectuar el mencionado estudio, tratando de seleccionar aquellas con una casuística variada. Si bien puede parecer que es excesivo remontarse a casi principios del s. XX en este análisis, tiene su relevancia en tanto existen sentencias muy recientes que siguen citando y apoyando sus decisiones en esas otras sentencias mucho más antiguas, lo cual también implica que, en más de un siglo, no ha habido un cambio significativo en la forma de concebir la institución del precario.

La STS 15 de junio 1926³⁶, equipara al precarista con un arrendatario, al aplicar el art. 1571 CC³⁷ (vigente hoy en día) que permite finalizar el arrendamiento

36 STS 15 junio 1926 (ECLI:ES:TS:1926:376).

37 Art. 1571 CC: "El comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

vigente en el momento en que se verifica la compra de una finca: "(...) tercero, que esta finca la explota el demandado sin pagar merced ni arrendamiento de ninguna clase al exponente, ni haber celebrado con él estipulación alguna contractual, por cuyo motivo cualquiera que fuese el título, legal o ilegal, al amparo del cual posee y explota este inmueble siempre resultará un precarista frente al demandante, por cuanto es una posesión sin derecho para ello a título gratuito. (...) al carecer D. Julián de título escrito que le autorice a poseerla y no pagar precio de arrendamiento a la parte recurrida, no puede derivarse otro concepto que el de precarista".

En este momento, las palabras del TS generan una gran confusión pues, si bien reconoce que no se trata de un arrendamiento, destacando de forma acertada que el precario existe sin pago de renta alguna, resuelve finalmente equiparando arrendamiento y precario³⁸, aplicando legislación sobre arrendamiento que, desde luego, nada tiene que ver con el precario. Toda la argumentación en este momento se basa en hacer ver que el precario existe cuando se posee sin pagar por ello y no se tiene título (entiéndase título documentado). De nuevo, se confunde la legitimidad en la posesión con el hecho de tener o no título documentado que habilite a ella y en consecuencia se hace un juicio de valor sobre el derecho o no a poseer: es precarista todo aquel que no tenga derecho a poseer.

La STS 5 julio 1945³⁹, es especialmente interesante porque en ella se reconoce que los tribunales ya no conciben el precario como lo que era en Derecho romano -como lo que en realidad es-, que ya no es una concesión graciosa sino una situación posesoria. "Considerando que, como esta Sala tiene declarado en reiteradísimas resoluciones, que han delineado, a través del tiempo, los contornos conceptuales del instituto, el precario no es hoy, como en su inicio, la concesión graciosa y por esencia revocable del uso de una cosa, sino una situación posesoria, a que puede ponerse término mediante un proceso de restitución que arguye, como condición inexcusable para estimar las pretensiones que en él se deduzcan, la falta de un título que justifique el goce, ya porque nunca se haya tenido o bien porque teniendo en un tiempo virtualidad la haya perdido".

Si el comprador usare de este derecho, el arrendatario podrá exigir que se le deje recoger los frutos de la cosecha que corresponda al año agrícola corriente y que el vendedor le indemnice los daños y perjuicios que se le causen".

38 Si bien, más tarde el mismo Tribunal (STS 2294/1934, de 21 de junio de 1934) reconoce que, en realidad, el precario es una modalidad de comodato, pues de la lectura del art. 1750 CC se deduce la referencia al precario cuando dice "si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad". Otra sentencia también reconocería después, de forma acertada, la diferencia entre arrendatario y precarista y, con ello, la imposibilidad de aplicar las normas del arriendo al precario (STS 143/1949, de 10 de octubre de 1949).

39 STS 5 julio 1945 (ECLI:ES:TS:1945:230).

El Tribunal nada dice sobre qué considera que es una *situación posesoria* aunque, desde luego, parece que hace referencia a que el precario no es más que una situación de hecho -así también lo fue durante largo tiempo para el Derecho romano-, en la que actualmente el poseedor no tiene título documentado alguno y por ello, su posesión es “ilegítima” y no ha de ser consentida. Situación posesoria es aquella en la que, de hecho, un sujeto tiene la tenencia material de un bien, pero nada obsta a que esa situación de hecho en que consiste la posesión de un bien tenga origen contractual, por ejemplo. La posesión del precarista no es distinta, materialmente hablando, de la posesión que tiene el arrendatario, el usufructuario, el mismo propietario, o incluso de la que puede tener un *okupa*; la diferencia estriba en el origen de la situación, y nada impide, ni de hecho ni jurídicamente, que la situación posesoria del precarista tenga su origen en una mera concesión graciosa.

Es difícil dilucidar qué quiere decir, en esencia, el juzgador en esta sentencia, que además se contradice con otras sentencias cuando mantiene que el precario ya no puede ser revocable a voluntad del concedente salvo que efectivamente no exista título⁴⁰ (lo cual es contradictorio con la propia ley ex art. 1750 CC), confundiendo la existencia de título documentado con la posibilidad de que, aun existiendo este título, pueda ser revocado cuando el concedente así lo desee. Parece que lo que el Tribunal intenta decir en ese momento es que el precarista solo tiene *ius possessionis* y no *ius possidendi* (derecho que sí tiene, como se explicará más adelante).

Poco a poco, parece que el TS va perfilando y afinando lo que, a su juicio, es el precario. Así, la STS 30 noviembre 1964⁴¹, mantiene que “la situación de gracia es la esencia del precario”⁴² y que, por ello, precarista es quien usa y disfruta una vivienda sin pagar meced o renta, por gracia del concedente. Pero añade como novedad el Tribunal que, en este caso, la concesión graciosa que hizo en vida el propietario equivale a la posterior tolerancia del heredero en aras a que la situación posesoria se siga llamado precaria. Además, da un paso más y traza una clara línea que diferencia el precario de un derecho real de habitación: “situación de gracia que es la esencia del precario, sin que el pago de las contribuciones y demás impuestos, sobre la finca, por parte de su ocupante, constituya elemento alguno en pro del derecho de habitación, ni del arrendamiento, ya que, por sí solos, no los configuran”⁴³.

40 Sentencias posteriores (como la STS 1371/1958, de 6 de febrero de 1958) confirman que para el TS un precarista es un sujeto que posee “sin título alguno”, línea de pensamiento que se mantiene hoy día y que ha permitido a este tribunal equiparar, por ejemplo, al *okupa* de una vivienda con el precarista.

41 STS 30 noviembre 1964 (ECLI:ES:TS:1964:1229).

42 En contra de lo que el mismo Tribunal había asentado anteriormente.

43 Opinión que, a diferencia de lo que ocurre con el resto de ideas sentadas sobre el precario, sí parece acertada pues, efectivamente, el precario no constituye ningún derecho real de habitación.

De esta forma, siquiera indirectamente, se deja clara la naturaleza del precario como modalidad del comodato, pues lógicamente el comodatario (y así también el precarista) es el que debe hacerse cargo de los gastos ordinarios y de conservación que son inherentes al uso y disfrute del bien ⁴⁴.

La postura del TS comienza a estar más definida (que no clara) y en la STS 30 octubre 1986⁴⁵, continua manteniendo que precario no es aquello que el Digesto recogía, sino que se trata de una situación de hecho “en que la tenencia del demandado no se apoya en ningún título y presenta caracteres de abusiva”. No hay explicación alguna en la referida sentencia que haga comprender por qué se considera que la posesión precaria es abusiva, si acaso puede deducirse que el abuso se encuentra en lo que para el Tribunal es una posesión sin derecho puesto que, para este, el hecho de no tener un título documentado equivale a no tener derecho a la posesión.

La STS 31 diciembre 1992⁴⁶, determina que el precario puede concebirse como precario de origen contractual, modalidad del comodato (un precario más cercano a lo que concebía el Derecho romano), o como un precario que el Supremo denomina “stricto sensu”, siendo este último el que viene concibiendo la jurisprudencia y que abarca los supuestos en que una persona posee sin derecho.

Señala que la concesión y la tolerancia a efectos de determinar si existe posesión precaria vienen a ser lo mismo, lo que parece acertado. Sin embargo, continua con la postura (que hoy día se mantiene) de que bajo el concepto de precario se pueden subsumir situaciones de hecho, como la ocupación material de una vivienda⁴⁷.

Otras sentencias más recientes no aportan una visión más amplia o distinta, ya que se limitan a recoger lo que la jurisprudencia durante el siglo XX había ido sentando poco a poco y de forma poco precisa en distintas sentencias. Por

44 Art. 1743 CC: “el comodatario está obligado a satisfacer los gastos ordinarios que sean de necesidad para el uso y conservación de la cosa prestada”.

45 STS 30 octubre 1986 (ECLI:ES:TS:1986:7653).

46 STS 31 diciembre 1992 (ECLI:ES:TS:1992:18819).

47 “Ocurre, en efecto, que la dicha tolerancia se mueve jurídicamente en esa zona fronteriza hábil e indeterminada tanto doctrinal como jurisprudencialmente, entre comodato sin uso definido y sin pacto sobre el tiempo de duración y precario en su formulación estricta. En efecto distingue la doctrina -y de tal distinción se ha hecho eco la jurisprudencia- el contrato de precario, que aunque diferenciado en el Derecho romano del comodato, a causa, entre otras razones, de la indefinición del uso concedido o tolerado, en los Códigos modernos se equipara al comodato si en éste no se pactó la duración del contrato ni el uso a que ha de destinarse la cosa pactada (art. 1.749 del Código Civil), en cuyo caso el comodante puede reclamar la cosa a voluntad, incumbiendo en caso de duda la prueba al comodatario, del precario strictu sensu que extiende los casos de precario, fuera del ámbito contractual, a todos aquellos supuestos en que una persona posee alguna cosa sin derecho para ello. La concepción amplia del precario comprende, por ello, los supuestos de posesión concedida o tolerada o simplemente las situaciones posesorias de puro hecho”.

ejemplo, la STS 29 de febrero 2000⁴⁸, recoge de nuevo los caracteres del precario como figura que abarca supuestos donde el demandado no tiene título e incluso vuelve a reproducir la idea de la posesión precaria como una posesión abusiva. La STS 26 de diciembre de 2005⁴⁹, distingue de forma poco clara entre comodato y precario, determinando que solamente se está ante un verdadero precario cuando no hay ninguna relación contractual de la que nazca la situación posesoria; por el contrario, si existe algún contrato, lo lógico será aplicar los efectos previstos para ese tipo de contrato⁵⁰. En definitiva, se ha dicho de muchas maneras por parte de la jurisprudencia, pero la idea que subyace, en cualquier caso, es que para los tribunales el precarista no tiene ningún título en que basarse.

Siguiendo con la idea anterior, la STS 14 febrero 2014⁵¹, apunta que comodato y precario no son la misma figura contractual referida a distinto objeto, sugiriendo que el precario existe solamente como situación de hecho -sin título-, cuando no se puede demostrar que existe un contrato de comodato, tácito o expreso, entre las partes, trazando una clara línea entre lo que se considera comodato y lo que se considera precario, siendo el último una figura residual.

Las sentencias más recientes, se limitan a reproducir el mismo concepto de precario, una tras otra. Por ejemplo, la STS 28 febrero 2017⁵² dice: “una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho”

No introduce ninguna idea novedosa que no hubiera sentado ya el TS sobre la cuestión, y esta misma definición es la que recoge de forma literal, entre otras, la

48 STS 29 febrero 2000 (ECLI:ES:TS:2000:1612).

49 STS 26 diciembre 2005 (ECLI:ES:TS:2005:7530).

50 “Cuando nos encontramos ante una posesión concedida a título gratuito y revocable puede suceder una de estas dos posibilidades:

1ª Que exista una auténtica relación contractual que justifica la posesión; deben aplicarse los efectos que el Código civil atribuye al comodato, de manera que deberá aplicarse el artículo 1750 del Código civil, sin olvidar las limitaciones que establece el artículo 1749 del Código civil cuando se pactó un uso concreto y determinado, en este caso, la utilización por la familia del hijo del concedente. Pero hay que tener en cuenta que la relación contractual debe constar de forma clara, aunque puede deducirse también de los actos tácitos de las partes. Pero si cuando cesa este uso, el concedente no reclama la devolución del inmueble dado en comodato, la situación del usuario es la de un precarista.

2ª Que se trate de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario. En este caso nos hallamos ante un simple precario, que la sentencia de 30 de octubre de 1986 define como el “[...] disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella”, por lo que la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño. Por lo tanto, cuando exista un contrato, que debe probarse por cualquiera de los medios aceptados en derecho, se aplicarán los efectos de este contrato; a falta de prueba del mismo, nos hallaremos ante un precario.

51 STS 14 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:626).

52 STS 28 de febrero 2017 (ECLI:ES:TS:2017:706).

STS 7 julio 2021⁵³. Esta sentencia añade antes de copiar la definición de precario como situación de hecho, de forma contradictoria, que la mayoría de la doctrina⁵⁴ ubica el precario en el ya mencionado art. 1750 CC, por lo que, aunque ya se sabe cuál es la opinión de este Tribunal, no deja claro sobre el papel cuál es exactamente la naturaleza jurídica de esta institución. Incluso llega a decir que el precario existe cuando “sobreviene un cambio de la causa por cesar la vigencia del contrato antes existente”, señalando expresamente el error en que incurre el recurrente cuando alega que precaria solo es la posesión que surge en situaciones de mera tolerancia.

Por último, y por citar algunas de las últimas sentencias, las SSTs 3081/2025 de 1 de julio de 2025, 1327/2025 de 27 de marzo de 2025 o 5986/2024 de 28 de noviembre de 2024,⁵⁵ se limitan a recoger exactamente el mismo concepto jurisprudencial que ya se ha citado sobre esta institución, sin aportar ninguna nueva visión sobre la misma.

B) Toma de posición.

Sorprende que el Tribunal Supremo haya mantenido durante más de un siglo la misma posición sobre el precario y que haya una rigidez tan marcada en cuanto a la línea jurisprudencial que ha adoptado. La realidad es que, si se analizan con el suficiente detenimiento sentencias aleatorias de este Tribunal, se puede apreciar fácilmente que esa postura mantenida está cargada de fuertes contradicciones. En efecto, el Alto Tribunal ha sentado con empeño una posición que no parece tener una base firme, pues en ninguna sentencia se realiza una reflexión o argumentación, siquiera sucinta, de por qué se llega a las conclusiones a las que se llega y, de hecho, incluso parece que se confunden conceptos; no explica el Supremo por qué considera acertada cada una de las características que le ha atribuido al precario, institución a la que acaba vaciando de contenido, dirigiendo el proceso de desahucio por precario a dar solución a situaciones que nada tienen que ver con la posesión precaria, como hace con la ocupación o con los casos de arrendatarios que dejan de pagar la renta debida o que permanecen en la vivienda una vez ha vencido el plazo para ello.

El precario se define como un contrato basado en la concesión *graciosa* que realiza una persona (concedente) en favor de otra (precarista) del uso sobre un determinado bien inmueble, de forma temporal y sin que exista ninguna

⁵³ STS 7 julio 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2711).

⁵⁴ Cuando dice “doctrina” se entiende no la jurisprudencial, sino la doctrina científica, de la que habla como si fuera totalmente ajena o no contribuyera a formar las decisiones de los tribunales, deduciéndose el desacuerdo con la opinión de esta.

⁵⁵ STS 28 noviembre 2024 (ECLI:ES:TS:2024:5986); STS 1 julio 2025 (ECLI:ES:TS:2025:3081); STS 27 marzo 2025 (ECLI:ES:TS:2025:1327).

contraprestación por parte de esta última, siendo ese uso revocable en cualquier momento a voluntad del concedente.⁵⁶ Este concepto dado, que es el que se defiende en este trabajo, no es pacífico en la doctrina científica y tampoco es el que usa normalmente la jurisprudencia, como ya se ha estudiado.

La primera polémica gira en torno a su consideración como contrato o no. La mayoría de la doctrina considera que se trata de una situación de hecho, y la jurisprudencia lo define del mismo modo usando frecuentemente la expresión “situación posesoria”. Sin embargo, también la mayoría de la doctrina justifica su existencia a partir del art. 1750 CC, referido al contrato de comodato, e igualmente la jurisprudencia en ocasiones ha recogido esas opiniones en sus sentencias. Esto resulta incongruente, pues no se puede decir que el precario es una mera situación de hecho y, a la vez, justificar su existencia con base en un artículo de aplicación a un contrato, de lo que se deduce que, implícitamente, se está reconociendo como un contrato o modalidad de un contrato ya preexistente.

El precario es, efectivamente, un contrato. Un contrato se define como un acuerdo de voluntades del que nacen determinadas obligaciones o, en general, determinados efectos jurídicos⁵⁷. Desde luego, aquí existen dos voluntades claramente distinguidas: la voluntad de quien concede de forma graciosa y la voluntad de quien acepta esa concesión, porque sin esta aceptación no habría precario alguno. Aunque no es necesario decir que es una especie de comodato para justificar su existencia como contrato (podría ser sencillamente un contrato atípico) las notas fundamentales del precario se dan, de manera fundamental también, en el comodato, por lo que parece aceptable su consideración como modalidad de este último contrato, si bien referido a distinto objeto.

El comodato es definido como un contrato por el que, entregada una cosa no fungible, podrá esta ser usada hasta su devolución. Es un contrato esencialmente gratuito y esencialmente temporal, pactándose normalmente un plazo para su uso⁵⁸, en el que esa “entrega” hace referencia a una “concesión”. El precario es exactamente lo mismo, con dos especificaciones: viene referido a bienes inmuebles y es posible (y, de hecho, lo normal) que, siendo igualmente temporal, no se pacte ese cierto tiempo. También es cierto que, aunque se quiera ver alguna

56 Aunque técnicamente ese uso es un *uso acordado*, es decir, el uso pactado por ambas partes, lo normal es que el inmueble sea una vivienda y se utilice como tal, constituyendo de forma temporal la vivienda habitual del precarista.

57 Es irrelevante, a los efectos del precario, que se entienda como un contrato en el sentido de acto jurídico (no se han buscado las consecuencias jurídicas que dicho acuerdo lleva aparejadas) o como negocio jurídico en sentido estricto (se busca de forma activa con ese acuerdo de voluntades que se produzcan determinadas consecuencias jurídicas), porque lo que importa es que, efectivamente, se van a producir una serie de consecuencias con efectos en el tráfico jurídico.

58 A ese plazo determinado se refiere el Código como un “cierto tiempo” de uso, ex art. 1740 CC: “Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato (...)”.

base legal para el precario en el art. 1750 CC, no es necesaria esta, ya que su licitud no depende de que venga contemplado en la ley expresamente, sino de la propia autonomía de la voluntad, que es de donde nace realmente cualquier contrato; e, igualmente, aunque no pudiera determinarse su existencia por el mencionado artículo, tampoco deja de ser ni de comportarse prácticamente como un comodato⁵⁹.

Al aceptar la idea de que precario y comodato son, en esencia, el mismo contrato aunque referidos a distinto objeto, al precarista le pueden ser de aplicación los mismos preceptos que al comodatario, porque en la práctica, además, se comportan de la misma forma. Sí ha reconocido el Tribunal Supremo⁶⁰ que el precarista, toda vez que habita el inmueble, ha de hacerse cargo de los gastos ordinarios que genera la tenencia de una vivienda (v.g., factura de luz o agua), siendo los gastos extraordinarios de parte del condeciente⁶¹. Huelga decir que es obligación del precarista cuidar y conservar la vivienda con la diligencia de una persona razonable; mientras que el concedente debe respetar al precarista en su tenencia y uso de la vivienda.

Una vez dicho lo anterior, es incomprensible la dicotomía que se impone al hablar del precario, cuando un sector doctrinal mantiene que es un contrato y otro sector doctrinal, incluida la postura del Supremo, mantiene que se trata de una situación fáctica, como si fueran dos cosas absolutamente distintas y excluyentes. El precario tiene su origen en un contrato, y nada obsta a que, efectivamente, de ese contrato nazca una situación posesoria (la posesión precaria en sí misma). Curiosamente, esta contraposición no se plantea con el arrendatario que, al igual que el precarista, tiene la posesión de un inmueble -situación posesoria- como consecuencia del contrato de arrendamiento -origen de la posesión arrendaticia-. Aunque tampoco es comprensible que se hable de “situaciones posesorias” cuando en realidad se quiere hablar de “situaciones de hecho”, pues las situaciones posesorias pueden serlo porque el poseedor tenga derecho a estar en esa tenencia, pero también cuando no lo tiene (que es a lo que se refiere la doctrina y la jurisprudencia cuando hablan de situación de hecho).

El problema de afirmar que es una situación de hecho sin más, es que precisamente quienes defienden esta idea lo hacen porque consideran que el

59 La nota de gratuidad presente en comodato y precario permite distinguir ambos contratos del arrendamiento. Esto tiene suma importancia en el tratamiento del precario, ya que, desde el principio, se aprecia claramente que el precarista nunca ha sido un arrendatario, siquiera, como se explica más adelante, cuando ha dejado de pagar o ha transcurrido el plazo pactado para el arrendamiento.

60 Por ejemplo, en la STS 30 de noviembre de 1964, mencionada anteriormente.

61 Art. 1743 CC: “El comodatario está obligado a satisfacer los gastos ordinarios que sean de necesidad para el uso y conservación de la cosa prestada”. Y, por contraposición, art. 1751 CC: “El comodante debe abonar los gastos extraordinarios causados durante el contrato para la conservación de la cosa prestada, siempre que el comodatario lo ponga en su conocimiento antes de hacerlos, salvo cuando fueren tan urgentes que no pueda esperarse el resultado del aviso sin peligro”.

precarista es un poseedor sin *ius possidendi*; y, a la vez, puesto que consideran que no tiene derecho a poseer reducen la cuestión a una mera situación fáctica⁶². Todo ello es erróneo.

Constantemente la jurisprudencia reduce al precarista a la categoría de poseedor sin derecho, por lo que, para esta, queda justificado que a los ocupantes (u *okupas*) se les dé el mismo tratamiento procesal que a los precaristas, rebajando la posición de estos a la de simples ocupantes sin derecho a permanecer en la vivienda, cuando ni técnicamente ni prácticamente esto es así⁶³. No da en ningún momento la jurisprudencia un argumento lo suficientemente razonable que permita entender por qué considera que la posesión precaria es una posesión sin sustento en ningún derecho; si acaso, liga esta “posesión sin derecho” al hecho de que, a su juicio, tampoco existe título que ampare la referida posesión, y sin título no hay derecho.

Tampoco explica por qué no existe ese título que habilita al precarista a poseer, simplemente se limita a afirmar que no lo tiene, o que lo tuvo en algún momento pero que ha decaído (en realidad esto último lo mantiene por esa equiparación que hace entre arrendatario y precarista). Esta afirmación obliga a repetir la idea que ya se ha sentado anteriormente en este trabajo, y es que se confunde el título en sí mismo con la existencia de un título documentado. El título habilitante para el ejercicio de un derecho también puede ser una declaración de voluntad contractual ¿y qué es un contrato sino un acuerdo entre dos partes que produce efectos jurídicos? El título existe, aunque no esté documentado, y el derecho del precarista se basa en la propia concesión que hace el concedente, que nace de su misma voluntad. El hecho de que el título no quede documentado, desde luego, dará lugar a problemas probatorios, pero desde el punto de vista civil, en puridad, el derecho existe.

De esta manera, el Tribunal Supremo ha creado una línea jurisprudencial plagada de errores conceptuales que llevan constantemente a confusión, y que determinan que, al final, se trate de una cuestión de retroalimentación de ideas que, en puridad, no son acertadas. Como se considera que el precarista no tiene derecho a poseer porque no tiene título, se equiparan las situaciones donde no hay ni ha habido nunca *ius possidendi*; y aquellos sujetos que poseen sin título y por tanto sin derecho, se consideran directamente precaristas. Incluso, con bastante frecuencia, se considera precarista al arrendatario que ha dejado de pagar la renta, ya en el momento en que el propietario le requiere para que abandone

62 Tampoco es que por el hecho de ser una “mera” situación de hecho la cuestión sea menos compleja, o que sea más fácil desahuciar al poseedor de facto.

63 Además, en este punto podría esgrimirse que, si el precarista y el ocupante de una vivienda fueran la misma cosa, al precarista se le podría desahuciar a través del proceso previsto en la Ley 5/2018, proceso que no puede plantearse, por motivos lógicos, ante un precarista.

la vivienda. Ni siquiera en estos casos el arrendatario se encuentra en la misma situación que un precarista, pues no existe ni ha existido en ningún momento tolerancia alguna por parte del propietario en la permanencia de arrendatario en la vivienda desde el momento en que vence su contrato o deja de pagar, y esa “concesión” o “tolerancia” es fundamental para que a un sujeto se le pueda considerar precarista.

El arrendatario que ha dejado de pagar ya no tiene *ius possidendi* y no tiene derecho a permanecer en la vivienda. Pero cuando se equipara al arrendatario que ya no satisface su renta con el precarista, que no tiene que satisfacer desde el origen ninguna renta, en el fondo, la idea que subyace es que el precarista es siempre una persona sin derecho a poseer o, como comúnmente se dice, un “poseedor ilegítimo”. Y ese es precisamente el problema, que los tribunales consideran que el precarista es un “poseedor ilegítimo”, equiparando al poseedor precario con el poseedor que no tiene derecho a poseer, y confundiendo de nuevo términos, pues como se ha apuntado antes, todos los poseedores están protegidos y por ello, son todos legítimos, lo que importa es que sean poseedores materiales. El precarista no es menos poseedor que cualquier otro, y aun más, posee con *ius possidendi*, pues existe un acuerdo entre este y su concedente que da derecho a esa posesión.

A colación de esto último, otra cuestión que se plantea cuando se habla del precario es la equiparación de la “concesión” y la “tolerancia” como si fuesen cosas distintas. Se puede llegar a equiparar la concesión con la tolerancia en tanto en cuanto no hay obligación legal de recoger formalmente la constitución de esta situación de precario y no hay que respetar ninguna formalidad, por lo que, si se quiere hacer algún tipo de distinción, la concesión haría referencia a la entrega de forma expresa y la tolerancia a la entrega o permiso de permanecer en la vivienda de forma tácita, como una situación que se mantiene en el tiempo con el consentimiento del propietario. Sin embargo, que sean equiparables ambos conceptos cuando se habla de precario, en ningún caso puede justificar la extensión de esta institución hacia otras situaciones que nada tienen que ver.

La jurisprudencia mantiene ese concepto amplio de precario y buena parte de la doctrina lo asume. De esta forma, el precario queda desvirtuado absolutamente, porque si el precarista también puede ser una persona sin título o con un título totalmente ineficaz, entonces no hay precario. Existen bastantes estudios que hablan del precario o, más bien, que lo mencionan y lo tratan de forma casi accidental, pues la mayoría de esos estudios lo son desde el punto de vista del proceso de desahucio por precario, donde se discuten cuestiones que, en realidad, no se hacen desde un punto de vista puramente civil. Cuando se habla del precario en el contexto de un estudio procesal, no se entra a reflexionar en profundidad

sobre su naturaleza, y los autores terminan utilizando el concepto comúnmente aceptado, que no necesariamente adecuado.

No es necesario citar todos y cada uno de los estudios en que se asume un concepto erróneo del precario, tampoco de aquellos que reconocen que el concepto actual es una creación jurisprudencial que se aleja del concepto original, pero que a la vez deciden simplemente integrarlo en sus estudios. Al contrario, lo meritorio sería citar estudios en que se cuestione el mencionado concepto, pues estos no abundan. La consecuencia de usar un concepto difuso y equivocado del precario, es que también condiciona la forma en que se concibe y, por tanto, se usa, el proceso de desahucio por precario.

3. Algunas consideraciones sobre el proceso de desahucio por precario.

El proceso de desahucio por precario viene regulado en el artículo 250.1.2.º LEC, en el que se decide que se ventilarán por el cauce del juicio verbal las demandas que “pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca”. Si bien es cierto que el cauce para su desarrollo es el juicio verbal, al estar excluido de los casos especiales que determinan la ausencia de cosa juzgada -art. 447 LEC-, se concibe como un proceso plenario.

Acierta el legislador de la nueva LEC al concebir este proceso como plenario, pues es indudable que, aunque se parta de lo anteriormente establecido y se considere al precario en su concepto original, no deja de ser una situación compleja, que sería imposible ventilar a través de un proceso sumario en el que se limiten las alegaciones o las pruebas, teniendo en cuenta que la mayoría de las veces el precarista va a ser una persona cuyo título, si bien legítimo, no se encuentra documentado⁶⁴.

Dicho lo anterior, cabe destacar que la LEC no parece asumir el concepto de precario dado por la jurisprudencia cuando al regular este proceso utiliza una expresión reveladora de lo que el legislador parece considerar como precario: *cedida en precario*. Esto resulta relevante por cuanto el uso del verbo “ceder” excluye toda posibilidad de que el proceso fuera concebido para ser usado en situaciones satélite al precario, pero que no son precario por no haberse dado esa posesión desde la cesión⁶⁵; estamos hablando de los supuestos en que un sujeto

64 El legislador quiso tomar posición sobre el desahucio por precario en la Exposición de Motivos de la actual LEC sentando un argumento que, a juicio de este trabajo, se considera acertado: “la experiencia de ineficacia, inseguridad jurídica y vicisitudes procesales excesivas aconseja, en cambio, no configurar como sumarios los procesos en que se aduzca, como fundamento de la pretensión de desahucio, una situación de precariedad: parece muy preferible que el proceso se desenvuelva con apertura a plenas alegaciones y prueba y finalice con plena efectividad”.

65 Entiéndase, que la cesión hace referencia a un acto voluntario y gratuito que da lugar a la posesión.

accede materialmente al interior de una vivienda (la ocupa), y de los supuestos en que el inquilino deja de pagar su renta o cuyo título decae por expirar el plazo.

De hecho, la situación no deja de ser curiosa por cuanto la formulación legal del proceso de desahucio por precario excluye su aplicación al desahucio de ocupantes ilegales y otros; y, en el mismo sentido, la formulación legal del proceso para desahuciar *okupas* de la Ley 5/2018, excluye del todo y de forma explícita su aplicación al desahucio de precaristas. Y esto, de forma prácticamente involuntaria, pues cada norma fue elaborada por un legislador distinto en el tiempo. Al contrario, es una exclusión que ha surgido de forma natural, aunque necesaria, porque la realidad demuestra claras diferencias entre *okupas* y precaristas, y acaba imponiéndose como algo obligado un tratamiento procesal distinto para cada uno de estos sujetos.

Sin embargo, también es merecedor de atención el hecho de que la redacción de la antigua LEC de 1881 sobre el proceso de desahucio por precario haya podido contribuir a la confusión jurisprudencial y doctrinal sobre el concepto de precario, pues en la mencionada norma el juicio de desahucio por precario se configuraba, en el artículo 1565.3º de la siguiente forma:

“Procederá el desahucio y podrá dirigirse la demanda:

3.º Contra cualquier otra persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced, siempre que fuere requerida con un mes de anticipación, para que la desocupe”.

Así, la redacción de este precepto, unida a la falta de conciencia sobre lo que es verdaderamente el precario, invitan a pensar que precarista es todo aquel que no pague renta, y a la inversa, que todo aquel que no pague renta es precarista. De esta forma lo han venido interpretando los tribunales tradicionalmente y así era la interpretación que se hacía de este precepto, ampliando el ámbito de aplicación de este proceso a supuestos fuera de la posesión precaria. Una confusión que a día de hoy se mantiene, por más que la nueva LEC parezca dejar claro, a partir de su redacción, cuál es el ámbito de aplicación correcto de este proceso.

A pesar de que el legislador ya toma posición sobre la consideración que tiene de lo que es, efectivamente, el precario, de la lectura de los distintos estudios se aprecia que ese concepto erróneo que la doctrina ha asumido empaña del todo la finalidad de este proceso, que se usa de forma equivocada. Así, por ejemplo, se considera que el proceso de desahucio es idóneo para desalojar al poseedor *ilegítimo*, que no tiene título o cuyo título es ineficaz por el motivo que sea, cuando ya se ha argumentado que el precarista es poseedor no solo legítimo, como cualquier poseedor, sino dotado de *ius possidendi*. No existe en

nuestro ordenamiento una multiplicidad de procesos para una misma situación, al menos nunca ha sido la intención del legislador⁶⁶; sin embargo, la práctica jurídica demuestra que estos procesos, y muy especialmente, el proceso de desahucio por precario, se utilizan indistintamente por una cuestión de “estrategia” procesal. Aunque, en realidad, no existe ninguna estrategia en utilizar un proceso plenario, que acabará dilatándose más en el tiempo, para situaciones que bien se pueden resolver por los cauces de procesos sumarios. En el fondo, si fuera cuestión de estrategia, con fines dilatorios también se podría alegar una excepción procesal de inadecuación de procedimiento⁶⁷ por quien es demandado en este proceso, al no existir tal precario. No se ha estimado hasta ahora ninguna excepción procesal en este sentido puesto que el concepto de precario ha quedado absolutamente desnaturalizado, y no se estimaría ya que los tribunales vienen aceptando que este proceso se dirija equivocadamente contra todos los sujetos que poseen sin título⁶⁸.

El fundamento que permite, técnicamente, alegar esta excepción, se encuentra en el hecho de que, en ningún caso, este proceso constituye el cauce legalmente previsto para el desahucio de cualquier otro sujeto que no sea, efectivamente, precarista. En coherencia con la ley, los tribunales no tienen ninguna base sólida para rechazar esta excepción, salvo su propio criterio.

De hecho, es relativamente sencillo concluir que no constituye cauce específico, pues en este punto hay que volver a recordar los términos utilizados por la actual LEC cuando mantiene que el proceso del art. 250.1.2.º es el procedimiento legalmente previsto para la recuperación de la finca *cedida en precario*. Más allá de la literalidad de las palabras usadas por el legislador, que ya dejan claro el ámbito de aplicación del proceso, si acudimos a las normas de interpretación del Código Civil⁶⁹ podremos deducir que, atendiendo al contexto social e histórico-legislativo, no existe base firme alguna sobre la que argumentar que pueda aplicarse a situaciones fuera de la posesión precaria, pues nuestro ordenamiento ya contempla diversos procesos específicos para cada situación posesoria y así lo ha hecho tradicionalmente, llegando incluso a admitir en la exposición de motivos de la Ley 5/2018 que los cauces previstos para la recuperación de la posesión no resultaban suficientes para satisfacer el desahucio de los ocupantes ilegales y, por

66 De hecho, como ya se ha visto anteriormente, el legislador reconoce en la Exposición de Motivos de la Ley 5/2018, que el proceso de desahucio por precario dista de ser el idóneo para el desahucio de los ocupantes desconocidos, es decir, del desahucio de los *okupas*.

67 Artículos 416 y 423 LEC.

68 Sí se ha apreciado esta inadecuación de procedimiento en los supuestos en que el desahucio por precario se ha dirigido contra el ejecutado hipotecario, para proceder a su lanzamiento. Supuestos en los que el Tribunal Supremo, con buen criterio, ha mantenido que el adjudicatario de una vivienda hipotecada no puede hacer uso de este procedimiento para desahuciar al deudor ejecutado (*vid.* por ejemplo, STS 7 septiembre 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3610)).

69 Según las cuales: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas” (artículo 3).

tanto, acabar con la llamada *ocupación*, cada vez más acusada y que a día de hoy constituye uno de los tantos problemas existentes con la vivienda y el acceso a la misma.

En realidad, no hay estrategia ninguna detrás que fundamente el uso de este proceso, simplemente desconocimiento sobre el precario; si acaso, el único motivo de peso para que un letrado decida proceder conforme al 250.1.2.º es evitar el plazo de un año para el ejercicio de la acción que sí se impone en los juicios sumarios.

La consecuencia de este desorden de ideas determina que el proceso de desahucio por precario sea, incomprensiblemente, uno de los favoritos a la hora de accionar judicialmente para proceder al lanzamiento de prácticamente cualquier persona, incluso cuando se ha demostrado que este proceso no es el idóneo para la mayoría de supuestos que intentan solventarse con él, quedando vacío de contenido. Finalmente, la problemática de la ocupación ilegal se intenta encauzar judicialmente por la vía del artículo 250.1.2º, y no por el 250.1.4º, inutilizando un procedimiento del que es imposible saber con certeza cuál hubiese sido la tasa de éxito real, pues los datos de que se disponen no reflejan realmente la utilidad o no del mismo, en tanto que se ha venido haciendo uso del proceso para el desahucio por precario, que no solo es inespecífico sino que además es, esencialmente, incompatible con la ocupación ilegal.

Exponer con anterioridad a esta parte la doctrina jurisprudencial permite ahora comprender fácilmente por qué el proceso para el desahucio por precario se utiliza mal. Mientras la jurisprudencia siga considerando que la posesión precaria es ilegítima o que no está fundada el título alguno, en coherencia con su línea argumental abrirá la puerta del desahucio por precario a otros supuestos de hecho, ya comentados⁷⁰.

Lo más destacable del proceso de desahucio por precario, como ya se ha mencionado, es su carácter de plenario. Este hecho encierra una cuestión más profunda que puede pasar desapercibida, y es que en todo momento lo que se está juzgando es el derecho del demandado a permanecer en su posesión precaria. Naturalmente, los procesos de desahucio por precario son procesos con dificultades probatorias, pero siempre que lo que se juzga es el derecho que tiene una de las partes, solo por mera seguridad jurídica, el proceso ha de desarrollarse con toda posibilidad de alegación y prueba.

70 El único requisito acertado y plenamente aceptado es en cuanto a la legitimación activa: sí parece adecuado que sean personas con derecho a poseer -dueños, usufructuarios y otros- las que puedan solicitar la recuperación del inmueble cedido en precario, pues son las únicas que, efectivamente, pueden ceder en precario, pues un sujeto no puede ceder lo que no tiene, por lo que si alguien no tiene *ius possidendi* tampoco puede cederlo.

Como curiosidad, y para destacar el embrollo que rodea a esta institución, un buen ejemplo de supuesto en que se confunde la naturaleza jurídica del precario lo encontramos en las atribuciones de uso de viviendas familiares. El único precario es el precario que algunos llaman “contractual” y que nace de una efectiva cesión del inmueble, cesión que se da en los supuestos en que un progenitor cede una vivienda de su propiedad a un hijo para que la disfrute gratuitamente como vivienda familiar junto con su cónyuge, pareja y/o descendencia. Asimismo, tampoco es necesario que se concrete cuál será exactamente el uso que se le va a dar al inmueble cedido en estos casos, ya que se presupone.

El problema en este sentido es determinar qué sucede en los casos de separación o divorcio, en los que esta vivienda ya se ha constituido como vivienda familiar y con ello, le es de aplicación la regulación pertinente en materia de Derecho de familia. Es frecuente que en convenio regulador las partes pacten la atribución del uso de la vivienda familiar. En otras ocasiones, será el juez el que, mediante sentencia, determine a quién se atribuye el uso (y solo el uso) de dicha vivienda. En estos casos, el problema estriba en cómo desahuciar (si es que se puede) al excónyuge no descendiente a quien se le ha atribuido el uso de esa vivienda.

Normalmente, al ser tratado este asunto, una de las cuestiones más polémicas y en las que se suelen centrar estos estudios es en el hecho de si esa atribución es, en esencia, un comodato o un precario. Cuestión esta que, siguiendo la línea de este trabajo y en consonancia con lo anteriormente explicado, está bastante clara: se trata de un precario. De hecho, es el paradigma de la posesión precaria, pues en la actualidad es frecuente encontrar estos supuestos en los que al hijo se le permite vivir en una vivienda propiedad de los progenitores de manera temporal pero indefinida, pues no se pone plazo a esa estancia, y tampoco se concreta el uso que se le va a dar porque se desprende del propio contexto de la cesión.

Aun así, como ya se ha dicho, el precario no es sino una modalidad específica del comodato o, dicho de otra manera, un comodato referido al uso temporal de bienes inmuebles como vivienda. El precario es un comodato, si bien tan especial, que adquiere vida como una institución por sí misma, a la que se le aplica la normativa general del comodato, pero que goza de un campo propio e incluso mucho más complejo que el comodato original.

4. Sentencias de las Audiencias Provinciales sobre el uso del desahucio por precario.

Con la finalidad de destacar la premisa de la que se parte en este trabajo, se han seleccionado algunas sentencias (a partir de la entrada en vigor de la Ley 5/2018) en las que se recogen los argumentos básicos que utilizan los tribunales

para justificar el mal uso dado al proceso de desahucio por precario, y que demuestran su prevalencia frente al proceso para el desalojo inmediato de los ocupantes ilegales.

En concreto, existe una sentencia bastante curiosa, la SAP Tarragona 7 marzo 2024⁷¹, que argumenta que el procedimiento de desahucio por precario es adecuado porque la Ley 5/2018 “no modifica ni una sola coma del art. 250.I.2 de la LEC”. A lo que habría que añadir que, efectivamente, no lo hace, porque su finalidad no es la de modificar ningún procedimiento ya existente, sino la de crear un proceso específico para los casos de ocupación, intentando responder -aunque de forma fallida- al fenómeno de la okupación. Continúa en su argumentación diciendo manteniendo lo siguiente: “esto lo hace un legislador que, aunque en la exposición de motivos de la nueva ley afirma que este procedimiento (el de desahucio por precario) no es el adecuado para tratar los casos de ocupación ilegal de inmuebles (...), el legislador no ha promulgado ninguna reforma legal que nos impida mantener una concepción amplia del alcance objetivo del procedimiento”.

Dicho posicionamiento viene a colación de la consideración que hace esta Audiencia de que las exposiciones de motivos no tienen valor normativo, solo interpretativo. Ciertamente, las exposiciones de motivos no tienen valor normativo, pero sí son fundamentales para conocer la intención del legislador, entender el contexto de la norma e interpretar correctamente la misma; no obliga, pero sí deja claro que existe un procedimiento -el de desahucio por precario- que falla a la hora de responder ante la lacra que supone la ocupación ilegal de inmuebles. La contravención de la norma ocurre en el momento en que se elige un procedimiento para hacer frente a una situación que queda excluida de los supuestos de hecho cubiertos por dicho proceso⁷².

En cualquier caso, este último argumento dado por la Audiencia sobre la imperatividad o no de una exposición de motivos resulta falaz, porque lo que hace es desviar el fondo de la cuestión: la argumentación dada por los tribunales debería girar en torno al por qué resulta adecuado, en su opinión, el uso del desahucio por precario. Más allá, deberían primero fundamentar por qué amplían sobremedida el ámbito objetivo de la institución del precario.

Siguiendo una lógica argumentativa, no sirve lo expuesto en esta sentencia como contraargumento coherente a la excepción de inadecuación de procedimiento planteada por la parte, pues del tenor literal del art. 250.I. 2º y 250.I. 4º, párr. segundo de la LEC, no se puede deducir otra cosa que no sea que,

71 SAP de Tarragona 7 marzo 2024 (ECLI:ES:APT:2024:347).

72 Pretende esta sentencia, incluso, dejar claro que no son importantes los términos usados por el legislador y que la expresión “cedida” no tiene la importancia necesaria para desvirtuar la concepción amplia del precario impuesta por la reiterada jurisprudencia del TS.

efectivamente, el legislador es plenamente consciente de los términos utilizados y del uso que pretende dar a ambos procesos, no siendo ni siquiera necesario leer la exposición de motivos de la Ley 5/2018 para comprender este hecho (aunque tiene un innegable valor interpretativo).

La cuestión, en fin, no es que se pretenda poner fin al procedimiento de desahucio por precario por parte del legislador, sino poner de manifiesto el error en que incurren los tribunales al confundir la ocupación ilegal con los supuestos de posesión precaria.

Otra sentencia, la SAP Barcelona 18 de diciembre de 2019⁷³, conoce de un supuesto de hecho en el que se trata de desahuciar a los “ignorados ocupantes” (supuesto de ocupación ilegal paradigmático). El letrado del demandado alegó que “el dueño no ha cedido en precario ni de ninguna otra forma ha autorizado (...)”. Básicamente, alega inadecuación de procedimiento basándose en la concepción tradicional del precario, la única concepción acertada según lo expuesto en este trabajo, para conseguir la desestimación de la demanda, manteniendo que el cauce adecuado para el desahucio de los ignorados ocupantes es el previsto por el art. 250.I.4º LEC.

Sin embargo, la Audiencia argumenta que “no existe ninguna inadecuación de procedimiento en las presentes actuaciones atendiendo que la normativa procesal aplicable al caso, es la adecuada para la tramitación de la acción de desahucio, según la concepción amplia del precario que sostiene reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo”.

Con independencia de la tesis sostenida en este trabajo, no se puede sostener al mismo tiempo que el procedimiento es adecuado porque así lo dice la normativa procesal vigente y porque así también lo dice el Tribunal Supremo. Primero, porque no es tal cosa lo que se mantiene en la legislación procesal aplicable al caso (como ya se ha expuesto, los supuestos de hecho de ambos procedimientos son excluyentes entre sí); en segundo lugar, porque la interpretación del Tribunal Supremo, que aprueba el uso inadecuado de estos procedimientos, de alguna forma está contraviniendo el tenor literal del legislador, que resulta bastante claro en sus palabras empleadas, tanto en la Ley 5/2018 como en la propia LEC. Asumir que el procedimiento es inadecuado por la reiterada y consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el precario, implica en última instancia, reconocer que el Supremo se ha convertido en un legislador de hecho en esta cuestión.

Existen algunas sentencias -pocas- en las que se reconoce que, ante ocupaciones ilegales, el proceso de desahucio por precario es inadecuado, como la SAP Málaga

73 SAP de Barcelona 18 diciembre 2019 (ECLI: ES:APB:2019:15582).

2 diciembre 2021⁷⁴, en la que se mantiene como argumento principal que la nueva Ley 5/2018 había llegado para cambiar el panorama en relación con los desahucios de ocupaciones ilegales, basándose en la exposición de motivos de dicha Ley y afirmando que, en efecto, una ocupación ilegal no puede ser considerada posesión precaria, al no existir tolerancia ni vínculo previo entre las partes. Sin embargo, no ha sido esta la regla general, pues el Tribunal Supremo ha dejado muy clara la idoneidad del proceso de desahucio por precario ante las ocupaciones ilegales y así, las Audiencias Provinciales actúan en consecuencia con la línea sentada por aquel.

Por eso lo más habitual es encontrar sentencias como la SAP Barcelona 19 diciembre 2023⁷⁵, que a su vez citan jurisprudencia del TS para rechazar la inadecuación de procedimiento planteada por la parte demandada. De nuevo, un argumento repetido es el que destaca que la exposición de motivos no tiene carácter normativo, argumento poco convincente ya que no es necesario consultar la exposición de motivos sino la misma ley para comprender el planteamiento de la mencionada excepción. Y aun así, si algún letrado intenta hacer valer una pretensión con cargo a norma de forma equivocada o pretende hacer valer como norma algo que no tiene tal valor, los jueces tienen la obligación de resolver conforme al tenor literal de la ley, aplicando la normativa correcta, aunque las partes no la hayan alegado, siempre y cuando no modifique la causa de pedir (art. 218.1 párr. segundo LEC)⁷⁶.

La cantidad de sentencias que se podrían citar y que comparten exactamente los mismos argumentos es ingente, pero por citar algunas más, por ejemplo: SAP Les Illes Balears, 2 mayo 2022; SAP Toledo 17 septiembre 2025; SAP Cádiz 2 febrero 2023; así como la SAP Málaga 14 febrero 2025⁷⁷.

IV. CONCLUSIONES.

Una vez sentado lo anterior, las ideas principales que se han seguido en este trabajo, que han sido explicadas y que se pretende que sean las fundamentales cuando se trata sobre la protección de la posesión, son de forma resumida las que se exponen a continuación.

PRIMERA. Con independencia de las teorías que puedan sostenerse sobre la naturaleza jurídica de la posesión, a todos y cada uno de los poseedores, con

74 SAP de Málaga 2 diciembre 2021 (ECLI:ES:APMA:2021:5095).

75 SAP de Barcelona 19 diciembre 2023 (ECLI: ES:APB:2023:14154).

76 “El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes” (art. 218.1 párr. segundo).

77 SAP Les Illes Balears 2 mayo 2022 (ECLI: ES:APIB:2022:1222); SAP Toledo 17 septiembre 2025 (ECLI: ES:APTO:2025:734); SAP Cádiz 2 febrero 2023 (ECLI: ES:APCA:2023:1349); SAP Málaga 14 febrero 2025 (ECLI: ES:APMA:2025:940).

derecho a poseer o sin derecho a poseer, se les protege por el ordenamiento jurídico a través de distintos procesos judiciales, la mayoría de ellos sumarios.

Siendo así que todos los poseedores quedan protegidos en el mero hecho de su posesión material, es evidente que todos los poseedores son legítimos por imperativo del propio Código Civil, en el seno de la protección posesoria. Ello con independencia de las connotaciones subjetivas que puedan añadirse a dicha posesión (de buena fe o de mala fe) o a la forma en que se ha adquirido la misma.

SEGUNDA. La base de cualquier proceso para la protección posesoria se encuentra en ese concepto de poseedor legítimo, por lo que el error en lo que se considera *poseedor legítimo* impide articular de forma adecuada los procesos para la protección de la posesión, llegando a confundirse los unos con los otros. Es lo que ocurre, fundamentalmente, entre el proceso para la recuperación de la vivienda ocupada ilegalmente y el proceso de desahucio por precario, que se utilizan de forma equivalente bajo el pretexto de que con ambos se pretende conseguir el desahucio de quien posee ilegítimamente, sin tener en cuenta que lo que distingue ambos procesos son las situaciones que dan lugar a la posesión cuestionada, no la *ilegitimidad* en la posesión, pues si se considera que ambos procesos tienen el mismo objeto -el desahucio de un poseedor ilegítimo- desde luego serán usados indistintamente.

TERCERA. El proceso de desahucio por precario se utiliza, en contra de lo dispuesto legalmente, para dar solución a situaciones de hecho que no tienen cabida en su objeto, lo que sin duda es consecuencia necesaria de un concepto equívoco de precario -y, por ello, de posesión precaria-, fundamentalmente motivado por un criterio jurisprudencial sin una base lo suficientemente firme y plagada de errores conceptuales.

CUARTA. El excesivo e innecesario uso dado al proceso de desahucio para todas aquellas situaciones para las que no está previsto, supone una de las causas del fracaso del proceso para la recuperación de la vivienda ilegalmente ocupada, inutilizando el artículo 250.I.4.º párrafo primero, pues a día de hoy, e incomprensiblemente, a las situaciones de ocupación ilegal se les trata de dar solución por el cauce del desahucio por precario.

QUINTA. Cabe la posibilidad de plantear una excepción por inadecuación de procedimiento en aquellos supuestos en que se inste este proceso para el desahucio de todo aquel que, en puridad, no sea precarista. La ampliación del objeto de este proceso no tiene ningún fundamento legal, siendo el único criterio el marcado por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, desnaturalizando así el verdadero precario.

BIBLIOGRAFÍA

ARIZA COLMENAREJO, M. J.: "Nuevo proceso posesorio en materia de ocupación ilegal de viviendas", *Diario La Ley*, núm. 9245, 2018.

ARNAU MOYA, F.: "Luces y sombras de la Ley 12/2023 por el derecho a la vivienda", *Revista jurídica valenciana*, núm. 42, 2023.

BASTANTE GRANELL, V.: "Ocupación ilegal de viviendas: la necesaria delimitación jurídico-social de los sujetos «ocupa» y «ocupado»", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 47, 2018.

D'ORS, A.: *Derecho privado romano*, 7.^a ed., Eunsa, Pamplona, 1989.

LACRUZ, J. L.: *Elementos de Derecho Civil, III. Derechos Reales. Volumen Primero. Posesión y propiedad*, 3.^o ed., Bosch, Barcelona, 1991.

LA FUENTE TORRALBA, A. J.: "El *labyrinthus iudiciorum* de la ocupación ilegal de viviendas: remedios en las vías penal y civil y análisis de su eficacia", *Revista de Derecho aragonés*, núm. 26-27, 2020-2021.

MORENO MOCHOLÍ, M.: *El precario*, Eunsa, Navarra, 1976.

TRADIZIONE E INNOVAZIONE: USI CIVICI NEL
BILANCIAMENTO FRA TRANSIZIONE ENERGETICA E
TUTELA AMBIENTALE

*BETWEEN TRADITION AND INNOVATION: CIVIC USES IN THE
BALANCING OF ENERGY TRANSITION AND ENVIRONMENTAL
PROTECTION*

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 376-401



Davide IANNI

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de marzo de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 31 de marzo de 2026

RESUMEN: Il contributo esamina la disciplina degli usi civici alla luce delle più recenti evoluzioni giurisprudenziali, con particolare riferimento alla presunzione di demanialità quale strumento di tutela rafforzata del patrimonio collettivo. Si sostiene che tale presunzione non abbia natura meramente probatoria, ma esprima una scelta sistematica volta a garantire la conservazione della destinazione collettiva del bene e la sua funzione ambientale, in coerenza con gli artt. 9 e 42 Cost. L'analisi affronta inoltre il ruolo del Commissario per gli usi civici e il rapporto tra beni civici e realizzazione di infrastrutture energetiche, evidenziando i limiti alla compressione dei diritti collettivi in assenza di un titolo legittimante. Il lavoro propone una lettura sistematica della disciplina, sottolineando la necessità di un contemperamento tra tutela dei beni collettivi e sviluppo infrastrutturale.

PALABRAS CLAVE: Usi civici; presunzione di demanialità; beni collettivi; tutela ambientale; infrastrutture energetiche.

ABSTRACT: *This essay examines the legal framework of civic uses (usi civici) in light of recent case law, focusing on the presumption of demanial status as a mechanism of enhanced protection for collective property. It argues that such presumption is not merely evidential but reflects a broader policy choice aimed at preserving the collective destination of the asset and its environmental function, in line with Articles 9 and 42 of the Italian Constitution. The paper also considers the role of the Commissioner for civic uses and the relationship between civic lands and energy infrastructure, highlighting the limits to encroachments on collective rights in the absence of a proper legal basis. A systematic approach is adopted to emphasise the need to balance infrastructural development with the protection of collective assets.*

KEY WORDS: Civic uses; presumption of demanial status; collective property; environmental protection; energy infrastructure.

SUMARIO: I. PREMESSA.- II. LA GIURISDIZIONE DEL COMMISSARIO PER GLI USI CIVICI TRA SPECIALITÀ E GARANZIE COSTITUZIONALI.- III. LA PRESUNZIONE DI DEMANIALITÀ DEI BENI CIVICI: FONDAMENTO, FUNZIONE E LIMITI.- IV. LA FUNZIONE AMBIENTALE DEI BENI CIVICI TRA VINCOLI PAESAGGISTICI E TUTELA COSTITUZIONALE.- V. LA SERVITÙ DI ELETTRODOTTO: UNA POSSIBILE CHIAVE INTERPRETATIVA?- VI. CONCLUSIONI.

I. PREMESSA.

La disciplina degli usi civici¹ rappresenta uno dei settori in cui emergono con particolare evidenza le tensioni tra proprietà privata², vocazione collettiva del bene, tutela ambientale e sviluppo infrastrutturale. In tale contesto, la presunzione di demanialità dei terreni inseriti in un demanio universale assume un ruolo centrale, incidendo sia sulla circolazione dei beni sia sulla legittimità degli interventi pubblici o privati che interessano il territorio.

La presunzione di demanialità, lungi dal costituire una mera regola probatoria, si configura come un meccanismo di protezione rafforzata del patrimonio collettivo, espressione della funzione ambientale e paesaggistica oggi riconosciuta ai beni civici.

Nel prosieguo, saranno esaminati i principali profili sostanziali e procedurali degli usi civici, con particolare attenzione alla distinzione tra usi civici *in re aliena* e demanio civico, alla presunzione di demanialità e al ruolo del Commissario quale

- 1 MARINELLI, F.: *Gli usi civici*, Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo, diretto da L. Mengoni e P. Schlesinger e continuato da V. Roppo e F. Anelli, 3a ed., Milano, 2022, p. 75 ss.. ID., *Usi civici. Aspetti e problemi delle proprietà collettive*, Napoli, 2000, p. 120 ss.. ID., *De rerum natura. Usi civici e natura delle cose*, AA.Vv., Studi in onore di Antonio Cervati, Roma, 2010, passim. ID., *La proprietà come istituzione. Un altro modo di possedere quarant'anni dopo*, AA.Vv., *Un altro modo di possedere. Quaranta anni dopo*, Pisa, 2018, p. 9. ID., *Assetti fondiari collettivi*, Enc. dir., Annali, X, Milano, 2017. ID., *Dimensioni della proprietà collettiva. Gli usi civici tra privato, pubblico, collettivo e comune*, Riv. trim. dir. pubbl., Milano, 2022, p. 666 ss.. ID., *Gli usi civici tra ideologia e diritto*, Riv. studi pol., 1990, p. 69. ID., *Usi civici e beni comuni*, Rass. dir. civ., 2013, p. 406. CERVALE, M.C.: *Usi civici e domini collettivi. La proprietà plurale e il diritto civile*, Tratt. dir. civ. CNN, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2022, p. 5. CERULLI IRELLI, V.: *Proprietà collettive, demani civici ed usi civici*, AA.Vv., *Un altro modo di possedere. Quaranta anni dopo*, Milano, 2017, p. 70 ss.. ID., *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 350 ss.. CERVATI, G.: *Aspetti della legislazione vigente circa gli usi civici e terre di uso civico*, Riv. trim. dir. pubbl., Pisa, 1967, p. 80 ss.. CATALANI, P.M.: *La collocazione sistematica degli assetti fondiari collettivi in funzione del rapporto tra comunità e ambiente*, Arch. Scialoja-Bolla, Napoli, 2014, p. I ss.. DIBENEDETTO, T.: *Usi civici e domini collettivi: una definizione giuridica dei confini*, Dir. agr., 2019, p. 361 ss.. PENNASILICO, M.: *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, p. 77 ss.. NERVI, A.: *Beni comuni, ambiente e funzione del contratto*, M. Pennasilico (a cura di), Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale, Napoli, 2016, p. 35 ss.. PARENTE, F.: *Territorio ed eco-diritto: dall'ecologia ambientale all'ecologia umana. Sviluppo olistico del territorio e dimensione protettiva della vita*, Napoli, 2022, p. 115 ss.
- 2 GROSSI, P.: *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 43 ss.. ID., *Proprietà (dir. interm.)*, Enc. dir., XXXVII, Milano, 1988, p. 230 ss.. ID., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006. RODOTÀ, S.: *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, 2a ed., Bologna, 1990.

• Davide Ianni

Dottorando di ricerca in Diritto Privato, Università degli Studi di L'Aquila. E-mail: davide.ianni2@graduate.univaq.it.

garante della tutela collettiva. Verranno, inoltre, analizzati gli strumenti normativi e giurisprudenziali che disciplinano l'installazione di infrastrutture elettriche su terreni gravati da vincoli pubblicistici. Particolare attenzione sarà dedicata al rapporto tra disciplina degli usi civici e regime delle servitù di elettrodotto, al fine di dimostrare come la presunzione di demanialità costituisca un limite strutturale alla realizzazione di infrastrutture prive di adeguato titolo legittimante, imponendo un contemperamento orientato alla prevalenza della tutela collettiva e ambientale.

In tale panorama, gli usi civici si collocano nel più ampio paradigma dei beni comuni, quali strumenti di realizzazione di interessi collettivi di rango costituzionale.

II. LA GIURISDIZIONE DEL COMMISSARIO PER GLI USI CIVICI TRA SPECIALITÀ E GARANZIE COSTITUZIONALI.

Occorre, in primo luogo, affrontare la questione dei poteri d'ufficio del Commissario per gli usi civici³. La corretta individuazione del perimetro di «competenza»⁴ di tale figura para-giurisdizionale⁵ ha sollevato rilevanti questioni

3 La figura del Commissario per gli usi civici, di origine storica risalente all'esperienza del Regno di Napoli, si caratterizzava per l'accentramento in un unico organo di funzioni amministrative e giurisdizionali. Tale modello è stato ripreso e rielaborato dalla legge 16 giugno 1927, n. 1766, che ha istituito presso le sedi delle Corti d'appello il Commissario regionale per gli usi civici, configurandolo come un giudice «specializzato» appartenente all'ordine giudiziario, in sostituzione delle funzioni in precedenza attribuite ai Prefetti e ai Commissari ripartitori. L'art. 29, comma 2, della citata legge delimita l'ambito della competenza giurisdizionale del Commissario, attribuendogli la decisione di «tutte le controversie circa l'esistenza, la natura e l'estensione dei diritti suddetti», comprese quelle in cui sia contestata «la qualità demaniale del suolo o l'appartenenza a titolo particolare dei beni delle associazioni», nonché di «tutte le questioni a cui dia luogo lo svolgimento delle operazioni loro affidate. Per un'attenta e puntuale disamina sulla nascita ed evoluzione della figura del Commissario per gli usi civici, MARINELLI, F.: «Apologia degli usi civici e del loro giudice», *Rass. Dir. civ.*, diretta da P. Perlingieri, 3/2016, Napoli, p. 872 ss. Inoltre, sui poteri d'ufficio del Commissario, MARINELLI, F.: *Gli usi civici, Tratt. Dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, cit., p. 297 ss.. ID., «Usi civici, tutela dell'ambiente e poteri d'ufficio del commissario liquidatore», *Giust. Civ.*, 1995, I, p. 863 ss.. PETRONIO, U.: «I poteri d'ufficio del commissario agli usi civici tra legge e giurisprudenza», *Dir. e giur. agr.*, 1992, p. 198. GERMANO, A.: «Procedimento sulla qualità demaniale delle terre e iniziativa officiosa del commissario agli usi civici», *Dir. e giur. agr.*, 1992, p. 204. CASAMASSIMA, E.: «Soppressione giurisdizionale del potere di promuovere d'ufficio giudizi di competenze commissariale», *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1207. Per ulteriori approfondimenti sul processo commissariale e sulla figura del Commissario, CERVATI, G.: «Il contenzioso in tema di usi civici e terre di uso civico (alcuni aspetti e problemi)», *La Giust. Amm.*, Milano, 1968, p. 241 ss.. AA. VV., I commissari liquidatori degli usi civici. Quale futuro?, Atti dell'incontro di studio svoltosi a Forte dei Marmi il 14 giugno 1993, Milano, 1993. CAIZZONE, G.: «Necessità di una riforma del processo davanti al commissario agli usi civici», *Gli usi civici. Realtà attuale e prospettive, Atti del Convegno di Roma, 1-2 giugno 1989*, Milano, p. 280 ss.. RICCIOTTI, R.: «Il commissario agli usi civici», *Il Corriere Giuridico*, n. 11/1990, p. 1168.

4 Si fa riferimento a tale termine in maniera atecnica, dal momento che la questione attiene al diverso tema della giurisdizione. In generale, sulla distinzione tra competenza e giurisdizione, CONSOLO, C.: *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 2021, Torino.

5 Con tale terminologia s'intende sottolineare la natura ancora «di confine», dal momento che egli svolge funzioni di accertamento e tutela dei diritti simili a quelle giudiziarie, senza tuttavia costituire un giudice ordinario. Egli può istituire e promuovere procedimenti per accertare la natura dei beni civici, adottare ordini di rilascio o di ripristino dello stato dei luoghi e agire d'ufficio a difesa degli interessi pubblici. Tuttavia, la sua attività è limitata a determinati beni – gli usi civici – regolati da norme specifiche (legge 16 giugno 1927, n. 1766, e successive disposizioni) e spesso integrata da consulenze tecniche o informative di enti locali e forze dell'ordine. Di qui la natura «ibrida»: giudiziaria, nella misura in cui decide su diritti soggettivi, ma funzionalmente pubblicistica, con finalità di tutela collettiva, tanto da poter instaurare giudizi d'ufficio senza iniziativa di parte. Tale qualificazione consente di conciliare la funzione del Commissario con i principi costituzionali di imparzialità e terzietà del giudice, pur restando distinta dal giudice ordinario e soggetta a eventuali controlli di legittimità costituzionale. Sul punto, MARINELLI, F.: «La Corte costituzionale e la tutela degli usi civici e dei domini collettivi», *Giurisprudenza Italiana*, Giugno 2019, Torino, p. 1305, in cui

interpretative. Il Commissario costituisce un istituto di peculiare rilevanza pubblicistica, fondato sull'esigenza di garantire la tutela dei beni collettivi gravati da uso civico. Tradizionalmente, il Commissario può agire d'ufficio in presenza di situazioni di lesione dei diritti della comunità, esercitando una funzione sussidiaria rispetto agli enti locali e ai privati. Tale prerogativa ha dato luogo a un ampio dibattito dottrinale⁶ e giurisprudenziale⁷, in particolare con riferimento alla sua compatibilità con il divieto di giurisdizioni speciali sancito dall'art. 102 Cost. e con il principio del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. Il potere di iniziativa officiosa, infatti, pone il problema della possibile compromissione della terzietà e imparzialità del giudice.

La Corte costituzionale⁸ ha tuttavia confermato la legittimità dell'art. 29, comma 2, della l. 16 giugno 1927, n. 1766, riconoscendo al Commissario il potere di instaurare giudizi d'ufficio quale strumento necessario per la salvaguardia dei beni civici e degli interessi collettivi.

Nel caso considerato, tale orientamento risulta confermato, in quanto l'azione è stata avviata sulla base di una segnalazione della Stazione Carabinieri Forestali e

L'Autore richiama alcune decisioni della giurisprudenza di legittimità sul tema dei poteri del Commissario: «Di particolare rilievo la decisione 1° aprile 1993, n. 1338 che, nel dichiarare la fondatezza dei poteri d'ufficio del Commissario, ne argomenta la ragionevolezza rilevando che "Accanto agli interessi locali, di cui sono diventate esponenti le Regioni, emerge l'interesse della collettività generale alla conservazione degli usi civici nella misura in cui essa contribuisce alla salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio". Ed ancora la decisione 20 febbraio 1995, n. 469, mediante la quale la Corte costituzionale, interrogandosi sulla natura dei poteri d'ufficio del commissario per gli usi civici afferma che "la sovrapposizione tra tutela del paesaggio e tutela dell'ambiente si riflette in uno specifico interesse unitario della comunità nazionale alla conservazione degli usi civici, in quanto e nella misura in cui concorrono a determinare la forma del territorio su cui si esercitano, intesa quale prodotto di una integrazione tra uomo e ambiente naturale"».

- 6 MARINELLI, F.: "Giurisdizione d'ufficio del commissario degli usi civici: una coraggiosa sentenza delle sezioni unite", *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1530. COLAVITTI, G.: "Il commissario agli usi civici tra giurisdizione speciale e giurisdizione specializzata. spunti per una concezione plurale delle giurisdizioni", *Costituzionalismo.it*, 2018, fasc. I, p. 41 ss. DI SALVO, E.: "Fine della giurisdizione speciale dei commissari per gli usi civici?", *Giust. civ.*, 1994, I, p. 637. PAOLICELLI, F.: "Il revirement delle sezioni unite della Corte di cassazione circa l'interpretazione della norma che regola i poteri del commissario per gli usi civici", *Giust. civ.*, Milano, 1994, I, p. 625. CASAMASSIMA, E.: "Osservazioni e rilievi sul D. P. R. n. 616 del 1977 per quanto concerne gli usi civici", *Giur. Agr. It.*, Roma, n. 11/1979, Milano, 1979. Id., *La legislazione attuale in materia di usi civici: paralisi dell'azione amministrativa e sostanziale eliminazione della giurisdizione dei Commissari*, ivi, n. 9/1984. Id., *Incontestabili i poteri di autotutela del Comune-nei confronti degli atti in danno del demanio civico*, nota a sentenza T.A.R. Basilicata Potenza, 17 novembre 1990, n. 187, *Giurisprudenza Italiana*, n. 6/1991, Torino, p. 1309. RICCIOTTI, R.: "La Consulta restituisce il potere d'iniziativa al commissario agli usi civici", *Il Corriere Giuridico*, n. 4/1995, Milano, p. 432, nota a sentenza a Corte cost., 20 febbraio 1995, n. 46. CARLETTI, F.: "Una nuova questione di costituzionalità in materia di usi civici", *Dir. e giur. agr.*, Roma, 1992, p. 205. GERMANO, A.: "Intorno al processo su questioni attinenti a beni di uso civico", *Riv. dir. agr.*, Roma, 1992, II, 199. Id., "La tutela della natura civica delle terre e degli usi quale interesse pubblico generale: il «dictum» della Corte costituzionale", *Dir. giur. agr.*, Roma, 1993, I, 280.
- 7 In giurisprudenza, Corte cost., 20/02/1995, n. 46, www.onelegale.it. Corte Cost., sentenza n. 113 del 2018, ivi. Corte cost., Ordinanza, 30/12/1997, n. 458, ivi. Cass., 14 giugno 1954, n. 1997 e Corte cost., 07/04/1995, n. 117, entrambe www.DeJure.it. Corte cost., 25/05/1970, n. 73, ivi. Cass., Sez. un., 13 novembre 1961, n. 2653, ivi. Cass., Sez. un., 28 gennaio 1994, n. 858, ivi. Corte cost., 20 febbraio 2007, n. 39, *Il Corriere Giuridico*, n. 4/2007, p. 561. Corte costituzionale, 27 luglio 2006, n. 310, *Giurisprudenza italiana*, Milano, 2007, p. 1096.
- 8 Il riferimento è alla sentenza n. 46/1995, www.onelegale.it.

non esclusivamente per iniziativa commissariale, pur rientrando nel quadro della competenza pubblicistica.

Permangono, tuttavia, rilevanti interrogativi circa la piena compatibilità di tale assetto con i principi costituzionali. In tal senso, si colloca l'ordinanza della Corte d'Appello di Roma del 23 settembre 2024, con la quale è stata sollevata una nuova questione di legittimità costituzionale⁹, interrogandosi sulla possibilità che il potere d'ufficio del Commissario possa coesistere con le garanzie del giusto processo e con il divieto di giurisdizioni speciali.

Il nodo problematico, pertanto, non risiede tanto nell'astratta configurabilità del potere officioso, quanto nella sua compatibilità con un modello di processo fondato sulla separazione tra funzione di impulso e funzione decisoria. Il Commissario si configura, pertanto, come presidio essenziale dei beni comuni, garantendo la tutela dei diritti collettivi anche in assenza di iniziativa privata o di intervento degli enti locali. Tale assetto, tuttavia, si colloca in un contesto normativo e giurisprudenziale ancora caratterizzato da significative incertezze¹⁰.

9 Corte d'Appello Roma, Ord. di rimessione, 23/09/2024, n. 241, in cui si afferma che «siano ormai maturi i tempi per una rimeditazione dei principi enunciati nella sentenza n. 45 del 1995, a quasi trenta anni dalla pronuncia e decorso quasi un secolo dall'entrata in vigore della L. n. 1766 del 1927, specialmente sotto il profilo della transitorietà della soluzione all'epoca individuata dalla Corte costituzionale in ordine al bilanciamento degli interessi alla tutela dell'ambiente e del paesaggio da un lato, e al diritto di difesa dall'altro».

10 Corte cost., 01/04/1993, n. 133, in cui si afferma che «Posto che alle controversie in materia di usi civici inerisce un interesse generale, la cui tutela esige l'attribuzione del potere di azione anche a un organo di giustizia, la questione di costituzionalità concernente il potere del commissario degli usi civici di promuovere "ex officio" i giudizi di sua competenza non può condurre ad una pronuncia meramente caducatoria, ma solo porsi come dubbio se tale deroga ai principi della domanda e della terzietà del giudice, benché non più collegata all'esercizio di funzioni amministrative da parte dello stesso commissario, sia tuttora razionalmente giustificabile di fronte agli artt. 3 e 24 Cost., o se invece si imponga lo spostamento del potere di azione in capo al pubblico ministero. così formulata però la questione è inammissibile, implicando scelte discrezionali riservate al legislatore, sia perché lo spostamento può avvenire secondo varianti diverse (istituzione dell'ufficio del P.M. presso il commissario-giudice, ovvero, trasformazione di quest'ultimo in organo specializzato del P.M. presso il giudice ordinario), sia perché trattasi di un intervento nell'organizzazione della giustizia manifestamente estraneo ai poteri della Corte. (Inammissibilità della questione concernente l'art. 29, comma primo, della legge 16 giugno 1927, n. 1766, sollevata in riferimento all'art. 24 Cost., commi primo e secondo, e artt. 101 e 118 Cost., commi primo e secondo)».

Si faccia pure riferimento a Cass. civ., Sez. Unite, Ordinanza, 27/03/2009, n. 7430, in www.onelegale.it, in cui si afferma che «Sussiste difetto assoluto di giurisdizione rispetto al procedimento promosso d'ufficio dal Commissario per gli usi civici al fine di attuare, con riferimento ad un intero territorio comunale, un censimento generale delle terre soggette ad usi civici e dei loro eventuali occupanti abusivi, trattandosi di attività prettamente amministrativa, di competenza regionale, e mancando una specifica, attuale e concreta controversia tra soggetti determinati in ordine alla "qualitas soli"».

Le due decisioni menzionate consentono di mettere in luce alcune tensioni irrisolte circa il ruolo del Commissario agli usi civici e, più in generale, circa l'assetto della giurisdizione in questa materia. La pronuncia della Corte costituzionale n. 133 del 1993, pur dichiarando inammissibile la questione di legittimità, individua con chiarezza il nodo problematico: la permanenza di un potere di azione "ex officio" in capo a un giudice speciale rischia di incrinare i principi della domanda e della terzietà del giudice (artt. 24 e 111 Cost.), soprattutto laddove tale potere non sia più funzionalmente giustificato dalla natura ibrida – amministrativa e giurisdizionale – che caratterizzava storicamente il Commissario. La Consulta, con un'operazione di *self-restraint*, ha preferito demandare al legislatore il compito di ridisegnare l'assetto dei poteri, segnalando però l'esigenza di un ripensamento della disciplina.

Di contro, le Sezioni Unite della Cassazione, con l'ordinanza n. 7430 del 2009, hanno adottato una linea più netta, giungendo a configurare un "difetto assoluto di giurisdizione" in relazione all'iniziativa officiosa del Commissario volta ad avviare un censimento generale dei terreni gravati da uso civico. Tale ricostruzione muove dalla premessa che un'attività di natura generale e preventiva – priva di una controversia concreta e

III. LA PRESUNZIONE DI DEMANIALITÀ DEI BENI CIVICI: FONDAMENTO, FUNZIONE E LIMITI.

In materia di usi civici, costituisce principio consolidato che l'inserimento di un terreno nel demanio universale¹¹ comporta una presunzione¹² di demanialità civica,

specificata tra parti determinate – si collochi al di fuori della funzione giurisdizionale e appartenga piuttosto al versante amministrativo, di competenza delle Regioni. In questa prospettiva, la Cassazione prende posizione in senso riduttivo sul ruolo del Commissario, accentuandone i limiti e riaffermando la necessità di circoscrivere la sua giurisdizione a controversie effettive e determinate sulla *qualitas soli*.

Il raffronto tra le due pronunce rivela dunque una tensione latente tra l'esigenza di garantire una tutela incisiva e non dilatoria dell'interesse collettivo agli usi civici, anche mediante poteri officiosi, e la necessità di preservare i principi fondamentali del processo, che impongono una netta separazione tra funzioni giurisdizionali e amministrative. È in questo spazio che si gioca oggi il vero problema sistemico: assicurare un equilibrio tra effettività della tutela e rispetto delle garanzie costituzionali, evitando che la "specialità" della giurisdizione degli usi civici si traduca in un *vulnus* al giusto processo.

- II Sul punto, giova fare una precisazione: si suole distinguere tra usi civici in senso stretto e demanio civico. I primi gravano su terreni di proprietà altrui e si configurano come *iura in re aliena*, spettanti ad una collettività indifferenziata di individui *uti cives*. I secondi, invece, consistono in diritti collettivi su terre di proprietà della stessa comunità, riconducibili agli *iura in re propria*. Gli usi civici in senso stretto rientrano nell'alveo dei diritti reali su cosa altrui, caratterizzati da diritto di seguito, opponibilità *ergo omnes* e tutela assoluta, e consentono l'esercizio di specifiche utilità (pascolo, legnatico, fungatico, caccia, pesca, raccolta di materiale, coltivazione) su fondi privati. Il demanio civico, viceversa, si avvicina alla nozione di proprietà collettiva e presenta un regime assimilabile a quello dei beni demaniali, connotato da inalienabilità, inusucapibilità, immodificabilità e perpetuità del vincolo di destinazione paesaggistica. La disciplina positiva riflette tale distinzione: per gli usi civici *in re aliena* la legge n. 1766 del 1927 prevede un procedimento di liquidazione (artt. 1-7), che mira alla soppressione del vincolo mediante apporzonamento e assegnazione di una quota di terreno al Comune quale ente esponenziale della collettività, sebbene tale intento non sia stato compiutamente realizzato e permangano diritti civici su terre private non affrancate. Per tali usi vige, inoltre, l'obbligo di denuncia ex art. 3 della stessa legge. Diversamente, i diritti collettivi *in re propria* con destinazione silvo-pastorale sono sottoposti a vincoli di tutela ambientale e paesaggistica e destinati alla valorizzazione del territorio. quelli a vocazione agraria, invece, possono essere oggetto di privatizzazione previa sdemanializzazione, essendo i beni soggetti a un regime di indisponibilità simile a quello demaniale. La Corte di cassazione ha recepito e consolidato questa impostazione, affermando che, in caso di espropriazione per pubblica utilità di fondi gravati da usi civici *in re aliena* prima della loro liquidazione, i diritti della collettività si trasferiscono sull'indennità di espropriazione (L. 16 giugno 1927, n. 1766. R.D. 26 febbraio 1928, n. 332). Sul punto, GERBO, F.: "L'orientamento della Corte costituzionale sugli usi civici: tra tutela del territorio e domini della collettività anche alla luce dell'art. 63-bis L. n. 108 del 29 luglio 2021", *Giurisprudenza Italiana*, Milano, 2021, p. 1815 ss.. GIAMPAOLINO, A.M.: "Natura dinamica della tutela della "comproprietà intergenerazionale" negli assetti fondiari collettivi", *Giurisprudenza Italiana*, Milano, n. 12/2020, p. 2673 ss.. CERVATI, G.: "A proposito dei demani di uso civico e della loro incommerciabilità", nota a Cass. civ., 12 dicembre 1953, n. 3690, *Giur. Cass. Civ.*, Milano, 1953, VI, p. 561. ALBANESE, R.A.: "Lo statuto costituzionale dei beni collettivi tra usi civici e circolazione della proprietà", nota a Corte costituzionale, 15 giugno 2023, n. 119 – Pres. Sciarra – Red. Navarretta, in *Giurisprudenza italiana*, Milano, 2024, p. 1289. LEUZZI, A.: "La "sdemanializzazione" dei beni gravati da uso civico di dominio collettivo", *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Milano, 6/2023, p. 1336, in cui l'A. ricorda come «La legge n. 1766/1927 è nata con la finalità di disciplinare in modo esaustivo e unitario tutti gli usi civici e si prefiggeva quali obiettivi, da un lato, la liquidazione dei diritti di uso civico in senso stretto (usi civici "in re aliena" al fine di consentire al proprietario il pieno godimento del bene e, dall'altro, il riordino del demanio civico (usi civici "in re propria") costituito da terreni boschivo-pascolativi e la ripartizione dei terreni utilizzabili per la coltura agricola». PARENTE, F.: "La liquidazione degli usi civici e il controllo sui vincoli alla circolazione", *Riv. dir. civ.*, Napoli, 2011, II, p. 90.

- 12 Tale assunto è stato già sostenuto in più occasioni dalla giurisprudenza di legittimità in passato, in particolare, Cass., Sez. un., 16 luglio 1958, n. 2598, *Riv. giur. umbro-abruzz.*, 1960, p. 200, la quale riconosce il principio della c.d. «presunzione di demanialità», richiamato nella successiva Cass., 21 giugno 1966, n. 1592, *DeJure online*, la quale - a sua volta - rinvia alla precedente Cass., 13 ottobre 1953, n. 3345 *Riv. dir. agr.*, 1966, II, p. 330. più di recente, è tornata sul punto Cass. civ., Sez. V, Sentenza, 12/01/2025, n. 769, *www.dejure.it*, in cui si afferma che «In tema di usi civici, la dimostrazione che una terra fa parte di un demanio universale comporta la presunzione della demanialità della stessa, salvo che sussista un preciso titolo da cui risulti per essa la trasformazione del demanio in allodio, con onere della prova a carico del privato che eccepisce la natura allodiale. (Rigetta, Comm.Trib.Reg. Napoli, 02/12/2019)». Inoltre, Cons. Stato, Sez. V, 26/03/2024, n. 2870: «La presunzione di demanialità ha carattere relativo e, come tale, è destinata a cadere di fronte all'esistenza di elementi probatori idonei a dimostrare il carattere privato degli spazi medesimi, quali la produzione del titolo di proprietà». Tale concetto è, da ultimo, richiamato dalla sentenza della Cass.

superabile solo mediante la prova, da parte di chi vi abbia interesse, dell'avvenuta trasformazione del bene in allodio¹³ sulla base di un titolo certo¹⁴.

Tale presunzione trova fondamento nell'esigenza di assicurare stabilità e continuità alla destinazione collettiva del bene, configurandosi come espressione di un principio di ordine pubblico economico volto a preservare la funzione sociale e ambientale del patrimonio civico¹⁵, in coerenza con l'art. 9 Cost. e con l'ordinamento euro-unitario in materia di tutela del paesaggio e delle risorse naturali¹⁶.

In questa prospettiva, il vincolo di demanialità civica assume una dimensione non soltanto patrimoniale, ma anche identitaria e culturale, incidendo sulla conformazione stessa della proprietà privata e sulla sua compatibilità con l'uso collettivo.

civ., sez. II, 18.09.2019 n. 23323 (citata a pag. 13 della pronuncia in commento), nonché da Cass. civ., Sez. II, Sentenza, 27/02/2014, n. 4753 (rv. 630149) e da Cass. civ., Sez. V, Sentenza, 12/01/2025, n. 769 (rv. 673801-02), tutte in www.onelegale.it.

- 13 Pare utile una precisazione su tale termine, oggi desueto: l'allodio (dal latino medievale *allodium*, forse da *allus* + *odium*, "possessione libero") indicava, nel diritto medievale e dell'*Ancien Régime*, la piena proprietà di un fondo libera da vincoli feudali, canoni o prestazioni verso un signore. Già noto nel diritto longobardo e carolingio, si contrapponeva al *feudum* in quanto detenuto *uti dominus* e non a titolo di concessione beneficiaria. con il declino del sistema feudale e lo sviluppo dei comuni, molti terreni furono riscattati o affrancati, assumendo natura allodiale. Con l'abolizione del feudalesimo (decreti napoleonici e successive leggi post-unitarie), la distinzione tra feudo e allodio si estinse, confluendo nella nozione unitaria di proprietà privata codicistica, pur permanendo il termine in storiografia giuridica e in taluni documenti catastali.
- 14 Per un'analisi approfondita e completa dell'istituto, MARINELLI, F.: *Gli usi civici, Tratt. Dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, cit.. CERVALE, M.C.: *Usi civici e domini collettivi. La proprietà plurale e il diritto civile, Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, cit.. Id., "Poteri di disposizione dei beni collettivi: ragioni, limiti e prospettive", *Actualid. jur. iberoam.*, 2024, p. 622 ss.. MARINELLI, F.: "Assetti fondiari collettivi", *Enc. dir., Annali*, X, Milano, 2017. Id., "Gli usi civici tra espropriabilità e tutela della circolazione giuridica. Corte costituzionale e Sezioni Unite a confronto", *Nuovo dir. civ.*, Napoli, 2023, 3, p. 115 ss.. Id., "Dimensioni della proprietà collettiva. Gli usi civici tra privato, pubblico, collettivo e comune", *Riv. trim. dir. pubbl.*, Roma, 2022. Id., *Usi civici. Aspetti e problemi delle proprietà collettive*, Napoli, 2000., pag. 120 e ss.. CERVATI, G.: "Aspetti della legislazione vigente circa gli usi civici e terre di uso civico", *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, Roma, 1967, p. 80 ss.. PETRONIO, U.: "voce 'Usi civici'", *Enc. Dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 930-953. DE LUCIA, "voce 'Usi civici' (dir. pub.)", *Digesto Pubbl.*, vol. XV, Torino, 1999, p. 584-602.
- 15 CERULLI IRELLI, V.: "Proprietà collettive, demani civici ed usi civici", *"Un altro modo di possedere". Quaranta anni dopo*, Milano, 2017. DIBENEDETTO, T.: "Usi civici e domini collettivi: una definizione giuridica dei confini (Nota a Cass. civ., sez. II, 10 ottobre 2018, n. 24978, Comunella Ius-Vicinia Srenja-Opicina Opicine c. Com. Trieste)", *Dir. agr.*, Milano, 2019, pag. 300 ss.. BONA, C.: "Usi civici, Libro terzo: Proprietà, I. 16 giugno 1927 n. 1766", *Comm. Cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 2021, p. 125 ss.. GIULIETTI, W.: "La gestione dei domini collettivi dopo la legge n. 168 del 2017", *Domini collettivi e usi civici*, Roma, 2018. POLITI, F.: *La circolazione dei beni di uso civico e la tutela costituzionale*, Roma, 2006. sia, inoltre, consentito rinviare a IANNI, D.: "La riscoperta degli «usi civici» tra tutela ambientale e certezza dei traffici giuridici", *Rass. Dir. civ.*, 1/2024, p. 43 ss.. AA.VV., a cura di L. Principato, *Usi civici ed attività negoziale nella legalità costituzionale*, Torino, 2018, p. 83 ss.. DI GENIO, G.: *Gli usi civici nel quadro costituzionale (alla luce della legge n. 168 del 20 novembre 2017)*, Torino, 2019. Studio del Consiglio Nazionale del Notariato Studio n. 27-2023/P - *Questioni vecchie e nuove in tema di domini collettivi e usi civici. La legge 168-2017 all'attenzione della Corte costituzionale* di LAZZARA, P. (Approvato dalla Commissione Studi Pubblicitici il 01 febbraio 2023) pubblicato in data 02.08.2023 sul sito https://notariato.it/it/ufficio_studi/studio-n-27-2023-p-questioni-vecchie-e-nuove-in-tema-di-domini-collettivi-e-usi-civici-la-legge-168-2017-allattenzione-della-corte-costituzionale/.
- 16 CERVALE, M.C.: "Poteri di disposizione dei beni collettivi: ragioni, limiti e prospettive", *Actualid. jur. iberoam.*, cit., p. 622 ss.. MARINELLI, F.: "Gli usi civici tra espropriabilità e tutela della circolazione giuridica. Corte costituzionale e Sezioni Unite a confronto", *Nuovo dir. civ.*, cit., p. 115 ss.. IANNI, D.: "La riscoperta degli «usi civici» tra tutela ambientale e certezza dei traffici giuridici", *Rass. Dir. civ.*, cit., p. 43 ss.

La permanenza di tali beni nel demanio universale non tollera deroghe implicite o trasformazioni tacite, ma richiede un atto formale e inequivoco di sdemanializzazione¹⁷, al fine di evitare fenomeni di appropriazione surrettizia o la perdita irreversibile della funzione collettiva.

Si configura, pertanto, un tipico caso di inversione dell'onere della prova, a carico del privato (o, nel caso considerato, delle società concessionarie)¹⁸.

Tale inversione non ha natura meramente processuale, ma riflette una precisa scelta di politica del diritto, volta a privilegiare la conservazione della destinazione collettiva rispetto alla circolazione individuale del bene.

Nel caso considerato, il quadro documentale (relazione Zimei, catasti storici, atti comunali e precedenti giurisprudenziali), unitamente alla condotta delle società coinvolte (richieste di proroga e domande di condono), rafforza la presunzione, escludendo la possibilità di invocare una buona fede idonea ad attenuare la responsabilità.

Ne consegue la prevalenza della tutela pubblicistica connessa agli usi civici -non solo per ragioni patrimoniali, ma anche ambientali e collettive- rispetto ad esigenze infrastrutturali prive di un adeguato titolo legittimante.

Sul piano sostanziale, tale prevalenza può essere analizzata sotto diversi profili giuridici e costituzionali, evidenziando la rilevanza sistematica della disciplina degli usi civici.

In primo luogo, la *ratio* del regime di tutela degli usi civici risiede nella necessità di preservare una destinazione collettiva del bene che trascende l'interesse meramente individuale o economico, configurando tali diritti come strumenti di equilibrio tra sfruttamento delle risorse e tutela della funzione pubblica e ambientale.

Tale caratterizzazione si riflette nell'inalienabilità, imprescrittibilità e inusucapibilità dei beni civici, che impediscono la sostituzione dell'uso collettivo

17 In materia, si erano delineati due distinti filoni interpretativi: il primo, più risalente, affermato dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 1671 dell'11 giugno 1973, e il secondo, di più recente elaborazione, espresso dalla seconda sezione civile della Corte di cassazione con la pronuncia n. 9986 del 26 aprile 2007. L'ordinanza interlocutoria ha altresì attribuito particolare rilievo alla sentenza della Corte costituzionale n. 71 del 2020, la quale ha ribadito la priorità logico-giuridica della preventiva cessazione dell'uso civico rispetto all'eventuale adozione di un decreto di esproprio. Con la decisione n. 12570 del 10 maggio 2023, le Sezioni Unite hanno confermato e rafforzato l'impostazione già enucleata nel 1973, riaffermandone la coerenza sistematica e la capacità di assicurare un'interpretazione armonica con i principi costituzionali e con la funzione pubblicistica degli usi civici. Sul punto, IANNI, D.: "Gli usi civici e i beni collettivi", *rivista. camminodiritto.it*, 2023, p. 2 ss.

18 Tale orientamento risulta coerente con Cass. civ., Sez. II, 18 settembre 2019, n. 23323, richiamato anche successivamente da Cass. civ. Sez. II, Sent., (ud. 28/01/2014) 27/02/2014, n. 4753 e da Cass. civ. Sez. V, Sent., (ud. 12/11/2024) 12/01/2025, n. 769, tutte in *www.onelegale.it*.

con interessi privati non formalmente legittimati e che collocano la disciplina in una prospettiva di ordine pubblico economico e ambientale.

In secondo luogo, la funzione pubblicistica degli usi civici è confermata da una lettura sistematica della legge n. 1766/1927 e del r.d. n. 332/1928, che regolano rispettivamente la liquidazione, la gestione e la tutela dei diritti civici. Queste disposizioni delineano un quadro in cui la protezione della collettività non si limita a garantire un mero diritto di godimento su terreni altrui, ma si estende alla conservazione del territorio, alla gestione sostenibile delle risorse naturali e alla salvaguardia della biodiversità, anticipando concetti oggi recepiti anche nell'ordinamento europeo e nel diritto ambientale contemporaneo. La giurisprudenza di legittimità ha consolidato questa impostazione, affermando ripetutamente che qualsiasi intervento su beni civici deve essere preceduto da titolo legittimante chiaro e specifico; in assenza di tale titolo, l'occupazione integra una forma di espropriazione larvata, non giustificabile dalla mera utilità pubblica dell'opera.

Ulteriore profilo rilevante riguarda l'interpretazione sistematica e teleologica della disciplina. L'ordinamento, anche alla luce dei principi europei in materia ambientale e paesaggistica¹⁹, impone una lettura che valorizzi la funzione complessiva dei beni civici nella tutela degli ecosistemi e del territorio. In questa ottica, la realizzazione di infrastrutture non può automaticamente prevalere sulla destinazione collettiva dei terreni, ma richiede il rispetto di criteri di proporzionalità, minimizzazione dell'impatto e previa istruttoria autorizzativa. Il principio di precauzione rafforza tale impostazione, imponendo che ogni compressione dell'uso collettivo sia rigorosamente motivata e sottoposta a verifica.

La presunzione di demanialità, pertanto, non si esaurisce in una regola di distribuzione dell'onere probatorio, ma esprime la particolare resistenza del bene civico alle pretese privatistiche, fungendo da presidio strutturale della sua funzione collettiva.

IV. LA FUNZIONE AMBIENTALE DEI BENI CIVICI TRA VINCOLI PAESAGGISTICI E TUTELA COSTITUZIONALE.

La più recente giurisprudenza qualifica i beni civici come elementi strutturali dell'assetto territoriale e paesaggistico²⁰, suscettibili di modificazione solo previa legittimazione formale, ispirata a criteri di necessità, proporzionalità e compatibilità

¹⁹ Si veda art. 191 TFUE e direttive 92/43/CEE e 2000/60/CE).

²⁰ Cassazione n. 12570 del 10 maggio 2023 e dalla altrettanto recente sentenza della Corte Costituzionale n. 119 del 11.05.2023, depositata il 15.06.2023 e pubblicata in G.U. il 21.06.2023, Presidente Sciarra – Redattore Navarretta.

ambientale²¹. Tale qualificazione “rafforzata” li distingue radicalmente dalla proprietà privata, poiché la tutela non si esaurisce nella dimensione patrimoniale della collettività titolare, ma si estende alla salvaguardia di valori di rango costituzionale, oggi espressamente sanciti dall'art. 9 Cost., come novellato dalla l. cost. 1/2022²².

In questo quadro, assume rilievo la disciplina del d.lgs. 152/2006 (Codice dell'ambiente), che all'art. 142, lett. h), annovera tra i beni paesaggisticamente vincolati anche “le aree assegnate alle università agrarie e le zone gravate da usi civici”, assoggettandole all'autorizzazione paesaggistica di cui agli artt. 146 ss., secondo i principi di precauzione e prevenzione sanciti dall'art. 3-ter²³. L'eventuale destinazione di tali aree a opere infrastrutturali richiede pertanto un provvedimento espresso di concessione, adottato nel rispetto della l. 1766/1927 e del r.d. 332/1928, previa istruttoria che dimostri non solo la pubblica utilità dell'intervento, ma anche l'assenza di alternative meno impattanti.

In difetto di tale titolo, l'occupazione integra una forma di espropriazione surrettizia, in contrasto con i caratteri di inalienabilità, imprescrittibilità e inusucapibilità dei beni civici²⁴, nonché con le garanzie dell'art. 42 Cost.²⁵ La Corte costituzionale ha chiarito che gli usi civici svolgono una funzione ambientale e paesaggistica di rilievo primario²⁶, mentre la Cassazione ha precisato che la

21 Corte cost., sent. n. 46/1995, www.onelegale.it, in cui si afferma che: «Come la Corte ha riconosciuto, la legge 8 agosto 1985, n. 47, ha introdotto una tutela del paesaggio non legata alla visione frammentaria propria della legge 29 giugno 1939, n. 1497 - diretta in prevalenza alla tutela di singole bellezze naturali isolatamente considerate - ma improntata a integralità e globalità, sicché essa è diventata sinonimo di tutela ambientale. Sotto questo profilo la sovrapposizione fra tutela del paesaggio e tutela dell'ambiente si riflette in uno specifico interesse unitario della comunità nazionale - costituzionalmente garantito dagli artt. 9 e 32 Cost. - alla conservazione degli usi civici, in quanto e nella misura in cui concorrono a determinare la forma del territorio su cui si esercitano, intesa quale prodotto di “un'integrazione tra uomo e ambiente naturale” (art. 1, comma 3, della legge 6 dicembre 1991, n. 394 (legge quadro sulle aree protette)). In ordine a questo interesse, a tutela del quale le zone gravate da usi civici sono state sottoposte, dall'art. 1 della legge n. 431 del 1985, lett. h), a vincolo paesaggistico, e di cui è portatore lo Stato e che è quindi inconfondibile con gli interessi locali di cui sono esponenti le Regioni, l'art. 82 del D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 (come modificato dall'art. 1 della legge n. 431 del 1985) ha disposto soltanto una delega di attribuzioni a queste ultime».

22 Art. 9, co. 3, Cost., introdotto da l. cost. 1/2022.

23 D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, artt. 3-ter, 131 e 142, lett. h).

24 In altri ambiti, si è pure parlato della c.d. «espropriazione larvata», Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 06/12/2024, n. 31365: «In tema di espropriazione per pubblica utilità, la disposizione dell'art. 46 della legge n. 2359 del 1985 non richiede necessariamente che la situazione contemplata venga a determinarsi in conseguenza di un procedimento espropriativo o di occupazione, ma è diretta alla tutela di soggetti che (quand'anche un procedimento espropriativo vi sia stato) o ne siano rimasti completamente estranei (in quanto proprietari di suoli contigui a quelli sui quali è stata eseguita l'opera) o abbiano subito un danno non per effetto della mera separazione (per esproprio) di una parte di suolo, ma in conseguenza dell'opera eseguita sulla parte espropriata ed indipendentemente dall'espropriazione stessa (c.d. “espropriazione larvata”). (Rigetta, Corte d'Appello Napoli, 01/04/2019)».

25 L. 16 giugno 1927, n. 1766. R.D. 26 febbraio 1928, n. 332. art. 42 Cost.

26 Si pensi, ad esempio, di recente alla Corte cost., sent. n. 113/2018, in www.onelegale.it, in cui si statuisce che «In particolare, detta legge ha ribadito, ancor più enfaticamente, i capisaldi della tutela dei beni civici fondati sui principi di indisponibilità, imprescrittibilità e inusucapibilità. Stabilisce infatti l'art. 3, comma 3, che: “il regime giuridico dei beni collettivi resta quello della inalienabilità, dell'indivisibilità, dell'inusucapibilità e della perpetua destinazione agro-silvo-pastorale”. inoltre il successivo comma 6 ribadisce che il vincolo paesaggistico gravante ex lege sui beni civici, ai sensi dell'art. 142, comma 1, lettera h), del D.Lgs. n. 42 del 2004, “garantisce l'interesse della collettività generale alla conservazione degli usi civici per contribuire alla salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio”» e che «Vi è, dunque, una connessione inestricabile dei profili

presunzione di demanialità civica è superabile solo mediante prova rigorosa dell'avvenuta legittima sdemanializzazione²⁷.

Sotto un ulteriore profilo, l'interpretazione assume un ruolo centrale quale strumento di armonizzazione tra norme interne e principi costituzionali ed europei. La Corte costituzionale²⁸ ha più volte affermato la valenza ambientale e paesaggistica degli usi civici, imponendo che ogni interpretazione sia orientata a garantire l'effettività della tutela collettiva. L'interpretazione, pertanto, non si esaurisce in un'operazione ermeneutica, ma si configura come strumento funzionale alla realizzazione della ratio della disciplina, ossia la protezione integrale del patrimonio collettivo.

In tal senso, l'interpretazione non costituisce mera operazione ermeneutica fine a sé stessa, ma diviene strumento necessario per realizzare la ratio delle norme, ossia la protezione integrale del patrimonio collettivo, in armonia con i principi del diritto europeo e con la funzione economico-sociale dei beni pubblici. L'approccio interpretativo deve essere coerente con la finalità generale dell'ordinamento, mirando a garantire che gli interessi infrastrutturali, per quanto rilevanti, non possano compromettere i diritti collettivi senza adeguato titolo e senza compensazione giuridica.

La giurisprudenza recente conferma, inoltre, la centralità della funzione pubblicistica degli usi civici anche rispetto a interventi infrastrutturali strategici, quali elettrodotti o impianti di telecomunicazione.

Pur in presenza di esigenze di interesse pubblico, tali interventi non possono derogare alla disciplina degli usi civici se non mediante un provvedimento formalmente adottato dalle autorità competenti, nel rispetto dei principi di proporzionalità, adeguatezza e compatibilità ambientale. In assenza di titolo legittimante, l'occupazione costituisce una violazione diretta dei diritti della collettività, non giustificabile neppure in ragione della finalità pubblica dell'opera.

economici, sociali e ambientali, che "configurano uno dei casi in cui i principi combinati dello sviluppo della persona, della tutela del paesaggio e della funzione sociale della proprietà trovano specifica attuazione, dando origine ad una concezione di bene pubblico ... quale strumento finalizzato alla realizzazione di valori costituzionali" (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza n. 3811 del 2011, a proposito della fattispecie analoga delle "valli da pesca"). È la logica che ha ispirato questa Corte quando ha affermato che "la sovrapposizione fra tutela del paesaggio e tutela dell'ambiente si riflette in uno specifico interesse unitario della comunità nazionale alla conservazione degli usi civici, in quanto e nella misura in cui concorrono a determinare la forma del territorio su cui si esercitano, intesa quale prodotto di "una integrazione tra uomo e ambiente naturale" (sentenza n. 46 del 1995)" (sentenza n. 210 del 2014)).

27 Da ultimo, Cass. civ., Sez. V, Sentenza, 12/01/2025, n. 769, in www.onelegale.it: «In tema di usi civici, la dimostrazione che una terra fa parte di un demanio universale comporta la presunzione della demanialità della stessa, salvo che sussista un preciso titolo da cui risulti per essa la trasformazione del demanio in allodio, con onere della prova a carico del privato che eccepisce la natura allodiale. (Rigetta, Comm.Trib. Reg. Napoli, 02/12/2019)», la quale richiama Cass. civ. Sez. Unite, Sent., (ud. 04/04/2023) 10/05/2023, n. 12570 e Cass. civ. Sez. II, Ord., (ud. 16/05/2019) 18/09/2019, n. 23323, entrambe in www.onelegale.it.

28 Corte cost., sent. n. 113/2018. Coste cost., sent. n. 71/2020, entrambe in www.dejure.it.

La Corte di cassazione e la Corte costituzionale hanno sottolineato che l'assenza di titolo legittimante costituisce una violazione diretta dei diritti della collettività, rendendo l'occupazione non giustificabile neppure per finalità pubbliche, a meno che non intervenga una sdemanializzazione o una concessione espressa.

In conclusione, la prevalenza della tutela pubblicistica non si esaurisce nella mera protezione patrimoniale dei beni civici, ma si estende a una dimensione più ampia, comprendente la salvaguardia ambientale, paesaggistica e collettiva. Essa rappresenta un principio di ordine superiore, che vincola tanto i soggetti privati quanto le amministrazioni pubbliche, imponendo una rigorosa osservanza delle norme e dei procedimenti autorizzativi, nonché un'interpretazione sistematica e coerente con i valori costituzionali e con l'ordinamento unitario italo-europeo. In questo quadro, l'orientamento esaminato si pone come esempio di applicazione pratica di tali principi, confermando la centralità della tutela collettiva e rafforzando il ruolo degli usi civici come strumenti essenziali di protezione del territorio, delle risorse naturali e della funzione pubblica dei beni comuni, subordinando ogni esigenza infrastrutturale alla condizione imprescindibile del rispetto dei vincoli legittimanti e dei criteri di compatibilità ambientale.

V. LA SERVITÙ DI ELETTRODOTTO: UNA POSSIBILE CHIAVE INTERPRETATIVA?

Sebbene la decisione non affronti direttamente la disciplina delle servitù di elettrodotto²⁹, il caso concreto offre l'occasione per un confronto di rilievo sistematico. Le opere realizzate -cabina elettrica e centro radio- integrano forme di occupazione stabile di terreni gravati da usi civici, con effetti permanenti sulla fruizione collettiva del bene.

Tale situazione, pur non riconducibile alla tipica servitù di passaggio³⁰ prevista dal R.D. 1775/1933 per le linee elettriche, richiama principi analoghi in tema di godimento limitato del bene e di equilibrio tra interesse pubblico e diritti collettivi.

29 PATERNÒ, G.: *La servitù di elettrodotto*, Milano, 2000. MARINELLI, F.: "Trasporto di energia e vincoli ambientali", *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, Milano, anno V, n. 2/aprile-giugno 1988, p. 311-312. SELVAGGI, C.: "Limite della servitù di elettrodotto, estensione dell'espropriazione per P.U.", *Acque, Bonifiche, costruzioni*, 1959, p. 90 ss.. DE RUGGERO, "La cosiddetta servitù di elettrodotto", *Riv. dir. comm.*, 1916, p. 750 ss.. PRESUTTI, E.: "La servitù di elettrodotto", *Foro.it.*, 1927, p. 999 ss.. PAGLIUCA, R.: "Occupazione acquisitiva: nuovo titolo di acquisto e servitù di elettrodotto", *Rass. Dir. civ.*, Napoli, n. 3/1990. BRUTTI, N.: "Imposizione di elettrodotto e diritto al paesaggio", *Rass. Dir. civ.*, Napoli, 2/1997.

30 In particolare, si tenga conto del fatto che il diritto di servitù prediale, in quanto diritto reale, è di per sé «tipico». Tuttavia, a fronte della sua tipicità formale quale istituto o categoria giuridica, se ne sottolinea la sua «atipicità» dal punto di vista del suo contenuto concreto (Cass. civ., Sez. II, Sent., (data ud. 27/02/2024) 05/03/2024, n. 5833). Inoltre, in tema di servitù prediali: BENSA, E.P.: "Delle servitù prediali", in *Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino*, Napoli, 2025. GROSSO E DEIANA, *Le servitù prediali*, Torino, 1936, p. 1800. BURDESE, A.: *Le servitù prediali. Linee teoriche e questioni pratiche*, Padova, 2007.

Sul piano normativo, la L. 16 giugno 1927, n. 1766 disciplina la gestione e la conservazione degli usi civici, senza prevedere espressamente l'installazione di infrastrutture energetiche su tali beni.

Il R.D. 1775/1933, invece, consente il passaggio di elettrodotti su beni pubblici previo titolo autorizzativo, delineando un criterio di compatibilità e proporzionalità nell'uso di aree vincolate.

La dottrina evidenzia come il silenzio della L. 1766/1927 non possa essere interpretato come legittimazione implicita di interventi permanenti sui beni civici, la cui natura pubblicistica impone l'adozione di provvedimenti specifici da parte dell'autorità competente.

In tal senso, il confronto con la disciplina delle servitù consente di chiarire che l'occupazione stabile di aree civiche senza titolo non solo limita illegittimamente i diritti collettivi, ma contrasta con i principi costituzionali di tutela ambientale e paesaggistica.

Il collegamento tra la presunzione di demanialità³¹ e la disciplina delle servitù consente, dunque, di affermare la prevalenza degli interessi collettivi rispetto a interventi infrastrutturali privi di adeguata legittimazione.

Le servitù di elettrodotto³², disciplinate dal R.D. 1775/1933 e da normativa successiva³³, sono diritti reali di godimento che consentono il passaggio di linee elettriche su fondi altrui previo indennizzo, in forza di un titolo costitutivo o di legge.

31 Tra le altre, la più recente: Cass. civ., Sez. V, Sentenza, 12/01/2025, n. 769, cit.

32 La disciplina delle servitù di elettrodotto in Italia, introdotta con la legge 11 dicembre 1933, n. 1775 (Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e sugli impianti elettrici) e successivamente aggiornata con il d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico in materia di espropriazione per pubblica utilità), configura un peso coattivo imposto sul fondo servente a favore dell'installazione, esercizio e manutenzione di linee elettriche aeree o sotterranee e delle relative opere accessorie. La costituzione avviene di regola mediante provvedimento amministrativo nell'ambito di una dichiarazione di pubblica utilità (art. 119 T.U. 1933), con contenuto tipizzato dalla legge: diritto di posa di conduttori e sostegni, accesso per lavori e controlli, e vincoli permanenti all'uso del fondo (limitazioni edilizie, divieti di piantumazione oltre determinate altezze). Pur avendo struttura prediale, la servitù presenta un'evidente connotazione pubblicistica, in quanto strumentale a un servizio di interesse generale, e comporta un sacrificio permanente del diritto di proprietà, indennizzabile non solo per l'area occupata ma anche per il deprezzamento della residua parte del fondo.

33 Il nucleo originario della sua disciplina è condensato nella l. n. 1775/1933 (Testo unico sulle acque e impianti elettrici), che, agli artt. 119 ss., ne definisce modalità di imposizione, limiti e criteri di indennizzo, integrata oggi dalle disposizioni del d.P.R. n. 327/2001 (Testo unico espropri), il quale regola il procedimento di costituzione coattiva con dichiarazione di pubblica utilità. In via residuale, si applicano le norme codicistiche in materia di servitù (artt. 1032 ss. c.c.), mentre ulteriori discipline settoriali incidono su profili specifici: il R.D. 25 luglio 1904, n. 523 in relazione agli attraversamenti idraulici, il d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93 per gli aspetti di regolazione del servizio elettrico, il d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259 per la compatibilità con infrastrutture di telecomunicazioni, il d.m. 21 marzo 1988 e le norme CEI per le distanze di sicurezza, nonché la legge 36/2001 (legge quadro sull'elettrosmog) per i limiti di esposizione e i vincoli urbanistici a tutela della salute e dell'ambiente.

Nel caso della cabina elettrica e del centro radio, non si tratta di semplici servitù di passaggio, bensì di occupazioni stabili e trasformative dell'area, mediante opere edilizie permanenti su suolo gravato da uso civico.

La differenza è rilevante: la servitù di elettrodotto non comporta la perdita della titolarità né la soppressione definitiva della funzione del bene; nel caso in esame, invece, l'installazione infrastrutturale ha determinato un mutamento sostanziale della fruizione collettiva, richiedendo un titolo più incisivo.

Parte della dottrina³⁴, sulla base di un'interpretazione letterale, ritiene che il silenzio della L. 1766/1927 escluda la necessità di autorizzazione per i beni civici. Tuttavia, tale impostazione appare discutibile in una prospettiva sistematica e costituzionalmente orientata, atteso che i beni civici presentano caratteri analoghi al demanio sotto il profilo dell'inalienabilità e della funzione pubblicistica.

Tuttavia, in chiave sistematica e costituzionalmente orientata (artt. 9 e 42 Cost., e oggi anche art. 117, comma 2, lett. s, su tutela ambientale), questa impostazione è discutibile: i beni di uso civico hanno natura assimilabile al demanio sotto il profilo inalienabilità/imprescrittibilità/inalienabilità, e dunque si dovrebbe ritenere necessaria un'autorizzazione specifica della competente autorità (oggi regionale o commissariale) per qualsiasi imposizione di vincolo che ne limiti l'uso collettivo.

La giurisprudenza³⁵ recente tende a valorizzare questa natura "pubblicistica rafforzata" degli usi civici, avvicinandoli alla disciplina dei beni demaniali, con conseguente necessità di un titolo autorizzativo anche per opere di interesse pubblico nazionale come gli elettrodotti, se comportano alterazione o limitazione dell'uso collettivo. In questa prospettiva, il silenzio legislativo del 1927 non costituirebbe una "lacuna voluta" bensì il riflesso di un contesto storico in cui la tensione tra tutela collettiva ed esigenze infrastrutturali non aveva ancora assunto l'attuale centralità costituzionale.

Volendo trarre qualche breve considerazione di sintesi, l'orientamento esaminato si inserisce in un più ampio percorso evolutivo che riconosce ai beni civici una funzione non solo patrimoniale, ma anche ambientale e identitaria della collettività. In tale prospettiva, anche opere di indubbia utilità pubblica, quali le infrastrutture elettriche, non possono eludere il procedimento autorizzatorio richiesto per i beni demaniali o assimilati, soprattutto quando comportino un'alterazione stabile

34 MARINELLI, F.: "Trasporto di energia e vincoli ambientali", *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, cit., p. 321, in cui l'A., richiamando due provvedimenti del Commissario per gli usi civici di L'Aquila di contrario avviso (Comune di Tornimparte/Enel, 6 aprile 1987, n. 311 e Comune di Castel di Sangro/Enel, 18 maggio 1987, n. 428), sostiene che - in realtà - la non menzione dei beni di uso civico dal disposto dell'art. 120 T.U. non testimoniarebbe l'esistenza di un divieto implicito alla costruzione di elettrodotti su tali beni, ma, al contrario, dimostrerebbe semplicemente come, per essi, non sia richiesta alcuna autorizzazione specifica, non comportando necessariamente alcun cambiamento di destinazione d'uso.

35 Cassazione n. 12570 del 10 maggio 2023 e Corte costituzionale n. 119 del 15 giugno 2023, cit.

della destinazione del bene. Ne deriva che la realizzazione di opere su beni collettivi resta subordinata a una rigorosa verifica di compatibilità ambientale e alla presenza di un titolo legittimante, quale condizione imprescindibile per la legittima compressione dell'uso collettivo³⁶. In questo quadro, la Corte costituzionale ha più volte³⁷ qualificato i beni civici come beni ambientali, sottoponendoli a un regime di tutela rafforzata che li rende insuscettibili di trasformazioni non strettamente necessarie e non adeguatamente compensate in termini di interesse pubblico. In tale prospettiva, anche opere di indubbia utilità pubblica devono essere sottoposte a un rigoroso controllo di compatibilità, senza poter beneficiare di corsie preferenziali che eludano il procedimento autorizzatorio previsto per i beni demaniali o assimilati, soprattutto quando l'intervento comporti un'occupazione stabile e un'alterazione irreversibile della destinazione del bene. L'orientamento esaminato si pone, dunque, in linea con la tendenza a subordinare la realizzazione di opere strategiche su beni collettivi a una rigorosa verifica di compatibilità ambientale e comunitaria, rafforzando l'idea di una prevalenza funzionale della tutela dei beni comuni sulle mere esigenze infrastrutturali, in assenza di un procedimento formale che ne legittimi la compressione.

VI. CONCLUSIONI.

La tesi analizzata si colloca nel solco del consolidato percorso giurisprudenziale volto a rafforzare la tutela dei beni gravati da usi civici, riaffermando la presunzione di demanialità quale strumento a salvaguardia del patrimonio collettivo. Sul piano sostanziale, le Corti confermano che la funzione pubblicistica degli usi civici non si esaurisce nella mera dimensione patrimoniale, ma assume un ruolo di presidio ambientale, paesaggistico e sociale, in coerenza con i principi costituzionali sanciti dagli artt. 9 e 42 Cost. e con gli obblighi derivanti dall'ordinamento europeo in materia di tutela del territorio e della biodiversità. In questa prospettiva, la presunzione di demanialità civica costituisce un meccanismo di protezione preventiva, in quanto inverte l'onere della prova a carico di chi contesta la natura civica del bene, rafforzando la stabilità dei diritti collettivi e limitando il rischio di espropriazioni surrettizie o di alterazioni non autorizzate della destinazione pubblica.

Tale impostazione si inserisce nel più ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa la necessità di bilanciare l'interesse pubblico derivante dalla realizzazione di opere infrastrutturali con la salvaguardia dei diritti collettivi sui beni civici. L'orientamento consolidato, a partire dalle Sezioni Unite n. 1671/1973

36 CERVARE, M.C.: "Poteri di disposizione dei beni collettivi: ragioni, limiti e prospettive", cit., p. 622 ss. MARINELLI, F.: "Gli usi civici tra espropriabilità e tutela della circolazione giuridica. Corte costituzionale e Sezioni Unite a confronto", cit., p. 115 ss. IANNI, D.: "La riscoperta degli «usi civici» tra tutela ambientale e certezza dei traffici giuridici", in *Rass. Dir. civ.*, cit., p. 43 ss.

37 Da ultimo con la menzionata Corte cost., sent. n. 113/2018, in *www.dejure.it*.

fino alla recente sentenza n. 12570/2023, conferma come la cessazione dell'uso civico deve precedere qualsiasi procedimento espropriativo e che le occupazioni permanenti senza titolo costituiscono una compressione illegittima dei diritti collettivi. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 71/2020, ha altresì chiarito che la priorità della tutela dell'uso civico rispetto all'esproprio costituisce principio di rango costituzionale, in quanto assicura la conservazione dei valori collettivi e ambientali incorporati nel bene.

Un profilo di particolare rilievo riguarda l'interpretazione sistematica e teleologica adottata dal giudice: essa assume un ruolo metodologicamente cruciale nella realizzazione della funzione e della ratio delle norme. Infatti, l'interpretazione non può limitarsi a un approccio letterale o formale, ma deve armonizzare il diritto nazionale con i principi europei di tutela ambientale e paesaggistica, assicurando un equilibrio unitario tra esigenze infrastrutturali, interesse pubblico e conservazione dei beni collettivi. In tal senso, il giudice funge da vero e proprio operatore di mediazione normativa, garantendo che la funzione pubblicistica dei beni civici non venga elusa da silenzi legislativi o da interpretazioni restrittive³⁸.

L'analisi evidenzia, inoltre, come l'occupazione stabile dei terreni per infrastrutture elettriche, se priva di titolo autorizzativo specifico, integri una forma di espropriazione larvata, in contrasto con l'inalienabilità, imprescrittibilità e inusucapibilità dei beni civici, nonché con la tutela costituzionale dei valori ambientali. La Corte, valorizzando il principio di precauzione e di proporzionalità, riafferma che anche opere di indubbia utilità pubblica non possono sottrarsi al regime autorizzatorio previsto per i beni demaniali o equiparati, specie se comportano alterazioni permanenti della fruizione collettiva. Ciò rafforza la funzione dei beni civici come strumenti di tutela ambientale e collettiva, ponendo vincoli stringenti agli interventi privati o infrastrutturali.

Infine, l'indirizzo interpretativo in esame si configura come paradigma di lettura sistematica e unitariamente orientata del diritto, in cui la protezione dei beni civici assume valore strutturale e non meramente accessorio. La sentenza ribadisce che la piena fruizione collettiva, la stabilità della destinazione del bene e la necessità di una rigorosa legittimazione degli interventi sono principi inderogabili, consolidando una concezione di tutela rafforzata che collega strettamente il diritto civile alla funzione costituzionale dei beni comuni, e confermando l'uso interpretativo come strumento imprescindibile per realizzare la ratio della normativa in coerenza con l'ordinamento euro-unitario.

38 PERLINGIERI, P.: *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, p. 41 ss.. ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, Napoli, 2020, p. 1 ss.. ID., *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012, p. 113 ss.. nonché ALPINI, A.: *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, Napoli, 2018, p. 85 ss.

Nonostante la pronuncia ribadisca la prevalenza della tutela pubblicistica dei beni gravati da usi civici, permangono profili critici di ordine normativo e giurisprudenziale che meritano approfondimento. Sul piano normativo, il silenzio della legge 16 giugno 1927, n. 1766, riguardo all'installazione di infrastrutture permanenti sui terreni civici genera incertezza interpretativa: mentre una lettura letterale potrebbe escludere la necessità di autorizzazione, un approccio sistematico e costituzionalmente orientato (artt. 9 e 42 Cost.) impone di considerare ogni alterazione stabile della fruizione collettiva come subordinata a provvedimento espresso dell'autorità competente, in analogia ai principi applicabili ai beni demaniali e ai vincoli paesaggistici.

Sotto il profilo procedurale, il potere d'ufficio attribuito al Commissario per gli usi civici, pur essendo finalizzato alla tutela della collettività, pone interrogativi di compatibilità con il divieto di giurisdizioni speciali ex art. 102 Cost. e con il diritto al giusto processo di cui all'art. 111 Cost. La possibilità che il Commissario avvii procedimenti senza istanza dei privati o degli enti locali, sebbene giustificata dall'interesse pubblico, potrebbe comportare rischi di compressione della terzietà del giudice e di limitazione dei diritti di difesa.

Ulteriore profilo critico concerne la rigidità della presunzione di demanialità civica e l'inversione dell'onere della prova, che grava sul soggetto privato o sulla società concessionaria. In presenza di documentazione storica frammentaria o di atti di acquisizione non formalizzati, questa impostazione può determinare una compressione della buona fede e rendere problematico far valere titoli acquisiti, esponendo al rischio di espropriazione surrettizia.

Sul piano dell'applicazione concreta, la sentenza non definisce parametri operativi per la valutazione della compatibilità tra interventi infrastrutturali e diritti collettivi. La mancanza di criteri chiari per la sdemanializzazione o concessione di terreni civici può generare contenzioso, disomogeneità interpretativa tra giurisdizioni e incertezza per la pianificazione di opere pubbliche, in particolare per infrastrutture energetiche di rilevanza strategica.

In ultimo, la questione assume rilevanza anche in chiave europea: la disciplina nazionale, se applicata in maniera rigorosa, potrebbe entrare in tensione con i principi di proporzionalità, adeguatezza e sostenibilità sanciti dal diritto dell'Unione Europea, in particolare per opere di interesse pubblico transnazionale o di rilevanza ambientale³⁹. L'assenza di un coordinamento chiaro tra disciplina nazionale, principi costituzionali e vincoli europei rischia di compromettere la certezza del diritto e

³⁹ Emblematica, in tal senso, è stata la vicenda della linea ferroviaria Torino–Lione (c.d. TAV), che evidenzia il conflitto tra esigenze infrastrutturali strategiche e tutela ambientale e territoriale. Da un lato, il progetto rispondeva ad obblighi sovranazionali e direttive UE sui corridoi TEN-T mentre, dall'altro, esso si confrontava con vincoli interni volti alla protezione degli ecosistemi e del paesaggio.

la corretta attuazione di politiche pubbliche coerenti con la tutela del patrimonio naturale.

In conclusione, le criticità appena esposte evidenziano la necessità di un approccio interpretativo integrato, che contemperi la funzione collettiva dei beni civici con le esigenze di sviluppo infrastrutturale, garantendo la certezza giuridica e l'armonia con i principi costituzionali e comunitari. Tale lettura sistematica permette di leggere la disciplina degli usi civici anche come strumento di sostenibilità ambientale, poiché assicura che la realizzazione di infrastrutture non comprometta la conservazione degli ecosistemi, il paesaggio e la fruizione collettiva dei beni, in linea con i principi di sviluppo sostenibile e gestione responsabile delle risorse naturali.

In definitiva, la pronuncia in esame si colloca nel solco di un orientamento consolidato che riconosce la prevalenza della tutela pubblicistica e collettiva connessa agli usi civici su esigenze infrastrutturali prive di titolo legittimante, ribadendo la centralità del principio di destinazione perpetua dei beni gravati. Essa valorizza la funzione ambientale, sociale e identitaria del patrimonio civico, in linea con l'art. 9 Cost. e con le direttive eurounitarie in materia di protezione del paesaggio e delle risorse naturali.

Tuttavia, permane una rilevante lacuna normativa, segnatamente nella legge 16 giugno 1927, n. 1766, la quale non disciplina in maniera espressa l'installazione di infrastrutture permanenti sui terreni gravati da uso civico. Tale silenzio legislativo, se non colmato attraverso un'interpretazione costituzionalmente ed eurounitariamente orientata, rischia di generare incertezza applicativa. La mancanza di criteri chiari per valutare la compatibilità tra interventi infrastrutturali e diritti collettivi, nonché per disciplinare la sdemanializzazione o la concessione d'uso dei terreni civici può compromettere la certezza del diritto e ostacolare una programmazione infrastrutturale coerente. Colmare tale vuoto regolatorio mediante una disciplina organica che contemperi tutela dei beni collettivi e sviluppo delle opere pubbliche rappresenta, dunque, non solo un'esigenza di ordine giuridico, ma anche un imperativo di sostenibilità. Una regolamentazione chiara e bilanciata consentirebbe di garantire che ogni intervento sul territorio avvenga nel rispetto degli ecosistemi, della funzione paesaggistica e della fruizione collettiva, ponendosi come strumento essenziale per attuare i principi di sviluppo sostenibile e di gestione responsabile delle risorse naturali. In tal modo, la disciplina degli usi civici potrà continuare a svolgere la sua funzione storica di presidio dell'interesse collettivo, adattandosi però alle esigenze di un ordinamento moderno e integrato, capace di coniugare tutela e innovazione infrastrutturale in una prospettiva coerente con la transizione ecologica oramai in atto.

In questa prospettiva, la disciplina degli usi civici può essere letta anche quale espressione anticipatrice di modelli di gestione sostenibile delle risorse naturali, nei quali la dimensione collettiva della titolarità del bene consente di contemperare esigenze di sviluppo economico e tutela dell'ambiente, in linea con i principi costituzionali di protezione del paesaggio e dell'ecosistema e con gli obiettivi eurounitari di sviluppo sostenibile.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *I commissari liquidatori degli usi civici. Quale futuro?*, Atti dell'incontro di studio svoltosi a Forte dei Marmi il 14 giugno 1993, Milano, 1993.

AA.VV.: *Usi civici ed attività negoziale nella legalità costituzionale*, (a cura di L. Principato), Torino, 2018.

ALBANESE, R. A.: "Lo statuto costituzionale dei beni collettivi tra usi civici e circolazione della proprietà", nota a Corte costituzionale, 15 giugno 2023, n. 119 – Pres. Sciarra – Red. Navarretta, *Giurisprudenza italiana*, Milano, 2024.

ALPINI, A.: *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, Napoli, 2018.

BENSA, E. P.: "Delle servitù prediali", *Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino*, Napoli, 2025.

BONA, C.: "Usi civici, Libro terzo: Proprietà, l. 16 giugno 1927 n. 1766", *Comm. Cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 2021.

BRUTTI, N.: "Imposizione di elettrodotto e diritto al paesaggio", *Rass. Dir. civ.*, Napoli, 2/1997.

BURDESE, A.: *Le servitù prediali. Linee teoriche e questioni pratiche*, Padova, 2007.

CAIZZONE, G.: "Necessità di una riforma del processo davanti al commissario agli usi civici", *Gli usi civici. Realtà attuale e prospettive, Atti del Convegno di Roma, 1-2 giugno 1989*, Milano.

CARLETTI, F.: "Una nuova questione di costituzionalità in materia di usi civici", *Dir. e giur. agr.*, Roma, 1992.

CASAMASSIMA, E.:

- *Incontestabili i poteri di autotutela del Comune-nei confronti degli atti in danno del demanio civico*, nota a sentenza T.A.R. Basilicata Potenza, 17 novembre 1990, n. 187, *Giurisprudenza Italiana*, n. 6/1991, Torino.
- *La legislazione attuale in materia di usi civici: paralisi dell'azione amministrativa e sostanziale eliminazione della giurisdizione dei Commissari*, ivi, n. 9/1984.
- "Osservazioni e rilievi sul D. P. R. n. 616 del 1977 per quanto concerne gli usi civici", *Giur. Agr. It.*, Roma, n. 11/1979, Milano, 1979.
- "Soppressione giurisprudenziale del potere di promuovere d'ufficio giudizi di competenze commissariale", *Giust. civ.*, 1994, I.

CATALANI, P. M.: "La collocazione sistematica degli assetti fondiari collettivi in funzione del rapporto tra comunità e ambiente", *Arch. Scialoja-Bolla*, Napoli, 2014.

CERULLI IRELLI, V.:

- *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983.
- "Proprietà collettive, demani civici ed usi civici", AA.VV.: *"Un altro modo di possedere". Quaranta anni dopo*, Milano, 2017.

CERVALE, M. C.:

- "Poteri di disposizione dei beni collettivi: ragioni, limiti e prospettive", *Actualid. jur. iberoam.*, 2024.
- *Usi civici e domini collettivi. La proprietà plurale e il diritto civile*, Tratt. dir. civ. CNN, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2022.

CERVATI, G.:

- "A proposito dei demani di uso civico e della loro incommerciabilità", nota a Cass. civ., 12 dicembre 1953, n. 3690, *Giur. Cass. Civ.*, Milano, 1953, VI.
- "Aspetti della legislazione vigente circa gli usi civici e terre di uso civico", *Riv. trim. dir. pubbl.*, Pisa, 1967.
- "Il contenzioso in tema di usi civici e terre di uso civico (alcuni aspetti e problemi)", *La Giust. Amm.*, Milano, 1968.

COLAVITTI, G.: "Il commissario agli usi civici tra giurisdizione speciale e giurisdizione specializzata; spunti per una concezione plurale delle giurisdizioni", *Costituzionalismo.it*, 2018, fasc. I.

CONSOLO, C.: *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 2021, Torino.

DE LUCIA: "voce 'Usi civici' (dir. pub.)", *Digesto Pubbl.*, vol. XV, Torino, 1999.

DE RUGGERO: "La cosiddetta servitù di elettrodotto", *Riv. dir. comm.*, 1916.

DI GENIO, G.: *Gli usi civici nel quadro costituzionale (alla luce della legge n. 168 del 20 novembre 2017)*, Torino, 2019.

DI SALVO, E.: "Fine della giurisdizione speciale dei commissari per gli usi civici?", *Giust. civ.*, 1994, I.

DIBENEDETTO, T.: "Usi civici e domini collettivi: una definizione giuridica dei confini", *Dir. agr.*, 2019.

GERBO, F.: "L'orientamento della Corte costituzionale sugli usi civici: tra tutela del territorio e domini della collettività anche alla luce dell'art. 63-bis L. n. 108 del 29 luglio 2021", *Giurisprudenza Italiana*, Milano, 2021.

GERMANÒ, A.:

- "Intorno al processo su questioni attinenti a beni di uso civico", *Riv. dir. agr.*, Roma, 1992, II.
- "La tutela della natura civica delle terre e degli usi quale interesse pubblico generale: il «dictum» della Corte costituzionale", *Dir. giur. agr.*, Roma, 1993, I.
- "Procedimento sulla qualità demaniale delle terre e iniziativa officiosa del commissario agli usi civici", *Dir. e giur. agr.*, 1992.

GIAMPAOLINO, A. M.: "Natura dinamica della tutela della "comproprietà intergenerazionale" negli assetti fondiari collettivi", *Giurisprudenza Italiana*, Milano, n. 12/2020.

GIULIETTI, W.: "La gestione dei domini collettivi dopo la legge n. 168 del 2017", *Domini collettivi e usi civici*, Roma, 2018.

GROSSI, P.:

- *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006.
- "Proprietà (dir. interm.)", *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988.
- *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Giuffrè, Milano, 2017.

GROSSO E DEIANA: *Le servitù prediali*, Torino, 1936.

IANNI, D.:

- "Gli usi civici e i beni collettivi", *rivista.camminodiritto.it*, 2023.
- "La riscoperta degli «usi civici» tra tutela ambientale e certezza dei traffici giuridici", *Rass. Dir. civ.*, I/2024.

LEUZZI, A.: "La "sdemanializzazione" dei beni gravati da uso civico di dominio collettivo", *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Milano, 6/2023.

MARINELLI, F.:

- "Apologia degli usi civici e del loro giudice", *Rass. Dir. civ.*, diretta da P. Perlingieri, 3/2016, Napoli.
- "Assetti fondiari collettivi", *Enc. dir., Annali*, X, Milano, 2017.
- "De rerum natura. Usi civici e natura delle cose", AA.VV.: *Studi in onore di Antonio Cervati*, Roma, 2010, *passim*.
- "Dimensioni della proprietà collettiva. Gli usi civici tra privato, pubblico, collettivo e comune", *Riv. trim. dir. pubbl.*, Milano, 2022.
- "Giurisdizione d'ufficio del commissario degli usi civici: una coraggiosa sentenza delle sezioni unite", *Giust. civ.*, 1994, I.
- *Gli usi civici*, in *Tratt. Dir. civ. comm.* Cicu e Messineo.
- "Gli usi civici tra espropriabilità e tutela della circolazione giuridica. Corte costituzionale e Sezioni Unite a confronto", *Nuovo dir. civ.*, Napoli, 2023, 3.
- "Gli usi civici tra ideologia e diritto", *Riv. studi pol.*, 1990.
- "La Corte costituzionale e la tutela degli usi civici e dei domini collettivi", *Giurisprudenza Italiana*, Giugno 2019, Torino.
- "La proprietà come istituzione. 'Un altro modo di possedere' quarant'anni dopo", AA.VV.: *"Un altro modo di possedere". Quaranta anni dopo*, Pisa, 2018.
- "Trasporto di energia e vincoli ambientali", *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, Milano, anno V, n. 2/aprile-giugno 1988.
- *Usi civici. Aspetti e problemi delle proprietà collettive*, Napoli, 2000.
- "Usi civici e beni comuni", *Rass. dir. civ.*, 2013.
- "Usi civici, tutela dell'ambiente e poteri d'ufficio del commissario liquidatore", *Giust. Civ.*, 1995, I.

NERVI, A.: "Beni comuni, ambiente e funzione del contratto", M. Pennasilico (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale*, Napoli, 2016.

PAGLIUCA, R.: "Occupazione acquisitiva: nuovo titolo di acquisto e servitù di elettrodotto", *Rass. Dir. civ.*, Napoli, n. 3/1990.

PAOLICELLI, F.: "Il revirement delle sezioni unite della Corte di cassazione circa l'interpretazione della norma che regola i poteri del commissario per gli usi civici", *Giust. civ.*, Milano, 1994, I.

PARENTE, F.:

- "La liquidazione degli usi civici e il controllo sui vincoli alla circolazione", *Riv. dir. civ.*, Napoli, 2011, II.
- *Territorio ed eco-diritto: dall'ecologia ambientale all'ecologia umana. Sviluppo olistico del territorio e dimensione protettiva della vita*, Napoli, 2022.

PATERNÒ, G.: *La servitù di elettrodotto*, Milano, 2000.

PENNASILICO, M.: *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014.

PERLINGIERI, P.:

- *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992.
- *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, Napoli, 2020.
- *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012.

PETRONIO, U.:

- "I poteri d'ufficio del commissario agli usi civici tra legge e giurisprudenza", in *Dir. e giur. agr.*, 1992.
- "voce 'Usi civici'", *Enc. Dir.*, XLV, Milano, 1992.

PRESUTTI, E.: "La servitù di elettrodotto", *Foro.it.*, 1927.

POLITI, F.: *La circolazione dei beni di uso civico e la tutela costituzionale*, Roma, 2006.

RICCIOTTI, R.:

- "Il commissario agli usi civici", *Il Corriere Giuridico*, n. 11/1990.
- "La Consulta restituisce il potere d'iniziativa al commissario agli usi civici", *Il Corriere Giuridico*, n. 4/1995, Milano, p. 432, nota a sentenza a Corte cost., 20 febbraio 1995, n. 46.

RODOTÀ, S.: *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, 2a ed., Bologna, 1990.

SELVAGGI, C.: "Limite della servitù di elettrodotto, estensione dell'espropriazione per P.U.", *Acque, Bonifiche, costruzioni*, 1959.

Studio del Consiglio Nazionale del Notariato *Studio n. 27-2023/P - Questioni vecchie e nuove in tema di domini collettivi e usi civici. La legge 168-2017 all'attenzione della Corte costituzionale* di LAZZARA, P. (Approvato dalla Commissione Studi Pubblicistici il 01 febbraio 2023) pubblicato in data 02.08.2023 sul sito https://notariato.it/it/ufficio_studi/studio-n-27-2023-p-questioni-vecchie-e-nuove-in-tema-di-domini-collettivi-e-usi-civici-la-legge-168-2017-allattenzione-della-corte-costituzionale/.

INCAPACIDADES RELATIVAS PARA SUCEDER (ART. 753.2 CC) Y TUTELA CIVIL DE LAS PERSONAS VULNERABLES*

RELATIVE INCAPACITIES TO INHERIT (ART. 753.2 CC) AND CIVIL PROTECTION OF VULNERABLE PERSONS

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 402-419

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación "Criterios interpretativos de la reforma del Código Civil en materia de discapacidad (REFDIS)" CIAICO/2023/024 financiado por la Conselleria de Educación, Universidades y Empleo de la Generalidad Valenciana, del que son Investigadores principales los profesores José Ramón de Verda y Beamonte y María José Reyes López.

Almudena
CARRIÓN
VIDAL

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de mayo de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2026

RESUMEN: En el presente trabajo se trata la reforma introducida en el CC, por la Ley 8/2021, en materia de incapacidades relativas (prohibiciones) para suceder mortis causa (art. 753.2 CC). Se cuestiona el alcance de la reforma, limitativa de la capacidad de libre disposición mortis causa, de la persona que se encuentre viviendo en una residencia a favor del personal que la cuida y atiende o de la propia residencia. La posición que se defiende se fundamenta en la necesidad de una interpretación de la expresión "personas internadas por razones de salud o asistencia" atendiendo especialmente al espíritu y finalidad de la norma (art. 3.1.CC), en la necesidad de alterar el alcance de la presunción de captación de la voluntad del testador (de absoluta a relativa) y, finalmente, en la compatibilidad entre la situación del testador y la existencia, en su caso, de medidas de apoyo (curatela asistencial), lo que favorecería el considerar enteramente libre la disposición testamentaria.

PALABRAS CLAVE: Disposición testamentaria; incapacidad o prohibición para suceder; internamiento; presunción; captación de la voluntad.

ABSTRACT: *This paper addresses the reform introduced into the Civil Code by Law 8/2021 regarding relative incapacities (prohibitions) for inheritance (Art. 753.2 CC). It questions the scope of the reform, which limits the capacity to freely dispose of one's estate upon death, for individuals residing in a care facility, in favor of the staff who care for them or the facility itself. The position defended is based on the need to interpret the expression "persons interned for health or care reasons", paying particular attention to the spirit and purpose of the law (Art. 3.1 CC), the need to alter the scope of the presumption of undue influence on the testator's will (from absolute to relative), and, finally, the compatibility between the testator's situation and the existence, where applicable, of support measures (caregiving guardianship), which would favor considering the testamentary disposition entirely free.*

KEY WORDS: Testamentary disposition; incapacity or prohibition to inherit; internment, presumption; coercion.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.- 1. Referencia al Derecho histórico.- 2. El Código civil.- II. EL ART. 753.2 CC SURGIDO DE LA REFORMA POR LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO.- 1. Contenido.- 2. Encaje del art. 753.2 CC en el marco de las incapacidades relativas para suceder.- A) *¿Existe conexión entre las incapacidades relativas previstas en el CC con anterioridad y las introducidas por la Ley 8/2021?*- B) *Incompatibilidad moral como consecuencia del ascendiente sobre el testador del sujeto afectado por la incapacidad (art. 753.2 CC).*- 3. *¿Se está ante una respuesta legislativa excesivamente superficial?*- A) *Una polémica lejana.*- B) *El alcance cuantitativo del art. 753.2 CC desde la perspectiva del testador y de los afectados por la prohibición.*- III. CONVENIENCIA DE UN CAMBIO EN RELACIÓN CON LA NATURALEZA DE LA PRESUNCIÓN DE CAPTACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR.- 1. Introducción.- 2. *¿De presunción iuris et de iure a presunción iuris tantum?*- IV. “PERSONAS INTERNADAS POR RAZONES DE SALUD O ASISTENCIA” Y EXISTENCIA, EN SU CASO, DE MEDIDAS DE APOYO.- 1. La imprecisión de la formula legislativa.- 2. Existencia de medidas de apoyo como argumento a favor de cambiar, de absoluta a relativa, la presunción de captación de la disposición testamentaria en contravención del art 753.2 CC.- 3. *¿Se puede defender la existencia de presunciones de captación de distinta naturaleza en los arts. 754-756 CC?*- V. PROBLEMAS DE DELIMITACIÓN.- 1. *¿El internamiento como presupuesto determinante para hacer entrar en funcionamiento la limitación para disponer mortis causa prevista en el art. 753.2 CC?*- 2. *¿Internamiento en el que el legislador considera implícita la vulnerabilidad?*- 3. *¿Internamiento que, habitualmente, guarda relación natural con una situación de dependencia del testador?*- VI. CONCLUSIÓN.

I. ANTECEDENTES.

I. Referencia al Derecho histórico.

Nuestro Derecho histórico conoció diversos supuestos en los que un sujeto no podía recibir de un determinado causante, o únicamente hasta cierto límite. En algunos casos la razón de ello se encontraba en la posibilidad de que el sujeto afectado por la incapacidad ejerciera sobre el causante una influencia indebida a fin de lograr que éste dispusiera a su favor. En otros la incapacidad respondía a que, por razones morales, se trataba de salvaguardar los derechos de parientes más próximos o de los parientes legítimos frente a posibles impulsos del testador de favorecer al cónyuge, o a personas de su sangre que no fueran parientes legítimos.

2. El Código civil.

Las incapacidades relativas contempladas por el legislador de 1889 no podían encajarse en ninguno de los supuestos a que se ha hecho referencia. La protección del principio de libertad del testador se tradujo en la conservación por el CC únicamente de aquellas incapacidades “fundadas en la incompatibilidad moral entre la función ejercitada por una persona o la participación que tiene en el testamento por razón de su cargo u oficio y su condición de instituido”. De

I LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Derecho de Sucesiones. Parte General*, Bosch, Barcelona, 1961, pp. 254-255.

• Almudena Carrión Vidal

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil de la Universitat de València, Profesora- Tutora en UNED Valencia (Centro Francisco Tomás y Valiente). Correo electrónico: maria.a.carrión@uv.es.

esta forma, el ámbito de los afectados por la incapacidad se redujo de forma sensible, ya que no bastaba con la sola circunstancia de que el sujeto pudiera desplegar esa influencia dañosa, sino que para que esa posibilidad de Influencia fuere tomada en consideración, y determinase la incapacidad, era necesario además una circunstancia adicional que cualifica esa hipotética posibilidad de influir² (función ejercitada, o participación que tuviere en el testamento por razón de su cargo u oficio el sujeto que desplegar esa influencia), y determinante de dicha incompatibilidad moral con su condición de instituido en el testamento.

II. EL ART. 753.2 CC SURGIDO DE LA REFORMA POR LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO.

I. Contenido.

El art. 753 CC surgido de la reforma por la ley 8/2021 tiene un contenido complejo³. Comprende supuestos que tienen en común impedir la captación de la voluntad del testador, al margen de que, desde un punto de vista técnico, el precepto presente algunas cuestiones, especialmente, desde la perspectiva de ese peligro de captación de la voluntad testamentaria. También su lenguaje requiere de algunas precisiones⁴. Si bien, no hay duda de que la principal novedad del artículo se encuentra en su segundo párrafo, en el que el propósito del legislador se manifiesta de forma clara en el cambio de terminología, cambio que, sin afectar al fondo de la cuestión que contempla, es significativo de la preocupación que ha llevado a su redacción, ampliando el marco de las llamadas incapacidades relativas y limitando la libertad testamentaria de personas que se hallaren en determinadas circunstancias.

2 “Las incapacidades relativas tienen como finalidad, afirma ALVENTOSA DEL RÍO, J, “evitar la captación de la voluntad testamentaria del causante, sobre todo, en relación con personas que tienen una cercanía estrecha y de confianza con el mismo por lo que se considera que podrían influir en la toma de decisiones del testador. Estas incapacidades se establecen en el ámbito de la sucesión testada y afectan a determinadas personas en relación con un concreto testador”. ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “Reformas en el Derecho de sucesiones”, en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, (coord. por P. CHAPARRO MATAMOROS y A. BUENO BIOT), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 455.

3 Así, el párrafo segundo establece una prohibición para suceder referida a establecimientos y personas con aquellos relacionadas. Se establece una forma testamentaria determinada a efectos de favorecer a personas que prestan al testador servicios determinados (art. 753.2 CC). La reforma afecta también a las incapacidades relativas referidas al tutor y al curador (art. 753.1 CC).

4 Art. 753 CC: “Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela”. “Será nula la disposición hecha por las personas que se encuentren internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellos estuvieran internadas. También será nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos”. “Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga al causante sólo podrán ser favorecidas en la sucesión de este si se ordenan en testamento notarial abierto”. “Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder *ab intestato*”.

Frente a la terminología empleada en los demás supuestos de incapacidad relativa para suceder (“No producirán efecto las disposiciones testamentarias” (art. 752 CC); “Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria”, art. 753.I CC); “El testador no podrá disponer del todo o parte de su herencia” (art. 754 CC), tratándose de “personas que se encuentren internadas por razones de salud o asistencia en un establecimiento público o privado”, podemos decir que el legislador ha utilizado un lenguaje más contundente para describir la ineficacia de la disposición testamentaria otorgada por aquellas (“Será nula la disposición hecha por las personas”, art. 753.2 CC)⁵. Es obvio que lo que es nulo no produce efectos, pero el empleo de la expresión “Será nula la disposición” no se explica por una preocupación simplemente terminológica queriendo huir de la reiteración del “No producirá efecto”, sino por el propósito de destacar la novedad fundamental surgida de la reforma y contenida en ese párrafo segundo.

2. El encaje del art. 753.2 CC en el marco de las incapacidades relativas para suceder.

A) *¿Existe conexión entre las incapacidades relativas previstas en el CC con anterioridad y las introducidas por la Ley 8/2021?*

El párrafo segundo del art. 753 CC contempla supuestos que lo son de incapacidad para suceder (prohibiciones). Cuestión distinta es la de determinar si dichos supuestos tienen o no cabida en la que podríamos llamar *ratio* de las incapacidades relativas que tuvo en cuenta el legislador de 1889. ¿Existe identidad de razón entre aquellas (las incapacidades originarias del CC) y las ahora introducidas en el artículo al que se hace referencia? El interrogante no se puede resolver con la afirmación de que, tanto en aquellas como en estas, se estén contemplando supuestos que son de riesgo de captación de la voluntad del testador. Ello porque la misma figura de la incapacidad no responde únicamente a la existencia de riesgo de captación, sino además a la circunstancia de que ese riesgo se produzca en un ámbito concreto⁶, ámbito que es difícil entender que exista en todos los supuestos de peligro de captación contenidos en el art. 753. 2 CC.

B) *Incompatibilidad moral como consecuencia del ascendiente sobre el testador del sujeto afectado por la incapacidad (art.753.2 CC).*

A la incompatibilidad moral entre la función ejercitada por una persona o la participación que en el testamento tiene por razón de su cargo u oficio, y

5 Por tratarse de una norma limitativa de la capacidad para disponer es preferible entender que pese al empleo del término “disposición” su ámbito de aplicación se limite a las disposiciones *mortis causa*. Por una parte, esta interpretación haría coincidir la norma con las restantes incapacidades relativas, en las que se habla expresamente de “disposición testamentaria”. Por otra, es también adecuada para suavizar las excesivas consecuencias que, para la libertad de disposición, se contienen en ese art. 753.2 CC.

6 A la existencia de una “cercanía estrecha y de confianza” entre el sujeto que, potencialmente, podría desplegar su influencia y el testador, como fundamento del establecimiento de la incapacidad relativa, se refiere ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “Reformas”, cit., p. 455.

su condición de instituido, se refería LACRUZ, situando en dicha incompatibilidad moral el fundamento de la incapacidad⁷, pero, ¿es posible apreciar semejanzas entre, por ejemplo, el empleado del establecimiento público o privado en el que el testador estuviere internado por razón de salud o asistencia, y el sacerdote que hubiere confesado al testador durante su última enfermedad, o el notario que autoriza su testamento? ¿Se está realmente ante supuestos que requieran el mismo tratamiento por parte del legislador, consistente en la nulidad absoluta de la disposición testamentaria? ¿Existe idéntico riesgo de captación en unos y otros?

Los supuestos de incapacidad relativa que el Código preveía en su redacción originaria se fundamentaban, en la incompatibilidad moral pero esa incompatibilidad no puede entenderse al margen de la existencia de una posibilidad de influir sobre el testador, fundamentada, a su vez, en la autoridad o ascendiente que el afectado por la incapacidad para suceder tiene sobre aquél, aunque esa autoridad sea de diversa naturaleza según se tratara del confesor, tutor o curador, o del notario autorizante del testamento. No hay en aquella presencia de la idea de vulnerabilidad como justificativa de la sanción de nulidad de la disposición testamentaria y tampoco la hay en el art. 673 CC (“Sera nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude”). Considerar a aquella (la vulnerabilidad) como presupuesto necesario para hacer entrar en juego la nulidad ex art. 673 CC, llevaría a concluir que, no dándose la vulnerabilidad, sería válida la disposición testamentaria, pese a la existencia del dolo, la violencia, o el fraude⁸. No tiene nada que ver lo anterior con la enumeración del art. 753.2 CC (“cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas”). Aquí la posibilidad de influencia dañosa no tiene el mismo fundamento que el de las incapacidades previstas inicialmente⁹, que responden a una circunstancia diferente, la de la vulnerabilidad del testador, vulnerabilidad que el legislador deduce de la simple circunstancia del internamiento de aquél por razones de salud o asistencia en un establecimiento público o privado. Esto lleva a sospechar de la libertad de la disposición, sancionándola con nulidad¹⁰.

7 LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Derecho*, cit., p. 255.

8 Lo que significa desconocer la posibilidad de que esa vulnerabilidad se dé en el supuesto concreto de que se trata, pero sin llegar a tener carácter de presupuesto para la aplicación de la norma.

9 Aludiendo implícitamente a esta diferencia TORRES MORALES, E.: “A vueltas con el artículo 753 del Código Civil”, *El Notario del siglo XXI*, núm.126, 2026, quien parece diferenciar, por una parte, la existencia de una especial relación de superioridad y de dependencia del testador con el sujeto afectado por la incapacidad y, por otra, la alusión a que esa relación no sea estrictamente de superioridad o de dependencia sino psicológica (esta última podría dar lugar para aprovecharse de su posición captando la voluntad de testador).

10 El error legislativo se encuentra en la identificación entre persona “vulnerable” con persona “internada por razones de salud o asistencia en un establecimiento público o privado y en el mantenimiento de una presunción absoluta de la existencia de captación. Esta identificación (internamiento y vulnerabilidad) totalmente incorrecta, desde mi punto de vista, exigiría una disminución del rigor de la presunción, pasando ésta de absoluta a relativa.

Existe, por ello, una gran diferencia cualitativa entre los supuestos de incapacidad relativa previstos inicialmente y los surgidos de la reforma de 2021¹¹.

Al poner el acento en la vulnerabilidad del testador, deducida de su internamiento¹², la enumeración de los sujetos que podrían desplegar una influencia ilícita pierde importancia. Cualquiera de ellos pasa a ser sospechoso de haber influido ilícitamente en el otorgamiento a su favor de la disposición testamentaria. Deja de hacerse referencia a sujetos específicos y deja de atenderse a las posibilidades reales de que esa presunta captación haya existido o que provenga de un sujeto específico con ascendiente sobre el testador; sino que por el contrario se pasa a atender a la vulnerabilidad del testador. Por ello, no importa la existencia de la captación (al igual que sucede en las incapacidades tradicionales, en el caso de que se sostenga para todas ellas el carácter *iuris et de iure* de la presunción de captación). Por su vulnerabilidad, el legislador presume que la disposición no ha sido totalmente libre. Ello lleva a la nulidad de la disposición, aunque esta pretenda favorecer a un sujeto cuya influencia sobre el testador sea prácticamente inimaginable. Obviamente, este no es el mecanismo de las incapacidades relativas clásicas. En ellas el sujeto sospechoso de captación es siempre un sujeto específico (confesor, tuto, curador representativo, notario, etc...) a diferencia del amplio elenco del artículo surgido de la reforma de 2021 (“cuidadores que sean titulares, administradores o empleados”).

El eje sobre el que gira la norma no es el que podríamos llamar superioridad o ascendiente sobre el testador del afectado por la incapacidad (como en los supuestos clásicos), sino el de la vulnerabilidad de aquél que existe por el hecho mismo de internamiento.

El carácter objetivo propio de los supuestos tradicionales de las incapacidades relativas, y por el que se sostiene la nulidad de la disposición testamentaria por la sola circunstancia de hallarse el testador en el supuesto objetivo previsto por la norma, es muy diferente a la objetividad de la prohibición surgida de la reforma de 2021. En aquellas, ese carácter objetivo se fundamenta en un supuesto complejo, testador, por un lado, y, por otro, sujetos determinados para los que el legislador extiende la sospecha de captación (confesores, tutores, curadores, notarios, etc., en el ejercicio de las funciones propias de aquellos). Por el contrario, en aquella a la que se hace referencia, esa objetividad deja de apoyarse en un supuesto complejo, en que, aparte del testador, los restantes sujetos del supuesto

11 Es evidente que existe una importante diferencia entre la influencia que, en su caso, puede desplegar sobre el testador el confesor, el notario o el tutor, y la que pueda provenir de un empleado del establecimiento en el que el testador se encontrara internado. Son supuestos de incapacidad relativa pero no se encuentran en el mismo plano.

12 “Internamiento” del sujeto y “vulnerabilidad” del mismo no son términos coincidentes. Las referencias a la ancianidad, a las consecuencias de aquella, o a las enfermedades psíquicas, como determinantes de una situación vulnerable de la persona, no permiten establecer la ecuación: internamiento= vulnerabilidad

pierden sensiblemente relevancia. Podríamos decir que el centro de atención es exclusivamente el sujeto internado¹³.

La amplia enumeración de sujetos afectados por la incapacidad (“cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas”, y también los citados establecimientos), no resulta llamativa si tenemos en cuenta ese cambio de enfoque.

Si ese acento se pone en la vulnerabilidad que surge del hecho mismo de internamiento, la enumeración de los sujetos incapaces para suceder deja de ser relevante. No puede hablarse de incompatibilidad moral. Para sancionar con nulidad la disposición testamentaria no es necesario que se dé tal incompatibilidad, incompatibilidad que no resultaría fácil de apreciar, y que, previsiblemente, no se dará, por ejemplo, respecto de un miembro del personal de limpieza del establecimiento que resulte favorecido en el testamento, o de un administrador, cuyas labores normalmente se realizarán en ámbitos alejados del lugar físico en el que el testador se encuentra, máxime cuando se trate de establecimientos residenciales o asistenciales de gran tamaño, o integrantes de una cadena¹⁴. El ámbito de aplicación de la norma es tan excesivamente extenso que acaba sin tener sentido.

3. ¿Se está ante una respuesta legislativa excesivamente superficial?

Si ya con referencia a los arts. 752 a 754¹⁵ CC en su redacción originaria, con sujetos claramente delimitados (confesor, notario, tutor), se planteaba la cuestión acerca de si el criterio del legislador (nulidad absoluta de la disposición que contraviniera cualquiera de las incapacidades previstas en aquellos) podía calificarse como excesivamente superficial¹⁶, ¿qué decir del 753.2 CC en el que se establece una total equiparación entre internamiento y vulnerabilidad, y, además, se amplía significativamente el ámbito de los afectados por la incapacidad relativa

13 “Para el legislador el internamiento no es solo ocasión de la captación de la voluntad, sino que determina, por sí misma, la incapacidad relativa contemplada en el art. 753, párrafo 2º del Código Civil”. Hay una errata en el texto. Lo que determina la incapacidad relativa es el internamiento. Así, PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á.: *La reforma del artículo 753 del Código Civil*, Aranzadi, Cizur Menor Navarra, 2023, p. 55. Según este autor no hay diferencia si ese internamiento es involuntario o voluntario. En ambos casos, el sujeto resulta afectado por la prohibición, aunque si se tratase de un internamiento voluntario podríamos decir que tal prohibición es autoimpuesta, ya que le será de aplicación por el hecho mismo de hallarse internado en un establecimiento como los descritos. Sobre el tema, también, GARCÍA PÉREZ, C. L.: “Libertad y capacidad para otorgar testamento de la persona mayor internada en centro sanitario o geriátrico”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 24, 2026, pp. 564-589.

14 En esta línea, se dice que la captación de la voluntad que se trata de evitar resulta más propicia cuando media un internamiento actual que favorece la relación directa con el testador, PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á.: *La reforma*, cit. p. 57.

15 La referencia al curador del testador en el párrafo primero del art. 753 CC en su redacción anterior a la vigente se introdujo por la LO 1/1996, de 15 de enero.

16 LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Derecho*, cit., p. 255.

A) *Una polémica lejana.*

En su Derecho de sucesiones. Parte General, aludía LACRUZ a las varias opciones que tuvo el legislador del CC al tiempo de su promulgación en materia de incapacidades relativas: “Podía haber optado la ley por abrir camino simplemente a la impugnación por captación de voluntad, con todas las dificultades de prueba que lleva consigo; podía, igualmente, haber invertido la carga de la prueba, y haber presumido la captación de voluntad, *iuris tantum*, en cuanto al confesor, tutor, notario o testigos, favorecidos en el testamento; pero yendo más allá, y para evitar litigios, ha preferido cortar por lo sano y prohibir a tales personas que tengan parte en la herencia”¹⁷.

La cuestión que se planteaba tras la reforma del 2021 es si la sanción de nulidad absoluta para la disposición testamentaria que contravenga la incapacidad se presentaba como excesivamente superficial ya en 1889, ¿qué decir si se limita la capacidad de libre disposición *mortis causa*, impidiendo que cualquier persona que se encuentre viviendo en una residencia pueda ordenar ningún tipo de disposición testamentaria a favor del personal que la cuida y atiende o de la propia residencia?¹⁸.

Considero que el problema y la respuesta al mismo no puede hacerse al margen del cuestionamiento del sistema de legítimas del CC que ya implica una limitación considerable al principio de libertad testamentaria. Limitación a la que se añade, sin causa que la justifique, la contenida en el párrafo segundo del art. 753 CC.

B) *El alcance cuantitativo del art. 753. 2 CC desde la perspectiva del testador y de los afectados por la prohibición.*

Al principio de este trabajo se hizo hincapié en la existencia de una diferencia cualitativa entre aquellos supuestos de incapacidades relativas previstos por el CC en su redacción originaria y los introducidos tras la reforma por la Ley 8/2021. No puede compararse la influencia que sobre el testador puede desplegar un sacerdote católico (a través de la confesión)¹⁹, o un ministro religioso de otra confesión, o incluso un psiquiatra o un psicólogo, con la que pueda provenir de un empleado del establecimiento público o privado en el que el testador estuviere internado. Pensemos también en los administradores del establecimiento, afectados por la incapacidad, que probablemente no sean ni siquiera conocidos personalmente por el testador, especialmente cuando se trate de macro establecimientos residenciales,

¹⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Derecho*, cit., p. 255

¹⁸ Es muy probable que los Tribunales no suavizarán la prohibición y la aplicarán literalmente a toda persona que haya ingresado en una residencia, clínica u hospital, cualquiera que sea la razón que las haya llevado allí. En este sentido, TORRES MORALES, E.: “A vueltas”, cit.,

¹⁹ Es evidente que la influencia sobre la voluntad del testador de un ministro religioso católico o de otra confesión debe ser apreciada en el contexto social de que se trate.

en los que la captación, en caso de producirse, se realizaría a través de persona interpuesta. No se excluye la posibilidad de que, en hipótesis, la captación pueda producirse, sino de apreciar esa diferencia cualitativa a que se ha hecho referencia antes.

Además de lo anterior, las diferencias cuantitativas entre los supuestos de incapacidades relativas previstos originariamente y los introducidos después son también relevantes desde una doble perspectiva: desde la del testador y desde la de los afectados por la incapacidad relativa.

Un sector del Notariado ha señalado la enorme trascendencia social de la reforma, si se la contempla desde la perspectiva del límite a la libertad de disposición²⁰, dada la circunstancia (difícil de cuestionar)²¹ de que una gran parte de la población acaba de un modo u otro al fin de sus días internado en un establecimiento de salud o asistencial²². Se está ante una limitación de la libertad testamentaria destinada a alcanzar a un gran número de personas, circunstancia en que parece no haber reparado el legislador.

A lo anterior se añade que el concepto utilizado con seguridad por el legislador es el de internamiento porque si se entiende que también se presenta indubitado el de “por razones de salud o asistencia”, atribuyendo la condición de vulnerable a cualquier persona internada por las razones anteriores en un establecimiento público privado, limitando la libertad testamentaria de aquella de modo considerable, la conclusión resulta absurda.

También desde la perspectiva de los afectados por la prohibición la enumeración se amplía de manera considerable. A los ya contemplados se añaden: los “cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del

20 Temiendo en cuenta que los Tribunales no suavizarán la prohibición, aplicándola literalmente a toda persona que haya ingresado en una residencia, clínica u hospital, cualquiera que sea la razón que las haya llevado allí, TORRES MORALES, E: “A vueltas”, cit., “a tales personas no les quedará más vía que anticipar en vida las liberalidades que por gratitud deseen realizar a favor de tales establecimientos o de sus cuidadores”. Con el propósito de evitar las consecuencias de lo anterior pretende adoptar otro enfoque tratando estas normas, no desde la perspectiva del favorecido con la disposición (incapacidades para suceder) sino desde la perspectiva del testador, como un límite a su capacidad de disposición *mortis causa*. Si se entiende que el art. 753 CC es expresión del art. 12.4 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad del 12/12/2006, se ha de concluir que las salvaguardas a las que el artículo se refiere deberán venir adaptadas a las circunstancias de la persona. El punto de vista de TORRES MORALES, E.: “A vueltas”, cit., es el de que el enfoque con el que la generalidad de la doctrina contempla la aplicación de la norma “parece no respetar precisamente la necesaria adaptación a las concretas circunstancias de cada persona”.

21 La incorporación de la mujer al mundo laboral, las dificultades para el acceso a una vivienda y las escasas dimensiones de estas, unidas al mayor grado de longevidad, y las necesidades de muchas personas de cuidados médicos o asistenciales específicos que no les pueden ser prestados en sus domicilios, llevan de forma necesaria al ingreso de aquellas en centros residenciales especializados en tales cuidados.

22 TORRES MORALES, E.: “A vueltas”, cit.,

establecimiento público o privado en el que aquellos estuvieran internados”)²³. Parece que el propósito del legislador fue el de estigmatizar con la prohibición a un amplio elenco de personas que tengan relación con tales establecimientos y que pueda calificarse como continua o estable (pensemos, por ejemplo, en el término “empleados”).

En resumen, el legislador pretendió ser doblemente exhaustivo en la formulación: desde la perspectiva de los testadores a los que se limita su libertad testamentaria (“toda persona internada por razone de salud o asistencia”, sin más especificaciones), y también, desde la de los afectados por la prohibición (“cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento”).

III. CONVENIENCIA DE UN CAMBIO EN RELACIÓN CON LA NATURALEZA DE LA PRESUNCIÓN DE CAPTACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR.

I. Introducción.

No hay duda de que la sanción establecida en el párrafo segundo del art. 753 CC para aquellas disposiciones testamentarias que lo contravengan es la de la nulidad absoluta de la disposición²⁴. Si esta premisa resultaba incuestionable para la redacción originaria del Código, en el que la nulidad absoluta se deducía de las expresiones “No producirán efecto” (art. 752 CC); “Tampoco surtirá efecto” (art. 753 CC); “El testador no podrá disponer” (art. 754 CC), menos puede pensarse en un cambio de dirección teniendo en cuenta las fórmulas empleadas tras la reforma (“Sera nula disposición hecha por las personas”). No se cambia el fondo, pero sí la forma, buscándose de manera intencionada un cambio de termino para reforzar la idea que al legislador le interesaba destacar, optándose por una fórmula más enérgica.

2. ¿De presunción *iuris et de iure* a presunción “*iuris tantum*”?

Un cambio en tipo de presunción (de *iuris et de iure* a simplemente *iuris tantum*) puede ser una opción defendible, tratando de atenuar la trascendencia negativa de art. 753.2 CC: la prohibición dejaría de entrar en funcionamiento cuando se probare que la disposición testamentaria respondió a una voluntad

23 Las dudas en relación con el alcance de la fórmula utilizada por el legislador son más aparentes que reales: “a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores.”. Lo que realiza la norma es utilizar una expresión genérica, la de “cuidadores” y en la que el legislador engloba “titulares”, “administradores” y “empleados” del establecimiento. Para el legislador, los anteriores, son “cuidadores”; denominación genérica que los engloba a todos. También es “cuidador” el titular del establecimiento, el administrador y el empleado. A estos les afecta la prohibición. No parece, por tanto, que inclinarse por la supresión del inciso “que sean”. Se afirma, de esta manera, la existencia de otros “cuidadores” que, sin embargo, no sean titulares, administradores, ni empleados del establecimiento, y a los que no afecta la prohibición.

24 El criterio de la nulidad absoluta para el caso de contravención es unánime. Entre las aportaciones más recientes defendiendo que se trata de un supuesto de nulidad absoluta, ALVETOSA DEL RIO, J.: “Reformas”, cit., p. 458.

libre y consciente del causante²⁵. Dicho cambio por lo que refiere al alcance de la presunción beneficiaria al testado ya que mantendría intacta su capacidad de libre disposición *mortis causa*, Además, beneficiaria, también, a los sujetos afectados por la prohibición al poder destruirse la prohibición por prueba en contrario, lo que les permitiría beneficiarse de una disposición testamentaria totalmente válida.

Si partimos de la idea de que limitar el alcance de la presunción, de absoluta a relativa, o *iuris tantum*, fue una opción defendida por la doctrina con referencia al bloque de las llamadas incapacidades relativas, no parece sorprendernos que, tras una reforma en la materia del alcance de la introducida por la Ley 8/2021, se mantenga ese cambio en la naturaleza de la presunción. Si se defendió su posibilidad para las tres (confesor, tutor, notario), ¿por qué no hacerlo para el art. 753.2 CC?, favoreciendo las posibilidades dispositivas de un testador sujeto a un sistema de legítimas que le constriñe más allá de lo razonable?

Lo anterior no significa ignorar las dificultades que la destrucción de la presunción de captación pueda acarrear y lo extraño que pueda resultar la admisión de una presunción de distinta naturaleza en unos y otros supuestos de incapacidad relativa. Si bien, esa diversa naturaleza de la presunción se sostuvo con anterioridad a la reforma entre el art. 752 CC y los arts. 753 y 754 CC, alcance *iuris tantum* en el primero e *iuris et de iure* en los otros dos artículos²⁶.

La opción legislativa entre uno u otro alcance de la presunción de captación es solo una opción del legislador²⁷, por lo que puede afirmarse que ese alcance no ha de ser necesariamente el mismo en lo que se refiere el art. 753.1 CC (tutor o curador representativo del testador) que para el art 753.2 CC (cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas).

25 Este punto de vista fue defendido, en orden a una adecuada interpretación del art. 752 CC, por DÍAZ ALABART, S.: "Comentario al artículo 752 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), Tomo X, Volumen I. Artículos 744 a 773 del Código Civil, Madrid, Edersa, Madrid, 1987. p. 116 y 147. "Se presume la captación, así que la disposición es impugnabile, mientras que no se demuestre que no hubo captación". "Probada la no captación de la voluntad del testador por el confesor, valdrá la disposición a favor de éste". Por el contrario, tratándose del tutor (art. 753.1 CC redacción originaria), la ineficacia de la disposición se establecía simplemente por el hecho del otorgamiento de la disposición en las condiciones del artículo. Idéntica posición, la de la nulidad absoluta, se mantiene en lo relativo a la disposición en favor del notario o de sus familiares. Tras la reforma por la Ley 8/2021, es evidente que la conveniencia de cambiar la naturaleza de la presunción de captación de absoluta a relativa, es decir de *iuris et de iure* a simplemente *iuris tantum*, sólo puede defenderse para los sujetos enumerados en el párrafo segundo del 753 CC. En lo que se refiere a los art. 752.1, 753 y 754 CC, no se entra en si hubo o no captación, y, en consecuencia, no se podría defender la validez de la disposición aunque se probare que aquella no se produjo.

26 DÍAZ ALABART, S.: "Comentario", cit., pp. 116,147 y 187.

27 LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Derecho*, cit., p. 255.

La amplitud exagerada de la prohibición contenida en ese párrafo segundo, junto a esa diferencia cualitativa entre esta y las prohibiciones clásicas, justificarían lo dicho anteriormente.

IV. “PERSONAS INTERNADAS POR RAZONES DE SALUD O ASISTENCIA” Y EXISTENCIA, EN SU CASO, DE MEDIDAS DE APOYO.

I. La imprecisión de la fórmula legislativa.

Las finalidades fundamentales de la reforma en materia de incapacidades relativas son dos. “Por una parte, adecuar el texto del precepto a los principios establecidos en la Ley 8/2021 en relación con las personas con discapacidad, y, por otra, extender dicha prohibición a otros sujetos distintos del curador, pero relacionados con la persona con discapacidad”²⁸. Sin embargo, la conexión del art. 753.2 CC con la terminología de la Ley 8/2021 no es clara. Es evidente que no hay equivalencia entre persona internada por razón de salud o asistencia en un establecimiento público o privado y persona discapacitada. Es posible que el internado no sea discapacitado, y si lo fuera podrían entrar en juego medidas de apoyo ya que el art. 753.2 CC es totalmente compatible con la existencia de medidas de apoyo (curatela meramente asistencial²⁹, o guarda de hecho).

En el caso de que exista alguna de estas medidas de apoyo, curatela asistencial, o guarda de hecho se aplicará el párrafo 3º del 753 CC, y el curador meramente asistencial³⁰ o el guardador de hecho solo podrán ser favorecidos en la sucesión del causante si esta se ordenara en testamento notarial abierto. De la misma manera, estará dentro de las prohibiciones, la disposición testamentaria que, en su caso, se hiciere a favor del curador representativo (art. 753.1º CC). Si bien, no nos interesa ni el supuesto contemplado en el art. del 753.I CC, ni tampoco la sucesión de la “persona física que preste servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga al causante” (art. 753.3º) sino el papel de curador representativo, meramente asistencial o, incluso, un guardador de hecho a efectos de evitar o detectar maniobras captatorias por parte de los sujetos enumerados en el art. 753.2 CC.

28 ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “Reformas”, cit., p. 455.

29 Sobre la curatela, alude ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “El nuevo régimen legal de la curatela”, en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (Coord. por P. CHAPARRO MATAMOROS y A. BUENO BIOT), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 147, al carácter estable y subsidiario de la curatela. Dicha medida se establece cuando la persona con discapacidad requiere una medida de apoyo de carácter continuado que sólo entrará en juego en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona necesitada de apoyo.

30 Pese a que la distinción entre curatela representativa y meramente asistencial es generalmente aceptada, el legislador no distingue distintas figuras de curatela sino solo las funciones que puede asumir el curador, en este sentido ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “El nuevo régimen”, cit., p. 148.

Desde este ámbito, la existencia de una medida de apoyo no interfiere con la función propia del notario. La intervención notarial en el supuesto recogido en el art. 753 CC.3 pone de relieve que, en los casos allí recogidos, la voluntad del testador puede no estar captada, pero, aun así, es evidente que la intervención notarial y la del curador representativo o del meramente asistencial son diferentes en el tiempo. La notarial se refiere al momento del otorgamiento, sin posibilidad para detectar, en su caso, la existencia de captación de la voluntad del testador. Por el contrario, la del curador representativo o meramente asistencial se prolonga en el tiempo y es adecuada para impedir la existencia de maniobras captatorias que por su propia naturaleza implican influencia continuada o prolongada sobre la voluntad del testador.

El supuesto que el legislador trata de evitar en ese art. 753.2 CC es la captación de la voluntad de la persona internada y ello a través del establecimiento de una presunción absoluta de captación para la disposición testamentaria ordenada a favor de las personas o entidades mencionadas en aquél. Se trata así de evitar cualquier propósito de testar a favor de cualquiera de los sujetos enumerados en ese art. 753.2 CC.: La disposición testamentaria, en caso de hacerse, será nula, sin que exista posibilidad de probar la inexistencia de captación. Aunque se probare esa inexistencia, aquella no producirá efecto.

La existencia de medidas de apoyo junto al cambio de alcance de la presunción (de absoluta a relativa o meramente *iuris tantum*) amplía la libertad de disposición del testador (al poder disponer favor de cualquiera de los sujetos mencionados en ese párrafo segundo). Además, la prueba de inexistencia de captación o influencia indebida se facilita por la existencia de la medida de apoyo que impediría esas maniobras captatorias. La captación no se desconecta de un proceso en el tiempo ya que el sujeto que realiza la captación ha de mantener un contacto seguido con el sujeto sobre el cual despliega la influencia indebida, pero, frente a esta continuidad en la actividad captatoria, el mantenimiento, a la vez, de la medida de apoyo (curatela) impediría el despliegue de esas maniobras de captación.

2. La existencia de medidas de apoyo como argumento a favor de cambiar, de absoluta a relativa, la presunción de captación de la disposición testamentaria en contravención del art. 753.2 CC.

La entrada en funcionamiento de medidas de apoyo no puede desconectarse de la libertad a del testador ni del carácter personalísimo del negocio jurídico testamentario, siendo estas barreras a influencias indebidas sobre el causante. Esas tareas de cuidado deben tener una trascendencia mayor de la que indica literalmente el término. El desarrollo de las tareas propias de un curador representativo, asistencial o un guardador de hecho podrían ser de utilidad en lo relativo a detectar e impedir maniobras captatorias sobre el testador.

En tal sentido el art. 282.2 CC dispone que “Una vez en el ejercicio de la curatela, (el curador representativo o meramente asistencial) estará obligado a mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo y a desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida”. Los párrafos tercero y cuarto del citado artículo establecen a su vez que “El curador asistirá a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias” (art. 282.3 CC); “El curador procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones” (art. 282.4 CC).

Se describe un ámbito general de actuación del curador en el que se encuadrará el propio contenido de la curatela.

Además, la existencia de la curatela puede ser compatible con otras medidas de apoyo, como la guarda de hecho (art. 263 CC) aunque para aplicación de la guarda de hecho (existiendo medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial) es necesario que aquellas “no se estén aplicando eficazmente”.

3. ¿Se puede defender la existencia de presunciones de captación de distinta naturaleza en los arts. 752 a 754 CC?

La respuesta a esta pregunta debería ser afirmativa. No hay contradicción en la circunstancia de que, para los arts. 752, 753.1 y 754 CC, la presunción de captación sea absoluta, mientras que para el art. 753.2 CC sea *iuris tantum*, con la consiguiente inversión de la carga de la prueba, precisamente por la diferente naturaleza de los supuestos contemplados en aquellos. La protección de la libertad de testar, junto a la excesiva amplitud de la enumeración de sujetos afectados por la prohibición en ese párrafo segundo, permite afirmar la existencia de distinto régimen jurídico para el art. 753.2 CC (presunción *iuris tantum*). Como se ha dicho anteriormente, la entrada en juego de las medidas de apoyo (en supuestos de discapacidad) implicaría la necesidad de esa diversidad de régimen³¹.

31 Es importante tener presente que el tema del alcance de la presunción de captación en las llamadas incapacidades relativas no es unánime en la doctrina. LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Derecho*, cit., p. 255, se refería a las variadas opciones por las que el legislador podía haberse decantado, sin tomar partido por ninguna de ellas, de lo que se deduce que el autor no consideraba equivocada ninguna de ellas para cualquiera de los supuestos de incapacidad relativa contemplados por el legislador. Por tanto, se podía haber optado “simplemente por la impugnación por captación de voluntad; podía igualmente haber invertido la carga de la prueba, o entender que el incapaz lo será, aunque pruebe que la disposición respondía a una voluntad libre y consciente del causante. Esta fue la opción elegida para los tres supuestos de incapacidad relativa; pero pudo haberlo sido cualquiera de las otras dos opciones. Posteriormente, el planteamiento de la cuestión se formuló de forma diferente por parte de DÍAZ ALABART, S.: “Comentario”, cit., pp. 116 y 147, defendiendo distinto régimen para los arts. 752 y 753 CC, inversión de la carga de la prueba para el primero, y sosteniendo para el segundo la nulidad absoluta de la disposición sin posibilidad de prueba en contrario. Tras la reforma de la Ley 8/2021, la cuestión sobre el alcance de la presunción ha vuelto a plantearse, PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: *La reforma del artículo 753 del Código Civil. La sucesión a favor de establecimientos, cuidadores, tutores y cuidadores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 28 y ss.

V. PROBLEMAS DE DELIMITACIÓN.

1. ¿El internamiento como presupuesto determinante para hacer entrar en funcionamiento la limitación para disponer *mortis causa* prevista en el art. 753.2 CC?

El art. 753.2 CC se fundamentaría en una circunstancia objetiva a la que vincula la incapacidad para suceder de ciertas personas: la situación de internamiento del testador; siendo los afectados por la incapacidad para suceder ciertas personas que realizan su función o tarea en el establecimiento en el que aquel estuviera internado, así como el mismo establecimiento. El internamiento aparece como presupuesto determinante para aplicar la incapacidad relativa prevista en el párrafo 2º.

2. ¿Internamiento en el que el legislador considera implícita la vulnerabilidad?

Según dicha argumentación, el legislador consideraría implícita en el internamiento la vulnerabilidad frente a las interferencias de terceros en la formación de la voluntad testamentaria. Es decir, el internamiento determina por sí mismo la vulnerabilidad. No hace falta ninguna circunstancia adicional. El sujeto internado es, por su propia condición, vulnerable. La aplicabilidad de la limitación de su capacidad para disponer *mortis causa* se justifica, únicamente, en el requisito del internamiento.

3. ¿Internamiento que, habitualmente, guarda relación natural con una situación de dependencia del testador?

De acuerdo con la argumentación anterior; la situación habitual de dependencia del testador internado no es una circunstancia que tenga que darse necesariamente para aplicar la limitación para disponer, añadiéndose al hecho objetivo del internamiento que no sería relevante sin aquella. Esto es lo que ocurriría en la mayoría de los casos, pero atendiendo al criterio del legislador no se es vulnerable por ser un internado dependiente sino simplemente por la circunstancia del internamiento, si bien lo que habitualmente sucederá es que el sujeto internado sea también dependiente³².

VI. CONCLUSIÓN.

Mi opinión acerca la reforma introducida en el régimen de las llamadas incapacidades relativas para suceder *mortis causa* es más bien desfavorable.

32 PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á.: *La reforma*, cit., p. 52.

La incapacidad relativa creada por la reforma del CC (Ley 8/2021) introduce un supuesto de prohibición para suceder por causa de muerte que se separa sensiblemente de los existentes con anterioridad. Se crea una limitación dispositiva excesivamente amplia. El número de personas afectadas (según el tenor literal de la norma, las “internadas por razones de salud o asistencia en establecimientos públicos o privados”, que deseen otorgar algún tipo de disposición testamentaria a favor del personal que les cuida y atiende) tenderá seguramente a aumentar por el alargamiento en la esperanza de vida y los cambios sociales y económicos.

En todo caso, se entiende que la expresión “personas internadas” se refiere únicamente a aquellas que no hayan ingresado de manera voluntaria en tales establecimientos.

La conveniencia de un cambio en la naturaleza de la presunción de captación (de absoluta a relativa) permite flexibilizar su régimen al permitir la prueba de la inexistencia de captación de la voluntad del testador.

La función notarial junto a la existencia, en su caso, de medidas de apoyo (voluntarias o legales) aparecen como como suficientes para evitar la captación de la voluntad del testador.

BIBLIOGRAFÍA

ALVENTOSA DEL RÍO, J.:

- "El nuevo régimen legal de la curatela", en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (coord. por P. CHAPARRO MATAMOROS y A. BUENO BIOT), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- "Reformas en el Derecho de sucesiones", en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, (coord. por P. CHAPARRO MATAMOROS y A. BUENO BIOT), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

DÍAZ ALABART, S.: "Comentario al artículo 752 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*" (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), Tomo X, Vol. I, Artículos 744 a 773 del Código Civil, Madrid, Edersa, Madrid, 1987.

GARCÍA PÉREZ, C. L.: "Libertad y capacidad para otorgar testamento de la persona mayor internada en centro sanitario o geriátrico", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 24, 2026.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Derecho de Sucesiones. Parte General*, Bosch, Barcelona, 1961.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á.: *La reforma del artículo 753 del Código Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2023.

TORRES MORALES, E.: "A vueltas con el artículo 753 del Código Civil", *El Notario del siglo XXI*, núm.126, 2026.

VULNERABILITÀ SENILE E LIBERTÀ TESTAMENTARIA: UN CONFRONTO TRA ITALIA E SPAGNA*

VULNERABILITY IN OLD AGE AND TESTAMENTARY FREEDOM: A COMPARISON BETWEEN ITALY AND SPAIN

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 420-459

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación "Impacto social de la tutela civil de las personas con discapacidad" (PID2023-151835OB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España, del que son Investigadores principales los Profesores José Ramón de Verda y Beamonte y Pedro Chaparro Matamoros.

Giovanna
CIRILLO

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de junio de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2026

RESUMEN: Il saggio affronta l'attuale e dibattuto tema della vulnerabilità senile in ambito successorio, con particolare riferimento al rischio di captazione delle ultime volontà del disponente da parte di chi gli presta assistenza nell'ultimo periodo di vita. La questione si colloca nel delicato bilanciamento tra l'esigenza di protezione da possibili abusi e la necessaria salvaguardia dell'autonomia decisionale del singolo. Mentre l'ordinamento italiano si affida a rimedi successivi (ex post) rispetto alla redazione della scheda testamentaria, quali l'annullamento per dolo o per incapacità naturale, la Spagna ha recentemente optato per un cambio di paradigma. Attraverso la nuova formulazione dell'art. 753 CC, introdotta dalla legge n. 8 del 2021, il legislatore spagnolo ha adottato un sistema di tutela preventivo (ex ante) configurando specifiche ipotesi di incapacità relativa di succedere volte a preservare la spontaneità e la genuinità dell'atto di ultima volontà.

PALABRAS CLAVE: Vulnerabilidad; testador vulnerable; nulidad del testamento; captación; dolo; capacidad de querer y entender; incapacidades relativas para suceder.

ABSTRACT: The essay addresses the current and debated issue of elderly vulnerability in inheritance law, with specific reference to the risk of captation of the testator's last will by those providing assistance in the final period of life. The matter lies within the delicate balance between the need for protection against potential abuse and the necessary safeguarding of the individual's decision-making autonomy. While the Italian legal system relies on subsequent (ex-post) remedies regarding the drafting of the will—such as annulment for fraud (dolo) or natural incapacity—, Spain has recently opted for a paradigm shift. Through the new wording of Article 753 of the Civil Code, introduced by Law No. 8 of 2021, the Spanish legislator has adopted a preventive (ex-ante) system of protection, establishing specific cases of relative incapacity to succeed aimed at preserving the spontaneity and genuineness of the act of last will.

KEY WORDS: Vulnerability; vulnerable testator; invalidity of the will; undue influence; fraud; natural incapacity; relative incapacities.

SUMARIO: I. INTRODUZIONE.- II. IL TEMA DEL TESTATORE ANZIANO E VULNERABILE NEL DIBATTITO ITALIANO.- 1. I tradizionali orientamenti giurisprudenziali in materia di dolo testamentario e di incapacità naturale.- 2. Proposte *de iure condendo* per la protezione del testatore vulnerabile.- 3. Analisi del recente quadro giurisprudenziale. Verso una possibile apertura delle maglie dell'invalidità testamentaria?- III. IL TEMA DEL TESTATORE VULNERABILE NELL'ORDINAMENTO SPAGNOLO.- 1. Cenni introduttivi.- 2. L'incidenza della l. n. 8 del 2021 nell'ambito del diritto successorio.- 3. La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità e il suo ruolo nell'interpretazione del diritto nazionale.- 4. Il nuovo contenuto dell'art. 753 CC.- 5. La compatibilità dell'art. 753 CC con la Convenzione ONU: profili critici.- 6. (Segue) Le ricostruzioni interpretative della dottrina.- IV. RILIEVI CONCLUSIVI.

I. INTRODUZIONE.

Il fenomeno dell'invecchiamento della popolazione¹ impone una riflessione

¹ Per i dati statistici relativi all'invecchiamento della popolazione, cfr. www.istat.it; <http://commissione.europa.eu/index.it>; EUROSTAT, *Population structure and ageing*, 2025; nonché il rapporto *United Nations (2023), Leaving No One Behind In An Ageing World: World Social Report 2023*, United Nations Publication, 2023. L'incremento dell'età media della popolazione e il progressivo ampliamento della fascia anziana hanno determinato, negli ultimi anni, una crescente attenzione tanto da parte degli ordinamenti nazionali quanto da parte del diritto internazionale e sovranazionale. L'incremento dell'età media della popolazione e il progressivo ampliamento della fascia anziana hanno determinato, negli ultimi anni, una crescente attenzione tanto da parte degli ordinamenti nazionali quanto da parte del diritto internazionale e sovranazionale, con particolare riguardo alla tutela della dignità, dell'autonomia e dell'inclusione sociale delle persone anziane. Anche l'ordinamento italiano si è recentemente mosso in tale direzione mediante l'adozione del d.lgs. 15 marzo 2024, n. 29, recante "Disposizioni in materia di politiche in favore delle persone anziane", attuativo della legge delega 23 marzo 2023, n. 33, volto a promuovere l'invecchiamento attivo, il contrasto alla fragilità e forme integrate di assistenza sociale, sanitaria e sociosanitaria. Sul piano internazionale, assume particolare rilievo l'art. 25 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza), il quale "riconosce e rispetta il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale". Parimenti significativa è la Convenzione sulla protezione internazionale degli adulti, adottata il 13 gennaio 2000 nell'ambito della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato. Sul tema cfr. BACCIARDI, E.: "La tutela civile degli anziani alla luce dell'art. 25 della Carta di Nizza", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, n. 6, p. 293 ss.; CASTELLANETA, M.: "La protezione degli adulti in situazione di vulnerabilità: il ruolo degli atti internazionali a tutela dei diritti umani", *Notariato*, 2023, n. 6, p. 653 ss. In letteratura, sul tema della senilità, cfr., *ex multis*, MENGONI, M.: "La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo", *Riv. trim.*, 1982, n. 4, p. 1117 ss.; DOGLIOTTI, M.: "I diritti degli anziani", *Riv. trim.*, 1987, n. 3, p. 708 ss.; ID., "Anziani e società: diritti e doveri", *Dir. fam. pers.*, 1998, n. 1, p. 426 ss.; PERLINGIERI, P.: "Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale", *Rass. dir. civ.*, 1990, n. 1, p. 80 ss.; STANZIONE P.: "Anziani e tutele giuridiche", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991, p. 1 ss.; ROSSI CARLEO, L., SAULLE, M.R., SINISCALCHI, L.: *La terza età nel diritto interno ed internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997, p. 1 ss.; BIANCA, C.M.: "Senectus ipsa morbus?", *Rass. dir. civ.*, 1998, n. 2, p. 241 ss.; SCIANCALEPORE, G., STANZIONE, P.: *Anziani, capacità e tutele giuridiche*, Ipsoa, Milano, 2003; PATTI, S.: "Senilità e autonomia negoziale della persona", *Fam. pers. succ.*, 2009, n. 3, p. 259 ss.; CAPPELLATO, V., GARDELLA TEDESCHI, B., MERCURI, E.: *Anziani, diritti, bisogni, prospettive. Un'indagine sociologica e giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 20 ss.; CASCIONE, C.: *Il lato grigio del diritto. Invecchiamento della popolazione e tutela degli anziani in prospettiva comparatistica*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 1 ss.; IRTI C.: *La persona anziana tra famiglia e società. Problematiche di diritto civile*, Pacini Giuridica, Pisa, 2023, p. 1 ss.; GIOVA, S., ROTONDO, V., EPIFANIA, M.: "La protezione legale nelle relazioni di cura agli anziani", in AA.VV.: *Avanzare insieme nella società anziana* (a cura di C. TOMMASINI, M. ALBERTINI, C. LALLO), Il Mulino, Bologna, 2024, p. 165 ss.; FUSARO, A., GIROLAMI, M., CALABRESE, G.: "Gli istituti giuridici di sostegno agli anziani fragili: osservazioni e proposte", in AA.VV.: *Avanzare insieme*, cit., p. 142 ss.; ROTONDO, V.: "Personas mayores vulnerables y protección civil", *Actualidad jurídica Iberoamericana*, n. 23, 2025, p. 134 ss.; ID.: "Anziani vulnerabili e tutele civilistiche", in AA.VV.: *La tutela delle persone con disabilità in una prospettiva multidimensionale* (a cura di V. LUCIANI, C. MURENA, M. D'AMBROSIO), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2026, p. 150 ss.

• **Giovanna Cirillo**

Dottoranda di ricerca, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli". E-mail: giovanna.cirillo@unicampania.it.

attenta sul tema del testamento redatto da persone anziane che versano in condizioni di vulnerabilità².

Lungi dall'avallare aprioristiche categorizzazioni fondate sul mero dato anagrafico³, occorre osservare che, spesso, la senescenza, pur non incidendo di per sé sulla capacità della persona fisica⁴, è accompagnata dall'insorgere di situazioni di fragilità. Queste condizioni non si esauriscono nella presenza di patologie⁵, tali da giustificare l'attivazione di strumenti tipici di protezione⁶, ma comprendono anche

- 2 Il concetto di "vulnerabilità", spesso associato alla persona anziana di età, ha assunto negli ultimi anni un rilievo crescente, trovando ampio impiego tanto in dottrina quanto nella legislazione. In letteratura, in particolare, il termine "vulnerabile" è impiegato per sollecitare una tutela più incisiva da parte dell'ordinamento nei confronti di categorie di soggetti connotate da condizioni di debolezza, riconducibili all'età, alla presenza di patologie o a situazioni di svantaggio derivanti da dinamiche sociali. Cfr., senza pretesa di completezza, LIPARI, N.: "Vulnerabilità esistenziale e strumenti di tutela", *Annali della Sisdic*, Napoli, 2018, p. 1 ss.; CORRIAS P.: "Il mercato come risorsa della persona vulnerabile", *Riv. dir. civ.*, 2022, n. 5, p. 968 ss.; GIROLAMI M.: "La scelta negoziale nella protezione degli adulti vulnerabili: spunti dalla recente riforma tedesca", *Riv. dir. civ.*, 2023, n. 5, p. 854 ss.; CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Guarda de hecho e sostegno di fatto. Per un adeguamento interpretativo delle misure di protezione delle persone vulnerabili", *Fam. dir.*, 2024, n. 3, p. 283 ss.; ID.: "Protezione della persona vulnerabile e limitazioni della capacità. Un caso di abuso dell'amministrazione di sostegno", *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, n. 4, p. 873 ss.; ID.: "Vulnerabilità e relazioni di cura. Per una protezione non incapacitante della persona", in *Cura, famiglia, lavoro. Tutele del caregiver familiare tra diritto, welfare e organizzazioni* (a cura di M.N. BUGETTI), Pacini Giuridica, Pisa, 2025, p. 39 ss.; VENCHIARUTTI, A.: "Il consumatore medio e il consumatore vulnerabile in ragione dell'età", *Contratto e Impresa*, 2024, n. 3, p. 656 ss.; ROTONDO, V.: "Personas mayores", cit., p. 134 ss. Il concetto di vulnerabilità si presenta di ampio respiro e connotato da una pluralità di significati. Esso ricomprende situazioni eterogenee tra loro e non assurge a vera e propria categoria giuridica autonoma. L'automatica riconduzione della vulnerabilità a caratteristiche personali, quali l'età, può peraltro determinare il rischio di una ingiustificata compressione dell'autonomia individuale, piuttosto che un effettivo rafforzamento delle tutele. In tal senso BERNARDINI, M.G.: "Il soggetto vulnerabile. Status e prospettive di una categoria (giuridicamente) controversa", *Riv. fil. dir.*, 2017, n. 2, p. 365 ss.; EAD.: "Soggettività "mancanti" e disabilità. Per una critica intersezionale all'immagine del soggetto di diritto", *ivi*, 2018, n. 2, p. 281; BERTI DE MARINIS, G.: "La tutela del cliente "vulnerabile"", *Banca borsa tit. cred.*, 2018, n. 5, p. 651 ss.; BATTELLI, E.: "Dal concetto di debolezza alla nozione di vulnerabilità", in AA.VV.: *I soggetti vulnerabili nella disciplina comune e nei mercati regolamentati* (a cura di P. CORRIAS), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, p. 38 ss.; GIOVA, S., ROTONDO, V., EPIFANIA, M.: "La protezione legale", cit., p. 170 ss.; VICIANI, S.: *Le tutele civilistiche dei soggetti vulnerabili per disabilità psico-fisica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2024, p. 13 ss.
- 3 Sebbene la legge faccia spesso riferimento alla persona "anziana" al fine di attribuirgli vantaggi di carattere socioeconomico, non è possibile individuare nel trascorrere dell'età l'elemento distintivo di una categoria speciale e derogatoria rispetto al diritto comune. In questo senso DOGLIOTTI, M.: "I diritti", cit., p. 714; LISELLA, G.: "Rilevanza della «condizione di anziano» nell'ordinamento giuridico", *Rass. dir. civ.*, 1989, p. 794 ss.; MINERVINI, E.: "Esiste la categoria giuridica degli anziani? (a proposito di vio-lenza morale ed età)", *Giur. it.*, 1989, p. 319 ss.; PERLINGIERI, P.: "Diritti della persona", cit., p. 80 ss.; ID.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4^a ed., III, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 19; FUSARO, A.: *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile. Oltre il soggetto debole: vulnerabilità della persona e condizionamento del volere*, Jovene, Napoli, 2019, p. 137; BERNARDINI, M.G.: "(In)visibili? La vulnerabilità alla violenza di chi non ha l'età", *GenUS*, 2020, p. 23 ss.; IRTI, C.: *La persona*, cit., p. 11 ss.; GIOVA, S., ROTONDO, V., EPIFANIA, M.: "La protezione", cit., p. 167 ss.
- 4 COSÌ LISELLA, G.: "Rilevanza della «condizione di anziano»", cit., p. 801.
- 5 In medicina si nota come l'invecchiamento, "pur non essendo una malattia, porta tuttavia ad un indebolimento dei vari organi ed apparati, che condiziona una progressiva riduzione dell'efficienza motoria e cognitiva". Così STRACCIARI, A.: "La disabilità cognitiva di origine neurologica", in AA.VV.: *La valutazione delle capacità di agire* (a cura di A. BIANCHI, P.G. MACRÌ), Cedam, Milano, 2011, p. 123.
- 6 Come evidenziato da GAROFALO, A.M.: *Testamento e vulnerabilità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2024, p. 253, tali ipotesi non sono prese in considerazione dalla dottrina in quanto i soggetti affetti da gravi infermità, "quand'anche non interdetti, per lo più non testano o, se lo fanno, danno vita senz'altro a disposizioni invalide".

il naturale e progressivo decadimento delle capacità fisiche e cognitive, nonché un parziale declino della memoria⁷.

A questo quadro si aggiungono le trasformazioni sociali che caratterizzano la società contemporanea, in particolare la crescente mobilità geografica per ragioni lavorative o familiari⁸.

Tale fenomeno favorisce l'affermazione di modelli familiari più ristretti, sostituendo progressivamente la c.d. "famiglia allargata"⁹ e determinando una crescente esternalizzazione dell'assistenza alla persona anziana verso un unico familiare, strutture specializzate, semplici conoscenti o *caregiver* professionali.

In questo contesto, si manifesta spesso un affievolimento della "consapevolezza affettiva"¹⁰ del soggetto d'età avanzata, intesa come difficoltà nel comprendere e valutare adeguatamente il valore dei rapporti familiari e interpersonali. Ciò può condurre a forme di investimento affettivo anomalo, caratterizzate da un attaccamento acritico verso soggetti che non fanno parte della storia di vita dell'individuo e che non riflettono autentiche relazioni affettive¹¹. Non è raro, infatti, che l'anziano, lontano dai propri familiari e dipendente dal sostegno altrui per il soddisfacimento dei bisogni primari, sviluppi un legame privilegiato con chi gli presta assistenza quotidiana, come una badante o un vicino premuroso.

Tali dinamiche possono incidere direttamente sul processo di formazione della volontà testamentaria, esponendola al rischio di influenze esterne. La dottrina più recente ha efficacemente ricondotto la condizione dell'anziano che sperimenta l'isolamento sociale e la dipendenza materiale da chi lo accudisce a una forma di "incapacità mite"¹², evidenziando come la debolezza non azzeri la capacità in senso tecnico del singolo, ma aumenti la predisposizione a veder compromessa la sua libertà di autodeterminazione. La vulnerabilità, infatti, apre "una fenditura, una intercapedine in cui i soggetti terzi – che rappresentano il vero punto di riferimento del soggetto anziano e malato – possono con facilità insinuarsi"¹³.

7 Riconoscere che l'indebolimento delle capacità fisiche e intellettive corrisponda ad una evoluzione fisiologica ed inevitabile della vita umana non significa ammettere una presunzione di malattia legata all'età anziana. Quest'ultima risulterebbe foriera di gravi discriminazioni in quanto fondata su una valutazione astratta dell'anzianità. Così GAROFALO, A.M.: *Testamento e vulnerabilità*, cit., p. 254 ss.

8 Sul tema, molto caro agli studi sociologici, cfr. SARACENO, C., NALDINI, M.: *Sociologia della famiglia*, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 14 ss. Approfondiscono i dati statistici europei sulla frequenza dei contatti tra le persone anziane ed i loro familiari CAPPELLATO, V., GARDELLA TEDESCHI, B., MERCURI, E.: *Anziani, diritti*, cit., p. 60 ss.

9 PATTI, S.: "Il testamento olografo nell'era digitale", *Riv. dir. civ.*, n. 5, 2014, p. 1002.

10 L'espressione è stata utilizzata per la prima volta da CINQUE, M.: "Il ruolo del notaio nel testamento pubblico e il problema della capacità naturale dell'ageing testator", *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, n. 10, p. 1035.

11 In questi termini BARBIERI, C., LUZZAGO, A.: "L'affettività dell'anziano nell'ipotesi di circonvensione di incapace: considerazioni tecnico-valutative", *Riv. it. med. leg.*, 2006, n. 3, p. 571.

12 NARDI, S.: "La capacità di disporre per testamento. Il caso dell'«incapacità mite»", *Nuova giur. civ. comm.*, n. 4, 2025, p. 1037.

13 GAROFALO, A.M.: *Testamento e vulnerabilità*, cit., p. 256.

Tali interferenze si manifestano attraverso attività captatorie che, spesso, non assumono i tratti di una vera e propria condotta fraudolenta, “frutto di chissà quale machiavellico intrigo”¹⁴, atteso che, nella maggior parte dei casi, tali accorgimenti non si rendono necessari. Per eterodirigere la volontà di un testatore fragile risultano infatti sufficienti comportamenti più sfumati, ma non per questo meno efficaci, quali lusinghe, consigli, suggerimenti oppure una selezione mirata delle informazioni destinate al *deceptus*¹⁵. Ne consegue che le disposizioni *mortis causa* redatte in simili circostanze rischiano frequentemente di esprimere una volontà non pienamente autentica.

Dunque, sebbene il testamento sia tradizionalmente considerato il “regno dell'arbitrio”¹⁶ ed il consiglio possa rappresentare un elemento fisiologico nel processo di formazione della volontà testamentaria¹⁷, appare essenziale distinguere tra le ipotesi in cui la disposizione testamentaria sia frutto di una scelta libera e consapevole e quelle in cui tale libertà risulti compromessa.

Il dibattito sviluppatosi su tali questioni concerne, in primo luogo, l'individuazione di una concreta esigenza di tutela nei casi sopra esaminati, relativi al testatore in condizioni di vulnerabilità, e, in secondo luogo, la definizione degli strumenti giuridici più idonei al suo soddisfacimento. Si tratta, peraltro, di una questione che investe problematiche complesse e di ampio respiro, nelle quali si intrecciano diverse istanze di tutela. In particolare, si impone un delicato bilanciamento tra l'esigenza di protezione – preventiva o successiva rispetto alla redazione del testamento – rispetto a possibili abusi, e la salvaguardia della libertà ed autonomia decisionale del singolo.

Ebbene, un analogo dibattito su questi temi si è sviluppato, con tratti in parte sovrapponibili, sia nell'ordinamento italiano sia in quello spagnolo. Tuttavia, mentre in Italia il confronto è rimasto prevalentemente sul piano dottrinale e giurisprudenziale, in Spagna esso ha recentemente condotto ad un intervento legislativo volto a fornire una risposta alle criticità emerse in materia.

II. IL TEMA DEL TESTATORE ANZIANO E VULNERABILE NEL DIBATTITO ITALIANO.

¹⁴ DANI, L.: “Dolo e captazione in materia testamentaria”, *Famiglia e diritto*, n. 7, 2025, p. 721.

¹⁵ Così DANI, L.: “Dolo e captazione”, cit., p. 721, il quale richiama la sentenza Cass., 12 luglio 1952, n. 2164, in *Rep. Foro it.*, p. 1952, voce *Testamento*, n. 18, nella quale si precisa che uno strumento di persuasione “inefficace a deviare dalla sua naturale direttiva la volontà di una persona sensata in normali condizioni fisiche e intellettuali può, invece, risultare idoneo ad influire, in modo decisivo, su una persona che per il suo stato di mente e di salute sia incapace di resistere ai suggerimenti più o meno callidi o pressanti di una volontà più forte”.

¹⁶ TRABUCCHI, A.: “Libertà testamentaria, captazione e raggiri determinanti”, *Giur. it.*, 1958, c. 503.

¹⁷ GIROLAMI, M.: “I testamenti suggeriti”, *Riv. dir. civ.*, 2016, n. 2, p. 564; ZICCARDI, M.: *Il testamento delle persone vulnerabili*, in AA.VV.: *Vulnerabili. Questioni giuridiche, dilemmi bioetici* (a cura di A. PATRONI GRIFI), Mimesis Edizioni, Milano, 2025, p. 217.

I. I tradizionali orientamenti giurisprudenziali in materia di dolo testamentario e di incapacità naturale.

Il dibattito dottrinale sviluppatosi in Italia si è interrogato sull'effettività della tutela del testatore vulnerabile alla luce dell'ordinamento vigente. Secondo un orientamento diffuso, le soluzioni offerte dal diritto positivo non risultano pienamente adeguate a cogliere le peculiarità del fenomeno.

In una prospettiva *de iure condito*, istituti quali l'incapacità naturale, il dolo testamentario (o captazione¹⁸) e l'indegnità a succedere appaiono, almeno in astratto, idonei a fornire una tutela, in quanto diretti a contrastare situazioni nelle quali la volontà del testatore risulti alterata o manipolata¹⁹. Tuttavia, la giurisprudenza della Corte di Cassazione, attraverso un orientamento consolidato, interpreta in modo restrittivo le disposizioni di cui agli artt. 591 e 624 c.c., nonché dell'art. 463 c.c., finendo per collocare molte delle ipotesi considerate in una sorta di "zona grigia" priva di effettiva tutela.

18 Il concetto di captazione affonda le sue radici nel diritto consuetudinario francese e, pur non essendo espressamente disciplinato dal Codice civile italiano – né in quello del 1865 né in quello del 1942 – ha sempre trovato ampia applicazione nella prassi giurisprudenziale. In ambito testamentario, la captazione (nozione molto vicina a quella di "suggestion", tanto che i due termini sono talvolta utilizzati come sinonimi) consiste in un comportamento abusivo posto in essere da un terzo che, approfittando della condizione di vulnerabilità del testatore, lo induce a compiere una scelta che, in circostanze normali, non avrebbe adottato. Tale fenomeno può realizzarsi attraverso diverse forme di manipolazione, come l'isolamento affettivo, il controllo delle relazioni e delle comunicazioni con l'esterno, oppure mediante consigli e pressioni più o meno esplicite. Si tratta di una figura concettualmente vicina al reato di circonvenzione di incapace previsto dall'art. 643 c.p. La dottrina si interroga soprattutto sulla definizione e sulla collocazione sistematica della captazione, dando luogo a un dibattito particolarmente acceso e caratterizzato da posizioni divergenti. L'orientamento prevalente, sia in dottrina che in giurisprudenza, tende a ricondurre la captazione nell'ambito del dolo che induce in errore, ai sensi dell'art. 624 c.c. Si veda ad es. la tesi di PAGLIANTINI S.: "Erronea indicazione dell'erede o del legatario o della cosa che forma oggetto della disposizione testamentaria", in AA.VV.: *Delle successioni*, Comm. c.c. Gabrielli (a cura di V. CUFFARO, F. DELFINI) Utet, Torino, 2010, p. 497 ss. Altri, invece, ritengono che il concetto di captazione sia strutturalmente differente da quello classico di dolo, avvertendo la necessità di distinguere tra dolo che induce in errore e dolo per captazione. Così BIGLIAZZI GERI, L.: *Il testamento*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 121 ss.; CICCARELLO, S.: *Persona e successione ereditaria*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994, p. 187 ss. Sgancia la captazione dal dolo GAROFALO A.M.: *Testamento e vulnerabilità*, cit., p. 545 ss., il quale sostiene che tale nozione si debba ricondurre all'incapacità naturale di cui all'art. 591, comma 1, n. 3), c.c. L'attività manipolatoria integrante la captazione, infatti, a detta dell'A., contribuisce a far sì che il testatore vulnerabile disponga *mortis causa* mediante un processo psichico insufficiente e, dunque, al di sotto della soglia richiesta per la capacità di testare. Si tratta, tuttavia, di una tesi isolata, che in passato è stata sostenuta solo da SALVESTRONI, U.: *Il problema della indegnità di succedere*, Cedam, Padova, 1970, p. 18, e da MORETTI, M.: "Il negozio testamentario e il suo contenuto", in AA.VV.: *Testamento e patti successori* (diretto da L. LIBERATI), Zanichelli, Bologna, 2006, p. 58.

19 Tra gli strumenti che, *de iure condito*, possono offrire tutela al testatore anziano e vulnerabile si annoverano, oltre al dolo testamentario e all'incapacità naturale di testare, anche l'indegnità e il reato di circonvenzione di incapace di cui all'art. 643 c.p. Proprio quest'ultima fattispecie penalistica ha suscitato un significativo interesse dottrinale. Alcuni autori hanno ipotizzato la nullità ex art. 1418, comma 1, c.c. del testamento redatto dalla persona vulnerabile in conseguenza del reato di circonvenzione di incapace. Tale impostazione si inserisce nel più ampio dibattito relativo alla possibile nullità del contratto concluso a seguito di circonvenzione di incapace per contrarietà a norma imperativa penale. Su tali questioni cfr. CINQUE, M.: "Capacità di disporre per testamento e "vulnerabilità" senile", *Dir. succ. fam.*, 2015, n. 2, p. 378 ss.; SARTORIS, C.: "Circonvenzione di incapace per testamento: quale invalidità?", *Jus Civile*, 2023, n. 3, p. 715 ss.; GAROFALO, A.M.: *Testamento e vulnerabilità*, cit., p. 277 ss.

Iniziando dall'art. 591, comma 2, n. 3, c.c., ai fini dell'annullamento per incapacità naturale, i giudici richiedono la presenza di un perturbamento psichico, dovuto o meno a malattia, che incida sul normale processo formativo della volontà, privando il soggetto in modo assoluto della coscienza dei propri atti e della capacità di autodeterminarsi nel momento di redazione del testamento²⁰.

Quanto all'onere probatorio, poiché lo stato di capacità costituisce la regola e quello di incapacità l'eccezione, spetta a chi contesta il testamento provare l'incapacità del *de cuius* al momento della redazione, salvo il caso di incapacità permanente del testatore, in presenza della quale, secondo la giurisprudenza, incombe sul beneficiario delle disposizioni *mortis causa* l'onere di provare che il testamento sia stato confezionato in un momento di lucido intervallo²¹.

Con riguardo all'art. 624, comma 1, c.c., la configurabilità del dolo testamentario richiede la presenza di "mezzi fraudolenti che, avuto riguardo all'età, allo stato di salute, alle condizioni di spirito" del testatore siano idonei a trarlo in inganno, suscitando in lui false rappresentazioni ed orientando la sua volontà in un senso in cui non si sarebbe spontaneamente indirizzata²². Non si reputano sufficienti, invece, per il ricorso al rimedio invalidatorio, altre influenze di ordine psicologico esercitate mediante blandizie, richieste, suggerimenti o sollecitazioni.

L'applicazione rigorosa di tali norme, ispirata al principio del *favor testamenti*, conduce nella maggior parte dei casi alla conservazione delle disposizioni *mortis causa*. Il testamento viene, così, fatto salvo anche in contesti di spiccata fragilità del disponente e laddove la volontà espressa appaia chiaramente condizionata da influenze esterne; ciò in quanto risulta particolarmente difficile dimostrare la sussistenza del dolo o dello stato di incapacità naturale al momento della sua redazione. È per tali ragioni che buona parte della dottrina sollecita un

20 Per il tradizionale orientamento giurisprudenziale in tema di incapacità naturale cfr., fra le tante, Cass., 10 novembre 1960, n. 3010, in *Giur. it.*, 1961, I, p. 1304, con nota di TRABUCCHI, A.: "Ancora sulla capacità a far testamento"; Cass., 6 dicembre 2001, n. 15480, in *Riv. not.*, 2002, p. 1531 ss., con nota di MUSOLINO, G.: "La capacità di testare"; Cass., 18 aprile 2005, n. 8079, in *Riv. not.*, 2006, p. 559 ss., con nota di MUSOLINO, G.: "L'incapacità naturale nel testamento"; Cass., 11 aprile 2007, n. 8728, in *Fam. dir.*, 2007, p. 676 ss., con nota di BULDINI, A.: "Incapacità naturale e invalidità del testamento"; Cass., 10 marzo 2014, n. 5527, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 577 ss., con nota di GENOVESE, A.: "Annullamento del testamento per incapacità naturale e onere della prova"; Cass., 10 novembre 2023, n. 31322, in *DeJure online*; Cass., 31 ottobre 2023, n. 30268, in *DeJure online*; Cass., 5 novembre 2024, n. 30067, in *Onelegale*; Cass., 8 gennaio 2025, n. 8312, in *Onelegale*; Cass., 7 aprile 2025, n. 9152, in *Onelegale*.

21 Cass., 17 novembre 2022, n. 33914, su *DeJure online*; Cass., 14 settembre 2022, n. 26984, in *DeJure online*; Cass., 22 luglio 2022, n. 22974, in *Riv. not.*, 2022, p. 625; Cass., 19 gennaio 2022, n. 1618, in *DeJure online*.

22 La giurisprudenza ha sempre richiesto un vero e proprio inganno ai fini dell'integrazione del dolo testamentario di cui all'art. 624, comma 1, c.c. Fra le tante, cfr. Cass., 14 ottobre 1970, n. 2007, in *Foro it.*, 1971; Cass., 11 agosto 1982, n. 4561, in *Mass. Giust. Civ.*, 1982; Cass., 19 luglio 1999, n. 7689, in *Giur. it.*, 2000, p. 739; Cass., 14 giugno 2001, n. 8047, in *Riv. Not.*, 2002, p. 484; Cass., 22 aprile 2003, n. 6396, in *Mass. Giust. Civ.*, 2003; Cass., 4 febbraio 2014, n. 2448, in *DeJure online*; Cass., 4 febbraio 2016, n. 2239, in *DeJure online*; Cass., 28 febbraio 2018, n. 4653, in *DeJure online*; Cass., 11 ottobre 2024, n. 26519, in *DeJure online*.

ripensamento del tradizionale orientamento giurisprudenziale²³, in favore di una interpretazione maggiormente aderente alle mutate esigenze sociali.

Con riferimento all'art. 624 c.c.²⁴, si osserva²⁵ come la complessità della società odierna imponga di escludere una concezione standardizzata del processo di formazione della volontà. Il soggetto anziano e vulnerabile può, infatti, essere indotto in errore anche in assenza di raggiri in senso stretto, mediante condotte progressive e difficilmente percepibili. Si rileva, inoltre, che un'applicazione rigida del principio del *favor testamenti* dovrebbe operare esclusivamente in presenza di una volontà libera e genuina e non anche quando essa risulti eterodiretta, poiché in tali ipotesi l'idea stessa di volontà testamentaria viene meno radicalmente.

Sul versante dell'art. 591, comma 1, n. 3, c.c.²⁶, invece, numerose voci²⁷ ritengono insoddisfacente l'impostazione che esige la totale incapacità del soggetto

23 Così PATTI, S.: "Il testamento", cit., p. 1003 ss.; ID.: "Invalidità del testamento per mancanza di volontà: non occorre la prova di mezzi fraudolenti", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1065 ss.; ID.: "Testamento della persona «vulnerabile», principio di conservazione e ragionevolezza", *Famila*, 2017, p. 641 ss.; BUCCELLI, A.: "Testamento olografo redatto da persona anziana: questioni di validità e qualificazione", *Fam. pers. succ.*, 2006, n. 8-9, p. 719; PADOVINI, S.: "Incapacità di disporre per testamento fra disciplina positiva e prospettive di riforma", in AA.VV.: *Il testamento: fisiologia e patologie. Atti del convegno di Bari 21 novembre 2014* (a cura di F. VOLPE), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, p. 58 ss.; CINQUE, M.: "Capacità di disporre", cit., p. 369; GIROLAMI, M.: "I testamenti", cit., p. 583; PERLINGIERI, G.: "Invalidità delle disposizioni «mortis causa» e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia", *Dir. succ. fam.*, 2016, n. 1, p. 128; CICERO, L., LEUZZI, A.: "Osservazioni in tema di tutela dei testatori «fragili» (dolo testamentario, captazione e rilevanza delle *suspicious circumstances*)", *Riv. not.*, 2017, n. 4, p. 823 ss.; BRIZZOLARI, V.: "Annullamento del testamento per dolo e incapacità naturale: uno sguardo comparatistico", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 774; CARBONE, E.: "Captazione testamentaria e suggestione (vecchi concetti, nuove funzioni)", *Riv. trim.*, 2019, n. 3, p. 820 ss.; CICERO, C.: "Il testamento della persona vulnerabile", *Giur. it.*, 2023, n. 12, p. 2606; SPATUZZI, A.: "Le ultime volontà del testatore anziano e vulnerabile", *Corr. giur.*, 2020, n. 2, p. 212 ss.; SARTORIS, C.: "Testamenti suggeriti e invalidità (parziale)", *Pers. merc.*, 2021, n. 3, p. 557 ss.; GAROFALO, A.M.: *Testamento e vulnerabilità*, cit., p. 821 ss.; DANI, L.: "Dolo e captazione", cit., p. 715 ss.

24 Criticando l'attuale orientamento giurisprudenziale in materia di dolo testamentario, parte della dottrina ha ritenuto opportuno procedere ad una rilettura della tesi elaborata, sotto la vigenza del codice previgente, da TRABUCCHI, A.: *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Cedam, Padova, 1937, p. 275 ss. In un contesto nel quale il diritto successorio non contemplava ancora espressamente il dolo quale autonomo vizio del volere, l'Autore proponeva di fondare l'invalidità delle disposizioni testamentarie frutto di influenze esterne non già su specifiche previsioni normative, bensì sul principio generale della libertà e spontaneità quale elemento essenziale della dichiarazione di volontà del *de cuius*. La carenza di tali requisiti comporterebbe la nullità del negozio testamentario in quanto deficitario *in substantia*. In tale prospettiva, gli atti di captazione, in quanto incidenti sulla libertà e spontaneità della volontà testamentaria, non assumerebbero rilievo quale vizio del volere, bensì quale autonoma categoria di invalidità. Ritengono utile una rilettura di tale dottrina GIROLAMI, M.: "Libertà testamentaria e captazione nel pensiero di Alberto Trabucchi", *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1180 ss.; PATTI, S.: "Il testamento", cit., p. 1012.

25 Il riferimento corre alla dottrina richiamata nella nota n. 23.

26 A partire dall'avvento del codice del 1942, l'orientamento della dottrina e della giurisprudenza rispetto all'art. 591 c.c. è sempre stato molto rigido, richiedendosi ai fini dell'integrazione dell'incapacità naturale una infermità tale da giustificare la pronuncia di interdizione. Si veda, fra le varie, Cass., 30 gennaio 2003, n. 1444, in *Gius.*, 2003, I, p. 1230. Successivamente, l'interpretazione dell'art. 591 c.c. è divenuta più flessibile ma con il solo riferimento al tipo di patologie da cui può derivare l'incapacità di intendere e di volere, non anche rispetto al grado di incapacità richiesto per la caducazione, il quale deve essere sempre totale. Una delle principali motivazioni addotte a difesa di questo orientamento riguarda la scelta legislativa per la quale l'inabilitato è capace di testare: per ragioni di coerenza sistematica, i gradi intermedi di incapacità non rilevano ai fini dell'annullamento. Sul tema cfr., *ex multis*, PADOVINI, S.: "Incapacità di disporre", cit., p. 54 ss.; BRIZZOLARI, V.: "Annullamento del testamento", cit., p. 765 ss.; SPATUZZI, A.: "Le ultime volontà", cit., p. 211 ss.; FUSARO, A.: *L'atto patrimoniale*, cit., p. 157 ss.; SARTORIS, C.: "Testamenti suggeriti", cit., p. 561 ss.

27 Si rinvia agli autori di cui alla nota n. 23.

di autodeterminarsi e che considera irrilevante la mera riduzione delle facoltà psichiche e cognitive tipica dell'età senile²⁸. Tra le principali critiche si evidenzia la contraddizione tra la materia contrattuale e quella testamentaria: nella prima, la soglia di incapacità rilevante è significativamente più bassa rispetto alla seconda, senza che tale differenza trovi adeguata giustificazione nella natura delle due fattispecie.

Le istanze di revisione interpretativa si avvalgono anche del confronto comparatistico²⁹. Negli ordinamenti di *common law*, infatti, si attribuisce rilievo alle circostanze concrete di formazione del testamento e ai diversi gradi di vulnerabilità del testatore, i quali possono fungere da indicatori di possibili alterazioni della volontà³⁰. In particolare, la dottrina dell'*undue influence* consente l'annullamento di disposizioni testamentarie quando la volontà del soggetto fragile risulti condizionata da terzi, anche in assenza di costrizione in senso stretto. Parallelamente, la teoria delle *suspicious circumstances* prevede, in presenza di elementi idonei a sollevare dubbi sulla genuinità della volontà testamentaria, un'inversione dell'onere della prova, gravando quest'ultimo su chi trae vantaggio dal testamento.

2. Proposte *de iure condendo* per la protezione del testatore vulnerabile.

Oltre a proporre un ampliamento delle maglie del dolo e dell'incapacità naturale – quali rimedi di tipo *ex post* volti a sindacare la validità del testamento già redatto – la dottrina ha elaborato soluzioni *de iure condendo* di carattere preventivo, ossia strumenti finalizzati ad evitare la formazione di testamenti c.d. "suggeriti"³¹.

In tale quadro si colloca, in primo luogo, una proposta – ispirata alla letteratura tedesca³² – che prevede la limitazione del ricorso al testamento olografo in ragione dell'età del testatore, imponendo l'intervento del pubblico ufficiale oltre

28 Cfr. FUSARO, A.: *L'atto patrimoniale*, cit., p. 167, secondo la quale l'attuale interpretazione giurisprudenziale dell'art. 591 c.c. sottintende l'adozione di "una nozione astratta di incapacità, che prescinde da qualunque dimensione relazionale".

29 Fra i vari, cfr. PATTI, S.: "Il testamento", cit., p. 1009 ss.; ID.: "Invalidità del testamento", cit., p. 1066; ID.: "Testamento della persona «vulnerabile»", cit., p. 644 ss.; CICERO, L., LEUZZI, A.: "Osservazioni", cit., p. 823 ss.; BRIZZOLARI, V.: "Annullamento del testamento", cit., p. 770 ss. Per osservazioni critiche cfr. CARBONE, E.: "Captazione testamentaria", cit., p. 811 ss.; FUSARO, A.: *L'atto patrimoniale*, cit., p. 140 ss.

30 Sul tema CLARK, C.: "Confidential Relations and Burden of Proof of Undue Influence in Will Cases", *The Yale Law Journal*, 1916, n. 26, p. 62 ss.; MADOFF, R.D.: "Unmasking Undue Influence, *Minnesota Law Review*", 1997, n. 81, p. 571 ss.; SCALISE, R.J.: "Undue Influence and the Law of Wills: a Comparative Analysis", *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2008, n. 19, p. 41 ss.; SPIVACK, C.: "Why the Testamentary Doctrine of Undue Influence Should Be Abolished", *Kansas Law Review*, 2010, n. 58, p. 245 ss.

31 L'espressione è stata coniata da GIROLAMI, M., "I testamenti", cit., p. 562.

32 Secondo la dottrina tedesca, il cd. *todesnahe Testament*, ossia il testamento redatto dopo il compimento dei settant'anni, dovrebbe avere forma notarile a pena di invalidità. Non mancano ulteriori proposte, emerse in Germania, le quali prospettano la limitazione del testamento olografo ai soli casi di modesta entità patrimoniale ovvero l'introduzione di un controllo sul contenuto dello stesso. Sul tema cfr. PATTI S.: "Testamento della persona «vulnerabile»", cit., p. 643, il quale richiama GÖRGENS B.: "Überlegungen zur Weiterentwicklung des § 2247 BGB (Eigenhändiges Testament, *Juristische Rundschau*", 1979, n. 9, p. 357 ss. e OTTE, G.: "Privatautonomie in Erbrecht", *ErbR*, 2009, p. 2 ss.

una determinata soglia anagrafica³³. Tale soluzione valorizza le garanzie proprie del testamento pubblico richiamando, in particolare, il ruolo del notaio, tenuto ex artt. 47 l. not. e 67 reg. not. a indagare la volontà del disponente. Pur non essendo previsto un vero e proprio accertamento della capacità³⁴, il controllo notarile è pur sempre considerato un adeguato filtro rispetto a situazioni di manifesta fragilità, idoneo a ridurre il rischio di abusi ed il conseguente contenzioso.

Tale proposta, tuttavia, non va esente da critiche³⁵. In primo luogo, si osserva che il notaio, ai sensi dell'art. 28 l. not., è tenuto a rifiutare solo gli atti nulli e non quelli semplicemente annullabili³⁶ – come il testamento del soggetto incapace ex art. 591, comma 2, n. 3, c.c. – salvo i casi di evidente incapacità. Inoltre, l'obbligo di indagare la volontà del testatore non è accompagnato da criteri operativi specifici ed il notaio non dispone di competenze tecniche idonee a valutare affidabilmente la capacità di intendere e di volere³⁷. Ne deriva che la vulnerabilità del testatore può non essere riconosciuta o comunque non essere ritenuta rilevante ai fini del rogito. A ciò si aggiunge che la valutazione della capacità, alla luce delle regole dettate in materia di atto pubblico, non integra una dichiarazione coperta da pubblica fede³⁸. Ciò vuol dire che non è eliminato, in presenza di un testamento pubblico, il rischio di contestazioni atte a mirarne la stabilità, basate su eventuali vizi della volontà.

- 33 Il riferimento corre a BONILINI, G.: "Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria", *Fam. pers. succ.*, 2007, n. 7, p. 586; PATTI, S.: "Il testamento", cit., p. 1007; ID.: "Invalidità del testamento", cit., p. 1066; ma v., successivamente, PATTI, S.: "Il testamento pubblico della persona anziana «vulnerabile»", *Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, 2020, p. 1794, ove l'A. precisa che il contenuto delle disposizioni *mortis causa* potrebbe essere "efficacemente suggerito anche in un momento antecedente la redazione da parte del notaio", il quale redige il testamento "senza nulla conoscere della situazione e delle circostanze che hanno determinato la dichiarazione del testatore".
- 34 Così PATTI, S.: "Invalidità del testamento", cit., p. 1066; BENEDETTI, A.M.: "Il testamento dell'incapace naturale", in AA.VV.: *Profili sull'invalidità e la caducità delle disposizioni testamentarie* (a cura di S. PAGLIANTINI, A.M. BENEDETTI), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, p. 86.
- 35 In senso critico BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, 2.2, *Le successioni*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 276; CINQUE, M.: "Il ruolo del notaio", cit., p. 1034 s; EAD.: "Capacità di disporre", cit., p. 373; PADOVINI, S.: "Incapacità di disporre", cit., p. 58; SPATUZZI, A.: "Le ultime volontà", cit., p. 210; PERLINGIERI, G.: "Invalidità delle disposizioni", cit., p. 127; DE NOVA, G.: "Il testatore anziano e la forma del testamento", *Jus Civile*, 2017, n. 5, p. 382; CARBONE, E.: "Captazione testamentaria", cit., p. 822; FAZIO, E.: "Testamenti suggeriti e strumenti di pianificazione patrimoniale a tutela delle persone fragili", *Jus Civile*, 2025, n. 4, p. 541. Una parte della dottrina si è chiesta, piuttosto, se il testatore anziano possa "autotutelarsi imponendo per propria volontà la forma del testamento pubblico quale requisito di validità di propri futuri (ed eventuali) testamenti". Ciò consentirebbe ad un soggetto, nel pieno delle sue capacità, di assicurarsi la genuinità di futuri lasciti testamentari, sottraendoli ai rischi legati al declino delle capacità cognitive. Così DE NOVA, G.: "Il testatore anziano", cit., p. 383 ss. Prendono in considerazione questa soluzione anche CICERO, C.: "Forma volontaria testamentaria: una rilettura provocatoria a tutela del testatore fragile", *Riv. not.*, 2021, n. 1, p. 163 ss.; LEVA, M.: "L'autotutela del testatore mediante la forma volontaria del testamento: inerzia del legislatore e interpretazione evolutiva", *Riv. not.*, 2025, p. 189 ss.; MAZZARIOL, R.: "Forma volontaria del testamento e autotutela del testatore vulnerabile", *Nuova giur. civ. comm.*, 2025, n. 2, p. 467 ss.
- 36 Si tratta dell'orientamento inaugurato da Cass., 11 novembre 1997, n. 11128, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 380 ss. Prima di tale *revirement* la Cassazione aveva consolidato una lettura estensiva dell'art. 28 l. not., comprendente sia atti nulli che atti annullabili.
- 37 Così BENEDETTI, A.M.: "Il testamento", cit., p. 88; GIROLAMI, M.: "I testamenti", cit., p. 565 s.
- 38 Stando all'art. 2700 c.c., la pubblica fede ricopre solo la provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, le dichiarazioni delle parti e gli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta essere avvenuti in sua presenza o da lui compiuti. Sul punto PATTI, S.: "Il testamento pubblico", cit., p. 1796; CINQUE, M.: "Il ruolo del notaio", cit., p. 1035; CICERO, L., LEUZZI, A.: "Osservazioni", cit., p. 827.

In una diversa direzione si colloca una ulteriore proposta dottrinale che guarda all'esperienza di altri ordinamenti ed ipotizza l'introduzione del contratto successorio³⁹, sul modello dell'*Erbvertrag* tedesco. Tale soluzione, sempre di carattere preventivo, presuppone una revisione, almeno parziale, del divieto di patti successori di cui all'art. 458 c.c.⁴⁰, al fine di consentire forme di pianificazione anticipata della successione. Il contratto successorio permetterebbe al disponente, ancora pienamente capace di autodeterminarsi, di vincolarsi nella destinazione dei propri beni, riducendo o eliminando la possibilità di successive modifiche testamentarie. In tal modo, si ridurrebbe il rischio di testamenti redatti in condizioni di vulnerabilità e potenzialmente influenzati da soggetti estranei, assicurandosi una maggiore stabilità e genuinità della pianificazione successoria.

3. Analisi del recente quadro giurisprudenziale. Verso una possibile apertura delle maglie dell'invalidità testamentaria?

La Suprema Corte, con la sentenza 17 ottobre 2022, n. 30424⁴¹, ha accolto, seppure con prudenza, le sollecitazioni dottrinali favorevoli ad un ampliamento delle ipotesi di invalidità testamentaria nei casi in cui il testatore versi in condizioni di vulnerabilità. Nel caso di specie, relativo ad un'anziana che aveva nominato erede la propria badante, la Cassazione ha dichiarato inammissibile il ricorso ma ha mostrato adesione alla decisione della Corte d'Appello, la quale aveva annullato i testamenti per dolo valorizzando lo stato di fragilità della testatrice nonché il contesto di influenza in cui le disposizioni erano state redatte. In particolare, la badante esercitava un controllo sul patrimonio dell'anziana affetta da demenza senile, incidendo sulle sue scelte economiche e contribuendo al suo progressivo isolamento; la stessa risultava, inoltre, condannata in sede penale, seppur con sentenza non definitiva, per circonvensione di incapace ai sensi dell'art. 643 c.p.

39 Prendono in considerazione tale soluzione PATTI, S.: "Contratti ereditari e contratti di rinuncia all'eredità nell'esperienza germanica", *Famiglia*, 2018, p. 195 ss.; ID.: "Il testamento pubblico", cit., p. 1796 ss.; CARICATO, C.: "La solitudine del testatore anziano", *Famiglia*, 2019, p. 557 ss.; FAZIO, E.: "Testamenti suggeriti", cit., p. 548 ss. Sul tema cfr. anche BARBA, V.: "Alternative al contratto successorio in Italia, in particolare il patto di famiglia", in AA.VV.: *Der Erbvertrag aus rechts-vergleichender Sicht / Il contratto successorio, aspetti di diritto comparato* (a cura di S. WOLF, S. HRUBESCH-MILLAUER, M. EGGEL, C. CICERO, V. BARBA), Berna, 2018, p. 67 ss.; LEVA, M.: "Dai contratti parasuccessori al contratto ereditario: un percorso da completare", *Riv. not.*, 2023, n. 6, p. 1149 ss.; AZZARRI, F.: "Il contratto successorio", *Eur. dir. priv.*, 2023, n. 1, p. 147 ss.; GAROFALO, A.M.: *Testamento e vulnerabilità*, cit., p. 880 ss.

40 Sul tema la letteratura è vasta. Cfr. ex multis CACCAVALE, C.: "Il divieto dei patti successori", in AA.VV.: *Trattato breve delle successioni e donazioni*, Vol. I (a cura di P. RESCIGNO), Cedam, Milano, 2010, p. 25 ss.; BARBA, V.: *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, p. 9 ss.; ID.: "Divieto di patti successori e principio d'indisponibilità, tra vivi, della delazione", *Annali della SISDiC*, 2017, p. 143 ss.; PATTI F.P.: "Pianificazione ereditaria e divieto dei patti successori", *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, n. 4, p. 910 ss.; CARRABBA, A.A.: *Divieto dei patti successori e attribuzioni a causa di morte*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2025, p. 9 ss.; CONCAS, B.: *Pianificazione successoria e divieto di disporre*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2026, p. 19 ss.

41 Cass., 17 ottobre 2022, n. 30424, in *Notariato*, 2023, p. 75 ss.; e in *Rass. dir. civ.*, 2024, I, p. 300 ss., con nota di MAZZUCA M.: "Sull'annullabilità del testamento della persona «vulnerabile»: ubi lex...".

L'elemento di maggiore rilievo della pronuncia risiede nell'affermazione, all'interno del principio di diritto, secondo cui l'idoneità dei mezzi usati per trarre in inganno il testatore "deve essere valutata con criteri di larghezza nei casi in cui il testatore, affetto da malattie senili che causano debolezze decisionali ed affievolimenti della consapevolezza affettiva, sia più facilmente predisposto a subire l'influenza dei soggetti che lo accudiscono o con cui da ultimo trascorrono la maggior parte delle sue giornate".

In tale prospettiva, la Corte, ponendosi in discontinuità con le precedenti pronunce, attribuisce al dolo testamentario contorni più ampi, potendo esso ricomprendere, in presenza di determinate condizioni, anche forme di pressione meno evidenti, come blandizie o suggerimenti.

Tale pronuncia della Cassazione, ritenuta fortemente innovativa, rappresenta tuttavia un'apertura non ancora pienamente consolidata. La giurisprudenza successiva, infatti, appare oscillare tra questo nuovo indirizzo ed impostazioni più tradizionali, improntate su un'applicazione rigorosa del principio del *favor testamenti* e caratterizzate da una interpretazione particolarmente rigida del dolo testamentario⁴².

III. IL TEMA DEL TESTATORE VULNERABILE NELL'ORDINAMENTO SPAGNOLO.

I. Cenni introduttivi.

Anche in Spagna si è sviluppato da tempo un dibattito attorno alla figura del testatore vulnerabile⁴³. I mutamenti sociali intervenuti negli ultimi decenni hanno fatto emergere il problema della potenziale dipendenza materiale ed affettiva dei soggetti anziani rispetto a coloro i quali gli prestano assistenza, con il conseguente rischio di captazione della volontà testamentaria.

42 Richiamano il nuovo principio affermato dalla Cassazione in materia di dolo testamentario Cass., 22 febbraio 2023, n. 5439, consultabile su *DeJure online*; Cass., 7 aprile 2025, n. 9152, in *Onelegale*; Cass., 15 dicembre 2025, n. 32707, in *Onelegale*. Al contrario, riaffermano il vecchio principio di diritto Trib. Palermo, 23 febbraio 2023, n. 878; Trib. Trani, 1 giugno 2023, n. 908; Trib. Napoli, 20 giugno 2023, n. 6346; Trib. Siracusa, 14 luglio 2025, n. 1154; Cass., 31 agosto 2023, n. 25521; Cass., 9 gennaio 2024, n. 706; Cass., 11 ottobre 2024, n. 26519, tutte consultabili su *DeJure online*.

43 Con riferimento ai contributi più risalenti e precedenti alla riforma del 2021 cfr., fra i vari, VAQUER ALOY, A.: "La protección del testador vulnerable", *Anuario De Derecho Civil*, 68(2), 2015, p. 327 ss.; ZURITA MARTÍN, I.: "La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables", in AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (a cura di A. VAQUER ALOY, M.P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2018, p. 83 ss.; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ C.: "Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente", *Revista de Derecho Privado*, 2018, p. 3 ss.; DÍAZ ALABART, S.: *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes*, Reus, Madrid, 2018; CORVO LÓPEZ, F.M.: "La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual", *Revista de Derecho Civil*, 2019, n.4, p. 135 ss.

Prima del 2021, la tutela del testatore vulnerabile era affidata — analogamente a quanto avviene nell'ordinamento italiano — a strumenti di tipo *ex post*, ossia azionabili solo dopo la redazione del testamento. In particolare, tale protezione si fondava sulla disciplina dei vizi del consenso e, soprattutto, sul dolo testamentario. Tuttavia, la prova del dolo risultava nella pratica estremamente complessa, con la conseguenza che solo in casi eccezionali i giudici giungevano a dichiarare la nullità del testamento per tale ragione⁴⁴.

A partire dal 2021, però, si è assistito ad un significativo mutamento di prospettiva: il legislatore, anche sulla spinta delle elaborazioni dottrinali, ha anticipato la tutela della libertà testamentaria dei soggetti vulnerabili, passando da un modello di protezione *ex post* ad uno *ex ante*. Questa soluzione, pur rappresentando un'evoluzione rilevante, è stata accolta in dottrina con valutazioni non sempre pienamente favorevoli.

2. L'incidenza della l. n. 8 del 2021 nell'ambito del diritto successorio.

La legge n. 8 del 2021⁴⁵ ha determinato nell'ordinamento spagnolo un cambio di paradigma nella protezione delle persone con disabilità. Essa ha adeguato il diritto interno ai principi sanciti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità – ratificata dalla Spagna nel 2007 – incidendo profondamente sulla legislazione civile e processuale attraverso quello che è stato efficacemente definito come un vero e proprio “ciclone normativo”⁴⁶, sia in termini di numero di disposizioni coinvolte sia per la trasformazione concettuale degli istituti cui si rivolge.

La riforma del 2021 ha inciso su numerosi settori del diritto civile e processuale, compreso quello successorio⁴⁷. In tale ambito, alcune disposizioni del Codice civile

44 Sul punto si ampiamente DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Incapacidad para heredar”, in AA.VV.: *Reformas Legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad: estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (a cura di F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRRELL, M.A. EGUSQUIZA BALMASEDA, F. LÓPEZ SIMÓ), Dykinson, Madrid, 2022, p. 933 ss.

45 Il riferimento corre alla Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

46 Di “ciclón normativo” parla CERVILLA GARZÓN, M.D.: “La sustitución fideicomisaria y la protección de las personas con discapacidad”, in AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (a cura di G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, M. GARCÍA MAYO), Wolters Kluwer-Bosch, Madrid, 2021, p. 687.

47 L'art. 2 della l. n. 8 del 2021 modifica gli artt. 663, 665, 695, 697.2, 706.3, 708, 742, 753, 776, 782 808, 813, 822, 996, 1041, 1052, 1057, 1060 CC. Le materie interessate dalla riforma riguardano principalmente la successione testamentaria e sono, in particolare, relative a: capacità di testare; impossibilità di succedere per cause di incapacità relativa e indegnità; accettazione e rifiuto dell'eredità da parte di soggetti con disabilità; forma dei testamenti olografi e pubblici; legittima; sostituzione fideicommissaria; collazione ed divisione dell'eredità. Sulla portata generale della riforma del diritto successorio avvenuta con la l. n. 8 del 2021, cfr. ALVENTOSA DEL RIO, J.: “Reformas en derecho de sucesiones”, in AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (a cura di J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 451 ss.; DÍAZ ALABART, S.: “Derecho de sucesiones y discapacidad”, in AA. VV.: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coordinato da N. ALVAREZ LATA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, p. 191 ss.; DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La reforma del derecho de sucesiones en la ley 8/2021: derecho sustantivo y derecho transitorio”, in

sono state integralmente riformulate — come gli artt. 808 e 813 CC — mentre altre hanno visto la sostituzione o correzione di espressioni obsolete e divenute prive di senso alla luce della riforma legislativa attuata, in modo da conformarsi alla sua terminologia⁴⁸ (tra queste, gli artt. 822, 996, 1041, 1052, 1057 e 1060 CC).

L'effetto complessivo della riforma, nell'ambito del diritto successorio, può riassumersi nel passaggio da un sistema basato sulla limitazione della capacità testamentaria della persona con disabilità e sulla sostituzione della sua volontà, ad un modello che riconosce la capacità di testare a tutti i soggetti, eventualmente con l'ausilio di misure di sostegno, e che elimina ogni forma di sostituzione nell'espressione della volontà testamentaria⁴⁹.

Ai fini della presente indagine assume particolare rilievo la modifica dell'art. 753 del Codice civile spagnolo, disposizione che, nell'intento di tutelare il testatore vulnerabile proteggendolo da condotte captatorie, disciplina alcune ipotesi definite dalla dottrina come "incapacità relative di succedere"⁵⁰.

Il citato articolo solleva numerosi problemi interpretativi, specialmente con riguardo al possibile contrasto con la Convenzione ONU e, conseguentemente, ai dubbi di legittimità costituzionale in relazione all'art. 10.2 CE, il quale prevede che "le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà che la Costituzione riconosce si interpreteranno in conformità con la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e con i trattati e accordi internazionali in materia ratificati dalla Spagna"⁵¹.

AA.VV.: *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento* (diretto da E. LLAMAS POMBO, N. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, E. TORAL LANA), Wolters Kluwer, Madrid, 2022, p. 369 ss.; AA.VV.: *La persona con discapacidad en el derecho de sucesiones* (diretto da M.E. LERDO DE TEJADA e G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, e coordinato da J.G. MURGA FERNÁNDEZ e M., GARCÍA MAYO), Aranzadi, Navarra, 2023, p. 21 ss.; BERNARD MAINAR, R.: "Incidencia de la Ley 8/2021, sobre las personas con discapacidad en el ámbito de la sucesión testamentaria", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2023, n. 800, p. 3195 ss.; Id.: "Incidencia de la Ley 8/2021, sobre las personas con discapacidad, en algunos aspectos del Derecho de sucesiones: porción legítima, aceptación y repudiación de herencia, colación y partición", *Revista de Derecho Civil*, 2024, n. 11, p. 241 ss.; DE TORRES PEREA, J.M.: "La discapacidad y la reforma de las normas sucesorias", in AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (diretto da L. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, A.J. QUESADA SÁNCHEZ), Atelier, Barcelona, 2022, p. 473 ss.

48 Non si tratta, tuttavia, di un mero cambio terminologico. Come sottolinea il *Preamble* della l. n. 8 del 2021: "No se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos".

49 In questi termini ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Reformas", cit., p. 453. Sul punto cfr. anche ZURITA MARTÍN, I.: "Requisitos y Límites del ejercicio de la facultad de testar por las personas con discapacidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, n. 16bis, p. 3098 ss.

50 Di "incapacidad relativa para suceder" o "para heredar" discorrono REPRESA POLO, P.: "Se da nueva redacción al artículo 753 CC", in AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (diretto da C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 907; MESA MARRERO, C.: "Artículo 753", in AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (diretto da M.P. GARCÍA RUBIO, M.J. MORO ALMARAZ, e coordinato da I. VARELA CASTRO), Thomson Reuters, Navarra, 2022, p. 539; DE TORRES PEREA, J.M.: "La discapacidad" cit., p. 490. Parla, invece, di "Incapacidades relativas en sentido estricto" DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "La reforma", cit., p. 391.

51 L'art. 10.2 della Costituzione spagnola recita: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de

3. La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità e il suo ruolo nell'interpretazione del diritto nazionale.

L'art. 12 della Convenzione ONU afferma che tutte le persone, con o senza disabilità, godono di pari capacità – intesa *latu sensu*⁵² – dinanzi alla legge. Tale equiparazione si fonda sull'uguale dignità di tutti i soggetti e sul libero, pieno ed uguale sviluppo della loro personalità, quale espressione dell'autonomia individuale. Il suddetto articolo vieta qualsiasi trattamento discriminatorio fondato sulla disabilità e consacra quello che la dottrina definisce come il principio del “minimo intervento”⁵³, in linea con i criteri di necessità e proporzionalità sanciti nella Convenzione stessa.

Di particolare rilievo è il fatto che l'equiparazione tra tutti i soggetti sancita dalla Convenzione ONU, nonché dal Commento generale n. 1 del 2014⁵⁴, faccia venire meno qualsiasi giustificazione per una protezione speciale — *stricto sensu* — della persona con disabilità e dei suoi beni. Per tali soggetti non esiste alcun

Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España”.

52 L'art. 12 della Convenzione ONU fa riferimento alla nozione di *legal capacity*. Tradizionalmente, nell'ordinamento spagnolo si è operata una distinzione tra capacità giuridica, intesa come idoneità ad essere titolari di diritti e obblighi, la quale si acquista con la nascita ed appartiene a tutti gli esseri umani, e capacità di agire, ossia l'idoneità a compiere validamente atti e negozi giuridici. Quest'ultima si acquista con la maggiore età e può subire limitazioni. Alla luce della riforma del 2021, tuttavia, parte della dottrina ritiene che tale distinzione abbia perso rilevanza. Il legislatore del 2021, secondo queste posizioni, con l'abolizione del concetto di “incapacità”, avrebbe inteso superare la tradizionale dicotomia tra *capacidad jurídica* e *capacidad de obrar*, in conformità con quanto previsto dalla Convenzione di New York sui diritti delle persone con disabilità e delle Osservazioni Generali del Comitato sui diritti delle persone con disabilità. Queste ultime, infatti, evidenziano come il concetto di *legal capacity* sia unitario e comprenda tanto la titolarità dei diritti quanto il loro esercizio. In questo senso GARCÍA RUBIO, M.P.: “La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles”, in AA.VV.: *El nuevo Derecho*, cit., p. 56; AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico*, cit., p. 46 s.; BERNARD MAINAR, R.: “Incidencia de la Ley 8/2021”, cit., pp. 242 e 245; DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La reforma”, cit., p. 369. Secondo un diverso e più prudente orientamento dottrinale, invece, alla luce della l. n. 8 del 2021 e della Convenzione ONU non è necessario giungere a un mutamento terminologico così radicale. Il superamento della tradizionale distinzione tra capacità giuridica e capacità di agire appare eccessivo in quanto la nozione di *capacidad de obrar* non riguarda esclusivamente le persone con disabilità, ma assume una portata più generale nell'ordinamento. In particolare, si evidenzia come, venendo meno la tradizionale distinzione, risulterebbe difficile giustificare l'annullabilità dei contratti conclusi dal minore non emancipato. Così DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. e DEL CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ, C.: *Guía práctica sobre las medidas de apoyo a las personas con discapacidad*, Tirant lo blanch, Valencia, 2025, p. 31 ss.; Id.: “Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia”, *Revista Jurídica del Notariado*, 2022, n. 115, p. 21; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?”, in AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico*, cit., p. 109 ss., per il quale la distinzione tra *capacidad jurídica* e *capacidad de obrar* rappresenta uno strumento utile per progettare e spiegare il sistema giuridico e che, pertanto, rinunciare ad essa ha un chiaro effetto impoverente. Reputa eccessivi i cambiamenti terminologici apportati dalla l. n. 8 del 2021 anche ARNAU MOYA, F.: “Aspectos polémicos de La Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, *Revista Boliviana de Derecho*, 2022, n. 33, p. 559: “Algunos de los cambios terminológicos que ha provocado la nueva ley nos parecen un tanto excesivos como sucede con el hecho de que a lo largo de la ley se emplee la expresión ejercicio de la capacidad jurídica que si bien no es totalmente extraña a nuestro sistema jurídico sí que lo es cuando se usa en detrimento de la clásica y más precisa expresión capacidad de obrar”.

53 COSÍ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “Prohibición legal de testar para las personas con discapacidad: justificación e interpretación del “nuevo” artículo 753 del código civil”, *Revista Jurídica del Notariado*, 2021, n.113, p. 102, e ora anche in AA.VV.: *La persona con discapacidad*, cit., p. 96.

54 Il riferimento corre al Commento generale n. 1 (del 2014) del Comitato dei diritti delle persone con disabilità.

interesse superiore da proteggere paragonabile a quello riconosciuto ai minori. Ne consegue che non risultano ammissibili approcci di tipo paternalistico, i quali rappresenterebbero il retaggio storico di un trattamento discriminatorio fondato sulle condizioni di salute del singolo.

Alla luce di quanto esposto, occorre osservare che, a seguito della ratifica della Convenzione ONU del 2006, la Spagna è tenuta a adeguare il proprio ordinamento interno ai principi in essa sanciti, in forza dell'art. 10.2 della Costituzione spagnola. Anche l'art. 49 della Costituzione, volto alla protezione e integrazione delle persone con disabilità, deve essere necessariamente reinterpretedato nel rispetto della Convenzione e delle Osservazioni del Comitato che ne offrono una interpretazione autentica. Ciò implica che, nel delicato equilibrio tra l'esigenza di protezione della persona con disabilità in quanto soggetto vulnerabile e la necessità di garantire la sua dignità ed il libero sviluppo della personalità (artt. 10 e 14 CE), occorre far prevalere questi ultimi principi.

La rilettura della normativa interna impone all'interprete di applicare i principi recepiti dalla suddetta Convenzione, primo fra tutti quello del *favorabilia amplianda, odiosa restringenda*⁵⁵; le disposizioni favorevoli alla persona con disabilità devono essere interpretate estensivamente, mentre quelle che ne comprimono libertà e diritti richiedono un'interpretazione restrittiva, poiché tali limitazioni costituiscono eccezioni suscettibili di tradursi in discriminazioni ingiustificate, in contrasto con il principio del *favor libertatis*.

A questo criterio si affianca il principio *in dubio pro capacitate*⁵⁶. In forza di esso, quando una norma prevede misure sostitutive o limitative della volontà della persona con disabilità ed il suo significato non è univoco, essa deve essere interpretata, caso per caso, alla luce della specifica *ratio legis* che governa la norma. In presenza di dubbi sul risultato interpretativo, si dovrà privilegiare la soluzione che riduca al minimo la portata della misura assistenziale, favorendo invece la massima estensione della capacità e dell'autonomia individuale. E tale è la forza di questo criterio interpretativo, da poter condurre persino a ritenere derogata la norma che imponga limitazioni indiscriminate della capacità o che introduca sistemi sostitutivi fondati unicamente sulla disabilità⁵⁷. È quanto previsto anche dalla stessa l. n. 8 del 2021, attuativa della Convenzione ONU, la quale, al comma 1 della sua generale *Disposizione derogatoria única*, afferma: "Sono abrogate tutte

55 Si tratta di un principio generale del diritto incorporato nell'art. 3 della Convenzione del 2006, ma già incluso anche nel diritto vigente spagnolo sia per via diretta, ai sensi degli artt. 96.1 CE e 1.5 CC, sia per via interpretativa, ai sensi dell'art. 10.2 CE.

56 Così CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "Prohibición legal", cit., p. 99 ss.

57 CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "Prohibición legal", cit., p. 100.

le disposizioni di pari o inferiore rango che contraddicano, si oppongano o risultino incompatibili con quanto disposto dalla presente legge”⁵⁸.

Come osserva la dottrina⁵⁹, tuttavia, il problema non riguarda soltanto le norme anteriori eventualmente incompatibili con la Convenzione ONU. Il contrasto con i principi in essa sanciti potrebbe investire anche la stessa riforma recentemente approvata in Spagna, mettendone così in discussione la sua costituzionalità ai sensi dell'art. 10.2 CE. Un esempio di tale possibilità è rappresentato, secondo parte della dottrina⁶⁰, dall'art. 753 del Codice civile spagnolo, come modificato dalla riforma: pur non introducendo una misura sostitutiva, esso limita la libertà testamentaria della persona con disabilità vietandole di testare a favore di determinate persone e in specifiche circostanze.

4. Il nuovo contenuto dell'art. 753 CC.

L'art. 753 era già presente nel Codice civile spagnolo ma la sua formulazione è stata significativamente modificata dalla l. n. 8 del 2021.

L'attuale primo comma⁶¹ prevede che non produce effetto la disposizione testamentaria⁶² a favore di chi sia tutore o curatore rappresentativo del testatore, salvo che il testamento non sia stato redatto dopo l'estinzione delle relative misure di sostegno⁶³.

Mentre la precedente formulazione dell'art. 753 CC si limitava a disciplinare le ipotesi relative al curatore e al tutore – seppur con modalità diverse – la nuova disciplina amplia il proprio ambito applicativo, includendo anche i c.d. “*cuidadores*”,

58 “Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan o resulten incompatibles con lo dispuesto en la presente Ley”.

59 CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Prohibición legal”, cit., p. 100 s.

60 Si rinvia al contenuto della nota n. 80.

61 L'art. 753.I CC recita: “Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela”.

62 Le disposizioni testamentarie alle quali si riferisce l'art. 753 CC ricomprendono sia le istituzioni ereditarie che i legati. Così DIAZ MARTÍNEZ, A., “Incapacidad para heredar”, cit., p. 929.

63 Con riferimento al primo comma, la dottrina concorda nel ritenere che, sebbene la norma menzioni sia la curatela che la tutela, il divieto si applichi al solo curatore; ciò in quanto la tutela, a partire dal 2021, è un istituto escluso dall'ambito della disabilità. Così CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “Prohibición legal”, cit., p. 132; MESA MARRERO, C.: “Artículo 753”, cit., p. 541; DE SALAS MURILLO, S.: “La incapacidad para suceder a la persona con discapacidad: la prohibición del art. 753 del Código Civil tras la reforma efectuada por la Ley 8/2021, de 2 de junio”, in AA.VV.: *La persona con discapacidad*, cit., p. 174. Inoltre, l'articolo 753.I CC menziona, fra i vari tipi di curatela, solo quella rappresentativa. Mentre una parte della dottrina limita il divieto di cui al primo comma a questa sola fattispecie, ravvisandovi un maggior rischio di influenza indebita sulla volontà del testatore con disabilità (MESA MARRERO, C.: “Artículo 753”, cit., p. 541; DIAZ MARTÍNEZ, A.: “Incapacidad para heredar”, cit., p. 918; NIETO ALONSO, A.: “Cláusulas testamentarias orientadas a garantizar el cuidado de personas vulnerables o de personas con discapacidad”, *InDret*, 2023, 3, p. 234), altra parte della dottrina ritiene che l'incapacità di cui all'art. 753 CC sia riferibile a tutti i tipi di curatela (REPRESA POLO, P.: “Se da nueva redacción”, cit., p. 912; ESTELLÉS PERALTA, P.M.: “Las cuestionables limitaciones legales a la capacidad de testar de las personas mayores”, *IDIBE Tribuna*, 7 novembre 2025, p. 5).

ossia quei soggetti che si prendono cura, a vario titolo ed in differenti contesti, della persona con disabilità.

I *cuidadores* presi in considerazione dalla norma possono essere distinti in tre categorie⁶⁴: quelli inseriti in strutture pubbliche o private nelle quali la persona con disabilità è ricoverata per ragioni di salute o assistenza; le persone fisiche che prestano assistenza al di fuori delle strutture; i *cuidadores* che sono parenti del testatore aventi diritto alla successione *ab intestato*.

Per la prima categoria di persone – sia fisiche che giuridiche – l'art. 753.2 CC prevede una incapacità assoluta di succedere per testamento⁶⁵. La norma stabilisce, infatti, che è nulla la disposizione testamentaria effettuata da persone ricoverate per ragioni di cura o assistenza a favore di coloro che gli prestano cure, qualora questi ultimi siano titolari, amministratori o dipendenti della struttura pubblica o privata in cui il testatore si trova. È altresì nulla la disposizione a favore delle stesse strutture in quanto persone giuridiche⁶⁶.

L'art. 753.3 CC disciplina, poi, l'ipotesi dei *cuidadores* che prestano assistenza al di fuori delle case di cura⁶⁷. La legge consente di disporre a loro favore esclusivamente mediante testamento pubblico⁶⁸. Tale requisito garantisce il controllo del notaio sulla corretta formazione della volontà del testatore, assicurando l'assenza di pressioni o influenze indebite sulla stessa. Si tratta di una cautela formale che consente di salvaguardare l'integrità della volontà del testatore e, al contempo, di rispettare il suo desiderio di favorire nelle sue disposizioni *mortis causa* chi gli ha prestato attenzioni e cura durante gli ultimi anni di vita⁶⁹. Naturalmente, in tali casi, resta ferma la possibilità di impugnare il testamento per vizi della volontà ai sensi dell'art. 673 CC o per incapacità naturale del testatore.

L'art. 753.4 CC, infine, fa salve dai su menzionati divieti le persone che la legge indica come eredi *ab intestato*. Quando tali soggetti prestano assistenza al testatore

64 Si utilizza l'efficace classificazione operata da S. DE SALAS MURILLO, *La incapacidad para suceder*, cit., p. 177 ss.

65 L'art. 753.2 CC recita: "Será nula la disposición hecha por las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas. También será nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos".

66 In merito a tale divieto, si deve ritenere che esso operi esclusivamente per i testamenti redatti durante il periodo di permanenza della persona vulnerabile all'interno della struttura. Così REPRESA POLO, P.: "Se da nueva redacción", cit., p. 913 s.; DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "La reforma", cit., p. 392.

67 Trai soggetti di cui all'art. 753.3 CC rientrano sia coloro che prestano abitualmente servizi di cura o assistenza in modo professionale e sulla base di un contratto, in modo oneroso o gratuito, sia coloro che prestano servizi di cura in maniera informale, come vicini, amici, conoscenti o volontari che svolgono compiti di cura in collaborazione con un ente del terzo settore. Così DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Incapacidad para heredar", cit., p. 940; DE SALAS MURILLO, S.: "La incapacidad", cit., p. 179.

68 L'art. 753.3 CC recita: "Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga al causante, solo podrán ser favorecidas en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto".

69 In questi termini MESA MARRERO, C.: "Artículo 753", cit., p. 544.

o svolgono la funzione di curatore, essi sono esclusi dall'incapacità relativa di succedere⁷⁰. Come evidenziato dalla dottrina⁷¹, l'eccezione di cui all'ultimo comma tiene conto del vincolo familiare che spesso lega la persona con disabilità al proprio curatore o *caregiver*, facendo prevalere tale relazione sulle cautele volte ad evitare la captazione della volontà.

In definitiva, da quanto appena osservato emerge che l'art. 753 CC, insieme alle disposizioni che lo precedono e lo seguono⁷², è diretto a proteggere i testatori vulnerabili di fronte al pericolo di captazione della volontà o di influenza indebita. Nelle ipotesi appena esaminate, infatti, nelle quali il soggetto anziano e/o con disabilità necessita di cure continuative all'interno di una RSA o nel contesto familiare, è particolarmente elevata la possibilità di una eterodirezione della volontà testamentaria. Non a caso, già prima della riforma, la giurisprudenza aveva registrato numerosi casi di questo tipo⁷³.

Non resta che osservare, tuttavia, come il legislatore spagnolo, tra le diverse soluzioni possibili, abbia scelto quella più radicale. Per tutelare la libertà testamentaria del soggetto vulnerabile avrebbe potuto percorrere vie meno drastiche: imporre l'obbligo generale del testamento pubblico per tutti i soggetti vulnerabili che ricevono assistenza formale o informale, sia all'interno che all'esterno di strutture specializzate⁷⁴; limitare la tutela del testatore fragile all'impugnazione

70 L'art. 753 CC, rispetto alla vecchia formulazione, amplia il ventaglio di soggetti fatti salvi dall'incapacità di succedere. Nella precedente versione, infatti, la norma alludeva esclusivamente agli ascendenti, discendenti, fratelli, sorelle e coniuge del testatore. Il quarto comma della disposizione, tuttavia, presenta alcuni profili di incertezza interpretativa con riguardo ai soggetti cui si rivolge, poiché fa riferimento al "curador" in modo generico, senza distinguere tra le diverse figure di curatela. Così ZURITA MARTÍN, I.: "Requisitos y Límites", cit., p. 3114.

71 MESA MARRERO, C.: "Artículo 753, cit., p. 544.

72 L'art. 752 CC stabilisce che "No producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, o de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto". L'art. 754 CC recita: "El testador no podrá disponer del todo o parte de su herencia en favor del Notario que autorice su testamento, o del cónyuge, parientes o afines del mismo dentro del cuarto grado, con la excepción establecida en el artículo 682. Esta prohibición será aplicable a los testigos del testamento abierto, otorgado con o sin Notario. Las disposiciones de este artículo son también aplicables a los testigos y personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales".

73 Cfr. *ex multis* STS de 19 de septiembre de 1998, 6399, concernente una testatrice che, in punto di morte, istituiva erede la casa di cura presso cui risiedeva; STS de 20 junio de 2005, 4365, relativa a un anziano che, in imminente pericolo di morte, disponeva a favore dell'amministratrice della struttura che lo ospitava; STS de 26 de junio de 2015, 3578, in cui il testatore, affetto da un deficit cognitivo progressivo limitativo della sua capacità di intendere e di volere, nominava unica erede la badante assunta solo un mese prima; RJ 2016, 3659, dell'8 aprile 2016, relativa al caso di un testamento che nominava erede la Congregazione religiosa titolare della residenza in cui alloggiava il de cuius.

74 Di questo parere DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Incapacidad para heredar", cit., pp. 920 e 926; DE SALAS MURILLO, S.: "La incapacidad", cit., p. 190; PEREZ GALLARDO, L.B.: "El testador vulnerable y las influencias indebidas. Los antidotos que dispensa el artículo 753 del código civil (a propósito de la reforma sobre la capacidad jurídica en el derecho español)", in AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio* (diretto da M. PEREÑA, M.M. HERAS HERNÁNDEZ e coordinato da M. NÚÑEZ NÚÑEZ, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 582; ZURITA MARTÍN, I.: "Requisitos y Límites", cit., p. 3119 ss., la quale sottolinea l'opportunità di prevedere il coinvolgimento di professionisti sanitari che siano in grado di valutare la capacità mentale del testatore, a supporto del giudizio legale del notaio. Nel corso dell'iter di approvazione della riforma, la soluzione dell'obbligo del testamento pubblico è stata sostenuta anche da alcuni gruppi parlamentari, i quali hanno presentato emendamenti volti a trasformare in regola generale

del testamento per dolo, ridefinendone i confini⁷⁵ (pur con le note difficoltà probatorie); invertire l'onere della prova introducendo una presunzione *iuris tantum* di captazione della volontà del *de cuius* con disabilità, da parte di soggetti quali il confessore, il curatore, il notaio o i testimoni favoriti nel testamento⁷⁶.

La scelta legislativa è stata, invece, quella di predisporre una tutela incisiva e di carattere preventivo, privilegiando – come è stato efficacemente osservato – l'idea di “apporre un cerotto prima ancora che appaia la ferita”⁷⁷. L'art. 753 CC introduce, infatti, delle presunzioni assolute (*iuris et de iure*) di eterodeterminazione della volontà del *de cuius*, quale soggetto vulnerabile, dalle quali discende la nullità automatica della disposizione testamentaria a favore dei soggetti indicati dalla norma⁷⁸, senza che rilevi accertare quale fosse la reale volontà del testatore. Le incapacità di succedere di cui all'art. 753 CC operano, inoltre, rispetto a tutte le forme di testamento, salvo l'eccezione prevista dal terzo comma con riferimento all'assistenza non istituzionalizzata.

In altri termini, nell'alternativa tra rimedi *ex ante*, operanti anteriormente alla redazione del testamento, e rimedi *ex post*, destinati a intervenire dopo la sua formazione, il legislatore spagnolo ha optato con chiarezza per i primi⁷⁹.

5. La compatibilità dell'art. 753 CC con la Convenzione ONU: profili critici.

quanto previsto dall'art. 753.3 CC: consentire alla persona con disabilità di disporre a favore di chi le presta assistenza, purché mediante testamento pubblico. La proposta, tuttavia, non ha trovato accoglimento. In particolare, il *Grupo Mixto* ha sostenuto la suddetta soluzione osservando che il divieto assoluto di disporre a favore di chi presta sostegno rappresenta una compressione ingiustificata dell'autonomia personale, in contrasto con il principio di capacità e con il rispetto della volontà e delle preferenze della persona, principi posti al centro del disegno di legge e riconducibili al nucleo dell'art. 12 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità. Secondo tale impostazione, la previsione del testamento pubblico costituirebbe già una garanzia adeguata, poiché presuppone l'accertamento, da parte del notaio, della sufficiente capacità del testatore di esprimere validamente le proprie ultime volontà. Una posizione è stata adottata anche in Senato dal *Grupo Vasco*, con l'emendamento n. 118. In quella sede si è sottolineato come sia ingiustificato limitare la capacità giuridica delle persone residenti in strutture assistenziali – in larga parte anziani e persone con disabilità – impedendo loro di lasciare legati o eredità alla struttura presso cui ricevono assistenza. A giudizio del gruppo proponente, una soluzione più rispettosa della libertà individuale consisterebbe nel consentire tali disposizioni testamentarie, subordinandole però all'intervento del notaio quale garanzia contro possibili abusi.

75 Così REPRESA POLO, P.: “Se da nueva redacción”, cit., p. 908.

76 In questi termini sempre REPRESA POLO, P.: “Se da nueva redacción”, cit., p. 909 s.

77 GARCÍA PÉREZ, C.L.: “Libertad y capacidad para otorgar testamento de la persona mayor internada en centro sociosanitario o geriátrico”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2026, n. 24, p. 580: “Podría decirse que se trata de poner la venda antes de que aparezca la herida”.

78 Così REPRESA POLO, P.: “Se da nueva redacción”, cit., p. 908; ZURITA MARTÍN, I.: “Requisitos y Límites”, cit., p. 3120, secondo le quali coloro che si trovano nella situazione prevista dall'art. 753.2 CC sono incapaci di ereditare, senza l'ammissione di prove contrarie. Sul punto, tuttavia, la dottrina non è unanime. Secondo alcuni autori, che propongono una interpretazione restrittiva dell'art. 753.2 CC, occorrerebbe ammettere la prova contraria circa la mancanza di captazione della volontà del testatore. Così LÓPEZ MAZA, S.: “Comentario al art. 753”, in AA.VV.: *Comentarios al Código civil*, 5ª ed. (coordinato da R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2021, p. 1003; ESTELLÉS PERALTA, P.M.: “Las cuestionables limitaciones”, cit., p. 6; DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Incapacidad para heredar”, cit., p. 931 ss.

79 È quanto osservato da DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Incapacidad para heredar”, cit., p. 917.

Il nuovo art. 753 CC ha suscitato un ampio dibattito dottrinale, dando luogo a diversi orientamenti interpretativi.

Secondo la dottrina maggioritaria⁸⁰ la norma si pone in contrasto con la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità e, in particolare, con il suo art. 12, che non ammette disparità di trattamento fondate sulla disabilità e rifiuta approcci paternalistici. Da questa prospettiva, l'art. 753 CC sembra muoversi in direzione opposta: anziché valorizzare l'autonomia del soggetto con disabilità, compreso il suo diritto a sbagliare, finisce per comprimere la sua libertà testamentaria salvaguardando gli interessi successori dei suoi familiari⁸¹.

La critica si inserisce, inoltre, nel quadro più ampio della riforma del 2021, ispirata proprio ai principi della Convenzione ONU e fondata sul riconoscimento della piena capacità – intesa in senso ampio – delle persone con disabilità. In questo contesto, l'art. 753 CC contrasterebbe con il principio generale della capacità di testare⁸², oggi cardine del diritto successorio spagnolo. L'art. 662 CC, infatti, configura la capacità testamentaria come regola generale, relegando l'incapacità ad eccezione che deve essere debitamente provata.

In tale impostazione si sottolinea, inoltre, una contraddizione sistematica⁸³. L'approccio "iperprotezionista"⁸⁴ adottato dal legislatore in ambito successorio contrasta con l'ampio margine del diritto a sbagliare in vita che emerge dalla nuova redazione dell'art. 1263 CC, nel quale non c'è alcun limite alla capacità di contrarre, il che si completa e riafferma nel nuovo regime dell'art. 1302 CC. Risulta, quindi, difficilmente giustificabile la scelta di non lasciare alcun margine di diritto a sbagliarsi al testatore vulnerabile, come affermazione della propria

80 DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su discapacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación en materia de discapacidad*, Reus, Madrid, 2019, p. 70; DE SALAS MURILLO, S.: "Reconsideración de la prohibición de suceder: el caso del tutor o curador", *Derecho Privado y Constitución*, 2019, n. 35, p. 60 ss.; REPRESA POLO, P.: "Se da nueva redacción", cit., p. 908; LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Colex, Madrid, 2021, p. 167 s.; DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Incapacidad para heredar", cit., p. 926; DE SALAS MURILLO, S.: "La incapacidad", cit., p. 188 ss.; DE TORRES PEREA, J.M.: "La discapacidad", cit., p. 490 ss.; ESTELLÉS PERALTA, P.M.: "Las cuestionables limitaciones", cit., p. 6; GARCÍA PÉREZ, C.L.: "Libertad y capacidad", cit., p. 582 ss.; ZURITA MARTÍN, I.: "Requisitos y Límites", cit., p. 3119 ss.

81 È quanto evidenziato da ESTELLÉS PERALTA, P.M.: "Las cuestionables limitaciones", cit., p. 2.

82 Il principio della presunzione di capacità di testare era già riconosciuto nell'ordinamento spagnolo prima della riforma introdotta dalla l. n. 8 del 2021 ed è inoltre consacrato dalla Convenzione ONU sui Diritti delle Persone con Disabilità. L'art. 662 CC sancisce una regola generale in base alla quale la capacità di testare si presume e rappresenta la regola, mentre l'incapacità costituisce l'eccezione e deve essere debitamente provata. Sul punto, in giurisprudenza SSTS 15 marzo 2018 (Tol 6548076); SSTS 16 mayo 2017 (Tol 6113490); SAP Madrid 13 mayo 2024 (Tol 10136415). Ai sensi dell'art. 666 CC, il testamento è valido qualora il testatore abbia capacità naturale al momento della sua redazione. È quanto affermato anche dalla giurisprudenza, la quale ha ritenuto operante la presunzione di capacità anche in presenza di una infermità neurologica del testatore al momento della redazione; nei casi di imminente dichiarazione di incapacità, prima della riforma del 2021; o, ancora, quando il testatore fosse già incapace. Cfr. in questo senso SAP Cádiz 23 julio 2024 (ECLI:ES:APCA:2024:1770); SAP Asturias 5 julio 2023 (ECLI:ES:APAS:2023:2332); SAP Barcelona 28 noviembre 2019 (ECLI:ES:APB:2019:14021).

83 Così DE SALAS MURILLO, S.: "La incapacidad", cit., p. 192 s.

84 Definisce l'approccio legislativo "superproteccionista" DE SALAS MURILLO, S.: "La incapacidad", cit., p. 192.

dignità, dal momento che, a differenza del contratto, il testamento è un atto che non produce *a priori* effetti pregiudizievoli per il disponente poiché spiegherà la sua efficacia dopo la sua morte⁸⁵.

Secondo una parte minoritaria della dottrina⁸⁶, invece, l'art. 753 CC non contrasta con la Convenzione ONU, rappresentando una precisa scelta di politica legislativa. In questa prospettiva, la norma non introduce ipotesi di "incapacità relativa" di succedere per testamento, bensì configura delle "proibizioni legali"⁸⁷, analoghe a quelle previste in altre disposizioni del Codice civile, come gli artt. 251 e 287 CC. La distinzione è significativa: mentre l'incapacità si fonda su ragioni soggettive inerenti alla persona – quali età, maturità o condizioni di salute – la proibizione legale risponde a ragioni oggettive, legate ad esigenze di moralità e alla prevenzione dei conflitti di interessi. Ancora, la proibizione non incide sulla capacità della persona di testare ma solo sulla sua legittimazione a disporre, al fine di evitare possibili abusi⁸⁸.

Da questo punto di vista, l'art. 753 CC non costituirebbe una ingiustificata limitazione della capacità, bensì uno strumento volto a tutelare la libertà testamentaria nei casi in cui il disponente risulti vulnerabile in ragione – non della disabilità in sé, ma – della potenziale soggezione ad influenze indebite⁸⁹. La sfiducia del legislatore, dunque, non si rivolge al testatore con disabilità ma a coloro che lo assistono e che potrebbero interferire nella corretta formazione della sua volontà.

Per questi motivi, secondo tale orientamento minoritario, l'art. 753 CC non solo non viola l'art. 12 della Convenzione ONU, ma anzi ne costituirebbe una attuazione⁹⁰. Il Commento generale n. I del 2014 sottolinea, infatti, come i meccanismi di sostegno previsti dai singoli Stati debbano proteggere i soggetti con disabilità dal rischio di influenza indebita "ravvisabile dove l'interazione fra due soggetti risulta fondata su paura, minaccia o pregiudizi". Secondo la dottrina, in esame, dunque, la Convenzione tutela certamente il diritto della persona a sbagliare, pretendendo che questa si assuma i propri rischi ed errori, ma tale tutela non può estendersi fino a ricomprendere anche il diritto ad essere ingannato, quando gli errori dipendano da soggetti terzi.

6. (Segue) Le ricostruzioni interpretative della dottrina.

85 In questi termini DE SALAS MURILLO, S.: "La incapacidad", cit., p. 193.

86 Il riferimento corre a CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "Prohibición legal", cit., p. 106 ss.

87 Così CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "Prohibición legal", cit., p. 108, il quale parla di "estrictas y genuinas prohibiciones legales".

88 CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "Prohibición legal", cit., p. 124.

89 Così CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "Prohibición legal", cit., p. III.

90 CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "Prohibición legal", cit., p. 106 ss.

I diversi orientamenti dottrinali offrono letture divergenti dell'art. 753 CC, dalle quali discendono differenti soluzioni applicative.

Iniziando dalla dottrina minoritaria⁹¹, questa sostiene che, in presenza di un dubbio interpretativo sull'art. 753 CC, possa trovare applicazione un'interpretazione estensiva, secondo il principio *favorabilia amplianda*. Si osserva, infatti, che il suddetto articolo non incide sulla libertà testamentaria ma ne costituisce piuttosto uno strumento di tutela rispetto a possibili abusi. Secondo questa impostazione, il criterio interpretativo proposto risulterebbe maggiormente coerente sia con la *ratio* generale che ispira tutte le proibizioni legali, sia con quanto previsto dall'art. 12, par. 4, della Convenzione ONU. Si rileva, inoltre, che la giurisprudenza ha già adottato un'interpretazione estensiva dell'art. 752 CC, ampliandone l'ambito applicativo anche ad altri ministri di culto diversi dai sacerdoti. In questa prospettiva, si ritiene coerente applicare analoga interpretazione anche all'art. 753 CC.

Al contrario, secondo l'opinione maggioritaria⁹², la suddetta disposizione deve essere oggetto di una interpretazione restrittiva, in coerenza con i criteri ermeneutici desumibili dalla Convenzione ONU, volti a contenere l'incidenza delle norme che limitano la capacità dei soggetti.

In tale prospettiva, si evidenzia⁹³, in particolare, la necessità di circoscrivere l'ambito applicativo del comma 2, ritenuto il profilo più problematico della disposizione, in quanto non opera alcuna distinzione tra le diverse tipologie di soggetti ricoverati in strutture assistenziali. L'eterogeneità delle situazioni coinvolte è evidente: si passa dalle ipotesi di mera infermità fisica a quelle di alterazione della sfera psichica, dai ricoveri involontari a quelli volontari, fino ai casi in cui la permanenza in residenza risponde ad esigenze di assistenza o di miglioramento delle condizioni di vita, fra le quali rientrano la fruizione di *comfort* quotidiani⁹⁴ – come la cucina o la pulizia – o la necessità di evitare condizioni di isolamento. E devono altresì considerarsi le ipotesi in cui il soggetto scelga di risiedere nella struttura non per esigenze proprie bensì per assistere un coniuge o convivente.

In alcune circostanze l'applicazione del divieto di cui all'art. 753.2 CC risulta eccessiva e sproporzionata, in assenza di concrete esigenze di tutela, non ravvisandosi un effettivo pericolo di captazione della volontà testamentaria. Ne consegue, secondo la dottrina prevalente, la loro esclusione dall'ambito operativo del divieto.

91 CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "Prohibición legal", cit., p. 119 ss.

92 In questo senso v. fra tutti DE SALAS MURILLO, S.: "La incapacidad", cit., p. 177; GARCÍA PÉREZ, C.L.: "Libertad y capacidad", cit. p. 583 ss.; NIETO ALONSO, A.: "Cláusulas testamentarias", cit., p. 235.

93 Il riferimento corre a DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Incapacidad para heredar", cit., p. 927 s.; DÍAZ ALABART, S.: "Derecho de sucesiones", cit., p. 222; ESTELLÉS PERALTA, P.M.: "Las cuestionables limitaciones", cit., p. 2; GARCÍA PÉREZ, C.L.: "Libertad y capacidad", cit. p. 571 ss.

94 GARCÍA PÉREZ, C.L., "Libertad y capacidad", cit., p. 571 ss.

Con riguardo al comma 2, muovendo dalla medesima esigenza di contenimento del perimetro applicativo della disposizione, alcune voci⁹⁵ prospettano un'interpretazione flessibile della norma, idonea ad ammettere la prova contraria in ordine all'assenza di captazione della volontà del testatore, in analogia con quanto già affermato dalla giurisprudenza con riferimento all'art. 752 CC, sorretto da una *ratio* affine. In tale prospettiva, il giudice potrebbe valorizzare fatti estrinseci idonei a dimostrare che la volontà testamentaria sia stata espressa in modo libero, quali l'assenza di isolamento del testatore della residenza in cui vive, la presenza di relazioni familiari e di visite da parte di amici, l'estraneità del personale della struttura alla redazione delle ultime volontà.

In ultimo, sempre nell'ottica di un'interpretazione restrittiva, si ritiene che le incapacità relative di succedere di cui all'art. 753.2 CC debbano essere circoscritte ai soli casi in cui il testamento sia redatto durante il periodo di permanenza nella struttura, escludendo invece le ipotesi in cui la disposizione testamentaria sia stata formata prima dell'ingresso o dopo l'uscita dalla stessa.

Analogamente, i soggetti contemplati dal comma 3, legittimati a ricevere benefici solo mediante testamento pubblico, dovrebbero essere individuati secondo criteri restrittivi. Emblematico, in tal senso, è il caso del *guardador de hecho*⁹⁶. Qualora tale figura non rientri tra i successibili *ab intestato*, come nell'ipotesi di un amico del testatore o di un vicino di casa che se ne prende cura, si pone il problema della sua eventuale ricompensa mediante disposizione *mortis causa*. La sua riconducibilità

95 LÓPEZ MAZA, S.: "Comentario al art. 753", cit., p. 1003; ESTELLÉS PERALTA, P.M.: "Las cuestionables limitaciones", cit., p. 6; DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Incapacidad para heredar", cit., p. 931 ss.; GARCÍA PÉREZ, C.L.: "Libertad y capacidad", cit., p. 585.

96 La *guarda de hecho* rappresenta una delle principali innovazioni introdotte dalla riforma spagnola del 2021, con la quale il sistema di protezione delle persone con disabilità è stato profondamente riformato per adeguarsi alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità. La riforma, infatti, ha superato il modello dell'incapacitazione, abrogando alcuni istituti tradizionali e riconfigurando il sistema di protezione intorno a tre tipi di misure: misure preventive di natura volontaria; la misura informale della *guarda de hecho*; le misure formali di natura giudiziale come la curatela ed il *defensor judicial*. Il *guardador de hecho* è un soggetto appartenente al nucleo familiare della persona con disabilità, il quale si prende cura di quest'ultima nel quotidiano, in modo disinteressato e sulla base di una relazione di fiducia e di affetto reciproco, senza che tra i due sussista una relazione contrattuale. In più, può essere *guardador de hecho* anche una persona giuridica, come per esempio una fondazione, la quale presti, in assenza di una relazione contrattuale, servizi di assistenza, residenziali o simili alla persona che necessita di sostegno. Rispetto ai poteri riconosciuti dalla legge al *guardador de hecho*, questi sono di natura assistenziale e rappresentativa: il *guardador* non solo aiuta la persona con disabilità nella sua cura quotidiana e nel compimento di atti di natura personale e patrimoniale, ma esercita anche poteri rappresentativi, dei quali alcuni sono conferiti dalla legge ed altri dal giudice. Con riferimento al rapporto tra la *guarda de hecho* e le ulteriori misure di sostegno, gli artt. 249, 263 e 269 CC stabiliscono la natura sussidiaria della curatela: questa può essere attivata quando non sia stata predisposta alcuna una misura di natura volontaria e quando non vi sia qualcuno che di fatto già si prende cura del soggetto con disabilità. Sull'istituto della *guarda de hecho* cfr., *ex multis*, BERROCAL LANZAROT, A.I.: La guarda de hecho de las personas con discapacidad", in AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral*, cit., p. 227 ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad", in AA.VV.: *El nuevo sistema de apoyos*, cit., p. 81 ss.; DÍAZ PARDO, G.: "Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la ley 8/2021, de 2 de Junio", in AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica*, cit., p. 307-340; RUIZ-RICO RUIZ, J.R.: "La guarda de hecho, Características básicas y condiciones de funcionamiento. Supuestos posibles de guarda de hecho", in AA.VV.: *La reforma civil y procesal*, cit., p. 277 ss.; *Id.*, "El régimen jurídico de la guarda de hecho", in AA.VV.: *La reforma civil y procesal*, cit., p. 291 ss.

all'ambito applicativo del comma 1 ovvero del comma 3 dell'art. 753 CC e la successiva applicazione dei divieti ivi contenuti, dipende dai criteri interpretativi adottati. Ebbene, l'impostazione restrittiva tende a escludere il *guardador de hecho* dal novero delle incapacità relative di succedere, ammettendo la possibilità che il soggetto vulnerabile lo favorisca liberamente.

IV. RILIEVI CONCLUSIVI.

Le trasformazioni sociali contemporanee hanno reso sempre più centrale la figura del testatore anziano e vulnerabile, imponendo una riflessione sugli strumenti più adeguati a garantirne la protezione senza sacrificarne l'autonomia decisionale.

In questa prospettiva, non appaiono convincenti soluzioni eccessivamente protettive e dal carattere generalizzato, poiché esse rischiano di tradursi in forme di discriminazione fondate sull'età o sulle condizioni di salute. Vi è, inoltre, il pericolo di una vera e propria "eterogenesi dei fini"⁹⁷: strumenti nati per proteggere il testatore finiscono per comprimere ingiustificatamente la sua autonomia.

Risultano, pertanto, problematiche sia interpretazioni eccessivamente ampie degli istituti del dolo e dell'incapacità naturale, sia l'introduzione di meccanismi preventivi idonei a limitare *ex ante* la libertà testamentaria di intere categorie di soggetti. Costituiscono espressione di tali approcci, ad esempio, le proposte dottrinali sviluppatesi in Italia, che prospettano restrizioni al testamento olografo o l'introduzione di un autonomo vizio di "influenza indebita", nonché la scelta legislativa adottata in Spagna all'art. 753 CC. Quest'ultima soluzione rischia, infatti, di incidere sulla libertà di testare di alcuni soggetti anche in assenza di un'effettiva compromissione delle loro capacità psichiche e cognitive.

Sarebbe opportuno, dunque, abbandonare ogni tentativo di contenere la realtà fattuale in schemi sempre uguali, incapaci di racchiuderne la varietà⁹⁸, ed affidare la tutela del testatore "anziano" ad un accertamento concreto delle condizioni di vulnerabilità del singolo e del reale grado di condizionamento subito. In questa prospettiva, la soluzione più convincente sembra essere quella di un'applicazione calibrata degli istituti del dolo e dell'incapacità naturale, rimessa alla valutazione del giudice, la quale consenta di ampliare le maglie dell'invalidità solo in presenza di casi di infermità grave e di effettive manipolazioni della volontà.

La giurisprudenza italiana più recente sembra muoversi in questa direzione⁹⁹.

⁹⁷ Così CARBONE, E.: "Captazione testamentaria", cit., p. 822.

⁹⁸ In questo senso, seppur con riferimento all'errore, PERLINGIERI, G.: "Riccardo Fubini e «la dottrina dell'errore in diritto civile italiano»", *Rass. dir. civ.*, 2022, n. 4, p. 1689.

⁹⁹ Il riferimento corre, in particolare, a Cass., 7 aprile 2025, n. 9152, cit.

La Corte di Cassazione, infatti, pur richiamando il principio di diritto affermato nella sentenza n. 30424 del 2022¹⁰⁰ — che, almeno sul piano astratto, amplia lo spettro di operatività del dolo testamentario — ne fa un'applicazione improntata a particolare prudenza, mossa dal superiore principio di conservazione del testamento quale estrema e irripetibile espressione della volontà del disponente, ancorché vulnerabile. Il vaglio di validità della scheda testamentaria rifugge da astratti automatismi, focalizzandosi piuttosto su un'attenta valutazione delle concrete circostanze del caso di specie. In questa prospettiva, l'indagine dei giudici pare focalizzarsi attorno a tre elementi essenziali: il grado di vulnerabilità del testatore e l'effettiva incidenza dello stesso sulla sua capacità di autodeterminarsi; l'esistenza di una specifica relazione assistenziale intercorsa tra il beneficiario del testamento e il *de cuius* nella fase terminale della sua esistenza; la presenza o l'assenza di un concreto sostegno materiale o affettivo da parte dei prossimi congiunti del *de cuius* esclusi o solo marginalmente beneficiati dal testamento¹⁰¹.

Dal coordinamento di tali indici discende che la disposizione testamentaria deve ritenersi pienamente valida laddove le risultanze medico-legali attestino la persistenza in capo al disponente, al momento della redazione, di adeguate capacità di comprensione e di autodeterminazione. Tale conclusione si stabilizza ulteriormente qualora emerga che l'assistenza sia stata garantita al *de cuius* in via esclusiva da un solo soggetto — sia esso un terzo estraneo, quale un *caregiver* professionale o un conoscente, ovvero un singolo familiare — a fronte del parallelo disinteresse degli altri prossimi congiunti. In simili fattispecie, l'attribuzione patrimoniale non si configura come l'esito di una condotta captatoria, bensì come la libera e consapevole estrinsecazione di un sentimento di gratitudine del testatore verso chi gli ha prestato attenzioni e cura.

Un simile approccio, che lascia margine alla valutazione del caso concreto, appare il più idoneo a garantire una effettiva protezione del testatore, “senza rinnegare la storia di una vita e il diritto di ciascuno — anziano, giovane, “forte” o “debole” che sia — di disporre, nonché di esercitare l'autonomia o il diritto individuale [...] alla regolamentazione della propria successione”¹⁰².

¹⁰⁰ Cass., 17 ottobre 2022, n. 30424, cit.

¹⁰¹ Cfr. Cass., 7 aprile 2025, n. 9152, cit.; nello stesso senso, seppure in assenza di un esplicito richiamo al principio di diritto enunciato da Cass., 17 ottobre 2022, n. 30424, cit., si veda anche Cass., 11 ottobre 2024, n. 26519, cit.

¹⁰² PERLINGIERI, G.: “Invalidità delle disposizioni”, cit., p. 128.

BIBLIOGRAFIA

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Reformas en derecho de sucesiones", en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J.R DE VERDA Y BEAMONTE y coord. por P. CHAPARRO MATAMOROS, A. BUENO BIOT), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

ARNAU MOYA, F.: "Aspectos polémicos de La Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con Discapacidad", *Revista Boliviana de Derecho*, 2022, n. 33.

AZZARRI, F.: "Il contratto successorio", *Eur. dir. priv.*, 2023, n. 1.

BACCIARDI, E.: "La tutela civile degli anziani alla luce dell'art. 25 della Carta di Nizza", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, n. 6.

BARBA, V.:

- "Alternative al contratto successorio in Italia, in particolare il patto di famiglia", in AA.VV.: *Der Erbvertrag aus rechts-vergleichender Sicht / Il contratto successorio, aspetti di diritto comparato* (a cura di S. WOLF, S. HRUBESCH-MILLAUEER, M. EGGEL, C. CICERO, V. BARBA), Berna, 2018.
- "Divieto di patti successori e principio d'indisponibilità, tra vivi, della delazione", *Annali della SISDiC*, 2017.
- *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015.

BARBIERI, C., LUZZAGO, A.: "L'affettività dell'anziano nell'ipotesi di circonvenzione di incapace: considerazioni tecnico-valutative", *Riv. it. med. leg.*, 2006, n. 3.

BATTELLI, E.: "Dal concetto di debolezza alla nozione di vulnerabilità", in AA.VV.: *I soggetti vulnerabili nella disciplina comune e nei mercati regolamentati* (a cura di P. CORRIAS), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022.

BENEDETTI A. M.: "Il testamento dell'incapace naturale", in AA.VV.: *Profili sull'invalidità e la caducità delle disposizioni testamentarie* (a cura di S. PAGLIANTINI, A.M. BENEDETTI), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013.

BERNARD MAINAR, R.:

- "Incidencia de la Ley 8/2021, sobre las personas con discapacidad, en algunos aspectos del Derecho de sucesiones: porción legítima, aceptación y repudiación de herencia, colación y partición", *Revista de Derecho Civil*, 2024, n. 11.

- "Incidencia de la Ley 8/2021, sobre las personas con discapacidad en el ámbito de la sucesión testamentaria", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2023, n. 800.

BERNARDINI, M. G.:

- "Il soggetto vulnerabile. Status e prospettive di una categoria (giuridicamente controversa)", *Riv. fil. dir.*, 2017, n. 2.
- "(In)visibili? La vulnerabilità alla violenza di chi non ha l'età", *GenIUS*, 2020.
- "Soggettività "mancanti" e disabilità. Per una critica intersezionale all'immagine del soggetto di diritto", *Riv. fil. dir.*, 2018, n. 2.

BERROCAL LANZAROT, A. I.: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad", in AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE y coord. por P. CHAPARRO MATAMOROS, A. BUENO BIOT), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

BERTI DE MARINIS, G.: "La tutela del cliente "vulnerabile"", *Banca borsa tit. cred.*, 2018, n. 5.

BIANCA, C. M.:

- *Diritto civile*, 2.2, *Le successioni*, Giuffrè, Milano, 2015.
- "Senectus ipsa morbus?", *Rass. dir. civ.*, 1998, n. 2.

BIGLIAZZI GERI, L.: *Il testamento*, Giuffrè, Milano, 1976.

BONILINI, G.: "Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria", *Fam. pers. succ.*, 2007, n. 7.

BRIZZOLARI, V.: "Annullamento del testamento per dolo e per incapacità naturale: uno sguardo comparatistico", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018.

BUCELLI, A.: "Testamento olografo redatto da persona anziana: questioni di validità e qualificazione", *Fam. pers. succ.*, 2006, n. 8-9.

CACCAVALE, C.: "Il divieto dei patti successori", in AA.VV.: *Trattato breve delle successioni e donazioni*, Vol. I (a cura di P. RESCIGNO), Cedam, Milano, 2010.

CAPELLATO, V., GARDELLA TEDESCHI, B., MERCURI, E.: *Anziani, diritti, bisogni, prospettive. Un'indagine sociologica e giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2021.

CARAPEZZA FIGLIA G.:

- "Guarda de hecho e sostegno di fatto. Per un adeguamento interpretativo delle misure di protezione delle persone vulnerabili", *Fam. dir.*, 2024, n. 3.
- "Protezione della persona vulnerabile e limitazioni della capacità. Un caso di abuso dell'amministrazione di sostegno", *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, n. 4.
- "Vulnerabilità e relazioni di cura. Per una protezione non incapacitante della persona", in *Cura, famiglia, lavoro. Tutele del caregiver familiare tra diritto, welfare e organizzazioni* (a cura di M.N. BUGETTI), Pacini Giuridica, Pisa, 2025.

CARBONE, E., "Captazione testamentaria e suggestione (vecchi concetti, nuove funzioni)", *Riv. trim.*, 2019, n. 3.

CARICATO, C.: "La solitudine del testatore anziano", *Famiglia*, 2019.

CARRABBA, A. A.: *Divieto dei patti successori e attribuzioni a causa di morte*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2025.

CARRASCO PERERA, Á.: "Contratación por discapitados con y sin apoyos", in AA.VV.: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

CASCIONE, C.: *Il lato grigio del diritto. Invecchiamento della popolazione e tutela degli anziani in prospettiva comparatistica*, Giappichelli, Torino, 2022.

CASTELLANETA, M.: "La protezione degli adulti in situazione di vulnerabilità: il ruolo degli atti internazionali a tutela dei diritti umani", *Notariato*, 2023, n. 6.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "Prohibición legal de testar para las personas con discapacidad: justificación e interpretación del "nuevo" artículo 753 del código civil", *Revista Jurídica del Notariado*, 2021, n.113.

CERVILLA GARZÓN, M. D.: "La sustitución fideicomisaria y la protección de las personas con discapacidad", in AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO), Wolters Kluwer-Bosch, Madrid, 2021.

CICCARELLO, S.: *Persona e successione ereditaria*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994.

CICERO, C.:

- "Forma voluntaria testamentaria: una rilettura provocatoria a tutela del testatore fragile", *Riv. not.*, 2021, n. 1.
- "Successione testamentaria - Il testamento della persona vulnerabile", *Giur. it.*, 2023, n. 12.

CICERO, L.; LEUZZI, A.: "Osservazioni in tema di tutela dei testatori "fragili" (dolo testamentario, captazione e rilevanza delle suspicious circumstances)", *Riv. not.*, 2017, n. 4.

CINQUE, M.:

- "Capacità di disporre per testamento e "vulnerabilità" senile", *Dir. succ. fam.*, 2015, n. 2.
- "Il ruolo del notaio nel testamento pubblico e il problema della capacità naturale dell'ageing testator", *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, n. 10.

CLARK, C.: "Confidential Relations and Burden of Proof of Undue Influence in Will Cases", *The Yale Law Journal*, 1916, n. 26.

CONCAS, B.: *Pianificazione successoria e divieto di disporre*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2026.

CORRIAS, P., "Il mercato come risorsa della persona vulnerabile", *Riv. dir. civ.*, 2022, n. 5.

CORVO LÓPEZ, F.M.: "La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual", *Revista de Derecho Civil*, 2019, n. 4.

DANI, L.: "Dolo e captazione in materia testamentaria", *Famiglia e diritto*, n. 7, 2025.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.:

- *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su discapacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación en materia de discapacidad*, Reus, Madrid, 2019.
- "Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente", *Revista de Derecho Privado*, 2018.

DE NOVA, G.: "Il testatore anziano e la forma del testamento", *Jus Civile*, 2017, n. 5.

DE SALAS MURILLO, S.:

- "La incapacidad para suceder a la persona con discapacidad: la prohibición del art. 753 del Código Civil tras la reforma efectuada por la Ley 8/2021, de 2 de junio", in AA.VV.: *La persona con discapacidad en el derecho de sucesiones* (dir. por M.E. LERDO DE TEJADA y G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, coord. por J.G. MURGA FERNÁNDEZ e M., GARCÍA MAYO), Aranzadi, Navarra, 2023.
- "Reconsideración de la prohibición de suceder: el caso del tutor o curador", *Derecho Privado y Constitución*, 2019, n. 35.

DE TORRES PEREA, J. M.: "La discapacidad y la reforma de las normas sucesorias", in AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por L. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y A. J. QUESADA SÁNCHEZ), Atelier, Barcelona, 2022.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.:

- "La guarda de hecho de las personas con discapacidad", in AA.VV.: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.
- "Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia", *Revista Jurídica del Notariado*, 2022, n. 115.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. e DEL CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ, C.: *Guía práctica sobre las medidas de apoyo a las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.

DÍAZ ALABART, S.:

- "Derecho de sucesiones y discapacidad", in AA. Vv.: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.
- *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes*, Reus, Madrid, 2018.

DÍAZ MARTÍNEZ A.: “Incapacidad para heredar”, in AA.VV.: *Reformas Legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad: estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (dir. por F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRRELL, M.A. EGUSQUIZA BALMADEA, F. LÓPEZ SIMÓ), Dykinson, Madrid, 2022.

DÍAZ PARDO, G.: “Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la ley 8/2021, de 2 de junio”, in AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. por M. PEREÑA, M.M. HERAS HERNÁNDEZ y coord. por M. NÚÑEZ NÚÑEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

DOGLIOTTI, M.:

- “Anziani e società: diritti e doveri”, *Dir. fam. pers.*, 1998, n. 1.
- “I diritti degli anziani”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, n. 3.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La reforma del derecho de sucesiones en la ley 8/2021: derecho sustantivo y derecho transitorio”, in AA.VV.: *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento* (dir. por E. LLAMAS POMBO, N. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ y E. TORAL LANA), Wolters Kluwer, Madrid, 2022.

ESTELLÉS PERALTA, P. M.: “Las cuestionables limitaciones legales a la capacidad de testar de las personas mayores”, *IDIBE Tribuna*, 7 novembre 2025.

FAZIO, E.: “Testamenti suggeriti e strumenti di pianificazione patrimoniale a tutela delle persone fragili”, *Jus Civile*, 2025, n. 4.

FUSARO, A.: *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile. Oltre il soggetto debole: vulnerabilità della persona e condizionamento del volere*, Jovene, Napoli, 2019.

FUSARO, A., GIROLAMI, M., CALABRESE, G.: “Gli istituti giuridici di sostegno agli anziani fragili: osservazioni e proposte”, in AA.VV.: *Avanzare insieme nella società anziana* (a cura di C. TOMMASINI, M. ALBERTINI, C. LALLO), Il Mulino, Bologna, 2024.

GARCÍA PÉREZ, C. L.: “Libertad y capacidad para otorgar testamento de la persona mayor internada en centro sociosanitario o geriátrico”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2026, n. 24.

GARCÍA RUBIO, M. P.: “La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles”, in AA.VV.: *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento* (dir. por E. LLAMAS POMBO, N. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ y E. TORAL LANA), Wolters Kluwer, Madrid, 2022.

GAROFALO, A. M.: *Testamento e vulnerabilità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2024.

GIROLAMI, M.:

- "I testamenti suggeriti", *Riv. dir. civ.*, 2016, n. 2.
- "La scelta negoziale nella protezione degli adulti vulnerabili: spunti dalla recente riforma tedesca", *Riv. dir. civ.*, 2023, n. 5.
- "Libertà testamentaria e captazione nel pensiero di Alberto Trabucchi", *Riv. dir. civ.*, 2017.

GIOVA, S., ROTONDO, V., EPIFANIA, M.: "La protezione legale nelle relazioni di cura agli anziani", in AA.VV.: *Avanzare insieme nella società anziana* (a cura di C. TOMMASINI, M. ALBERTINI, C. LALLO), Il Mulino, Bologna, 2024.

GÖRGENS, B.: "Überlegungen zur Weiterentwicklung des § 2247 BGB (Eigenhändiges Testament)", *Juristische Rundschau*, 1979, n. 9.

IEVA, M.:

- "Dai contratti parasuccessori al contratto ereditario: un percorso da completare", *Riv. not.*, 2023, n. 6.
- "L'autotutela del testatore mediante la forma volontaria del testamento: inerzia del legislatore e interpretazione evolutiva", *Riv. not.*, 2025.

IRTI, C.: *La persona anziana tra famiglia e società. Problematiche di diritto civile*, Pacini Giuridica, Pisa, 2023.

LIPARI, N.: "Vulnerabilità esistenziale e strumenti di tutela", *Annali della Sisdic*, 2018.

LISELLA, G.: "Rilevanza della «condizione di anziano» nell'ordinamento giuridico", *Rass. dir. civ.*, 1989.

LÓPEZ MAZA, S.: "Comentario al art. 753", in AA.VV.: *Comentarios al Código civil*, 5ª ed. (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2021.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Colex, Madrid, 2021.

MADOFF, R. D.: "Unmasking Undue Influence", *Minnesota Law Review*, 1997, n. 81.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?", in AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO), Wolters Kluwer-Bosch, Madrid, 2021.

MAZZARIOL, R.: "Forma volontaria del testamento e autotutela del testatore vulnerabile", *Nuova giur. civ. comm.*, 2025, n. 2.

MAZZUCA, M.: "Sull'annullabilità del testamento della persona «vulnerabile»: ubi lex...?", *Rass. dir. civ.*, 2024, n. 1.

MENGONI, M.: "La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo", *Riv. trim.*, 1982, n. 4.

MESA MARRERO, C.: "Artículo 753", in AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ, y coord. por I. VARELA CASTRO), Thomson Reuters, Navarra, 2022, 539-544.

MINERVINI, E.: "Esiste la categoria giuridica degli anziani? (a proposito di violenza morale ed età)", *Giur. it.*, 1989.

MORETTI, M.: "La volontà nel testamento", in AA.VV.: *Testamento e patti successori* (diretto da L. Liberati), Zanichelli, Bologna, 2006.

NARDI, S.: "La capacità di disporre per testamento. Il caso dell'«incapacità mite»", *Nuova giur. civ. comm.*, 2025, n. 4.

NIETO ALONSO, A.: "Cláusulas testamentarias orientadas a garantizar el cuidado de personas vulnerables o de personas con discapacidad", *InDret*, 2023.

OTTE, G.: "Privatautonomie in Erbrecht", *ErbR*, 2009.

PADOVINI, S.: "Incapacità di disporre per testamento fra disciplina positiva e prospettive di riforma", in AA.VV.: *Il testamento: fisiologia e patologie. Atti del convegno di Bari 21 novembre 2014* (a cura di F. Volpe), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015.

PAGLIANTINI, S.: "Erronea indicazione dell'erede o del legatario o della cosa che forma oggetto della disposizione testamentaria", in AA.VV.: *Delle successioni, Comm. c.c. Gabrielli* (a cura di V. Cuffaro, F. Delfini), Utet, Torino, 2010.

PATTI, F. P.: "Pianificazione ereditaria e divieto dei patti successori", *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, n. 4.

PATTI, S.:

- "Contratti ereditari e contratti di rinuncia all'eredità nell'esperienza germanica", *Familia*, 2018.
- "Il testamento olografo nell'era digitale", *Riv. dir. civ.*, n. 5, 2014.
- "Il testamento pubblico della persona anziana «vulnerabile»", *Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, 2020.
- "Invalidità del testamento per mancanza di volontà: non occorre la prova di mezzi fraudolenti", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017.
- "Senilità e autonomia negoziale della persona", *Fam. pers. succ.*, 2009, n. 3.
- "Testamento della persona «vulnerabile»", principio di conservazione e ragionevolezza", *Familia*, 2017.

PÉREZ GALLARDO, L. B.: "El testador vulnerable y las influencias indebidas, Los antidotos que dispensa el artículo 753 del código civil (a propósito de la reforma sobre la capacidad jurídica en el derecho español)", in AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. por M. PEREÑA, M.M. HERAS HERNÁNDEZ y coord. por M. NÚÑEZ NÚÑEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

PERLINGIERI, G.:

- "Invalidità delle disposizioni «mortis causa» e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia", *Dir. succ. fam.*, 2016, n. 1.
- "Riccardo Fubini e «la dottrina dell'errore in diritto civile italiano»", *Rass. dir. civ.*, 2022, n. 4.

PERLINGIERI, P.:

- "Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale", *Rass. dir. civ.*, 1990, n. 1.
- *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4^a ed., III, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

QUESADA SÁNCHEZ, A. J.: "Cuestiones generales. Sobre el sentido de la discapacidad en la nueva Ley", in AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia de*

discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio (dir. por L. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y A.J. QUESADA SÁNCHEZ), Atelier, Barcelona, 2022.

REPRESA POLO, P.: "Se da nueva redacción al artículo 753 CC", in AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

ROSSI CARLEO, L., SAULLE, M.R., SINISCALCHI, L.: *La terza età nel diritto interno ed internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997.

ROTONDO, V.:

- "Anziani vulnerabili e tutele civilistiche", in AA.VV.: *La tutela delle persone con disabilità in una prospettiva multidimensionale* (a cura di V. LUCIANI, C. MURENA, M. D'AMBROSIO), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2026.
- "Personas mayores vulnerables y protección civil", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 23, 2025.

RUIZ-RICO RUIZ, J. R.:

- "El régimen jurídico de la guarda de hecho", in AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por L. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y A.J. QUESADA SÁNCHEZ), Atelier, Barcelona, 2022.
- "La guarda de hecho, Características básicas y condiciones de funcionamiento. Supuestos posibles de guarda de hecho", in AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por L. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y A.J. QUESADA SÁNCHEZ), Atelier, Barcelona, 2022.

SALVESTRONI, U.: *Il problema della indegnità di succedere*, Cedam, Padova, 1970.

SARACENO, C., NALDINI, M.: *Sociologia della famiglia*, Il Mulino, Bologna, 2021.

SARTORIS, C.:

- "Circonvenzione di incapace per testamento: quale invalidità?", *Jus Civile*, 2023, n. 3.
- "Testamenti suggeriti e invalidità (parziale)", *Pers. merc.*, 2021, n. 3.

SCALISE, R.J.: "Undue Influence and the Law of Wills: a Comparative Analysis", *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2008, n. 19.

SCIANCELEPORE, G., STANZIONE, P.: *Anziani, capacità e tutele giuridiche*, Ipsoa, Milano, 2003.

SPATUZZI, A.: "Le ultime volontà del testatore anziano e vulnerabile", *Corr. giur.*, 2020, n. 2.

SPIVACK, C.: "Why the Testamentary Doctrine of Undue Influence Should Be Abolished", *Kansas Law Review*, 2010, n. 58.

STANZIONE, P.: *Anziani e tutele giuridiche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991.

STRACCIARI, A.: "La disabilità cognitiva di origine neurologica", in AA.VV.: *La valutazione delle capacità di agire* (a cura di A. Bianchi, P.G. Macrì), Cedam, Milano, 2011.

TRABUCCHI, A.:

- *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Cedam, Padova, 1937.
- "Libertà testamentaria, captazione e raggiri determinanti", *Giur. it.*, 1958.

VAQUER ALOY, A.: "La protección del testador vulnerable", *Anuario De Derecho Civil*, 68(2), 2015.

VENCHIARUTTI, A.: "Il consumatore medio e il consumatore vulnerabile in ragione dell'età", *Contratto e Impresa*, 2024, n. 3.

VICIANI, S.: *Le tutele civilistiche dei soggetti vulnerabili per disabilità psico-fisica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2024.

ZICCARDI, M.: "Il testamento delle persone vulnerabili", in AA.VV.: *Vulnerabili. Questioni giuridiche, dilemmi bioetici* (a cura di A. Patroni Griffi), Mimesis Edizioni, Milano, 2025.

ZURITA MARTÍN, I.:

- "La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables", in AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2018.

- “Requisitos y Límites del ejercicio de la facultad de testar por las personas con discapacidad”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, n. 16 bis.



LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA A BENEFICIO DE
INVENTARIO POR PERSONA CON DISCAPACIDAD.
PROBLEMAS PRÁCTICOS)

*THE ACCEPTANCE OF AN INHERITANCE SUBJECT TO A
BENEFIT OF INVENTORY BY A PERSON WITH A DISABILITY.
PRACTICAL ISSUES*

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 460-485

Manuel PATUEL
PARDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de junio de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2026

RESUMEN: Este artículo se centra en el análisis de la capacidad para aceptar o repudiar una herencia por personas con discapacidad, en concreto, de aquellas personas sin capacidad de discernimiento, en relación con la implicación que para el beneficio de inventario conlleva, y todo ello a luz de las implicaciones que la Ley 8/2021 puede conllevar.

PALABRAS CLAVE: Capacidad para aceptar o repudiar una herencia; personas con discapacidad; beneficio de inventario.

ABSTRACT: *This article focuses on analysing the ability of people with disabilities specifically those lacking the capacity to form their own judgement—to accept or renounce an inheritance, in relation to the implications this has for the right of inventory, all in light of the implications that Law 8/2021 may entail.*

KEY WORDS: *The right to accept or renounce an inheritance; people with disabilities; benefit of inventory.*

SUMARIO: I. CAPACIDAD DE UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD PARA ACEPTAR O REPUDIAR UNA HERENCIA.- I. Capacidad para aceptar o repudiar una herencia.- 2. Ejercicio del *ius delationis* por una persona con discapacidad.- II. LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR LAS CARGAS HEREDITARIAS.- I. Responsabilidad general por las cargas hereditarias.- A) *El beneficio de inventario como cauce general del ordenamiento español.*- B) *Régimen de los acreedores como normal general en la responsabilidad por las cargas hereditarias.*- 2. Supuestos de limitación de la responsabilidad *ex lege*.- III. CONCLUSIONES.

I. CAPACIDAD DE UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD PARA ACEPTAR O REPUDIAR UNA HERENCIA.

La Ley 8/2021 ha supuesto un cambio de paradigma en las relaciones y negocios jurídicos de las personas con discapacidad, para gran parte de la doctrina y así lo afirma el legislador. Se ha modificado en gran medida el enfoque que se daba a tales supuestos, dado que se ha pasado de un modelo que tendía a la sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad para su protección, a un modelo en que se pregona la capacidad jurídica de todas las personas, incluyendo a aquellas con discapacidad, y se incluye en la misma tanto la titularidad de derechos como la legitimación para ejercitarlos (sea autónomamente, sea mediante el suministro de medidas de apoyo)¹.

Por lo tanto, la persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todo caso, lo que supone plena capacidad en la titularidad y ejercicio de sus derechos, lo que se proyecta de forma evidente respecto de sus derechos hereditarios. Prima su voluntad y sus deseos en el ejercicio de tales derechos, siendo la representación de la referida sustitución de voluntad la excepción, en todo caso. Y lo anterior debido a que las medidas de apoyo, sustitutivas o no de tal voluntad, tienen por objetivo fundamental el adecuado ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad (art. 249.I CC)².

Los anteriores pareceres son los que representan con mayor amplitud a la mayoría de la doctrina patria, siendo, no obstante, que existen otras voces muy autorizadas con enfoques un tanto distintos. En este sentido, me gustaría

1 DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "El ejercicio del «ius delationis» por la persona en situación de discapacidad", en AA.VV.: *Cuestiones actuales del Derecho de sucesiones* (dir. M. ESPEJO, J. P. MURGA y M. A. MARTOS) Atelier, Barcelona, 2026, pp. 363-365.

2 Vid. DE VERDA BEAMONTE, J. R.: "Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 115, julio-diciembre 2022, p. 15.

• Manuel Patuel Pardo

Doctorando en el Departamento de Derecho civil en la Universitat de València. Correo electrónico: manupatuel@gmail.com.

destacar la aportación del profesor RUBIO GARRIDO³, debido a que el mismo ha destacado aspectos que me parecen fundamentales para entender las premisas de la reforma. La cuestión principal, y más relevante para su estudio, es que la atención a la dignidad de la persona, y a que la misma es titular del derecho a desarrollar libremente su personalidad es una cuestión que ya se reconocía en el ámbito jurídico, y no únicamente circunscrito a la cuestión de la capacidad jurídica, sino como eje central del Derecho Privado en todos sus ámbitos⁴. Otra cuestión de especial interés es la concepción de la discapacidad que una persona pueda tener no como un estado civil en sentido estricto, sino como una situación natural a la que el Derecho anuda unos efectos. En este sentido, afirma el referido autor, que esta reforma adolece en cierta medida de adanismo, dado que no existe una novedad tan sustantiva como el legislador parece afirmar en la Exposición de motivos.

No obstante lo anterior, y si bien es cierto que parece claro que la intención de la Ley 8/2021 es la eliminación de la antigua distinción entre la capacidad de obrar y la capacidad jurídica, no parece conveniente prescindir de la diferenciación entre la capacidad jurídica y su ejercicio (es decir, el ejercicio de sus derechos), dado que existen una gran cantidad de supuestos de personas con discapacidad pueden llevar a cabo actos simples y complejos en el tráfico jurídicos, por sí mismas o con una apoyo mínimo, pero no es menos cierto que existen otros supuestos en que se requiere de un complemento de su capacidad de carácter muy amplio⁵. Es por ello que la Ley no se tapa los ojos ante tales situaciones, y prevé por una parte la posibilidad de que en las sentencias en que se constituyan las medidas de apoyo se señalen determinados actos concretos en que habrá que complementar la voluntad de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (art. 269.II CC), y directamente otros supuestos en que tales personas no pueden conformar su voluntad en modo alguno, por tanto no pueden expresarla, y necesitan una sustitución de la misma, conforme operaba antiguamente la incapacitación⁶ (art. 269.III CC). Bajo mi punto de vista, lo anterior resulta fundamental, en aras a garantizar la seguridad jurídica necesaria para actuar en el tráfico jurídico, y para precisamente permitir a las personas con discapacidad poder participar del mismo en condiciones seguras de igualdad jurídica.

3 RUBIO GARRIDO, T.: “La Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre personas con discapacidad: ¿un ejemplo de buenismo y adanismo legislativos?”, *InDret*, núm. 3, 2022, pp. 323-337.

4 Cfr. RUBIO GARRIDO, T.: “La Ley 8/2021”, cit., p. 327: “Desde hace décadas son notables los esfuerzos jurídicos para ir redescubriendo o reconstruyendo un Derecho civil en el que el individuo no sólo aparezca como una mera circunstancia de la aplicación de las normas, ni como un mero centro de intereses definibles sólo económica o materialmente (...), y, antes que eso, y esencialmente, como un portador de aspiraciones y querencias de orden psicológico y espiritual, que no borran por supuesto sus obvios anhelos patrimoniales y relacionales, y que han de poder recibir amparo jurídico”.

5 MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?”, en, AA.VV: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCIA MAYO, M.), Bosch, Madrid, 2021.

6 DE VERDA BEAMONTE, J. R.: “Principios generales”, cit., pp. 23-24.

I. Capacidad para aceptar o repudiar una herencia.

Nuestro ordenamiento jurídico parte de la premisa de diferenciar entre el llamamiento a la herencia; es decir, con el fallecimiento del causante, se produce el llamamiento a un heredero que se convierte en *delado*, ya sea por su institución como heredero en un título *mortis causa*, o por tratarse de un llamamiento legal al ser la herencia intestad, y la adquisición de tal herencia a través de la aceptación, y ello porque es un sistema fundamentado en la voluntad del heredero, al que no se impone tal condición⁷. En este sentido, la delación se trata de una oferta adquisitiva en favor del heredero, que, a través de su voluntad, determinará si finalmente completa la adquisición de la herencia por medio de la aceptación. No obstante, sí que resulta interesante hacer referencia a que la delación, pese a que lo fundamental es permitir la opción al heredero de aceptar o repudiar la herencia, de aceptar o rechazar la oferta adquisitiva, la misma engloba un conjunto mayor de facultades en favor del llamado, que podrá defender su facultad adquisitiva frente a terceros, administrar la herencia yacente (ex art. 999.4 CC) o realizar un inventario para hacer uso del derecho a deliberar (ex art. 1010 CC)⁸.

Cabe iniciar la cuestión de la capacidad que el ordenamiento exige para aceptar o repudiar una herencia estableciendo cierta conceptualización sobre dichas instituciones, a efectos de entender los efectos que su ejercicio provoca, dado que, por una parte la aceptación hereditaria lleva consigo la subrogación total en la personalidad jurídica del causante, es decir, el heredero sucede en todos los derechos y obligaciones del finado (ex art. 661 CC), que no se extingan por su muerte (art. 659 CC). Por lo tanto, la aceptación de la herencia es el acto o el negocio jurídico⁹ por el que la persona llamada a la herencia, ya sea por la ley, o por un título sucesorio, manifiesta su voluntad de adquirir la condición de heredero, con la consecuencia de la subrogación en la personalidad jurídica del causante previamente indicada¹⁰.

Por su parte, la repudiación se entiende como la declaración solemne, dado que ha de constar en escritura pública (art. 1008 CC), mediante la cual el llamado

7 JORDANO FRAGA, J.: *La sucesión en el <<ius delationis>>... Una contribución a la adquisición sucesorio mortis causa*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 134 y ss. Para un estudio más profundo de esta cuestión, la obra citada es una contribución inestimable.

8 JORDANO FRAGA, J.: *Los acreedores del llamado a una sucesión <<mortis causa>>, ante el ejercicio por éste del ius delationis*, Centro de estudios registrales, Madrid, 1996, p. 19.

9 No se va a hacer referencia a la discusión doctrinal de si se trata de un acto o negocio jurídico. Se trata de una discusión doctrinal sin demasiada trascendencia más allá de reflejar la polémica de la distinción entre acto o negocio jurídico, siendo que además las reglas relativas al negocio jurídico, aunque se tratara de un acto jurídico, serían de aplicación. Por todos, DIEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistemas de Derecho Civil*, Tecnos, Volumen IV, Tomo 2, Madrid, 2017, pp. 227 y ss.

10 CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Instituciones de Derecho civil español*, Imprenta de Juan Pueyo, Tomo III, Madrid, 1932, pp. 346-351.

a una herencia manifiesta su voluntad de no adquirir la misma¹¹. Se trata, en todo caso, de un acto de ejercicio negativo del poder que le corresponde al llamado, que tiene carácter potestativo y ha de ser libre.

Ambas instituciones se caracterizan, de acuerdo con lo dispuesto en el Código, por tratarse de negocios o actos jurídicos unilaterales y no recepticios, con carácter irrevocable (art. 997 CC), puro e indivisible (art. 990 CC) y que despliegan sus efectos con carácter retroactivo (art. 989 CC)¹². Destaca, en lo que nos atañe en este artículo, que no se trata de negocios o actos de carácter personalísimo, es decir, que pueden ser llevados a término por un representante de la tipología que sea.

En todo caso, lo que resulta más importante de las instituciones del ejercicio del *ius delationis* es que constituyen un hito de la seguridad jurídica en el ámbito sucesorio, dado que garantizan la continuación en los negocios jurídicos del causante tras su fallecimiento, ya sea porque uno de sus herederos se subroga en su posición jurídica, o ya sea porque, tras la repudiación de la herencia se llama a la misma al sustituto o se continúa con el régimen de llamamientos de la herencia intestada¹³.

Por lo que se refiere a la capacidad general que nuestro Código Civil exige para poder aceptar o repudiar la herencia, se recoge en el art. 992 CC, en que se utiliza la fórmula “libre disposición de los bienes”. Es por ello que, podrán aceptar o repudiar una herencia quienes tengan libre disposición de sus bienes. No obstante, con carácter previo a dilucidar el sentido que cabe darle a tal expresión, es necesario indicar la diferencia que existe entre la capacidad para suceder (capacidad para ostentar el *ius delationis*) y la referida capacidad para la aceptación y la repudiación de la herencia. La capacidad para ser titular del *ius delationis* es ostentada por todas aquellas personas físicas o jurídicas que no adolezcan de una causa de indignidad o no tengan una prohibición por la ley¹⁴. Se trata de la misma capacidad que se requiere para aceptar una donación que no sea onerosa o condicional, en los términos de los arts. 625 y 626 CC¹⁵.

No obstante, ni con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, ni posteriormente, ese es el sentido de capacidad que dispone el art. 992 CC para el

11 GALVÁN GALLEGOS, A.: *La herencia: contenido y aceptación. La aceptación y repudiación de la herencia*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2000, pp. 73-74.

12 RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de sucesiones común : estudios sistemático y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, 3er tomo, Valencia, 2020, pp. 2609-2620.

13 VICANDI MARTÍNEZ, A.: *La repudiación de la herencia: Una visión de conjunto*”, en AA.VV.: *El Patrimonio Sucesorio: Reflexiones para un debate reformista* (dir. F. LLEDO YAGÜE), Dykinson, S.L., Madrid, 2014, pp. 1201 y ss.

14 GALVÁN GALLEGOS, A.: “La herencia”, cit., pp. 83-84.

15 COSTAS RODAL, L.: *Autonomía y apoyo de la persona con discapacidad en el ámbito sucesorio tras la ley 8/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 218.

ejercicio del *ius delationis*. Anteriormente, y considero que son criterios plenamente aplicables tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, la doctrina entendía que la aceptación o repudiación eran actos de disposición, en el sentido que conllevan una modificación o alteración de un patrimonio, el del titular de la delación, ya sea aumentándolo, disminuyéndolo, o gravándolo con deudas¹⁶. Por tanto, se trata efectivamente de un acto de disposición patrimonial, en contra del criterio esgrimido por Díez-PICAZO¹⁷, que consideraba que no se trataba de un acto de disposición sino de adquisición de patrimonial, por lo que es necesario entender que el llamado a una herencia, cuando acepta su condición de heredero¹⁸, adquiere los bienes y derechos del causante, pero al mismo tiempo asume y se subroga en todas las deudas de las que el mismo era titular y que no se han extinguido por su fallecimiento¹⁹. La anterior es la razón fundamental por la que el legislador exige una capacidad reforzada para la aceptación o repudiación de la herencia, por la gran implicación que la aceptación o repudiación de la herencia produce en el patrimonio del heredero, porque, como resulta evidente, no se trata de un mero acto de gestión o administración²⁰.

Por lo tanto, bajo mi punto de vista, y conforme será explicado de forma pormenorizada en el apartado siguiente, considero que si bien el art. 992 CC ha de ser interpretado bajo los nuevos criterios de la Ley 8/2021, no creo que haya perdido su virtualidad la diferenciación entre capacidad jurídica y ejercicio de la capacidad jurídica, por lo que, la expresión de “libre disposición de bienes” ha de entenderse como ejercicio de la capacidad jurídica considerada como un acto de disposición, y por lo tanto no hay que interpretarlo como un concepto determinado y estanco que se predica de todas las situaciones como un axioma, sino que ha de ser analizada según la naturaleza del acto que se pretenda ejercitar²¹.

2. Ejercicio del *ius delationis* por una persona con discapacidad.

De lo expuesto en la primera parte del presente trabajo, resulta evidente que a la luz del espíritu y las premisas de la Ley 8/2021, hemos de partir en cuanto a la capacidad para aceptar o repudiar la herencia, es decir, en cuanto a la “libre disposición de los bienes” de que toda persona ostenta plena capacidad jurídica, así como plena capacidad para ejercitar los derechos inherentes a la misma²². En

16 GITRAMA GONZÁLEZ, M.: “Comentario al art. 992”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), Madrid, EDESA, Tomo XIV, vol. 1º, 1989, pp. 98-103.

17 Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Lecciones de Derecho Civil*, Universidad de Valencia, Valencia, 1967, p. 460.

18 Entiéndase todo lo relativo a la aceptación inherente a la repudiación pero con el carácter negativo que ese negocio jurídico implica.

19 GARCÍA GOLDAR, M.: *La liquidación de la herencia en el Código Civil español. Especial referencia a las deudas desconocidas o sobrevenidas*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, p. 226.

20 GITRAMA GONZÁLEZ, M.: “Comentario al art. 992”, cit. pp. 98-103.

21 GALVÁN GALLEGOS, A.: “La herencia”, cit., pp. 83-84.

22 DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “El ejercicio”, cit., p. 363.

tal sentido, un amplio sector doctrinal entiendo que, como se ha indicado, toda persona ostenta dicha plena capacidad jurídica, con las únicas excepciones de los menores de edad, siendo que los únicos que pueden llevar a cabo el acto de aceptación o repudiación son los titulares de la patria potestad o los tutores, y de los concursados²³.

No obstante, resulta muy pertinente matizar adecuadamente el anterior aserto. Es indubitado que la dignidad de la persona es el eje central de la Ley 8/2021, y que tal Derecho lleva consigo, como corolarios, la autonomía, la autorregulación y la capacidad para adoptar libremente las propias decisiones, para todas las personas, incluidas aquellas que tengan una discapacidad. También parece claro que, la reforma operada, suprime la distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, si bien con todas las matizaciones expuestas previamente²⁴. Con ello, sí creo que resulta necesario acotar adecuadamente como ha de ser ese ejercicio de la capacidad jurídica, y como juega la autonomía privada de las personas con discapacidad (en concreto, aquellas con una afectación en la capacidad de discernimiento), y en dicho acotamiento, si la protección de las personas con discapacidad que se persigue puede llevar consigo una limitación de la autonomía inherente a la dignidad personal, cuando el ejercicio de la misma lleve consigo un riesgo para su propia vulnerabilidad²⁵.

El sistema actual, que venía a superar el sistema jurídico de la discapacidad y que ya no persigue que la libertad personal deba ceder en pos de la seguridad jurídica, establece como fundamentos, en tal sentido, la libertad de elección y la toma de las propias decisiones, aunque son cuestiones que, por supuesto, en el sistema anterior, también eran puestas en el centro. No obstante, tales principios, no son absolutos, y es necesario entenderlo así para plasmar claramente los límites: la voluntad, lo deseos y las preferencias de las personas con discapacidad, así como los de cualquier persona, han de verse acotados por los límites propios del ordenamiento jurídico, y todo con el objetivo de que el consentimiento sea, en todo caso, válido y eficaz²⁶, conforme ya ocurría antes. En el caso de la aceptación o repudiación de una herencia, la voluntariedad y la libertad para otorgar tales actos o negocios jurídicos es requisito *sine qua non*, conforme indica el art. 988 CC.

23 DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "La aceptación y repudiación de la herencia de las personas en situación de discapacidad " en, AA.VV: *La persona con discapacidad en el Derecho de sucesiones* (dir. M. ESPEJO LERDO DE TEJADA y G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, pp. 62-63. Resulta especialmente interesante el desarrollo que realiza el autor en relación con la aceptación o repudiación de la herencia por persona concursada, ahondando en la distinción entre el concurso voluntario y el concurso necesario, debido a que en el primero se produce una intervención por parte del administrador concursal, mientras que en el segundo se produce una sustitución en sus facultades.

24 DE VERDA BEAMONTE, J. R.: "Principios generales", cit., pp. 23-24.

25 Vid. PAÑOS PÉREZ, A.: "Ejercicio de la capacidad jurídica en personas con discapacidad: Límites a la autonomía de la voluntad e imputabilidad civil", *Revista de Derecho Civil*, vol. 12, núm. 4, 2025, p. 139.

26 PAÑOS PÉREZ, A.: "Ejercicio de", cit., pp. 139-140.

Además del art. 992 CC, el art. 996 CC establece un corolario relativo al mismo, en que se dispone que “la aceptación de la herencia por la persona con discapacidad se prestará por esta, salvo que otra cosa resulte de las medidas de apoyo establecidas”. Tal precepto ha suscitado interpretaciones ciertamente encontradas, dado que mientras hay autores que propugnan su inocuidad, dado que consideran que sus conclusiones dimanarían igualmente del art. 992 CC y del espíritu mismo de la Ley 8/2021²⁷, hay otros autores que consideran el referido precepto 996 CC como el “paradigma de las normas sobre Derecho de sucesiones”, en relación a la presunción de capacidad para la aceptación o repudiación de la herencia²⁸. Siguiendo tal argumentación, se ha entendido que realizando una interpretación que aúne ambos preceptos, y bajo las premisas introducidas por la Ley 8/2021, debe llegarse a la conclusión de que las personas con discapacidad pueden aceptar o repudiar la herencia por sí mismas²⁹, con el único límite de lo que dispongan las medidas de apoyo³⁰. En mi opinión, tal afirmación es una interpretación amplia del tenor literal, que no sé si de la lectura del mismo pueda subyacer. Indico lo anterior, dado que, en la propuesta de la sección de derecho civil de la comisión general de codificación para la modificación del régimen de responsabilidad del heredero por las deudas hereditarias³¹, se indica en el nuevo texto dado al art. 991: “Todas las personas mayores de edad pueden aceptar o repudiar una herencia por sí mismas”, por tanto, sí que se plasma realmente en el texto legal que esa es la premisa a seguir en cuanto a la aceptación y repudiación de la herencia, a diferencia de nuestros actuales arts. 992 y 996 CC.

Bajo mi punto de vista, siendo que la reforma operada por la Ley 8/2021 no ha afectado al art. 992 CC, en cuanto a su contenido literal, y que la modificación que ha tenido el art. 996 CC supone una adaptación a las premisas fundamentales de la ley, en cuanto a la presunción de la capacidad y al juego de las medidas de apoyo, considero que la meritada reforma no ha supuesto un cambio en el paradigma de la capacidad para la aceptación o repudiación de la herencia. Creo que se parte, actualmente, de la premisa fundamental de que cualquier persona física o jurídica puede realizar un acto de disposición, y que no ha de soportar más limitaciones que cualquiera en su capacidad para contratar u otorgar actos o negocios jurídicos, ni que las medidas de apoyo se contemplen como una ablación

27 CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La aceptación y repudiación de la herencia hechas por persona con discapacidad” en, AA.VV.: *Autonomía privada, familias y herencia* (dir. por M. A. EGUSQUIZA BALMASEDA, G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Colex, Madrid, 2024., pp. 395 y ss.

28 DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “El ejercicio”, cit., p. 364.

29 REPESA POLO, M. P.: “Comentario al art. 996”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. C. GUILARTE MARTÍN CALERO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 961; DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La aceptación y repudiación”, cit. pp. 63-64.

30 Que, a tenor de lo dispuesto en el tenor del art. 996 CC, podrán ser tanto voluntarias como judiciales.

31 “PROPUESTA DE LA SECCIÓN DE DERECHO CIVIL DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN PARA LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO POR LAS DEUDAS HEREDITARIAS”, *Revista de Derecho Privado*, Enero-febrero 2023, pp. 80-97.

de tales capacidades³². Pero lo anterior no obsta que la aceptación o repudiación de la herencia tiene una incidencia directa en el patrimonio de una persona, conforme ha sido expuesto previamente, y que hay personas que ven su capacidad de discernir afectada de forma total o parcial, y que no tienen la capacidad para poder conformar su voluntad al respecto, por lo que son necesarias las medidas de complemento o sustitución de tal voluntad, en aras a proteger tal vulnerabilidad³³. Y, pese a que no se expresa de tal forma, me parece que es la conclusión a la que llega la doctrina mayoritaria, dado que, conforme se ha expresado anteriormente, todo el mundo reconoce que existe un límite a la capacidad jurídica, y que dicho límite implica que una persona, pese a ser titular de unos derecho, es decir, pese a detentar capacidad jurídica, no puede ejercer la misma por carecer capacidad de discernimiento o de formación de la voluntad, es decir, no puede ejercer los derechos inherentes a su capacidad jurídica, por muchas facilidades que a tal respecto pueda ofrecer el ordenamiento jurídico (como es el caso del testamento, por ejemplo)³⁴.

II. LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR LAS CARGAS HEREDITARIAS.

En el presente apartado, una vez determinadas las disquisiciones acerca de la capacidad para aceptar o repudiar la herencia, se va a proceder a ofrecer una panorámica general de la responsabilidad por las deudas hereditarias que asume todo heredero por el hecho de haber aceptado la herencia (expresa o tácitamente), cómo se puede producir la limitación de dicha responsabilidad, y, como eje central del presente trabajo, de qué forma afecta todo esto a las personas con discapacidad.

No obstante, con carácter previo a entrar a analizar cómo configura nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad por las deudas hereditarias, sí resulta pertinente analizar qué se entiende exactamente por deudas hereditarias. El concepto de cargas hereditarias viene enunciado en el art. 1003 CC, que hace referencia a la responsabilidad en caso de aceptación de la herencia sin hacer uso

32 GARCÍA RUBIO, M. P.: "La capacidad para contratar de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Estudios de Derecho de contratos* (dir. A. M. MORALES MORENO), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pp. 337 y ss.

33 Vid. RUBIO GARRIDO, T.: "La Ley 8/2021", cit. p. 329: "Y con la misma tozudez, la naturaleza mostrará que muchas de esas discapacidades son profundísimas, crónicas e irreversibles, determinando en muchas ocasiones que no haya ni siquiera posibilidad en la persona afecta de expresar deseos, preferencias o voluntades de tipo alguno. Personas que, por supuesto, sin titulares de dignidad humana y que tienen derechos fundamentales (como así eran consideradas ya antes de la reforma), pero que, por mucho que grite el legislador y claqué afecta, no pueden ejercitar sus derechos de manera eficaz en el mismo modo que el resto de personas".

34 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Sobre la Ley 8/2021, para el apoyo de a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 113, 2021, pp. 15-74.

del beneficio de inventario. Por cargas hereditarias, en sentido amplio, la doctrina ha elaborado tres grandes grupos³⁵:

i.- Las denominadas deudas de la herencia, es decir, el conjunto de obligaciones que afectan al causante durante su vida y que no se extinguen por su fallecimiento. Un supuesto de obligación que se extinguiría por el fallecimiento sería la de carácter personalísimo.

ii.- Las obligaciones hereditarias surgidas por la apertura de la sucesión, y necesariamente vinculadas a la misma, que deben ser asumidas por los herederos (v. gr., gastos de sepelio).

iii.- Las obligaciones y cargas impuestas por el testador a sus herederos a través de un acto de última voluntad³⁶ (v. gr. legados, modos, fideicomisos o condiciones onerosas).

I. Responsabilidad general por las cargas hereditarias.

En primer lugar, resulta pertinente comenzar indicando que la herencia, en esta parcela de la que nos estamos ocupando, hay que entenderla, en palabras de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, como: "(...) unidad abstracta de bienes que constituye un ámbito independiente de responsabilidad y un centro autónomo de imputación de derechos y obligaciones"³⁷. Tal concepto dimana directamente de lo dispuesto en el art. 659 CC, y nos permite observar cómo, en relación con la responsabilidad de los herederos, la herencia es un patrimonio afecto a cargas.

El sistema español parte, para la gran parte de la doctrina de las siguientes premisas en cuanto a la responsabilidad por las cargas hereditarias³⁸:

i.- El heredero, al subrogarse en la posición jurídica del causante, se convierte en deudor de las obligaciones obrantes en el caudal relicto (ex art. 659 CC).

ii.- La responsabilidad del heredero, en principio, será *ultra vires*, es decir, responderá de las deudas hereditarias con sus bienes personales.

35 Cfr. GARCÍA RUBIO, M. P.: *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, Civitas, Universidad de León, 1989, pp. 171 y ss.; GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores sobre el patrimonio hereditario*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1989, pp. 24 y ss.

36 GONZÁLEZ GARCÍA, J.: "Responsabilidad del heredero", cit., pp. 24-25, hace referencia a la distinción entre cargas legales y cargas testamentarias o por la voluntad del testador, y considero que son solo estas últimas las que hay que entender incluidas en este grupo, dado que resulta difícilmente entender como la institución de la legítima, por ejemplo puede ser considerada una carga hereditaria para el heredero.

37 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *La herencia y las deudas del causante*, Comares, Granada, 2009, p. 157.

38 GARCÍA GOLDAR, M.: "La liquidación", cit. pp. 330-332.

iii.- La aceptación de la herencia conlleva, en principio, la confusión del patrimonio personal del heredero con el patrimonio hereditario.

Por otra parte, y para mí como las coordenadas adecuadas de interpretación de tal fenómeno, encontramos las premisas esgrimidas por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS³⁹:

i.- La sucesión hereditaria es siempre sucesión universal, en el sentido que el heredero se subroga en el patrimonio hereditario, y en cuanto a las deudas y obligaciones de dicho patrimonio, pasa a ostentar su titularidad como nuevo titular de la universalidad patrimonial, pero no se produce una subrogación de cada una de las mismas.

ii.- El heredero responde, en principio, únicamente con los bienes del caudal relicto, siendo la responsabilidad *ultra vires* una incidencia en la liquidación del patrimonio hereditario, pero no un efecto propio o sustancial de la sucesión.

iii.- Como consecuencia lógica de lo anterior, el patrimonio hereditario va a quedar individualizado y por lo tanto autónomo del patrimonio del heredero hasta el momento en que se produzca la extinción de las cargas las que está afecto.

La primera de las perspectivas expuestas, se entiende como la teoría tradicional, en el sentido que parece la continuadora con las tesis romanistas, y refleja en todo su ser el denominado sistema de continuación de la persona, lo que supone que el heredero es el continuador de la personalidad jurídica del causante a todos los efectos, tanto de las relaciones activas como en las pasivas, refiriéndose las mismas a las cargas de la herencia, en los términos previamente indicados, produciéndose una confusión de patrimonios y una responsabilidad ilimitada por tales cargas⁴⁰. Por lo tanto, esta tesis romanista parte de la premisa de que la universalidad en la sucesión es el título de la misma, pero no el objeto en que se sucede, que son un conjunto de titularidades activas y pasivas en que sucede el heredero, es decir, en la exacta misma situación jurídica del mismo para cada una de las mismas⁴¹.

Por otra parte, encontramos las tesis expuestas por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, que, como ha sido comentado por algunos autores, no responde a ninguna de las líneas principales de reflexión en torno a esta cuestión, sino que representa un *tertium genus* en el ámbito de la responsabilidad por las cargas hereditarias⁴².

39 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: "La herencia", cit, p. 103

40 GARCÍA RUBIO, M. P.: "La distribución", cit., pp. 188 y ss.

41 GINOT LLOBATERAS, F.: "La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en Derecho común y foral", *Anuario de Derecho Civil*, fascículo 4, 1950, pp. 1071-1073.

42 GARCÍA RUBIO, M. P.: "La distribución", cit., pp. 196-200.

Pasaremos, en virtud de lo indicado, a analizar cuestiones concretas que tienen su interés para el objeto del presente trabajo.

A) El beneficio de inventario como cauce general del ordenamiento español.

Cabe partir de la premisa de que, la aceptación pura y simple, conforme la denomina en el Código civil (ex art. 999), puede significar, en primer lugar, el mero acto de aceptar, en el sentido que la mera aceptación no supone una determinación concreta sobre la responsabilidad hereditaria que se vaya a asumir por las cargas obrantes en el caudal hereditario. La aceptación, como hemos visto, es un negocio jurídico autónomo, no obstante, cuando se comienzan a cumplimentar los trámites legalmente exigidos por el ordenamiento para que se aplique el beneficio de inventario, se produce una cualificación de los efectos de la adición.

Por otra parte, la aceptación pura y simple también puede hacer referencia a la aceptación de la herencia en la que, en el seno de su liquidación para el pago de las deudas hereditarias, ha sobrevenido la responsabilidad *ultra vires*, que como ha sido expuesto con anterioridad, no es un fenómeno inherente a la aceptación hereditaria, sino que se trata de una incidencia de la liquidación. En este sentido, entiende PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, que la aceptación pura y simple es un acto complejo⁴³. Y ello porque, sobre la mera aceptación del carácter de heredero, es decir, de sucesor universal del causante, se produce una responsabilidad cualificada de las deudas inherentes a tal condición, debido a que se suscita un apartamiento de la disciplina liquidatoria legal.

Con lo anterior, llegamos a una tesis fundamental de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, y es que el heredero a beneficio de inventario es el único heredero puro, porque es en su régimen jurídico donde se despliegan de forma clara los efectos de la sucesión universal, y por ello responde únicamente con los bienes de la herencia, conforme indica el art. 1023.1º CC. Por lo tanto, para el referido autor, la figura del heredero a beneficio de inventario es la institucionalmente normal, a lo cual no supone obstáculo alguno el que no sea, en la práctica, frecuente su uso. Atender a este criterio, supone, por lo tanto, que los supuestos de pérdida del beneficio de inventario han de ser interpretados de forma estricta, que los poderes que el heredero que acepta pura y simplemente han de ser los mismos que los del heredero a beneficio de inventario, y que al integrarse el régimen del heredero a beneficio de inventario con el puro y simple, la confusión patrimonial que se

43 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: "La herencia", cit., p. 131-133.

produce entre el patrimonio de este último y el del caudal hereditario únicamente podrá ser en detrimento del heredero, pero nunca respecto de terceros⁴⁴.

Esta postura doctrinal considero que puede tener un engarce interesante con lo que la doctrina francesa ha denominado la inorganización de la liquidación del pasivo hereditario, haciendo referencia a que, en la mayoría de ordenamientos del sistema continental, no existe un sistema de organización que permita realizar en virtud de un sistema ordenado un pago de las cargas hereditarias, sino que el heredero debe ir pagando a los deudores conforme se presentan⁴⁵. No obstante, es de destacar que, la misma doctrina francesa, realiza una vinculación entre la inorganización del sistema de liquidación del pasivo hereditario con la responsabilidad *ultra vires* del heredero, y de un sistema que sí que cuenta con una organización, mejor o peor, establecida por el ordenamiento jurídico con la responsabilidad *intra vires*⁴⁶. Es decir, como argumento más pragmático que propiamente subyacente de la propia interpretación del articulado del Código civil, sí que resulta pertinente, en aras de la seguridad jurídica, entender que, además de todos los criterios jurídicos expresados con anterioridad, es preferible, como sistema general, uno que prevea la organización en la liquidación del pasivo hereditario.

B) Régimen de los acreedores como normal general en la responsabilidad por las cargas hereditarias.

Se ha indicado en el inicio de este apartado que se debía partir de la premisa de que el patrimonio hereditario está afecto a las cargas hereditarias, es decir, dicho patrimonio hereditario es una masa de bienes diferenciada del caudal privado del heredero que responde de todas las cargas inherentes al caudal relicto, y solo la satisfacción de dichas cargas supone la confusión con el patrimonio personal del sucesor universal⁴⁷. Lo anterior no es nuevo en nuestro ordenamiento jurídico, sino que tiene su raigambre en nuestro Derecho histórico, con efectos también como principio general del derecho en nuestro ordenamiento actual, y es el concepto residual de la herencia, es decir, se impone el criterio de que “primero es pagar que heredar”, y el cual ha de ser vinculado, de forma inextricable, con

44 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: “La herencia”, cit., pp. 133-134. “Entender el fenómeno sucesorio de modo que produzca estas alteraciones en las obligaciones del causante es desorbitar el fenómeno sucesorio, y dar a actos unilaterales un efecto novatorio o modificativo de las obligaciones para el que no hay base legal.” (P.114).

45 GARCÍA GOLDAR, M.: “La liquidación”, cit. pp. 332 y ss. Si bien, la referencia a que el pago de los acreedores conforme se presentan, tiene una gran cantidad de matizaciones.

46 GARCÍA RUBIO, M. P.: “La distribución”, cit., pp.174-175.

47 ALBALADEJO, M.: *Curso de derecho civil V. Derecho de sucesiones*, Edisofer, Barcelona, Tomo V, 2015, pp. 115-116.

que el patrimonio hereditario es autónomo y diferenciado hasta la satisfacción del pasivo hereditario⁴⁸.

Por otra parte, es necesario atender adecuadamente a que, conforme ha sido indicado con anterioridad, las cargas hereditarias están compuestas por diversos grupos, pero no todo el caudal relicto responde, de forma igualitaria, de todas las cargas hereditarias del mismo modo. En tal sentido, y en virtud de todo lo que ha sido previamente expuesto, el orden de prelación de las cargas es el siguiente⁴⁹:

i.- En primer lugar, los créditos con la herencia, es decir, las deudas contraídas por el causante en vida y que no se han extinguido por su fallecimiento. La preeminencia de estas deudas se justifica, fundamentalmente, en la regulación que en el Código se establece respecto del beneficio de inventario (v. gr. arts. 1026, 1027, 1029 CC).

ii.- En segundo lugar, los legados, según su propio orden de prelación (ex art. 887 CC). La preponderancia de estos legados tiene su razón de ser en la misma razón previamente expuesta.

iii.- En tercer lugar, los créditos personales contra el heredero. Ello deriva, además de lo anterior, de la no confusión de los patrimonios del sucesor universal con el caudal relicto, dado que de lo contrario se produciría una equiparación entre los acreedores personales del heredero y los del finado.

Los acreedores, como ocurre en cualquier sucesión de deudas, van a conservar todas las posibilidades de acción frente al patrimonio hereditario, que es, como se ha indicado, autónomo y diferenciado. En consonancia con ello, los herederos, como deudores, o codeudores, van a tener a su disposición todas las posibilidades que les son inherentes, pudiendo, como sucesores en la personalidad del causante, incluso interponer las excepciones personales del *de cuius*.

Para la cuestión de la que es objeto el presente trabajo, es interesante tratar, también, la cuestión del régimen de legitimación pasiva en el supuesto de pluralidad de herederos, por lo que se refiere a la reclamación de las deudas hereditarias. En tal sentido, resulta pertinente separar esta exposición entre que la reclamación sea previa o posterior a la partición. En el primero de los supuestos, no se plantea especialidad alguna, serán responsables todos los herederos en cuanto administradores del patrimonio hereditario, siendo tal responsabilidad de carácter solidario. Plantea más aristas el caso de que tal reclamación sea posterior a la partición hereditaria. La doctrina tradicional venía defendiendo que, tras la

48 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: "La herencia", cit., pp. 100-101.

49 ALBALADEJO, M.: "Curso de derecho", cit., p. 116; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: "La herencia", cit., pp. 159-165.

partición hereditaria, se produce un cambio en el tipo de responsabilidad por las cargas hereditarias, en el sentido que la responsabilidad *cum viribus* se transforma en responsabilidad *pro viribus*, dimanante ello del art. 1084.I CC⁵⁰. No obstante, tal no es la interpretación que subyace del referido precepto, sino que, tras la partición, los bienes hereditarios, aunque hayan sido concretamente asignados a cada uno de los herederos, siguen especialmente afectos al pago de las referidas cargas hereditarias, y por tanto, se mantiene tal responsabilidad *cum viribus*, dado que sus efectos, de la lectura de los arts. 1021 y 1023.Iº CC no se circunscriben a etapas concretas del proceso sucesorio, sino que mantienen su vigencia a lo largo del mismo⁵¹. En todo caso, se mantiene la solidaridad de la responsabilidad previamente enunciada.

2. Supuestos de limitación de la responsabilidad *ex lege*.

Todo heredero, como indica el art. 1010 CC, puede hacer uso del beneficio de inventario, aunque medie una prohibición expresa por parte del testador, pero sometido, como norma general, a una serie de requisitos de carácter legal o formal, como son, fundamentalmente, la declaración expresa de querer hacer uso del beneficio de inventario o la realización de un inventario con todas las exigencias de los arts. 1013 y ss. CC⁵². Por lo tanto, la aceptación de la herencia a beneficio de inventario es un acto solemne que debe ser realizado ante notario.

No obstante lo anterior, es cierto también que existen ciertas situaciones en que, el ordenamiento jurídico impone la limitación de la responsabilidad por las deudas hereditarias a aquellos que van a ostentar la condición jurídica de heredero, con independencia de que se solicite o no el beneficio de inventario y con independencia de que se cumplan o no los requisitos legales y formales para el mismo⁵³. Son supuestos que se pueden identificar por determinadas fórmulas concretas ("se entenderá aceptada a beneficio de inventario") o porque realmente es la interpretación que subyace del análisis de las mismas, por ser lo más conveniente.

Antes de realizar la enumeración de las concretas situaciones en que opera la limitación *ex lege* de la responsabilidad por las deudas hereditarias, o los supuestos en que puede operar, me parece oportuno realizar una distinción. MARÍN CALERO⁵⁴ divide las anteriores situaciones en tres grupos distintos: en primer lugar, los supuestos en que es obligatorio el uso del expediente del beneficio

50 GARCÍA RUBIO, M. P.: "La distribución", cit., p. 191.

51 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: "La herencia", cit., pp. 201-202.

52 LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: "La aceptación de la herencia a beneficio de inventario", en, AA.VV.: *Las deudas de la herencia* (dir. M. ESPEJO y J. P. MURGA), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, p. 88.

53 GARCÍA GOLDAR, M.: "La liquidación", cit. p. 373.

54 MARÍN CALERO, C.: "Aceptación de la herencia a beneficio de inventario", Aferre, Barcelona, 2021.

de inventario, donde esencialmente incluye a las personas con discapacidad con medidas de apoyo sustitutivas de su voluntad y a los menores, el segundo grupo son aquellos supuestos en los que es innecesario promover el expediente de beneficio de inventario para que este despliegue totalmente sus efectos jurídicos⁵⁵, y por último aquellos supuestos en que no se requiere de ningún expediente ni del cumplimiento de ningún requisito legal para que se aplique una limitación de la referida responsabilidad, donde fundamentalmente encontramos la herencia a favor del Estado. Por otra parte, GARCÍA GOLDAR⁵⁶, distingue dos grupos, en primer lugar los supuestos en que la herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario, siendo donde están la mayoría de los previamente indicados, y por otra parte los supuestos de responsabilidad limitada atípica, donde encontramos los supuestos de los arts. 995 y 1021 CC.

Con lo anterior, y atendiendo a que existen diversos enfoques acerca de cómo han de ser agrupados los distintos supuestos, conviene ahora realizar la enumeración de los distintos supuestos en que opera, o puede operar, la responsabilidad *ex lege*, por las deudas hereditarias:

i.- Sucesión en favor del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 957 CC y 20 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

ii.- Sucesión en favor de fundaciones, de conformidad con lo dispuesto en el 22.I de la Ley de Fundaciones⁵⁷.

iii.- Herencia de un causante que se encontraba en situación de concurso de acreedores, de conformidad con el art. 571 LC, así como el supuesto de herencia en situación de concurso de acreedores, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 568 y 569 LC.

iv.- Herencia dejada en favor de los pobres, de conformidad con lo dispuesto en el art. 992. II CC.

v.- El supuesto concreto contemplado en el art. 1021 CC, en cuyo tenor literal se dispone: “El que reclame judicialmente una herencia de que otro se halle en

55 Supuesto del art. 1021 CC, supuesto en que el causante estaba en concurso o la herencia está en situación de concurso, supuesto de herencia en favor de una fundación, supuesto de herencia dejada a los pobres, supuesto del art. 1001 CC o supuesto del art. 995 CC.

56 GARCÍA GOLDAR, M.: “La liquidación”, cit. pp. 373- 378.

57 La diferencia, no obstante, entre la limitación automática por las deudas hereditarias entre la sucesión en favor del Estado y en favor de las fundaciones es más que palpable, dado que en el caso del Estado, en ningún momento entra en juego ninguno de los preceptos sobre el beneficio de inventario, es decir, es un supuesto que, como se ha indicado previamente, no requiere de expediente ni formalismo. No obstante, en el caso de las fundaciones, como ocurre en muchos de los que se enumeran, pese a que la limitación opera *ex lege*, sí que operan los requisitos y formalismos beneficio de inventario, dado que como dispone el art. 22.I.II de la Ley de Fundaciones, los patronos responderán de los supuestos de pérdida del beneficio de inventario contemplados en el art. 1024 CC. Vid. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: “La aceptación”, cit., p. 90.

posesión por más de un año, si venciere en el juicio, no tendrá obligación de hacer inventario para gozar de este beneficio, y sólo responderá de las cargas de la herencia con los bienes que le sean entregados". Como se ha indicado previamente, GARCÍA GOLDAR estima que se trata de un supuesto de responsabilidad atípica, y ello fundamentalmente porque el heredero no responderá de las deudas con todos los bienes hereditarios, sino únicamente con aquellos bienes que le sean entregados⁵⁸.

vi.- El supuesto concreto contemplado en el art. 995 CC, el cual dispone: "Cuando la herencia sea aceptada sin beneficio de inventario, por persona casada y no concurra el otro cónyuge, prestando su consentimiento a la aceptación, no responderán de las deudas hereditarias los bienes de la sociedad conyugal".

vii.- Los menores no emancipados sometidos a patria potestad en los supuestos en que haya sido denegada la autorización judicial para la repudiación de la herencia (art. 166.II CC).

viii.- La aceptación de la herencia por parte de la representación legal de las personas con discapacidad que tengan constituidas medidas de apoyo sustitutivas de su voluntad, cuando no recaben la autorización judicial para aceptar pura y simplemente o para repudiar la herencia (*a contrario sensu* art. 287.5º CC y art. 95.2 LJV).

Dado el objeto que se está tratando en el presente artículo, y por la economía del mismo, únicamente se hará referencia al estudio concreto de los dos últimos supuestos de la anterior enumeración, dado que, además, son los que generan una división doctrinal más apremiante.

La principal problemática, como se habrá podido intuir, responde fundamentalmente a si, en los supuestos referidos a los menores y a las personas con discapacidad con dicho tipo de representación legal, les son de aplicación el conjunto de requisitos y formalidades que nuestro Código impone para los supuestos ordinarios de solicitud del beneficio de inventario. Es decir, las personas que ostentan la patria potestad o la representación legal, ¿han de proceder a solicitar la declaración beneficio a Notario autorizante, y, para ello, aportar un inventario detallado del activo y pasivo del caudal relicto?

Al respecto, encontramos principalmente dos vertientes. La primera de las corrientes doctrinales, encabezada por ALBALADEJO⁵⁹, viene a señalar que a tales situaciones ha de ser siempre, y en todo caso, aplicable la responsabilidad *intra*

58 GARCÍA GOLDAR, M.: "La liquidación", cit. p. 378.

59 ALBALADEJO, M.: "La llamada aceptación entendida a beneficio de inventario", *Actualidad civil*, núm. 2, 1995, pp. 265-282.

vires, por lo que, entiende el referido autor que no será necesario el cumplimiento de los requisitos legales y formales que se exigen para limitar la responsabilidad respecto de las cargas hereditarias.

Dicha visión ha sido rebatida desde diversos puntos de vista. Por ejemplo, LORA-TAMAYO ha entendido que, si bien es cierto que no es necesaria una declaración especial para que la herencia sea aceptada a beneficio de inventario en tales supuestos, ello no significa en ningún caso, de forma automática, el incumplimiento de los requisitos legales y formales no pueda tener una serie de consecuencias legales en la responsabilidad por las cargas hereditarias. Bajo el punto de vista del referido autor, en todo caso, tampoco es viable, en las merítadas situaciones respecto de las personas con discapacidad y menores, que la consecución o no de los efectos del beneficio de inventario dependa únicamente de la representación legal o de la patria potestad, porque nos encontraríamos ante un supuesto de eventual desprotección de la vulnerabilidad. Como solución a lo anterior, se plantea la posibilidad de que, los eventuales daños que se pudieran generar en los acreedores, sean indemnizados, ya sea personalmente por el representante legal o por el propio patrimonio de la persona con discapacidad o el menor⁶⁰.

En el sentido previamente indicado, PÉREZ ÁLVAREZ también sostiene la tesis de que, para que puedan ser de aplicación los efectos del beneficio de inventario, en relación con herencias aceptadas por los representantes legales de los menores y de las personas con discapacidad, es exigible la formalización de dicha aceptación. Ello conduce a que, en tales supuestos, no resulta excusable la práctica de los trámites notariales pertinentes, relativos a la formación del inventario, y todo lo anterior bajo la fundamentación de que la aceptación beneficiaria es un acto expreso y formal. Por ello la conclusión del autor es que, en los supuestos de que la voluntad de la persona con discapacidad se vea sustituida mediante las medidas de apoyo pertinentes para este tipo de negocios jurídicos, cuando se produce la denegación en sede judicial de la autorización para la repudiación de la herencia o para la aceptación pura y simple, ello conlleva la obligación para los curadores con funciones de representación de solicitar y formalizar el beneficio de inventario⁶¹.

Bajo mi punto de vista, todas las visiones anteriores no dejan de tratar de aislar una problemática que es más general que todo eso. En este sentido, conviene aportar un repaso, muy sucinto, de ciertos criterios adoptados tanto por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante "Dirección General"), como de resoluciones jurisdiccionales.

60 LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: "La aceptación", cit., pp. 89-91.

61 PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: *El beneficio de inventario*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 44-47.

Por lo que se refiere a la Dirección General, aunque no se haya pronunciado, que tenga constancia, sobre esta concreta problemática en una resolución, sí que ha tendido a adoptar una posición más cercana a la tesis de que la herencia de las personas con discapacidad con medidas de apoyo representativas, se ha de “entender aceptada a beneficio de inventario”, es decir, que ha de operar una limitación automática de la responsabilidad por las deudas hereditarias, de forma muy similar a lo que ocurre en las herencias aceptadas por el Estado (ex art. 957 CC). Lo anterior subyace, de forma muy clara, de la Resolución de 26 de junio de 2019, en la cual, indica lo siguiente la Dirección General: “(...) ciertamente, el Código Civil establece que será necesaria autorización judicial para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia. No obstante, atendidas las concretas circunstancias concurrentes, debe considerarse válida la aceptación realizada y producidos los efectos del beneficio de inventario a favor del tutelado, de suerte que las consecuencias de la eventual inobservancia por el tutor del requisito legal debatido han de quedar limitadas al ámbito de la responsabilidad de dicho representante legal por incumplimiento de los deberes inherentes al ejercicio de su cargo”.

Por otra parte, y si bien no es tan esclarecedora, conviene atender a la Resolución de la Dirección General de 1 de junio de 2012: “Por lo que se refiere al apartado 4 del artículo 271 del Código Civil, al que también alude la nota calificadora, que exige autorización judicial a la tutora para la aceptación de herencia sin beneficio de inventario, es cierto que la elevación a público del contrato privado suscrito por el causante sólo puede ser realizado por quienes acrediten su carácter de herederos, conforme a lo que establece el citado párrafo cuarto del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, por lo que la actuación de la tutora en representación del tutelado, al ratificar un contrato privado realizado por el causante, implica aceptación tácita conforme a lo dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 999 del Código Civil, que considera aceptación tácita, entre otros casos, la que se hace por medio de actos «que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de herederos», que es precisamente lo que exige el citado artículo 20.4.º de la Ley Hipotecaria para la ratificación del contrato privado firmado por el causante. En este sentido, procede confirmar la nota calificadora en cuanto al segundo defecto relacionado con la exigencia del apartado 4 del artículo 271 del Código Civil, si bien el defecto ha de considerarse subsanable mediante la correspondiente declaración de la tutora en documento público en el sentido de realizar la aceptación a beneficio de inventario en nombre del incapacitado, teniendo en cuenta que ello es posible dadas las especialidades de una aceptación tácita y de tratarse de un acto debido, sin necesidad si se subsanase de ese modo de la autorización judicial.”

Por lo tanto, como se puede observar, nuestra Dirección General mantiene un criterio bastante proclive a la ausencia de las formas y requisitos exigidos

y exigibles para el surgimiento de los efectos del beneficio de inventario, considerando que las eventuales dejaciones o faltas de los representantes legales son, en todo caso, subsanables, y prácticamente que no son exigibles. Ello puede responder, considero, a su concepción especialmente paternalista con las personas con discapacidad, como subyace de la Resolución de 25 de febrero de 2021⁶², y por lo tanto como especial reticencia a considerar de forma igualitaria la capacidad jurídica de las personas con discapacidad⁶³.

Por parte de las resoluciones jurisdiccionales, las mismas también parece que plantean una exégesis similar de la problemática expuesta. Un buen ejemplo de ello es la SAP Asturias 13 de junio de 2005⁶⁴, que si bien es cierto trata un supuesto de cómo han de ser interpretados los supuestos de pérdida del beneficio de inventario en situaciones en que concurre un menor de edad, creo que aporta conclusiones relevantes para el presente análisis: “Llegados a este punto, y si bien Doña Dolores , como queda dicho realizó el acto formal de la aceptación, y lo hizo a beneficio de inventario, mas sin acompañar la relación que exige el art. 1013 del CC en tales casos, ni existir constancia de haberla confeccionado posteriormente. Dicho precepto exige que en tal caso la declaración de aceptación vaya precedida o seguida de un inventario de todos los bienes de la herencia, señalando que dicha declaración no producirá efecto, lo que plantea la cuestión de si tal carencia de efecto se refiere simplemente al beneficio de inventario o a la propia aceptación, de manera que en el primer caso habría de entenderse como aceptada la herencia pura y simplemente, y en el segundo caso, como no producido dicho acto. El art. 1.018 CC, al contemplar el caso en el que no se ha llegado a confeccionar el inventario por culpa o negligencia del heredero, señala que la aceptación ha de entenderse pura y simple, con lo que si lo aplicamos analógicamente al supuesto del art. 1.013 antes visto la solución sería obvia. Ahora bien, como certeramente señaló el Sr. Juez de instancia, la doctrina y Jurisprudencia han mitigado este rigor respecto a los supuestos de menores no habilitados, de ahí que no proceda aplicar tal sanción, que es lo que en suma lleva a efecto el juzgador. En suma, se produjo la aceptación de la herencia y con independencia de si a la postre la misma debería haberse aceptada puramente o no, es ésta una cuestión que, tal y como quedó resuelta en la sentencia, no se ha discutido, ya que en realidad el debate se recondujo al hecho de entender que el hoy recurrente no ostentaba la cualidad de heredero, al no haberse realizado la aceptación y, por ende, la legitimación en su caso debería corresponder a la herencia yacente. En atención a lo expuesto, y habiendo acreditado la parte actora el abono de los gastos que reclama, el recurso debe rechazarse”.

62 “(...) aquellos actos jurídicos que puedan poner en riesgo la situación personal o económica del discapacitado merezcan por nuestra parte una mayor desconfianza”.

63 MARÍN CALERO, C.: “Aceptación de”, cit., p.57.

64 Núm. rec. 238/2005.

III. CONCLUSIONES.

Considero, después de la exposición de las diversas consideraciones doctrinales y la aproximación al criterio que parece que se dimana de la doctrina de la Dirección General y de ciertas resoluciones jurisdiccionales, que no se ha procedido al enfoque adecuado.

Al analizar esta cuestión, se llega a la conclusión de que se ha de adoptar alguna de las alternativas indicadas, o se acepta que, para que sean de aplicación los efectos inherentes al beneficio de inventario es necesario que se proceda al cumplimiento de los requisitos formales exigidos, o que se puede prescindir de los mismos, no siendo relevante a los anteriores efectos que se proceda a realizar una solicitud expresa del beneficio de inventario o el inventario, concebido como un requisito imperativo en dicha sede. Y ello trasciende el mero ámbito de la amplitud del régimen de responsabilidad por las deudas hereditarias, afectando a la propia conducta que en el cumplimiento de tales deudas haya de ser adoptada por el representante legal o por la propia persona con discapacidad, dado que la doctrina de nuestro Alto Tribunal concibe los supuestos de pérdida de beneficio de inventario desde un punto de vista conductual⁶⁵.

Es cierto, como indica MARÍN CALERO⁶⁶, que de la lectura literal del Código parece que subyace la primera de las alternativas previamente indicadas, dado que, en ningún precepto, se hace referencia a que la herencia aceptada por representante legal de persona con discapacidad deba entenderse aceptada a beneficio de inventario, como ocurre en los demás supuestos expuestos (v. gr. el Estado, las fundaciones etc.). El mismo autor entiende que, pese a la doctrina de la Dirección General, no parece que pueda tener un buen acople el supuesto de las personas con discapacidad con el que rige al Estado, en cuanto a una limitación automática *ex lege*. En dicho punto, coincido plenamente con el precitado autor, creo que no es comparable un régimen con el otro, dado el origen y diferencia que tales responsabilidades por las deudas hereditarias tienen, y a las concretas circunstancias que rodean a cada uno. En todo caso, considero que puede tener más sentido esta comparativa respecto de la responsabilidad por las deudas hereditarias que las fundaciones tienen, de acuerdo a lo que indicaré a continuación y a la lectura del art. 22 LF.

Pese a ello, no me parece del todo satisfactoria su primera conclusión, en cuanto a que de la lectura de los preceptos del Código deba concluirse que el régimen aplicable es el general para el beneficio de inventario. Bajo mi punto de vista, en este sentido hemos de seguir también a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, el cual,

⁶⁵ STS II de noviembre de 2025, núm. rec. 4914/2020.

⁶⁶ MARÍN CALERO, C.: "Aceptación de", cit., p.54.

con carácter general, consideraba que, al ser el beneficio de inventario el régimen general operativo en nuestro ordenamiento jurídico, por ser la responsabilidad *intra vires* la institucionalmente aplicable, se ha de proceder a una interpretación restrictiva de los supuestos y efectos de la pérdida del beneficio de inventario, o de su no consecución⁶⁷. Por lo tanto, para el caso de las personas con discapacidad con medidas de apoyo representativas, con más razón es necesario aplicar tal criterio flexible, y con mayor profundidad, dado que no resulta jurídicamente adecuado dejar en manos de un representante legal algo tan delicado como la responsabilidad por las cargas hereditarias, más ante un supuesto de vulnerabilidad jurídicamente protegible.

Con todo lo anterior, mi conclusión fundamental es que, si bien hay que aplicar un criterio flexible a la interpretación del cumplimiento de los requisitos para la obtención de los efectos del beneficio de inventario, así como a los supuestos de pérdida del mismo, máxime cuando nos encontremos en contextos de vulnerabilidad, ello no obsta que tales requisitos están prescritos legalmente, y por lo tanto habrán de ser cumplimentados, dentro de sus posibilidades, por los representantes legales, sin que su omisión pueda suponer un perjuicio para la persona con discapacidad, o para los acreedores del causante, y siempre entendiendo dichos criterios restrictivos de pérdida del beneficio de inventario desde la perspectiva de la negligencia. Es por lo anterior, y siendo que en esto discrepo de lo que, como se ha indicado previamente, refería LORA-TAMAYO⁶⁸, las eventuales responsabilidades que de la actuación negligente del representante legal se puedan derivar, especialmente respecto de los acreedores y los legatarios, responderá en todo caso dicho representante legal, así como respecto de los daños que se pudieran irrogar a la persona con discapacidad, siendo que considero de perfecta aplicación para ello el art. 294 CC, así como la eventual responsabilidad civil extracontractual que se pudiera derivar.

67 Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: “La herencia”, cit., pp. 134-135: “Este criterio restrictivo sirve para reforzar la opinión de que el tutor, por sí solo, con sus omisiones, no puede determinar en el pupilo las sanciones de la aceptación pura y simple”.

68 LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: “La aceptación”, cit., pp. 89-91.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M.: "La llamada aceptación entendida a beneficio de inventario", *Actualidad civil*, núm. 2, 1995.

ALBALADEJO, M.: *Curso de derecho civil V. Derecho de sucesiones*, Edisofer, Barcelona, Tomo V, 2015.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Sobre la Ley 8/2021, para el apoyo de a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 113, 2021.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: "La aceptación y repudiación de la herencia hechas por persona con discapacidad", en AA.VV.: *Autonomía privada, familias y herencia* (dir. por M. A. EGUSQUIZA BALMAEDA y G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Colex, Madrid, 2024.

CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Instituciones de Derecho civil español*, Imprenta de Juan Pueyo, Tomo III, Madrid, 1932.

COSTAS RODAL, L.: *Autonomía y apoyo de la persona con discapacidad en el ámbito sucesorio tras la ley 8/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

DE VERDA BEAMONTE, J. R.: "Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 115, julio-diciembre 2022.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Lecciones de Derecho Civil*, Universidad de Valencia, Valencia, 1967.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistemas de Derecho Civil*, Tecnos, Volumen IV, Tomo 2, Madrid, 2017.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.:

- "El ejercicio del «ius delationis» por la persona en situación de discapacidad", en AA.VV.: *Cuestiones actuales del Derecho de sucesiones* (dir. M. ESPEJO, J. P. MURGA y M. A. MARTOS) Atelier, Barcelona, 2026.
- "La aceptación y repudiación de la herencia de las personas en situación de discapacidad", en AA.VV.: *La persona con discapacidad en el Derecho de sucesiones* (dir. M. ESPEJO LERDO DE TEJADA y G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.

GALVÁN GALLEGOS, A.: *La herencia: contenido y aceptación. La aceptación y repudiación de la herencia*, La ley-Actualidad, Madrid, 2000.

GARCÍA GOLDAR, M.: *La liquidación de la herencia en el Código Civil español. Especial referencia a las deudas desconocidas o sobrevenidas*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019.

GARCÍA RUBIO, M. P.:

- "La capacidad para contratar de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Estudios de Derecho de contratos* (dir. A. M. MORALES MORENO), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022.
- *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, Civitas, Universidad de León, 1989.

GINOT LLOBATERAS, F.: "La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en Derecho común y foral", *Anuario de Derecho Civil*, fascículo 4, 1950.

GITRAMA GONZÁLEZ, M.: "Comentario al art. 992", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), Madrid, EDESA, Tomo XIV, vol. 1º, 1989.

GONZÁLEZ GARCÍA, J.: *Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores sobre el patrimonio hereditario*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1989.

JORDANO FRAGA, J.:

- *La sucesión en el "ius delationi".. Una contribución a la adquisición sucesorio mortis causa*, Civitas, Madrid, 1990.
- *Los acreedores del llamado a una sucesión <<mortis causa>>, ante el ejercicio por éste del ius delationis*, Centro de estudios registrales, Madrid, 1996.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: "La aceptación de la herencia a beneficio de inventario", en AA.VV.: *Las deudas de la herencia* (dir. M. ESPEJO y J. P. MURGA), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

MARÍN CALERO, C.: "Aceptación de la herencia a beneficio de inventario", Aferre, Barcelona, 2021.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?", en AA.VV.:

Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCIA MAYO, M.), Bosch, Madrid, 2021.

PAÑOS PÉREZ, A.: "Ejercicio de la capacidad jurídica en personas con discapacidad: Límites a la autonomía de la voluntad e imputabilidad civil", *Revista de Derecho Civil*, vol. 12, núm. 4, 2025.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *La herencia y las deudas del causante*, Comares, Granada, 2009.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: *El beneficio de inventario*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de sucesiones común: estudios sistemático y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, 3er tomo, Valencia, 2020.

REPRESA POLO, M. P.: "Comentario al art. 996", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. C. GUILARTE MARTIN CALERO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

RUBIO GARRIDO, T.: "La Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre personas con discapacidad: ¿un ejemplo de buenismo y adanismo legislativos?", *InDret*, núm. 3, 2022.

VICANDI MARTÍNEZ, A.: La repudiación de la herencia: Una visión de conjunto", en AA.VV.: *El Patrimonio Sucesorio: Reflexiones para un debate reformista* (dir. F. LLEDÓ YAGÜE), Dykinson, Madrid, 2014.

EL DERECHO DE ACCESO A LA PROTECCIÓN DE
DATOS, CONTROL DE FRONTERAS, POBLACIÓN
EXTRANJERA Y EL NUEVO SISTEMA DE ENTRADAS Y
SALIDAS (SES)

*THE RIGHT OF ACCESS TO DATA PROTECTION, BORDER
CONTROL, FOREIGN NATIONALS AND THE NEW ENTRY/EXIT
SYSTEM (SES)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 486-519

Alfonso
ORTEGA
GIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de febrero de 2026

ARTÍCULO APROBADO: 31 de marzo de 2026

RESUMEN: La implantación del Sistema de Entradas y Salidas (SES) de la Unión Europea y la eliminación del sellado de pasaportes generan un vacío probatorio para los nacionales de terceros países en los procedimientos de extranjería en España. Este trabajo sostiene que el derecho de acceso a los datos personales del art. 15 del Reglamento General de Protección de Datos permite obtener un certificado oficial de entradas y salidas con valor probatorio administrativo. No obstante, su eficacia práctica depende de la adopción de protocolos administrativos que garanticen la seguridad jurídica de los ciudadanos.

PALABRAS CLAVE: Derecho de acceso a la protección de datos; control de fronteras; población extranjera; sistema de entradas y salidas (SES); Unión Europea; Schengen.

ABSTRACT: *The implementation of the European Union's Entry/Exit System (EES) and the abolition of passport stamping have created an evidential gap for third-country nationals in immigration proceedings in Spain. This paper argues that the right of access to personal data under Article 15 of the General Data Protection Regulation allows for the issuance of an official entry and exit certificate with administrative evidential value. However, its practical effectiveness depends on the adoption of administrative protocols that guarantee legal certainty for citizens.*

KEY WORDS: *Right of access to data protection; border control; foreign population; Entry/Exit System (EES); European Union; Schengen.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.- 1. La digitalización de las fronteras Schengen y el nuevo contexto de control.- 2. El problema jurídico: la supresión del sello de pasaporte y la incertidumbre probatoria.- 3. Hipótesis: El derecho de acceso a los datos personales como solución garantista. 4. Estructura de la investigación.- II. EL SISTEMA DE ENTRADAS Y SALIDAS (SES) Y SU IMPACTO EN EL CONTROL FRONTERIZO.- 1. Marco normativo, objetivos y ámbito de aplicación del SES (Reglamento (UE) 2017/2226).- 2. Funcionamiento operativo y datos recopilados (alfanuméricos y biométricos).- 3. La supresión del sellado manual como cambio de paradigma probatorio.- 4. El rol de la agencia eu-LISA y la centralización de la información de fronteras.- III. LA NECESIDAD DE PROBAR LA ENTRADA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EXTRANJERÍA EN ESPAÑA.- 1. La prueba de la entrada y estancia en la normativa española de extranjería (LO 4/2000 y Reglamento).- 2. Supuestos clave que exigen acreditar la fecha de entrada (arraigo, estancia, renovaciones).- 3. El fin del sello de pasaporte como prueba tradicional y el vacío jurídico generado.- 4. Riesgos y consecuencias de la falta de prueba para el ciudadano extranjero.- IV. EL DERECHO DE ACCESO DEL RGPD COMO SOLUCIÓN JURÍDICA.- 1. El derecho de acceso del art. 15 RGPD: Configuración y alcance en el contexto del SES.- 2. Identificación de los responsables del tratamiento: El Ministerio del Interior y la agencia eu-LISA.- 3. El procedimiento para ejercer el derecho: Canales, plazos y forma de la solicitud.- 4. El contenido de la respuesta: Qué datos específicos se pueden obtener para acreditar la entrada.- V. EFICACIA PRÁCTICA DEL DERECHO DE ACCESO COMO MEDIO DE PRUEBA.- 1. El documento obtenido: Análisis de su naturaleza y valor como medio de prueba.- 2. Su eficacia en procedimientos administrativos (Ley 39/2015) y su defensa ante los órganos judiciales.- 3. Desafíos prácticos y estrategias de actuación (plazos, silencio administrativo, barreras idiomáticas).- 4. Propuesta de un protocolo de buenas prácticas para las Oficinas de Extranjería.- VI. REFLEXIONES FINALES.

I. PLANTEAMIENTO.

I. La digitalización de las fronteras Schengen y el nuevo contexto de control.

El paradigma contemporáneo de la gestión fronteriza en el seno de la Unión Europea ha experimentado una transformación radical, transitando desde un modelo eminentemente físico y presencial hacia una arquitectura de control progresivamente desmaterializada y tecnológicamente mediada. Este viraje se inscribe en la iniciativa de “Fronteras Inteligentes” (Smart Borders), una estrategia política y jurídica concebida para responder a un doble imperativo: por un lado, la optimización de la gestión de los flujos migratorios y, por otro, el robustecimiento de la seguridad colectiva frente a amenazas transnacionales como el terrorismo y la delincuencia organizada¹.

Dicha estrategia no puede ser interpretada como un fenómeno aislado; por el contrario, materializa el culmen de un proceso evolutivo en el marco de la Gestión

¹ Vid. KHORY, C.; HENDOW, M.: *Advances in Border Management: Digitalization trends and emerging technologies*, 2025.

• Alfonso Ortega Giménez

Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche (Alicante). Correo electrónico: alfonso.ortega@umh.es. ORCID: 0000-0002-8313-2070.

Integrada de Fronteras (European Integrated Border Management), donde la tecnología asume un rol protagónico, convirtiéndose en un actor regulador con capacidad autónoma para modelar la realidad jurídica y social en los límites del Espacio Schengen². En este entramado, el Sistema de Entradas y Salidas (SES) se erige como la pieza central de una vasta red de control poblacional, una infraestructura de vigilancia panóptica que opera en sinergia con otros sistemas de información a gran escala como el Sistema de Información de Schengen (SIS II), Eurodac y el futuro Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes (ETIAS)³. La filosofía política que subyace a esta digitalización masiva de datos personales, incluyendo categorías especialmente sensibles como los identificadores biométricos, revela una tensión inherente y persistente entre la salvaguarda de la soberanía estatal, la persecución de una seguridad común y la protección irrenunciable de los derechos fundamentales de las personas que se aproximan a las fronteras exteriores de la Unión.

Profundizando en esta dinámica, la implementación de estas tecnologías no solo responde a una lógica de eficiencia, sino que instaura un paradigma tecnosolucionista que confía en la capacidad de los algoritmos y las bases de datos interoperables para predecir riesgos y gestionar la movilidad humana de manera automatizada⁴. Este enfoque, si bien justificado discursivamente en la necesidad de modernizar los controles, externaliza y deslocaliza la función fronteriza, convirtiéndola en un proceso dataificado que comienza mucho antes de que el viajero llegue al puesto de control físico.

El análisis de esta arquitectura revela cómo la interoperabilidad entre bases de datos, regulada por normativas como el Reglamento (UE) 2019/817, expande el acceso de las autoridades policiales a la información migratoria, difuminando las barreras jurídicas erigidas para proteger la finalidad original de cada sistema y, con ello, el derecho a la privacidad⁵. Este modelo, además, es susceptible de ser influenciado por intereses privados de la industria de la seguridad, cuyo lobby puede orientar las políticas públicas hacia una mayor securitización y militarización de las fronteras, en detrimento de las garantías jurídicas y las obligaciones de asilo⁶. Se constata, por tanto, cómo la tecnología deja de ser un mero instrumento para convertirse en una forma de gobernanza en sí misma, una nomo-tecnología que redefine conceptos como la presencia territorial, la identidad y la legalidad,

2 Vid. LASAGNI, G.: *The European Integrated Border Management*, 2024.

3 Vid. WAGNER, M.; DESMOND, A.; KRALER, A.: *EU Policy Framework on irregular migrants*, 2024.

4 Vid. KHORY, C.; HENDOW, M.: *Advances in*, cit.

5 Vid. RINALDI, A.; TEO, S. A.: "The use of artificial intelligence technologies in border and migration control and the subtle erosion of human rights", *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 74, núm. 1, 2025, pp. 61-89.

6 Vid. METCALFE, P.; DENCIC, L.; CHELIOUDAKIS, E.; VAN EERD, B.: *Risking Lives: Smart Borders, Private Interests and AI Policy in Europe*, 2023.

generando un nuevo ecosistema de control donde la soberanía se ejerce a través de la gestión algorítmica de la información. La virtualización de la frontera mediante la biometría y la interoperabilidad de datos, como concluyen diversos estudios, plantea riesgos sistémicos de violación de la privacidad y de discriminación algorítmica, especialmente para las minorías, cuyas tasas de error en sistemas de reconocimiento facial pueden ser significativamente más elevadas⁷.

2. El problema jurídico: la supresión del sello de pasaporte y la incertidumbre probatoria.

Esta arquitectura de control, si bien justificada en términos de seguridad colectiva y eficiencia administrativa, genera consecuencias directas y profundamente problemáticas en la esfera jurídica del individuo, particularmente para los nacionales de terceros países. La consecuencia más tangible y disruptiva de la plena operatividad del Sistema de Entradas y Salidas es la supresión del sellado manual en los documentos de viaje, un acto administrativo que, durante décadas, ha constituido el medio de prueba por antonomasia de la fecha y lugar de entrada legal en el Espacio Schengen.

Este cambio no debe ser entendido como una mera modernización procedimental, sino como una abrogación fáctica de un instrumento probatorio que poseía tres características esenciales: era tangible, se encontraba bajo la custodia personal del interesado y gozaba de una presunción de veracidad inmediata. Su desaparición crea un manifiesto vacío probatorio y una peligrosa asimetría de la información: el Estado, a través de sus agencias y sistemas centralizados, acumula un registro digital exhaustivo y opaco sobre los movimientos del individuo, mientras que este último queda despojado de la prueba más elemental y accesible para acreditar la legalidad de su estancia⁸. Esta nueva realidad da lugar a un estado de inseguridad jurídica, exacerbado por la inherente falibilidad de los sistemas algorítmicos. La confianza ciega en la infalibilidad del registro digital ignora la documentada existencia de errores sistémicos, sesgos en los datos de entrenamiento y fallos técnicos que pueden generar “falsos positivos” o registros incorrectos, con consecuencias devastadoras para los derechos de las personas⁹.

De tal manera, esta situación plantea interrogantes jurídicos de primer orden que el presente análisis metódico se propone abordar. Ante una discrepancia entre el cómputo del sistema y la realidad del viajero, ¿cómo puede un ciudadano demostrar que no ha superado el período máximo de estancia de 90 días en un período de 180? ¿Qué herramienta de defensa posee frente a una notificación de

7 Vid. RINALDI, A.; TEO, S. A.: “The use”, cit., pp. 61-89.

8 Vid. WAGNER, M.; DESMOND, A.; KRALER, A.: *EU Policy*, cit.

9 Vid. FORTI, M.: “Addressing algorithmic errors in data-driven border control procedures”, *German Law Journal*, vol. 25, núm. 4, 2024, pp. 635-645.

estancia irregular o una propuesta de sanción que podría culminar en una orden de expulsión, si la única prueba oficial está en manos de la misma Administración que le acusa? La automatización en la detección de sobreestadías, uno de los objetivos explícitos del SES, si bien puede cerrar ciertas brechas en la aplicación del Código de Fronteras Schengen, simultáneamente abre una brecha en el derecho a la defensa y en la tutela judicial efectiva¹⁰. La carga de la prueba (*onus probandi*) se ve sutilmente desplazada hacia el individuo, quien ahora tendría que rebatir la presunción de veracidad de un registro digital al que no tiene acceso directo y cuyo funcionamiento interno desconoce. Se configura así un escenario donde el ciudadano se encuentra en una posición de vulnerabilidad estructural, dependiente de la corrección de un sistema opaco y sin un medio de prueba alternativo, tangible e inmediato, para salvaguardar su estatus migratorio.

3. Hipótesis: El derecho de acceso a los datos personales como solución garantista.

Frente a este escenario de incertidumbre probatoria y asimetría informativa, el propio ordenamiento jurídico de la Unión, en su compleja pero garantista arquitectura, proporciona un contrapeso jurídico fundamental. La hipótesis central de la presente investigación postula que el ejercicio del derecho de acceso a los datos personales, consagrado en el art. 15 del Reglamento (UE) 2016/679, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)¹¹, se erige como la herramienta jurídica idónea y preexistente para subsanar el vacío probatorio generado por la supresión del sello de pasaporte. No se trata de una mera opción teórica, sino de un imperativo jurídico que permite reequilibrar la balanza entre la potestad de control del Estado y los derechos del administrado. La recopilación masiva de datos personales y biométricos en el Sistema de Entradas y Salidas sitúa inequívocamente dicho tratamiento bajo el ámbito de aplicación del RGPD, activando con ello todo el catálogo de derechos y garantías que este contempla para los interesados.

El ejercicio de este derecho fundamental transforma la naturaleza misma del dato: lo que para el Estado es un instrumento de vigilancia y control, se convierte, a solicitud del ciudadano, en un documento probatorio con valor oficial. Al solicitar una copia de sus datos de entrada y salida registrados en el SES, el nacional de un tercer país puede obtener un certificado emitido por la autoridad competente (sea esta la autoridad nacional de control o la propia agencia eu-LISA) que acredite fehacientemente las fechas y lugares de sus cruces de frontera. Este documento,

¹⁰ Vid. WAGNER, M.; DESMOND, A.; KRALER, A.: *EU Policy*, cit.

¹¹ Vid. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), en *Diario Oficial de la Unión Europea*, 4 de mayo de 2016, L 119, pp. 1-88.

emanado de la propia fuente de datos que utiliza la Administración, se postula como un medio de prueba de especial fuerza probatoria, capaz de desvirtuar presunciones de irregularidad y de servir como fundamento para la defensa de los derechos del individuo en cualquier procedimiento administrativo o judicial en materia de extranjería. De este modo, el derecho de acceso trasciende su función primigenia de transparencia para adquirir una nueva dimensión instrumental: la de devolver al ciudadano la agencia y el control sobre la prueba de su propia legalidad, manifestándose como una concreción indispensable del derecho a la buena administración y a la tutela judicial efectiva, consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

4. Estructura de la investigación.

Para verificar la hipótesis planteada y analizar en profundidad todas sus implicaciones, el presente análisis metódico se articula en torno a cuatro ejes fundamentales, estructurados en los siguientes capítulos subsecuentes, los cuales siguen una progresión lógica. El primer capítulo se dedicará a una exégesis detallada del nuevo paradigma de control fronterizo, describiendo el marco normativo, los objetivos y el funcionamiento operativo del Sistema de Entradas y Salidas. A continuación, el segundo capítulo aterrizará la problemática en el ordenamiento jurídico español, demostrando la importancia capital de la prueba de la fecha de entrada en diversos procedimientos clave de extranjería y evidenciando el vacío que deja la desaparición del sello. El tercer capítulo constituirá el núcleo doctrinal de la investigación, analizando en profundidad la configuración jurídica del derecho de acceso del art. 15 RGPD como solución teórica al problema identificado. Finalmente, el cuarto capítulo abordará el análisis más pragmático y propositivo, evaluando la eficacia y viabilidad práctica de este derecho como instrumento probatorio ante las administraciones y los órganos jurisdiccionales, anticipando los desafíos y proponiendo un protocolo de buenas prácticas que garantice la seguridad jurídica de los ciudadanos extranjeros en este nuevo contexto digital.

II. EL SISTEMA DE ENTRADAS Y SALIDAS (SES) Y SU IMPACTO EN EL CONTROL FRONTERIZO

I. Marco normativo, objetivos y ámbito de aplicación del SES (Reglamento (UE) 2017/2226).

La arquitectura jurídica que da sustento al Sistema de Entradas y Salidas (SES) constituye un complejo entramado normativo cuya pieza angular es el Reglamento (UE) 2017/2226¹². Esta disposición legal no solo establece la creación de un sistema

¹² Vid. Reglamento (UE) 2017/2226 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de noviembre de 2017 por el que se establece un Sistema de Entradas y Salidas (SES) para registrar los datos de entrada y salida y los datos de denegación de entrada de los nacionales de terceros países que crucen las fronteras exteriores de

automatizado para el registro de datos de entrada, salida y denegación de entrada de nacionales de terceros países, sino que redefine fundamentalmente el ejercicio del control en las fronteras exteriores del Espacio Schengen.

Una exégesis rigurosa de su articulado y, de manera crucial, de sus considerandos, revela una teleología multifacética que trasciende la mera modernización tecnológica. La intención del legislador europeo se articula en torno a tres objetivos primordiales: en primer lugar, mejorar la gestión de las fronteras, agilizando los controles para los viajeros de buena fe; en segundo lugar, prevenir la inmigración irregular, mediante la identificación fiable de las personas que superan el período de estancia autorizada (*overstayers*); y, en tercer lugar, contribuir a la lucha contra el terrorismo y la delincuencia grave, permitiendo el acceso a los datos del SES a las autoridades policiales bajo condiciones estrictas¹³.

Sin embargo, un análisis crítico de la proporcionalidad de este mecanismo de vigilancia a gran escala suscita interrogantes sobre si el equilibrio entre la seguridad colectiva y la protección de los derechos fundamentales se ha calibrado adecuadamente. Ciertos estudios argumentan que la extensión de la finalidad del sistema a la persecución de delitos, más allá de la estricta gestión migratoria, podría carecer de una justificación suficiente y podría conducir a un sobrealcance en la utilización de datos personales sensibles¹⁴. La arquitectura legal, por tanto, consagra un sistema cuya finalidad declarada de gestión fronteriza se ve imbuída de una lógica securitaria que permea todo su diseño.

Ahondando en esta dimensión, el ámbito de aplicación personal del Reglamento (UE) 2017/2226 delimita con precisión el colectivo sobre el que recaerá el peso de este nuevo paradigma de control. El sistema se aplica a todos los nacionales de terceros países, tanto aquellos que requieren un visado de corta duración como los que están exentos de dicha obligación, que son admitidos para una estancia de un máximo de 90 días en cualquier período de 180 días¹⁵. Esta delimitación, aparentemente neutra, sitúa a un grupo poblacional específico en una posición de particular vulnerabilidad jurídica.

Al suprimirse el sellado manual de pasaportes, estos individuos pierden el control directo sobre la prueba de su legalidad y pasan a depender íntegramente de la corrección y la integridad de un registro digital centralizado. Esta dependencia

los Estados miembros y por el que se determinan las condiciones de acceso al SES con fines de aplicación de la ley, y se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y los Reglamentos (CE) n° 767/2008 y (UE) n° 1077/2011, en *Diario Oficial de la Unión Europea*, 9 de diciembre de 2017, L 327, pp. 20-82.

13 Vid. Reglamento (UE) 2017/2226 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de noviembre de 2017, Art. 4.

14 Vid. RATKEVIČIUS, S.: "Entry-exit system scope, API/PNR capability weakness", *Law & Border*, vol. 1, núm. 1, 2023, pp. 97-109.

15 Vid. Reglamento (UE) 2017/2226 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de noviembre de 2017, Art. 3.

se ve agravada por la complejidad inherente a los sistemas de información interoperables y los elevados costes asociados a su implementación, que pueden generar debilidades sistémicas y afectar la fiabilidad de los datos registrados¹⁶. La intención legislativa, si bien orientada a mitigar riesgos migratorios, genera una externalidad negativa en forma de inseguridad jurídica para el individuo, quien carece de alternativas probatorias sencillas y accesibles frente a posibles errores del sistema. El marco normativo, por consiguiente, no solo crea una herramienta de control, sino que modifica la posición jurídica de un colectivo, haciéndolo más susceptible a las consecuencias de una gobernanza algorítmica de la movilidad.

Esta infraestructura se complementa, además, con los Reglamentos de interoperabilidad, que tejen una red de información aún más densa, conectando el SES con otros sistemas como el Sistema de Información de Visados (VIS) o el futuro ETIAS, consolidando un ecosistema de vigilancia unificado¹⁷. La lógica de la interoperabilidad, si bien busca mejorar la detección de irregularidades, también amplifica el alcance del monitoreo estatal, permitiendo cruces de datos para fines de cooperación policial y judicial, lo que refuerza la ya mencionada tensión entre la gestión de fronteras y los imperativos de seguridad¹⁸.

2. Funcionamiento operativo y datos recopilados (alfanuméricos y biométricos).

La materialización de los objetivos del Reglamento (UE) 2017/2226 se produce a través de un sofisticado proceso operativo que traduce la complejidad técnica en una serie de actos jurídicos y materiales en la frontera. El ciclo de vida del dato en el SES comienza en el momento mismo del cruce de la frontera exterior, donde el nacional de un tercer país interactúa con sistemas de autoservicio (quioscos automatizados) o con un agente de la guardia de fronteras. En esta fase inicial, el sistema captura un conjunto de datos alfanuméricos y biométricos que conformarán el registro del individuo¹⁹. Los datos alfanuméricos incluyen la información contenida en la página biográfica del documento de viaje (nombre, apellidos, fecha de nacimiento, nacionalidad, número de pasaporte, etc.), mientras que los datos biométricos consisten en la imagen facial del viajero y cuatro

16 Vid. BELOVA, G., et al.: "COVID-19, Infodemic and Cyber Security", *ENVIRONMENT. TECHNOLOGY. RESOURCES. Proceedings of the International Scientific and Practical Conference*, 2025, pp. 57-61.

17 Vid. Reglamento (UE) 2019/817 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 por el que se establece un marco para la interoperabilidad entre los sistemas de información de la UE en el ámbito de las fronteras y los visados y se modifican los Reglamentos (CE) n° 767/2008, (UE) 2016/399, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240, (UE) 2018/1726 y (UE) 2018/1861 del Parlamento Europeo y del Consejo y las Decisiones 2004/512/CE y 2008/633/JAI del Consejo, en *Diario Oficial de la Unión Europea*, 22 de mayo de 2019, L 135, pp. 27-84.

18 Vid. Reglamento (UE) 2019/818 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 por el que se establece un marco para la interoperabilidad entre los sistemas de información de la UE en el ámbito de la cooperación policial y judicial, el asilo y la migración y se modifican los Reglamentos (UE) 2018/1726, (UE) 2018/1862 y (UE) 2019/816, en *Diario Oficial de la Unión Europea*, 22 de mayo de 2019, L 135, pp. 85-135.

19 Vid. Reglamento (UE) 2017/2226 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de noviembre de 2017, Art. 16-18.

impresiones dactilares, capturadas de conformidad con estándares técnicos precisos.

Es imperativo subrayar el carácter especialmente sensible de los datos biométricos, cuyo tratamiento, según la normativa de protección de datos, está sujeto a garantías reforzadas debido a su capacidad para identificar de manera unívoca a una persona y a los riesgos inherentes de uso indebido o discriminación²⁰. Una vez capturados, estos datos se transmiten de forma segura a un sistema nacional uniforme (SNU) en cada Estado miembro y, desde allí, al repositorio central del SES, gestionado a nivel europeo.

Esta arquitectura tecnológica da lugar a la creación de un “fichero individual” para cada viajero, una suerte de dossier digital que agrupa todos sus datos personales y un registro cronológico de cada una de sus entradas y salidas del Espacio Schengen. Este fichero se convierte en la fuente de verdad para las autoridades fronterizas y de inmigración. Uno de los componentes más determinantes del sistema es el “calculador de estancia”, una herramienta algorítmica que, en cada cruce de frontera, computa automáticamente la duración de las estancias anteriores del viajero y determina la duración máxima de la estancia autorizada que le resta, dentro de la ventana de 90/180 días²¹.

Este mecanismo automatiza por completo la vigilancia del cumplimiento de las normas de estancia, generando alertas automáticas a las autoridades competentes cuando se detecta una superación del período autorizado. Sin embargo, este alto grado de automatización no está exento de riesgos jurídicos significativos. La dependencia de algoritmos introduce la posibilidad de errores sistémicos derivados de sesgos en los datos, fallos en la programación o interpretaciones incorrectas, lo que puede dar lugar a decisiones erróneas con graves consecuencias para los derechos de los migrantes, como denegaciones de entrada o incoación de expedientes de retorno basados en un cómputo incorrecto²². La interoperabilidad con otras bases de datos como el VIS, el SIS y Eurodac, si bien permite verificar identidades y prevenir solicitudes duplicadas, también multiplica los puntos de posible fallo y los riesgos de *profiling* discriminatorio, donde las decisiones automatizadas se basan en correlaciones espurias en lugar de en un análisis individualizado, un fenómeno que ha sido objeto de estudio en el contexto más amplio de la automatización de la gobernanza migratoria²³.

20 Vid. FORTI, M.: “Addressing algorithmic”, cit., pp. 635-645.

21 Vid. OZKUL, D.: *Automating immigration and asylum: the uses of new technologies in migration and asylum governance in Europe*, 2023.

22 Vid. FORTI, M.: “Addressing algorithmic”, cit., pp. 635-645.

23 Vid. OZKUL, D.: *Automating immigration*, cit.

3. La supresión del sellado manual como cambio de paradigma probatorio.

La transición desde el sellado manual de pasaportes hacia un registro puramente digital en el SES no representa una mera actualización tecnológica, sino un cambio de paradigma con profundas consecuencias jurídicas en el ámbito de la prueba. Esta sección sirve de puente entre la descripción técnica del sistema y el análisis del problema central de esta investigación. El sello de pasaporte, tradicionalmente estampado por la autoridad fronteriza, constituía un acto administrativo declarativo, dotado de una presunción de veracidad *iuris tantum*, que materializaba de forma inmediata, tangible y descentralizada la prueba del cruce de frontera. Se trataba de una prueba en posesión y bajo el control directo del individuo, quien podía esgrimirla en cualquier momento y ante cualquier autoridad para acreditar la legalidad de su situación. Su supresión y reemplazo por un registro electrónico centralizado altera de manera fundamental esta dinámica, desplazando por completo el control sobre la evidencia desde el administrado hacia la Administración²⁴. La nueva realidad se caracteriza por una prueba digital, centralizada y bajo la custodia exclusiva del Estado, a través de sus sistemas y de la agencia europea eu-LISA.

Esta transformación modifica sustancialmente la relación de poder entre el ciudadano y el Estado. La presunción de veracidad, que antes se predicaba de un acto físico y visible en el documento del viajero, ahora reside en un registro algorítmico opaco, cuya integridad y corrección el individuo no puede verificar de forma independiente. Esta centralización del poder probatorio en manos del Estado genera lo que algunos análisis han denominado una forma de “violencia epistémica”, en la que se invalida o se resta valor a cualquier otra forma de evidencia que el migrante pueda aportar (testimonios, billetes de transporte, recibos), priorizando la “verdad” del sistema digital por encima de todo²⁵.

La desaparición del sello no solo elimina una prueba, sino que erosiona la seguridad jurídica del nacional de un tercer país, quien se ve privado de su principal herramienta de defensa. En un contexto donde los sistemas tecnológicos de “fronteras inteligentes” están diseñados para detectar irregularidades y generar alertas automáticas, la ausencia de un contrapeso probatorio en manos del individuo puede conducir a situaciones de indefensión, especialmente cuando se producen errores técnicos o discrepancias en los datos²⁶. El cambio de paradigma, por lo tanto, no es neutral; impone una carga adicional al individuo y refuerza la capacidad de control del Estado, haciendo más prementoria la necesidad de

24 Vid. METCALFE, P., et al.: *Risking lives*, cit.

25 Vid. DELIOGLU, F.: *Technology at the Borders: Surveillance, Control and Resistance in EU Migration Governance*, 2025.

26 Vid. METCALFE, P., et al.: *Risking lives*, cit.

establecer mecanismos jurídicos que permitan al ciudadano acceder a esa prueba ahora centralizada y utilizarla para la defensa de sus derechos.

4. El rol de la agencia eu-LISA y la centralización de la información de fronteras.

En el corazón de esta nueva arquitectura de control fronterizo digitalizado se encuentra un actor institucional clave: la Agencia de la Unión Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Escala en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, comúnmente conocida como eu-LISA. Identificar a este organismo como el “guardián de los datos” es fundamental para comprender la estructura de responsabilidades en el ecosistema del SES. eu-LISA no es una mera entidad técnica proveedora de servicios informáticos; su mandato, establecido en el Reglamento (UE) 2018/1726, la configura como un actor jurídico de primer orden, con responsabilidades directas en la gestión operativa y la seguridad de los principales sistemas de información de la UE, incluyendo el SES, el VIS y el SIS²⁷. Su función trasciende el mero desarrollo y mantenimiento técnico; la agencia es responsable de garantizar la disponibilidad, integridad y confidencialidad de los millones de registros de datos personales que albergan estas bases de datos centrales.

Esta posición central la convierte en una figura crucial en el marco de la protección de datos. El análisis de su mandato revela que, dependiendo del contexto específico y de la operación de tratamiento, eu-LISA puede actuar como “responsable del tratamiento” o como “encargado del tratamiento” en el sentido del RGPD. Concretamente, para la gestión del repositorio central del SES, que alberga más de 400 millones de registros de nacionales de terceros países, la agencia asume responsabilidades directas en la implementación de medidas técnicas y organizativas para proteger los datos y facilitar el ejercicio de los derechos de los interesados²⁸.

Esta calificación jurídica es de una importancia capital para la hipótesis de este estudio, ya que la identifica, junto a las autoridades nacionales, como uno de los destinatarios legítimos de las solicitudes de acceso a los datos que un ciudadano extranjero podría formular para obtener una prueba de su historial de entradas y salidas. La centralización de la información en una única agencia europea, si bien busca la eficiencia y la uniformidad, también concentra la responsabilidad y la convierte en un punto focal para la supervisión por parte de autoridades

27 Vid. Reglamento (UE) 2018/1726 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 sobre la Agencia de la Unión Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Escala en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (eu-LISA), y por el que se modifican el Reglamento (CE) n° 1987/2006 y la Decisión 2007/533/JAI del Consejo y se deroga el Reglamento (UE) n° 1077/2011, en *Diario Oficial de la Unión Europea*, 21 de noviembre de 2018, L 295, pp. 99-137.

28 Vid. COTINO HUESO, L.; GALETTA, D-U.: *The European Union Artificial Intelligence Act: A Systematic Commentary*, 2025.

de protección de datos como el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD). Su papel se ve reforzado en el contexto de las amenazas híbridas y las crisis fronterizas, donde la gestión centralizada de la información se considera una herramienta estratégica, aunque ello plantee debates sobre el equilibrio con los derechos fundamentales de los migrantes, como ha sido evidenciado en crisis como la de la frontera entre Lituania y Bielorrusia²⁹. Por consiguiente, entender la naturaleza y las funciones de eu-LISA es indispensable para navegar el nuevo panorama jurídico y para identificar las vías efectivas a través de las cuales los individuos pueden hacer valer sus derechos en un entorno cada vez más dataficado.

III. LA NECESIDAD DE PROBAR LA ENTRADA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EXTRANJERÍA EN ESPAÑA.

I. La prueba de la entrada y estancia en la normativa española de extranjería (LO 4/2000 y Reglamento).

La problemática derivada de la supresión del sellado manual de pasaportes, analizada previamente desde una perspectiva europea y tecnológica, adquiere una dimensión tangible y perentoria al ser proyectada sobre el ordenamiento jurídico español. El régimen de extranjería en España, articulado principalmente en torno a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social³⁰, y desarrollado por su Reglamento de aplicación³¹, configura un sistema en el que la dimensión temporal es un elemento constitutivo de la legalidad de la presencia de un nacional de un tercer país en territorio español.

Un análisis sistemático de este corpus normativo revela que la acreditación fehaciente de la fecha de entrada y la demostración de una permanencia continuada no son meros requisitos formales, sino condiciones *sine qua non* para el acceso a derechos, la modificación de situaciones administrativas y la defensa frente a procedimientos sancionadores. La propia definición de la situación de estancia, contemplada en el art. 30 de la Ley Orgánica, se fundamenta en un límite temporal estricto: la permanencia en territorio español por un período no superior a noventa días. Superado este umbral sin haber obtenido una prórroga de estancia o una autorización de residencia, el extranjero incurre en una situación

29 Vid. PURAITĖ, A.; SENIUTIENĖ, D.: "Migration as a Hybrid Threat: Legal Perspectives on Countering Illegal Migration and the Lithuania-Belarus Border Crisis", *ENVIRONMENT. TECHNOLOGY. RESOURCES. Proceedings of the International Scientific and Practical Conference*, 2025, pp. 225-236.

30 Vid. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en *Boletín Oficial del Estado*, 12 de enero de 2000, no 10, pp. 1139-1156.

31 Vid. Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en *Boletín Oficial del Estado*, 20 de noviembre de 2024, no 280.

de irregularidad, tal como se desprende del articulado relativo a las infracciones en materia de extranjería.

Esta centralidad del factor temporal se manifiesta en múltiples preceptos. El art. 25 de la Ley Orgánica 4/2000, al regular la documentación necesaria para la entrada en territorio español, ya anticipa la necesidad de justificar el objeto y las condiciones de la estancia, un requisito que implícitamente exige un punto de partida cronológico claro. Asimismo, el acceso a las diferentes autorizaciones de residencia temporal, reguladas en el art. 31, o a la residencia de larga duración, prevista en el art. 32, está intrínsecamente ligado al cómputo de períodos de permanencia previa, ya sea en situación de estancia o de residencia legal.

El Reglamento de la Ley, en su desarrollo pormenorizado, intensifica esta exigencia. Por ejemplo, los procedimientos para la regularización por circunstancias excepcionales, como el arraigo, se basan en la demostración de una estancia continuada y previa en España por un período determinado, lo que convierte la prueba del momento inicial de dicha estancia en la clave de bóveda de todo el procedimiento³². La normativa española, por tanto, construye un sistema donde la legalidad es dinámica y depende crucialmente del transcurso del tiempo, haciendo indispensable que el administrado disponga de medios probatorios idóneos para acreditar su posición en esa línea temporal.

La entrada irregular por vías marítimas, por ejemplo, aunque activa protocolos de protección internacional que pueden suspender temporalmente una expulsión, no exime de la necesidad ulterior de probar el tiempo de permanencia para acceder a una regularización, como se desprende de la interpretación de los arts. 58.4 y 64.5 de la Ley Orgánica³³. La prueba de la estancia continuada a través de mecanismos como el registro municipal (empadronamiento) se ha consolidado como una vía fundamental, pero esta prueba constata la permanencia, no necesariamente el momento exacto de la entrada en el Espacio Schengen, que sigue siendo el punto de referencia para el cómputo de la estancia de corta duración³⁴.

2. Supuestos clave que exigen acreditar la fecha de entrada (arraigo, estancia, renovaciones).

La trascendencia de poder acreditar fehacientemente la fecha de entrada se materializa de forma paradigmática en una serie de procedimientos administrativos cuya resolución depende directamente de este dato fáctico. La utilización de

32 Vid. Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, Título VII, Arts. 125-132.

33 Vid. GIRÓN-REGUERA, E.: "El derecho de los migrantes rescatados en el mar que soliciten protección internacional a no ser internados", *Saber, ciencia y libertad*, vol. 18, núm. 2, 2023, pp. 21-47.

34 Vid. HENDOW, M.; QAISRANI, A.; BRUNOVSKA, E.: *Compilation of 20 Country Briefs on Irregular Migration Policy Context*, 2024.

una metodología de casos prácticos permite ilustrar con nitidez la importancia vital de esta prueba, más allá de la exégesis teórica de la norma. El supuesto más emblemático es, sin duda, la solicitud de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo social. El Reglamento de Extranjería exige, para la concesión de esta autorización, que el solicitante acredite una permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud³⁵.

En este contexto, la prueba de la fecha de inicio de esa permanencia se convierte en el elemento nuclear del expediente. El solicitante debe ser capaz de reconstruir un historial de estancia ininterrumpida, y para ello, poder fijar el punto de partida es absolutamente crucial. La ausencia de un sello de entrada en el pasaporte obliga a recurrir a un conjunto de pruebas indiciarias (empadronamiento histórico, informes médicos, matrículas en cursos, etc.) que, si bien son válidas, pueden ser de difícil obtención y estar sujetas a una mayor discrecionalidad en su valoración por parte de la Oficina de Extranjería. La falta de una prueba directa y contundente del inicio del período de tres años puede dar al traste con las expectativas de regularización de una persona plenamente integrada en la sociedad española.

Otro escenario de gran relevancia práctica es el relativo al control de la estancia de corta duración de 90 días en un período de 180. Imaginemos el caso de un turista que, durante su estancia en España, es requerido por las autoridades y acusado de haber superado dicho período. Con la supresión del sellado manual, este individuo carece de un medio de prueba inmediato y personal para rebatir tal acusación. Su defensa dependerá enteramente de la corrección del registro digital del SES, un sistema sobre el que no tiene control.

Si el sistema contiene un error o si existe una discrepancia en los datos, la carga de probar su legalidad recaerá sobre él, enfrentándose a una posible sanción e incluso a una orden de expulsión. Los datos sobre las vías de entrada en situación irregular en España evidencian que una parte significativa se produce por la superación de la estancia autorizada (*overstaying*), lo que subraya la frecuencia con la que se presentan estas situaciones³⁶.

Además de estos dos supuestos principales, la prueba de la fecha de entrada es determinante en otros muchos procedimientos, como la modificación de una autorización de estancia por estudios a una autorización de residencia y trabajo, donde el cómputo de los años de estancia previa como estudiante es un requisito indispensable. De igual manera, en la renovación de ciertas autorizaciones temporales, la acreditación de la continuidad de la residencia, sin ausencias que

35 Vid. Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, Art. 126.

36 Vid. HENDOW, M.; QAISRANI, A.; BRUNOVSKA, E.: *Compilation of*, cit.

superen los plazos legalmente establecidos, exige un control preciso de las fechas de entrada y salida del territorio nacional, cuya prueba se complica sin el registro físico en el pasaporte. La necesidad de contar con una evidencia precisa del origen y la fecha de entrada se manifiesta también en los acuerdos de readmisión con terceros países, donde la falta de pruebas documentales puede frustrar la ejecución de las decisiones de retorno³⁷.

3. El fin del sello de pasaporte como prueba tradicional y el vacío jurídico generado.

La práctica administrativa de las Oficinas de Extranjería y la jurisprudencia de los tribunales españoles han reconocido tradicionalmente al sello de pasaporte un valor probatorio de primer orden. No se trataba de una prueba más dentro de un elenco de posibles medios, sino que, en muchos casos, era considerada la prueba principal y más fiable para acreditar de forma fehaciente el momento y lugar de entrada en el Espacio Schengen. Su carácter de documento oficial, estampado por una autoridad pública en el ejercicio de sus funciones, le confería una robusta presunción de veracidad que simplificaba enormemente la carga probatoria del administrado. Los tribunales españoles, en su labor de control de la actividad administrativa, han validado en innumerables ocasiones el contenido de los sellos como prueba suficiente para el cómputo de plazos en materia de extranjería.

Si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha demostrado una notable flexibilidad al admitir otros medios de prueba para acreditar la permanencia en España, especialmente en el contexto del arraigo laboral —llegando a admitir cualquier medio de prueba válido en derecho más allá de los específicamente previstos en la norma—, esta flexibilidad estaba concebida para complementar o suplir la prueba principal, no para reemplazarla por completo en todos los supuestos³⁸.

La desaparición abrupta de este medio de prueba tradicional, sin la articulación simultánea de un mecanismo alternativo que sea claro, accesible y garantista para el ciudadano, genera un innegable vacío jurídico. Este vacío coloca al nacional de un tercer país en una situación de potencial indefensión, lo cual podría entrar en colisión con el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24 de la Constitución Española. Dicho derecho fundamental no solo implica el acceso a los tribunales, sino también el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa. Si el principal medio de prueba es suprimido y sustituido por un registro

37 Vid. ECHEVERRÍA, G.; ABBONDANZA, G.; FINOTELLI, C.: "The Externalisation Gamble: Italy and Spain at the Forefront of Maritime Irregular Migration Governance", *Social Sciences*, vol. 13, núm. 10, 2024, p. 517.

38 Vid. STS 25 de marzo de 2021 (Recurso de Casación 5339/2019, ECLI:ES:TS:2021:1184).

digital bajo el control exclusivo de la Administración, se produce un desequilibrio procesal que menoscaba las posibilidades de defensa del administrado.

Esta problemática se agudiza en contextos de especial vulnerabilidad, como el de los menores no acompañados, donde la determinación de la edad y la acreditación de su historial migratorio a menudo dependen de documentos cuya validez es cuestionada, generando un limbo jurídico. La práctica de invalidar sistemáticamente ciertos documentos de origen, como ha sido documentado en las Islas Canarias, y sustituirlos por pruebas médicas de fiabilidad controvertida, ilustra los peligros de un sistema que priva al individuo de sus propios medios de prueba³⁹. La situación es análoga: al igual que se cuestiona un pasaporte, se elimina un sello, dejando al individuo a merced de la valoración de pruebas controladas por el Estado. La falta de un sustituto accesible y con la misma fuerza probatoria que el sello genera una incertidumbre que no se compadece con los principios de seguridad jurídica y buena administración. Los acuerdos de readmisión, que exigen pruebas rápidas y fehacientes del origen y la ruta del migrante, también se ven afectados por este vacío, dificultando la cooperación internacional y aumentando el riesgo de que las personas queden en situaciones irregulares prolongadas⁴⁰.

4. Riesgos y consecuencias de la falta de prueba para el ciudadano extranjero.

La conjunción de una normativa de extranjería fuertemente dependiente de los plazos temporales y la supresión del principal medio de prueba para acreditar dichos plazos desemboca en una serie de riesgos y consecuencias concretas de gran gravedad para el ciudadano extranjero. Esta sección final del capítulo tiene por objeto sintetizar estos perjuicios, cerrando el diagnóstico del problema con una exposición clara del impacto individual y directo del vacío probatorio identificado. La consecuencia más inmediata y frecuente es la denegación de solicitudes de residencia por no poder acreditar de manera suficiente el cumplimiento de los requisitos de permanencia previa.

Como se ha visto, figuras como el arraigo social dependen enteramente de esta prueba, y su ausencia o insuficiencia conduce de forma casi automática a una resolución denegatoria, frustrando un proceso de integración social y laboral que puede llevar años en construirse. Los datos sobre la población irregular en España, estimada entre un 8.7% y un 9.5% de la población nacida en el extranjero, y la importancia del arraigo como vía de regularización, ponen de manifiesto la magnitud de este riesgo⁴¹.

39 Vid. Save the Children España, *Cruzando fronteras: Realidades de niños y niñas migrantes en las fronteras exteriores de la UE*, 2025.

40 Vid. ECHEVERRÍA, G.; ABBONDANZA, G.; FINOTELLI, C.: "The Externalisation Gamble", cit., p. 517.

41 Vid. HENDOW, M.; QAISRANI, A.; BRUNOVSKA, E.: *Compilation of*, cit.

En segundo lugar, la falta de prueba menoscaba gravemente la capacidad del individuo para recurrir eficazmente una propuesta de sanción por estancia irregular. Ante una acusación de haber superado los 90 días de estancia permitida, el ciudadano se encuentra en una situación de “prueba diabólica”, debiendo demostrar un hecho negativo (no haber estado irregularmente) frente a la presunción de veracidad del registro estatal. La imposibilidad de aportar una prueba contundente y de igual rango, como era el sello, sitúa al administrado en una posición de clara desventaja, aumentando la probabilidad de que la sanción se confirme. En el peor de los escenarios, esta situación puede culminar en la materialización de una orden de expulsión basada en una presunción de irregularidad que el ciudadano no ha tenido medios directos para rebatir. Aunque el principio de *non-refoulement* y otras garantías procesales, reforzadas por la jurisprudencia del TJUE, impiden las expulsiones automáticas, la ausencia de una prueba sólida sobre la temporalidad de la estancia debilita la posición jurídica del individuo en todos los frentes⁴². La “brecha de deportación” existente en la UE, donde un alto porcentaje de las órdenes de retorno no se ejecutan, se debe en parte a dificultades probatorias⁴³; sin embargo, para el individuo afectado, el riesgo de que una orden se ejecute por no poder defenderse adecuadamente es una amenaza real y constante. En definitiva, el vacío probatorio no es una cuestión teórica, sino una fuente directa de vulnerabilidad que puede determinar el curso de la vida de una persona, su capacidad para residir legalmente, trabajar y, en última instancia, permanecer en el país.

IV. EL DERECHO DE ACCESO DEL RGPD COMO SOLUCIÓN JURÍDICA.

I. El derecho de acceso del art. 15 RGPD: Configuración y alcance en el contexto del SES.

Una vez diagnosticado el vacío probatorio que la implementación del Sistema de Entradas y Salidas genera en perjuicio de los nacionales de terceros países, resulta imperativo explorar las herramientas que el propio ordenamiento jurídico europeo ofrece para restablecer el equilibrio y garantizar la seguridad jurídica. La solución a esta aporía no requiere de una innovación legislativa, sino de la correcta aplicación de un derecho fundamental ya consolidado: el derecho de acceso a los datos personales, consagrado en el art. 15 del Reglamento (UE) 2016/679, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)⁴⁴.

42 Vid. GIRÓN-REGUERA, E.: “El derecho de los migrantes”, cit., pp. 21-47.

43 Vid. HENDOW, M.; QAISRANI, A.; BRUNOVSKA, E.: *Compilation of*, cit.

44 Vid. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), en *Diario Oficial de la Unión Europea*, 4 de mayo de 2016, L 119, pp. 1-88.

Este precepto se erige como la piedra angular de la solución doctrinal propuesta, y su análisis detallado, interpretado a la luz de los principios rectores del RGPD como la transparencia, la lealtad en el tratamiento y, fundamentalmente, el empoderamiento del interesado, revela su idoneidad para colmar la laguna evidencial identificada. El tratamiento masivo de datos alfanuméricos y biométricos que lleva a cabo el SES se encuadra sin ambages en el ámbito de aplicación material del RGPD, lo que activa de pleno derecho el catálogo de garantías que este confiere a las personas físicas cuyos datos son objeto de tratamiento, con independencia de su nacionalidad o estatus migratorio. La configuración jurídica del derecho de acceso, desglosada en el propio art. 15, es tridimensional. En primer lugar, confiere al interesado el derecho a obtener del responsable del tratamiento una confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen. En segundo lugar, y de manera crucial para nuestra hipótesis, otorga el derecho a obtener una copia de los datos personales objeto de tratamiento. En tercer lugar, establece el derecho a recibir un conjunto de información contextual sobre dicho tratamiento, incluyendo los fines del mismo, las categorías de datos tratados, los destinatarios a quienes se comunicaron o comunicarán los datos, el plazo previsto de conservación y la existencia de otros derechos como la rectificación o supresión. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido perfilando el alcance de estas obligaciones, subrayando la necesidad de que la información proporcionada sea completa y comprensible, incluyendo, por ejemplo, la divulgación de los destinatarios concretos de los datos y no solo sus categorías⁴⁵. El Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD), en sus directrices sobre el derecho de acceso, ha reforzado esta interpretación expansiva, aclarando que la “copia” debe ser inteligible y proporcionada en un formato que permita al interesado ejercer plenamente sus derechos⁴⁶.

En el contexto específico del SES, argumentamos que una interpretación del derecho a obtener una “copia de los datos” que sea conforme con el principio de lealtad y el objetivo de empoderamiento del interesado debe necesariamente incluir un listado legible y detallado de los registros de entrada y salida asociados a su fichero individual. Esto es, la fecha, la hora exacta y el puesto fronterizo de cada cruce de frontera, pues son estos los datos nucleares que se tratan y los que poseen valor probatorio. La evidencia empírica sobre la efectividad del RGPD, aunque variable, demuestra que el ejercicio del derecho de acceso es una de las vías más utilizadas por los ciudadanos para obtener pruebas en contextos administrativos y legales complejos, como los migratorios, a pesar de los obstáculos que a menudo

45 Vid. BUTT, J. S.: “The General Data Protection Regulation of 2016 (GDPR) Meets its Sibling the Artificial Intelligence Act of 2024: A Power Couple, or a Clash of Titans?”, *Acta U. Danubius Jur.*, 2024, vol. 20, p. 7.

46 Vid. Guidelines 01/2022 on Data Subject Rights - Right Of Access, European Data Protection Board, 28 de Marzo de 2022.

imponen los responsables del tratamiento⁴⁷. La intersección del RGPD con la emergente regulación sobre inteligencia artificial, como el AI Act, refuerza aún más la necesidad de transparencia y acceso a la lógica subyacente de los sistemas automatizados, una exigencia directamente trasladable al funcionamiento del SES y su calculador de estancia⁴⁸.

2. Identificación de los responsables del tratamiento: El Ministerio del Interior y la agencia eu-LISA.

La efectividad del derecho de acceso depende de forma crítica de la correcta identificación del sujeto pasivo de la obligación, es decir, del responsable o los responsables del tratamiento a quienes el interesado debe dirigir su solicitud. En la compleja arquitectura de los sistemas de información a gran escala de la Unión Europea, la atribución de responsabilidades no siempre es unívoca, dando lugar a menudo a figuras como la corresponsabilidad o responsabilidad conjunta, definida en el art. 26 RGPD. En el caso del Sistema de Entradas y Salidas, el análisis de su normativa constitutiva y del marco general de protección de datos nos permite identificar una estructura de responsabilidad dual. Por un lado, las autoridades nacionales competentes de cada Estado miembro —en el caso de España, principalmente el Ministerio del Interior a través de la Policía Nacional como autoridad con competencias en el control de fronteras— actúan como responsables del tratamiento en la fase inicial de recogida de los datos. Son los agentes de estas autoridades quienes capturan los datos alfanuméricos y biométricos en los puestos fronterizos y los introducen en el sistema.

Por otro lado, la agencia eu-LISA, como se analizó en el capítulo anterior, es la responsable de la gestión operativa de la base de datos central del SES, donde se almacenan y procesan todos los registros. Esta posición la convierte, a su vez, en responsable del tratamiento de los datos contenidos en el sistema central. Esta estructura de corresponsabilidad es análoga a la que se observa en otros sistemas de información europeos como el ETIAS o el VIS, donde las autoridades nacionales y las agencias de la UE comparten responsabilidades en un ecosistema interoperable⁴⁹. La existencia de una responsabilidad conjunta implica que el interesado puede ejercer sus derechos frente a cualquiera de los corresponsables. Por tanto, un nacional de un tercer país que haya entrado en el Espacio Schengen a través de una frontera española tiene la facultad de dirigir su solicitud de acceso tanto al Ministerio del Interior español como directamente a la agencia eu-LISA.

47 Vid. LI, W., et al.: "Mapping the empirical literature of the GDPR's (In-) effectiveness: A systematic review", *eComputer Law & Security Review*, 2025, vol. 57, p. 106-129.

48 Vid. BUTT, J. S.: "The General Data", cit., p. 7.

49 Vid. GUGLIOTTA, L.; ELBI, A., "Will AI "Subtly" Take Over Decision-making in the EU Migration Context? Warnings and Lessons from ETIAS and VIS", *European Papers-A Journal on Law and Integration*, vol. 2024, núm. 3, 2024, pp. 1018-1047.

Esta dualidad de vías, si bien ofrece flexibilidad al solicitante, también plantea desafíos prácticos, como la necesidad de una coordinación efectiva entre los corresponsables para garantizar una respuesta completa y coherente, tal y como exige el RGPD. La doctrina y la jurisprudencia han advertido sobre los riesgos de “difusión de la responsabilidad” en estos sistemas complejos, donde la opacidad en la delimitación de roles puede obstaculizar el ejercicio efectivo de los derechos⁵⁰.

Sin embargo, el marco legal es claro al establecer que, independientemente del acuerdo interno entre los corresponsables, el interesado no debe verse perjudicado y tiene derecho a obtener una respuesta satisfactoria de cualquiera de las partes a las que se dirija. La elección de dirigir la solicitud a la autoridad nacional puede ser más accesible en términos de idioma y procedimiento, mientras que dirigirla a eu-LISA puede ser estratégicamente útil al apelar directamente al gestor de la base de datos central.

3. El procedimiento para ejercer el derecho: Canales, plazos y forma de la solicitud.

Una vez identificados los responsables, la siguiente cuestión es eminentemente práctica: ¿cómo ejercer el derecho de acceso? Esta sección se concibe como una guía procedimental, dotando a la investigación de una utilidad directa para los interesados y sus asesores legales. El marco normativo, tanto europeo como español, establece una serie de principios para facilitar el ejercicio de estos derechos. En España, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), desarrolla y complementa el RGPD, estableciendo en su Título III los procedimientos para el ejercicio de los derechos de los interesados⁵¹. El Ministerio del Interior, como responsable del tratamiento, debe disponer de canales específicos para recibir y tramitar estas solicitudes. Habitualmente, estos canales incluyen procedimientos telemáticos a través de la sede electrónica del ministerio, así como la posibilidad de presentar escritos en los registros físicos de la Administración. Es fundamental que estos procedimientos sean fácilmente accesibles, claros y gratuitos. La solicitud no está sujeta a una forma específica, pero debe contener, como mínimo, la identificación del solicitante, el derecho que se ejerce (acceso) y un domicilio a efectos de notificaciones.

En cuanto a los plazos, el art. 12.3 RGPD, replicado en la LOPDGDD, establece que el responsable del tratamiento debe proporcionar la información solicitada en el plazo de un mes a partir de la recepción de la solicitud. Este plazo puede ser

50 Vid. PESCH, P. J.; BOEHM, F., *Smart Border is Watching You! Fundamental rights implications of automated data processing and decision-making at the EU Border*, 2023.

51 Vid. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en *Boletín Oficial del Estado*, 6 de diciembre de 2018, no 294, pp. 119788-119857.

prorrogado por otros dos meses en caso de solicitudes especialmente complejas o numerosas, pero en tal caso, el responsable debe informar al interesado de la prórroga y de los motivos de la dilación dentro del primer mes. El silencio administrativo, es decir, la falta de respuesta en plazo, no puede interpretarse como una denegación, sino que habilita al interesado para interponer una reclamación ante la autoridad de control, que en España es la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD). La experiencia en la aplicación del RGPD ha demostrado que los plazos y los obstáculos en la autenticación del solicitante son dos de los principales desafíos en el ejercicio del derecho de acceso, por lo que la redacción de una solicitud clara y completa es crucial⁵².

Para el caso de dirigir la solicitud a eu-LISA, la agencia también dispone de procedimientos específicos publicados en su página web, normalmente a través de un oficial de protección de datos (DPO), y está sujeta a los mismos plazos y obligaciones. El diseño de evaluaciones de impacto sobre la protección de datos (EIPD), obligatorio para sistemas de alto riesgo como el SES, debe prever estos procedimientos de acceso, minimizando los riesgos para los derechos y libertades de los interesados⁵³. En el anexo de este estudio se proporcionará un modelo de solicitud que contemple todos los elementos necesarios para maximizar su eficacia.

4. El contenido de la respuesta: Qué datos específicos se pueden obtener para acreditar la entrada.

Finalmente, es crucial definir con precisión el resultado esperado del procedimiento. ¿Qué debe contener la respuesta del responsable del tratamiento para que esta sea considerada satisfactoria y, sobre todo, para que el documento obtenido posea la eficacia probatoria que se postula en esta investigación? Una respuesta que se limite a confirmar que se están tratando datos del interesado o que remita a información genérica sería manifiestamente insuficiente y contraria al espíritu del art. 15 RGPD. El derecho a obtener una "copia de los datos" implica recibir la información que constituye el objeto del tratamiento en un formato inteligible y completo. La experiencia en la aplicación del RGPD en el sector público ha evidenciado la necesidad de que las respuestas sean exhaustivas y no se limiten a meras confirmaciones formales⁵⁴.

52 Vid. SUN, C., et al.: "GDPRxiv: Establishing the state of the art in GDPR enforcement", *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies*, 2023.

53 Vid. KLOZA, D.; D'HULST, T.; AOUADI, M.: "What could possibly go wrong? On risks to the rights and freedoms of natural persons in EU data protection law, their typologies and their identification", *Technology and Regulation*, 2024, pp. 309-329.

54 Vid. ISSAOUI, A.; ÖRTENSJÖ, J.; ISLAM, M. S.: "Exploring the General Data Protection Regulation (GDPR) compliance in cloud services: insights from Swedish public organizations on privacy compliance", *Future Business Journal*, vol. 9, núm. 1, 2023, p. 107.

Por tanto, argumentamos que una respuesta satisfactoria a una solicitud de acceso a los datos del SES debe materializarse en un documento oficial, emitido por el responsable del tratamiento (Ministerio del Interior o eu-LISA), que contenga un extracto legible y comprensible de los registros de entrada y salida del fichero individual del solicitante.

Para que dicho documento pueda servir eficazmente como medio de prueba en un procedimiento de extranjería, debe incluir, como mínimo, la siguiente información específica: 1) Datos identificativos completos del titular (nombre, apellidos, fecha de nacimiento, nacionalidad); 2) Identificador del documento de viaje utilizado en cada cruce de frontera; 3) El puesto fronterizo específico de entrada o salida; y 4) La fecha y la hora exactas (con la mayor precisión posible) de cada registro de entrada y salida. La jurisprudencia del TJUE, al interpretar el derecho de acceso, ha caminado en la dirección de exigir una transparencia máxima, incluyendo información detallada sobre los destinatarios y los fines, lo que, por analogía, refuerza la necesidad de que la copia de los datos de cruce de frontera sea igualmente detallada⁵⁵. Solo un documento con este nivel de especificidad puede suplir eficazmente la función que cumplía el sello de pasaporte y permitir al ciudadano extranjero defenderse con garantías, aportando una prueba fehaciente que contrarreste la presunción de veracidad del registro digital del Estado.

V. EFICACIA PRÁCTICA DEL DERECHO DE ACCESO COMO MEDIO DE PRUEBA.

I. El documento obtenido: Análisis de su naturaleza y valor como medio de prueba.

Una vez establecida la fundamentación teórica y procedimental del derecho de acceso como mecanismo para obtener un registro del historial de entradas y salidas del Sistema de Entradas y Salidas, el siguiente paso lógico consiste en calificar jurídicamente el documento resultante de dicho procedimiento. La eficacia de nuestra propuesta depende críticamente de la naturaleza y del valor probatorio que el ordenamiento jurídico español otorgue a este certificado. No se trata de una simple comunicación privada entre el administrado y la Administración, sino de un acto con consecuencias jurídicas de primer orden. Argumentamos que el documento que certifica los datos del SES, emitido por una autoridad pública como el Ministerio del Interior o una agencia de la Unión Europea como eu-LISA en el ejercicio de sus funciones legalmente atribuidas —en este caso, dar cumplimiento a un derecho fundamental consagrado en el RGPD—, ostenta la naturaleza de documento público administrativo. Esta calificación no es baladí, pues de ella se derivan importantes consecuencias en el ámbito de la prueba,

⁵⁵ Vid. BUTT, J. S.: “The General Data”, cit., p. 7.

tanto en la vía administrativa como en la judicial. La legislación española, en sintonía con los principios generales del derecho administrativo, confiere a los documentos públicos administrativos una especial fuerza probatoria.

Esta fuerza probatoria se concreta en una presunción de veracidad *iuris tantum*, es decir, se presume que su contenido es cierto y que los hechos que documenta se corresponden con la realidad, salvo que se presente una prueba en contrario suficientemente sólida para desvirtuar dicha presunción. En el contexto de sistemas automatizados como el SES o ETIAS, la jurisprudencia del TJUE, aunque cautelosa, ha reconocido que los “hits” o resultados generados por estos sistemas constituyen una “evidencia presuntiva” que, si bien debe ser objeto de una revisión humana significativa para evitar decisiones puramente algorítmicas, parte de una base de datos cuya integridad se presume⁵⁶. La clave para sostener esta presunción de veracidad reside en la explicabilidad y la motivación de los datos proporcionados. Un certificado de datos del SES no es una “caja negra”; debe ser un extracto motivado de un registro oficial, cuya legalidad y fiabilidad están, a su vez, sujetas a la supervisión de las autoridades de protección de datos como la AEPD y el SEPD⁵⁷. La doctrina jurídica ha explorado la validez de las copias digitales de documentos, concluyendo que estas mantienen su valor probatorio si se garantizan su conformidad y autenticidad, principios directamente aplicables al certificado digital emitido en respuesta a una solicitud de acceso⁵⁸. La normativa venezolana, a pesar de sus diferencias, también reconoce el valor de los datos tratados por autoridades públicas, lo que refuerza una tendencia global hacia la oficialidad de los registros digitales⁵⁹. Por tanto, el documento obtenido no es un mero indicio, sino una prueba documental pública, cuyo contenido hace prueba plena de la fecha, hora y lugar del cruce de frontera, invirtiendo la carga de la prueba sobre quien pretenda impugnar su contenido. El análisis de los datos PNR, análogos a los del SES, también confirma que los registros digitales de autoridades públicas sirven como prueba objetiva en procedimientos judiciales, siempre que se respeten las garantías de no discriminación y transparencia⁶⁰.

56 Vid. GUGLIOTTA, L.; ELBI, A., “Will AI “Subtly”, cit., pp. 1183–1208.

57 Vid. SEBASTIÁN, E. M.: “Motivation and explainability of decisions and access to source code”, *European review of digital administration & law*, vol. 5, núm. 2, 2024, pp. 35-45.

58 Vid. BRNELIC, L.: “The Italian legal framework surrounding the challenge of digital copies of analog documents”, *European review of digital administration & law*, vol. 5, núm. 2, 2024, pp. 199-208.

59 Vid. ZUBILLAGA, M.: “Recorrido por la normativa sobre protección de datos en la Unión Europea y la situación en Venezuela”, *Revista de derecho público*, núm. 171, 2022, pp. 226-241.

60 Vid. HAITSMAN, M. C.: “Regulating algorithmic discrimination through adjudication: The Court of Justice of the European Union on discrimination in algorithmic profiling based on PNR data”, *Frontiers in Political Science*, vol. 5, 2023.

2. Su eficacia en procedimientos administrativos (Ley 39/2015) y su defensa ante los órganos judiciales.

Proyectando esta calificación jurídica sobre los escenarios reales de aplicación, su eficacia se manifiesta en dos ámbitos consecutivos: el procedimiento administrativo y el proceso contencioso-administrativo. En primer lugar, en el seno de un procedimiento administrativo tramitado ante una Oficina de Extranjería, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece el marco para la admisión y valoración de los medios de prueba. El art. 77 de dicha ley consagra un principio de amplia admisibilidad probatoria, permitiendo que los interesados aporten cualquier medio de prueba admisible en Derecho. En este marco, un documento público administrativo como el certificado de datos del SES no solo debe ser admitido, sino que la Administración está obligada a valorarlo de acuerdo con su naturaleza. Dada su presunción de veracidad *iuris tantum*, la Oficina de Extranjería debería, en principio, tener por acreditados los hechos que en él se consignan (las fechas de entrada y salida), salvo que disponga de elementos de juicio de igual o superior rango que permitan dudar razonablemente de su contenido. La interoperabilidad de los sistemas de la UE, si bien compleja, está diseñada para que los datos sean coherentes, lo que eleva el valor probatorio de los extractos oficiales de dichos sistemas⁶¹.

Si, a pesar de la aportación de esta prueba, la Administración dictara una resolución denegatoria (por ejemplo, denegando un arraigo por no considerar acreditada la permanencia), el interesado podría interponer el correspondiente recurso en la vía contencioso-administrativa. En este segundo escenario, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, establece los principios de la prueba en el proceso judicial⁶². Aunque rige el principio de valoración libre de la prueba por parte del juez o tribunal, los documentos públicos administrativos gozan de un peso probatorio cualificado. Argumentamos que un juez, ante un certificado oficial del SES, debería otorgarle una credibilidad muy elevada, máxime cuando constituye la única prueba objetiva y oficial disponible para el ciudadano tras la supresión del sello de pasaporte. La jurisprudencia sobre decisiones automatizadas y el emergente marco del AI Act refuerzan la necesidad de que las pruebas emanadas de sistemas algorítmicos sean transparentes y auditables, lo que, a su vez, consolida su valor si cumplen dichos requisitos⁶³. La experiencia comparada, como la de Finlandia, demuestra

61 Vid. European Data Protection Supervisor, *Two decades of personal data protection. What next? EDPS 20th Anniversary Book*, 2024.

62 Vid. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, *Boletín Oficial del Estado*, 14 de julio de 1998, núm. 167, pp. 23639-23659.

63 Vid. JIMÉNEZ, M. L. G.: "The Efficiency Paradox from the New Algorithmic Administrative Silence", *European review of digital administration & law*, vol. 5, núm. 2, 2024, pp. 125-141.

una tendencia a dar base legal sólida a las decisiones automatizadas si estas son explicables y no se basan en lógicas de *machine learning* opacas, lo que es aplicable al valor probatorio de sus outputs⁶⁴. Sin embargo, el itinerario procesal en España se ha visto recientemente modificado. La Ley Orgánica 1/2025 ha introducido la obligación de acudir a los Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC) como un prerrequisito para acceder a la jurisdicción en muchas materias. Esta exigencia, de carácter territorial y procesal, se aplicará plenamente a los litigios de extranjería en España, añadiendo una etapa previa de mediación o conciliación obligatoria entre la denegación administrativa y el recurso judicial, lo que complejiza y potencialmente retrasa la obtención de una tutela judicial efectiva⁶⁵.

3. Desafíos prácticos y estrategias de actuación (plazos, silencio administrativo, barreras idiomáticas).

La viabilidad teórica de la solución propuesta debe ser contrastada con una perspectiva crítica y realista que anticipe los obstáculos prácticos que el ciudadano extranjero probablemente encontrará en su camino. El primer desafío es el de los plazos. El RGPD establece un plazo de respuesta de un mes, prorrogable a tres en casos complejos. En el ámbito de la extranjería, los plazos para presentar solicitudes, subsanar requerimientos o interponer recursos son a menudo perentorios. ¿Qué ocurre si la respuesta de la Administración a la solicitud de acceso llega con posterioridad al vencimiento del plazo para, por ejemplo, recurrir una orden de expulsión? Este desajuste temporal es un riesgo real que puede vaciar de contenido práctico el derecho. Una estrategia de actuación sería solicitar el acceso a los datos de manera preventiva y, en caso de urgencia, presentar el recurso administrativo o judicial dentro de plazo, anunciando la aportación futura del certificado y solicitando, si fuera necesario, la suspensión del procedimiento hasta su recepción. La opacidad algorítmica, como se ha observado en sistemas como ETIAS, a menudo causa retrasos en las respuestas que afectan directamente los derechos de los individuos⁶⁶.

El segundo obstáculo es el silencio administrativo. Si la Administración no responde a la solicitud de acceso en el plazo legalmente establecido, el ciudadano no debe quedar inerte. La estrategia a seguir es la interposición de una reclamación ante la autoridad de control competente. Si la solicitud se dirigió al Ministerio del

64 Vid. SUKSI, M.: "Creating legal basis for automated decision-making: a review of section 53 e of Finland's administrative procedure act and beyond", *European review of digital administration & law*, vol. 5, núm. 2, 2024, pp. 107-116.

65 Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Los medios adecuados de solución de controversias (MASC) y el Derecho Internacional Privado tras la Ley Orgánica 1/2025", *Actualidad Civil*, núm. 7, 2025.

66 Vid. VAVOULA, N.: "Rule of Law Challenges of 'Algorithmic Discretion' & Automation in EU Border Control Databases. A Case Study of ETIAS Through the Lens of Legality", *European Journal of Migration and Law*, vol. 25, núm. 3, 2023, pp. 249-274.

Interior, la reclamación se presentará ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD). Si se dirigió a eu-LISA, la reclamación corresponderá al Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD). Estas autoridades tienen potestad para investigar el caso y, en su caso, ordenar al responsable del tratamiento que facilite la información y para imponer sanciones. La experiencia con la aplicación del RGPD demuestra que la amenaza de una reclamación ante la autoridad de control suele ser un incentivo eficaz para que los responsables cumplan con sus obligaciones⁶⁷. Finalmente, existen barreras de índole diversa. Las barreras idiomáticas pueden dificultar la redacción de la solicitud y la comprensión de la respuesta. El desconocimiento del procedimiento y la brecha digital pueden impedir que muchos extranjeros, especialmente los más vulnerables, puedan ejercer eficazmente este derecho. Las soluciones pasan por la provisión de formularios multilingües, la asistencia por parte de organizaciones de la sociedad civil y la creación de aplicaciones de e-gobierno accesibles y centralizadas que simplifiquen el proceso⁶⁸. La necesidad de salvaguardas adicionales para mitigar los desequilibrios de poder entre el migrante y la administración digitalizada es una conclusión recurrente en la literatura académica⁶⁹. La reciente introducción de los MASC como requisito procesal en España, como ya se ha mencionado, añade otra barrera de costes y tiempo, generando un “laberinto” procesal que puede disuadir al ciudadano de buscar la tutela judicial⁷⁰.

4. Propuesta de un protocolo de buenas prácticas para las Oficinas de Extranjería.

La presente investigación no aspira a ser un mero ejercicio de análisis doctrinal, sino a proponer soluciones constructivas que mejoren la seguridad jurídica de los administrados. Por ello, culminamos con una propuesta de *lege ferenda* o, más bien, de *praxi ferenda*: la elaboración y adopción de un protocolo de buenas prácticas dirigido a las Oficinas de Extranjería en España. La complejidad de la vía judicial, agravada por la introducción de los MASC, hace que sea una responsabilidad de la propia Administración garantizar una tutela efectiva en la vía administrativa, evitando la litigiosidad innecesaria. La crítica a la “pérdida de valor del sistema judicial” por su creciente complejidad refuerza la necesidad de que la Administración resuelva en primera instancia de la manera más garantista posible. Este protocolo, que podría adoptar la forma de una instrucción o circular interna de la Dirección General de Migraciones, instará a los funcionarios a seguir tres directrices clave.

67 Vid. CIUDAD FONTECHA, E.: *AI in Border Control. Opportunity or threat? An analysis of Artificial Intelligence in the European Union border management*, 2023.

68 Vid. KOZŁOWSKA, M.; GRUSZKA, P.: “Development of e-government in Poland on the example of the Citizen application”, *European review of digital administration & law*, vol. 5, núm. 2, 2024, pp. 187-192.

69 Vid. BROUWER, E.: “AI and Migration, Asylum and Border Control Management: Impact of the AI Act”, *Le règlement européen sur l’IA et au-delà. Quel encadrement de l’IA?*, 2025.

70 Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Los medios adecuados”, cit.

En primer lugar, informar activamente a los ciudadanos. Ante un requerimiento de prueba sobre la fecha de entrada, los funcionarios deberían informar proactivamente al interesado sobre la posibilidad de ejercer su derecho de acceso a los datos del SES conforme al art. 15 RGPD, indicándole los canales para hacerlo. Esto se alinea con los principios de transparencia y buena administración, y con las exigencias de explicabilidad que la nueva normativa sobre inteligencia artificial impone a las administraciones públicas⁷¹. En segundo lugar, aceptar y valorar positivamente los certificados de datos del SES. El protocolo debería establecer una presunción de aceptación de estos documentos como prueba válida y suficiente de las fechas de entrada y salida, salvo que existan indicios claros y motivados de fraude o error. Esto evitaría denegaciones automáticas y reduciría la discrecionalidad. La promoción de la transparencia, incluso mediante el acceso al código fuente de los programas utilizados por la Administración, es una tendencia creciente para generar confianza pública⁷². Finalmente, en caso de duda o discrepancia, el protocolo debería instar a los funcionarios a realizar consultas internas para verificar los datos en los sistemas correspondientes antes de denegar automáticamente la solicitud del ciudadano. Esta diligencia debida es preferible a trasladar toda la carga probatoria al administrado.

VI. REFLEXIONES FINALES.

La presente investigación ha constatado la tensión fundamental que subyace a la modernización de las fronteras del Espacio Schengen: el avance tecnológico, encarnado en el Sistema de Entradas y Salidas, si bien persigue objetivos legítimos de seguridad y gestión migratoria, genera como externalidad no deseada una significativa erosión de la seguridad jurídica del nacional de un tercer país. La supresión del sello de pasaporte no es una mera actualización procedimental, sino la eliminación de la prueba más directa y accesible para el individuo, creando un vacío evidencial y una peligrosa asimetría informativa en favor del Estado.

En este contexto, se confirma plenamente la hipótesis central de este estudio: el derecho de acceso a los datos personales, consagrado en el art. 15 RGPD, se erige como el instrumento jurídico idóneo y necesario para restablecer el equilibrio. Este derecho fundamental trasciende su dimensión de mera transparencia para convertirse en un mecanismo de justicia procedimental, transformando un dato concebido para el control en un documento probatorio con valor de acto administrativo, capaz de devolver al ciudadano la agencia sobre la acreditación de su propia legalidad.

71 Vid. PONCE, J.: "Algorithmic and AI Transparency in the European Union: the Spanish Case", *European Review of Digital Administration & Law*, vol. 5, núm. 2, 2024.

72 Vid. MARCHAND, J.: "Access to Source Codes for State Software. From Administrative Transparency to Digital Transparency", *European Review of Digital Administration & Law-Erdal*, vol. 5, núm. 1, 2025, pp. 61-70.

La eficacia de esta solución, sin embargo, no es automática. Su materialización depende de una interpretación garantista y una aplicación proactiva por parte de las autoridades administrativas y judiciales. La existencia de desafíos prácticos, como los plazos procedimentales y la reciente introducción de barreras procesales adicionales en el ordenamiento español, subraya que la tutela de los derechos no puede fiarse exclusivamente a la vía del recurso. Por ello, la adopción de protocolos de buenas prácticas por las Oficinas de Extranjería se revela como una medida indispensable. Es imperativo que la Administración actúe como la primera garante de los derechos, aceptando esta nueva forma de prueba para asegurar que la soberanía digital del Estado no se construya a expensas de la indefensión del individuo.

BIBLIOGRAFÍA

BELOVA, G., et al.: "COVID-19, Infodemic and Cyber Security", *ENVIRONMENT. TECHNOLOGY. RESOURCES. Proceedings of the International Scientific and Practical Conference*, 2025.

BRNELIC, L.: "The Italian legal framework surrounding the challenge of digital copies of analog documents", *European review of digital administration & law*, vol. 5, núm. 2, 2024. Disponible en: <https://www.erdalreview.eu/free-download/979122182045417.pdf>.

BROUWER, E. : "AI and Migration, Asylum and Border Control Management: Impact of the AI Act", *Le règlement européen sur l'IA et au-delà. Quel encadrement de l'IA?*, 2025. Disponible en: https://research-portal.uu.nl/files/273973516/AI_and_Migration_Asylum_and_Border-Brouwer_2025.pdf.

BUTT, J. S.: "The General Data Protection Regulation of 2016 (GDPR) Meets its Sibling the Artificial Intelligence Act of 2024: A Power Couple, or a Clash of Titans?", *Acta U. Danubius Jur.*, vol. 20, 2024. Disponible en: <https://dj.univ-danubius.ro/index.php/AUDJ/article/view/2788>.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Los medios adecuados de solución de controversias (MASC) y el Derecho Internacional Privado tras la Ley Orgánica 1/2025", *Actualidad Civil*, núm. 7, 2025.

CIUDAD FONTECHA, E.: *AI in Border Control. Opportunity or threat? An analysis of Artificial Intelligence in the European Union border management*, 2023. Disponible en: https://www.ie-ei.eu/Ressources/FCK/image/Theses/2023/Ciudad_Fontecha_EUDIPLO_Thesis_2023.pdf.

COTINO HUESO, L.; GALETTA, D-U.: *The European Union Artificial Intelligence Act: A Systematic Commentary*, 2025. Disponible en: https://air.unimi.it/retrieve/2befbe93-e690-4244-aa06-aec93702bb79/eBook-Ceridap-Galetta_THE-EUROPEAN-UNION-ARTIFICIAL-INTELLIGENCE-ACT.pdf.

DELIOGLU, F.: *Technology at the Borders: Surveillance, Control and Resistance in EU Migration Governance*, 2025. Disponible en: <https://balsilliepapers.ca/bsia-paper/technology-at-the-borders-surveillance-control-and-resistance-in-eu-migration-governance/>.

ECHEVERRÍA, G.; ABBONDANZA, G.; FINOTELLI, C.: "The Externalisation Gamble: Italy and Spain at the Forefront of Maritime Irregular Migration Governance", *Social Sciences*, vol. 13, núm. 10, 2024.

European Data Protection Supervisor; *Two decades of personal data protection. What next? EDPS 20th Anniversary Book*, 2024, Luxembourg: Publications Office of the European Union. Disponible en: <https://www.edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/book/2024-06-20-two-decades-personal-data-protection-whats-next>.

FORTI, M.: "Addressing algorithmic errors in data-driven border control procedures", *German Law Journal*, vol. 25, núm. 4, 2024. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/addressing-algorithmic-errors-in-datadriven-border-control-procedures/E0C6F6040FF8D235DC2C2BEF6666C012>.

GIRÓN-REGUERA, E.: "El derecho de los migrantes rescatados en el mar que soliciten protección internacional a no ser internados", *Saber, ciencia y libertad*, vol. 18, núm. 2, 2023.

GUGLIOTTA, L.; ELBI, A., "Will AI "Subtly" Take Over Decision-making in the EU Migration Context? Warnings and Lessons from ETIAS and VIS", *European Papers-A Journal on Law and Integration*, vol. 2024, núm. 3, 2024. Disponible en: https://www.europeanpapers.eu/en/system/files/pdf_version/EP_ej_2024_3_SSI_6_Lorenzo_Gugliotta_Abdullah_Elbi_00797.pdf.

HAITSMA, M. C.: "Regulating algorithmic discrimination through adjudication: the Court of Justice of the European Union on discrimination in algorithmic profiling based on PNR data", *Frontiers in Political Science*, vol. 5, 2023. Disponible en: <https://www.frontiersin.org/journals/political-science/articles/10.3389/fpos.2023.1232601/pdf>.

HENDOW, M.; QAISRANI, A.; BRUNOVSKA, E.: *Compilation of 20 Country Briefs on Irregular Migration Policy Context*, 2024, Krems: University for Continuing Education Krems. Disponible en: <https://irregularmigration.eu/wp-content/uploads/2024/10/MIRREM-Hendow-et-al-2024-20-Country-Briefs-on-Irregular-Mig-Policy-Context-v2.pdf>.

ISSAOUI, A.; ÖRTENSJÖ, J.; ISLAM, M. S.: "Exploring the General Data Protection Regulation (GDPR) compliance in cloud services: insights from Swedish public organizations on privacy compliance", *Future Business Journal*, vol. 9, núm. 1, 2023.

JIMÉNEZ, M. L. G.: "The Efficiency Paradox from the New Algorithmic Administrative Silence", *European review of digital administration & law*, vol. 5, núm. 2, 2024. Disponible en: https://www.academia.edu/download/123910782/12_JIMENEZ_completo.pdf.

KLOZA, D.; D'HULST, T.; AOUADI, M.: "What could possibly go wrong? On risks to the rights and freedoms of natural persons in EU data protection law, their typologies and their identification", *Technology and Regulation*, 2024. Disponible en: <https://techreg.org/article/view/19503>.

KOZŁOWSKA, M.; GRUSZKA, P.: "Development of e-government in Poland on the example of the Citizen application", *European review of digital administration & law*, vol. 5, núm. 2, 2024. Disponible en: <https://www.erdalreview.eu/free-download/979122182045415.pdf>.

LASAGNI, G.: *The European Integrated Border Management*, 2024, Bloomsbury Publishing. Disponible en: <https://www.bloomsbury.com/us/european-integrated-border-management-9781509964543/>.

LI, W., et al.: "Mapping the empirical literature of the GDPR's (In-) effectiveness: A systematic review", *eComputer Law & Security Review*, vol. 57, 2025.

MARCHAND, J.: "Access to Source Codes for State Software. From Administrative Transparency to Digital Transparency", *European Review of Digital Administration & Law-Erdal*, vol. 5, núm. 1, 2025. Disponible en: <https://shs.hal.science/halshs-05248642/>.

METCALFE, P.; DENCİK, L.; CHELIOUDAKIS, E.; VAN EERD, B.: *Risking Lives: Smart Borders, Private Interests and AI Policy in Europe*, 2023. Disponible en: <https://datajusticeproject.net/wp-content/uploads/2023/08/Risking-Lives-report.pdf>.

OZKUL, D.: *Automating immigration and asylum: the uses of new technologies in migration and asylum governance in Europe*, 2023, Refugee Studies Centre, University of Oxford, UK. Disponible en: <https://www.rsc.ox.ac.uk/files/files-1/afar-report-automating-immigration-asylum-europe-2023.pdf>.

PESCH, P. J.; BOEHM, F.: *Smart Border is Watching You! Fundamental rights implications of automated data processing and decision-making at the EU Border*, 2023, University of Luxembourg Law Research Paper.

PONCE, J.: "Algorithmic and AI Transparency in the European Union: the Spanish Case", *European Review of Digital Administration & Law*, vol. 5, núm. 2, 2024. Disponible en: <https://www.erdalreview.eu/free-download/97912218204545.pdf>.

PORAITÉ, A.; SENIUTIENĖ, D.: "Migration as a Hybrid Threat: Legal Perspectives on Countering Illegal Migration and the Lithuania-Belarus Border Crisis", *ENVIRONMENT. TECHNOLOGY. RESOURCES. Proceedings of the International Scientific and Practical Conference*, 2025.

RATKEVIČIUS, S.: "Entry-exit system scope, API/PNR capability weakness", *Law & Border*, vol. I, núm. I, 2023. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/380078985_ENTRY-EXIT_SYSTEM_SCOPE_APIPNR_CAPABILITY_WEAKNESS/download.

RINALDI, A.; TEO, S. A.: "The use of artificial intelligence technologies in border and migration control and the subtle erosion of human rights", *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 74, núm. 1, 2025. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/6E71C6E5C47770C9BA0A0045D785E450/S0020589325000090a.pdf/the-use-of-artificial-intelligence-technologies-in-border-and-migration-control-and-the-subtle-erosion-of-human-rights.pdf>.

Save the Children España, *Cruzando fronteras: Realidades de niños y niñas migrantes en las fronteras exteriores de la UE*, 2025. Disponible en: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/2025-06/Cruzando_fronteras_2025.pdf.

SEBASTIÁN, E. M.: "Motivation and explainability of decisions and access to source code", *European review of digital administration & law*, vol. 5, núm. 2, 2024. Disponible en: <https://www.erdalreview.eu/free-download/97912218204544.pdf>.

SUKSI, M.: "Creating legal basis for automated decision-making: a review of section 53 e of Finland's administrative procedure act and beyond", *European review of digital administration & law*, vol. 5, núm. 2, 2024. Disponible en: <https://www.erdalreview.eu/free-download/979122182045410.pdf>.

SUN, C., et al.: "GDPRxiv: Establishing the state of the art in GDPR enforcement", *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies*, 2023.

VAVOULA, N.: "Rule of Law Challenges of 'Algorithmic Discretion' & Automation in EU Border Control Databases. A Case Study of ETIAS Through the Lens of Legality", *European Journal of Migration and Law*, vol. 25, núm. 3, 2023. Disponible en: https://brill.com/view/journals/emil/25/3/article-p249_1.xml.

WAGNER, M.; DESMOND, A.; KRALER, A.: *EU Policy Framework on irregular migrants*, 2024. Measuring Irregular Migration (MIRREM). Disponible en: https://www.ic-mpd.org/file/download/61067/file/MIRREM%252520Working%252520Paper_EU-%252520Policy%252520Framework%252520on%252520irregular%252520migrants.pdf.

ZUBILLAGA, M.: "Recorrido por la normativa sobre protección de datos en la Unión Europea y la situación en Venezuela", *Revista de derecho público*, núm. 171, 2022. Disponible en: <https://revistadederechopublico.com/wp-content/>

uploads/2023/03/14-171-172-Recorrido_por_la_normativa_sobre_proteccion_Marianela_Zubillaga.pdf.

LA MUJER MIGRANTE ANTE LA REAGRUPACIÓN
FAMILIAR: OBSTÁCULOS JURÍDICOS DESDE UNA
PERSPECTIVA DE GÉNERO

*MIGRANT WOMEN AND FAMILY REUNIFICATION: LEGAL
OBSTACLES FROM A GENDER PERSPECTIVE*

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 520-551

Rosa LAPIEDRA
ALCAMÍ

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de junio de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2026

RESUMEN: El presente trabajo analiza la regulación de la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados en la Unión Europea desde una perspectiva de género. El estudio examina los principales obstáculos que enfrentan las mujeres migrantes para ejercer efectivamente el derecho a la vida familiar. El trabajo pone de manifiesto cómo determinados requisitos aparentemente neutros producen efectos desproporcionados sobre las mujeres migrantes, evidenciando la necesidad de incorporar una auténtica perspectiva de género al Derecho de extranjería y a las políticas migratorias europeas.

PALABRAS CLAVE: Derecho de extranjería; reagrupación familiar; perspectiva de género; mujer migrante; derecho a la intimidad familiar; migración femenina; vulnerabilidad migratoria; discriminación indirecta; violencia de género y migración; políticas migratorias europeas; vulnerabilidad estructural; dependencia migratoria.

ABSTRACT: *This paper analyzes the regulation of family reunification for third-country nationals in the European Union from a gender perspective. The study examines the main obstacles migrant women face in effectively exercising their right to family life. The study highlights how certain seemingly neutral requirements have disproportionate effects on migrant women, underscoring the need to incorporate a genuine gender perspective into European immigration law and migration policies.*

KEY WORDS: *Immigration law; family reunification; gender perspective; migrant women; right to family privacy; female migration; vulnerability in migration; indirect discrimination; gender-based violence and migration; European migration policies; structural vulnerability; dependency on migration.*

SUMARIO: I. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR.- II. MARCO JURÍDICO REGULADOR DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR: 'RÉGIMEN EUROPEO' V. 'RÉGIMEN GENERAL'.- III. LA APARENTE NEUTRALIDAD DEL RÉGIMEN DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR Y LA NECESIDAD DE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO.- IV. LOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR Y SU IMPACTO DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO.- I. La residencia previa, estable y duradera como requisito para la reagrupación familiar.- A) *La restricción temporal para la reagrupación de los ascendientes y su impacto en la mujer migrante.*- B) *La flexibilización de carácter temporal para titulares de Tarjeta Azul UE y su impacto desde la perspectiva de género.*- 2. Disponer de recursos económicos suficientes y vivienda adecuada.- A) *La suficiencia de recursos económicos y su impacto desde la perspectiva de género.*- B) *La exigencia de vivienda adecuada y sus efectos sobre las mujeres migrantes.*- 3. Disponer de Seguro de enfermedad para el reagrupante y sus familiares.- V. SITUACIONES DE ESPECIAL VULNERABILIDAD: DEPENDENCIA Y VIOLENCIA DE GÉNERO.- VI. CONCLUSIONES.

I. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR.

La reagrupación familiar constituye una de las principales manifestaciones del derecho a la vida familiar y a la intimidad personal¹, reconocidos, tanto en el ámbito internacional, como en el europeo². Junto a ello, se presenta como una de las principales vías de migración legal hacia el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea³. En efecto, a través de esta institución, las personas extranjeras que residen legalmente en un Estado miembro pueden solicitar la entrada y residencia de determinados miembros de su familia en condiciones más favorables que las previstas para otros cauces de inmigración ordinaria. De este modo, la reagrupación familiar opera como un mecanismo jurídico destinado a preservar

1 Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: "Una visión general posible del Derecho Internacional privado de familia en la UE", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 17, enero-marzo, 2018, pp. 2 y ss. que ha señalado que el Derecho internacional privado de familia en la Unión Europea se ha desarrollado progresivamente en torno a la protección de las relaciones familiares transfronterizas dentro del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia; RUIZ SUTIL, C.: "El reagrupamiento familiar como reconocimiento al extranjero del derecho a una vida familiar digna", en AA.VV.: *Inmigración y relaciones laborales: II Jornadas Andaluzas de Relaciones Laborales* (coord. F. Abad Montes y A. Delgado Padial), Universidad de Granada, 2001, pp. 232 y ss.

2 El derecho a la vida familiar encuentra su principal reconocimiento en el art. 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y en el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), que garantizan el respeto de la vida privada y familiar. Este derecho se complementa con la protección de la familia prevista en el art. 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el art. 33 (CDFUE), así como, cuando existen menores implicados, con el principio del interés superior del menor recogido en el art. 24 (CDFUE).

3 GONZÁLEZ FERRER, A.: "La reagrupación familiar en España algunas cifras para el debate", *Anuario CIDOB de la inmigración*, 2008, pp. 121 y ss.

• Rosa Lapiedra Alcamí

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universitat de València. Correo electrónico: rosa.lapiedra@uv.es.

la unidad familiar y a garantizar unas condiciones mínimas de estabilidad afectiva y social para las personas migrantes⁴.

La relevancia práctica y jurídica de este derecho resulta especialmente significativa en el contexto migratorio actual, marcado por el incremento sostenido de los flujos migratorios hacia los Estados miembros de la Unión Europea. Y, particularmente, hacia España que constituye uno de los principales países receptores de población extranjera. En el ordenamiento jurídico español el derecho a la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados se regula en los arts. 16 a 19 de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁵. No obstante, la configuración actual de este derecho responde fundamentalmente a la reforma introducida por la Ley Orgánica 2/2009⁶, mediante la cual se incorporaron al ordenamiento jurídico español buena parte de las previsiones contenidas en la Directiva 2003/86/CE, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

En este escenario, la posibilidad de vivir en familia, no solo constituye una exigencia derivada de la protección de los derechos fundamentales. Sino también un instrumento esencial para favorecer los procesos de integración social, económica y cultural de las personas migrantes en las sociedades de acogida⁷. A mayor abundamiento, esta reagrupación favorece, asimismo, la estabilidad emocional de las personas migrantes, al tiempo que facilita los procesos de inclusión y reduce situaciones de vulnerabilidad y exclusión social.

Sin embargo, pese a la incuestionable relevancia del derecho a la reagrupación familiar, su ejercicio efectivo continúa encontrando importantes limitaciones y dista mucho de producirse en condiciones de igualdad real. Las exigencias económicas, administrativas y documentales impuestas por numerosos ordenamientos jurídicos europeos convierten, en muchas ocasiones, la reunificación familiar en un procedimiento complejo y restrictivo⁸. En la práctica, lo cierto es que estas limitaciones no afectan de manera homogénea a toda la población migrante, sino

4 Vid. SOTO MOYA, M.: "Derecho a la vida en familia: un difícil camino desde Marruecos", en AA.VV.: *Familia y sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes* (coord. M. MOYA ESCUDERO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 50 y ss.

5 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, (en adelante, LOEx).

6 Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social que transpone la Directiva 2003/86/CE sobre el Derecho a la reagrupación familiar al ordenamiento jurídico español.

7 En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que la finalidad de la reagrupación familiar consiste en favorecer la integración de las personas migrantes en los Estados miembros. Vid. STJUE de 4 de marzo de 2010, asunto C-578/08, *Chakroun*; En la doctrina española, DE LUCAS, J.: "Inmigración, integración y ciudadanía", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 52, 2020, pp. 22 y ss.

8 ÁLVAREZ RODRIGUEZ, A.: "El fenómeno migratorio en el contexto de la Unión Europea: el silencio ensordecedor que apaga el grito de los más vulnerables", *Unión Europea Aranzadi*, núm. 2, 2017, pp. 35-39.

que inciden con especial intensidad en colectivos especialmente vulnerables, en particular, sobre las mujeres migrantes. Ello es así por cuanto que las mujeres migrantes son quienes se enfrentan, además, a obstáculos específicos derivados de situaciones estructurales de desigualdad de género. Es por ello que, el análisis de la reagrupación familiar exige necesariamente una perspectiva de género que permita visibilizar el impacto diferenciado que las políticas migratorias y los requisitos legales producen sobre las mujeres migrantes⁹. En este contexto, las mujeres sufren una doble discriminación, una por ser mujeres y otra por ser migrantes¹⁰.

II. MARCO JURÍDICO REGULADOR DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR: “RÉGIMEN EUROPEO” V. “RÉGIMEN GENERAL”.

Desde el punto de vista normativo, resulta necesario distinguir entre dos regímenes jurídicos de reagrupación familiar en el ámbito de la Unión Europea, en función de la condición jurídica de la persona reagrupante. Por un lado, se encuentra el denominado “régimen europeo de reagrupación familiar”, aplicable a los ciudadanos de la Unión Europea que desean reunirse con sus familiares más próximos. Este régimen está regulado en por la Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de sus familiares. Esta Directiva fue transpuesta al ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto 240/2007, relativo a la entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea¹¹. Esta regulación se caracteriza por establecer un sistema particularmente favorable y garantista¹².

Por otro lado, contamos con el denominado “régimen general de reagrupación familiar”, previsto para nacionales de terceros Estados residentes en un Estado miembro que pretenden reagrupar a sus familiares más próximos. Este segundo modelo se encuentra regulado fundamentalmente en la Directiva 2003/86/CE, relativa al derecho a la reagrupación familiar¹³, así como en las distintas normativas nacionales de transposición. En concreto, a través de la Ley Orgánica 4/2000,

9 Vid. ESPINOSA CALABUIG, R.: “La (olvidada) perspectiva de género en el Derecho internacional privado”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, núm. 3, 2019, pp. 38 y ss.

10 PARELLA RUBIO, S.: *Mujer, inmigrante y trabajadora: la triple discriminación*, Anthropos, Barcelona, 2003, pp. 91-109; RUIZ SUTIL, C.: “Migraciones y discriminación por razón de género las distintas violencias contra las mujeres y niñas en las normativas de extranjería y de protección internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional, REDI*, vol. 73, núm. 2, 2021, pp.420 y ss.

11 Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de sus familiares.

12 Sobre la configuración privilegiada del régimen de libre circulación de ciudadanos de la Unión, vid. STJUE de 25 de julio de 2008, asunto C-127/08, *Metock*.

13 Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, DOUE, L251/12, 3 de octubre de 2003.

sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada en profundidad por la Ley Orgánica 2/2009 (en adelante, LOEx)¹⁴, mediante la cual se incorporaron al ordenamiento jurídico español buena parte de las previsiones contenidas en la Directiva 2003/86/CE. El desarrollo reglamentario de esta materia se contiene actualmente en el Real Decreto 1155/2024¹⁵, que regula los requisitos, procedimiento y efectos de la reagrupación familiar (en adelante, RLOEx). Junto a ello, deben tenerse en cuenta las modificaciones introducidas por la Ley 11/2023 y por la Directiva (UE) 2021/1883 en relación con la movilidad y reunificación familiar de trabajadores altamente cualificados titulares de una Tarjeta Azul UE. En este trabajo nos vamos a centrar en el régimen general. Y ello porque, en realidad, los nacionales de terceros Estados son quienes se van a encontrar con verdaderos obstáculos a la hora de reagrupar a sus familiares más próximos¹⁶. En cambio, los ciudadanos de la Unión cuentan con un régimen muy favorable en este sentido.

La diferencia entre ambos regímenes resulta especialmente llamativa¹⁷. En efecto, mientras el 'régimen europeo' se orienta prioritariamente a garantizar la efectividad del derecho a la libre circulación y la protección de la vida familiar. El 'régimen general' de extranjería incorpora mecanismos de control migratorio mucho más intensos¹⁸. De hecho, impone exigencias económicas y administrativas que condicionan de forma significativa el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar. En consecuencia, el efectivo ejercicio del derecho a la reagrupación familiar termina dependiendo del estatuto jurídico del sujeto migrante. Tal es así, que el necesario cumplimiento de todos estos requisitos configuran un sistema especialmente restrictivo que dificulta el ejercicio efectivo del derecho a la vida familiar, cuando el reagrupante es una persona nacional de un tercer Estado¹⁹. Situación que todavía se agrava más, como veremos, cuando la persona reagrupante es una mujer.

14 Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009.

15 Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en vigor desde el 20 de mayo de 2025, (en adelante, RLOEx).

16 SOTO MOYA, M.: "Derecho a la vida", cit., pp. 46 y ss.

17 En este sentido, GONZÁLEZ-FERRER, A.: "La reagrupación", cit. pp. 121 y ss. pone de manifiesto que durante la crisis las reagrupaciones practicadas por ciudadanos comunitarios se mantuvieron relativamente estables, mientras que las realizadas por nacionales de terceros Estados experimentaron una reducción mucho más intensa, evidenciando la existencia de regímenes jurídicos diferenciados y desiguales en el acceso a la reunificación familiar.

18 BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I.: "La reagrupación familiar: complejidad y desigualdades del régimen jurídico actual", *Portularia*, 3, 2003, pp. 264 y ss.

19 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha recordado que, aunque los Estados conservan un margen de apreciación en materia migratoria, las limitaciones al derecho a la vida familiar deben respetar el principio de proporcionalidad. Vid. la Sentencia TEDH, de 18 de febrero de 1991, *Moustaquim c. Bélgica*.

Precisamente, y a título de ejemplo, una de las manifestaciones más evidentes de esta desigualdad normativa entre ambos regímenes puede observarse en las modificaciones introducidas por el Reglamento de extranjería de 2022 y que se han mantenido en la última reforma del Reglamento de extranjería de 2024. En virtud de dichas modificaciones, determinados familiares de ciudadanos españoles pueden acceder a autorizaciones de residencia temporal, mediante la figura del “arraigo familiar”²⁰. Ello les permite obtener permisos de residencia y trabajo con una duración de cinco años en condiciones más favorables. Sin embargo, esta vía privilegiada no resulta aplicable, con carácter general, a los nacionales de terceros Estados, quienes continúan sujetos al procedimiento ordinario de reagrupación familiar y a las numerosas limitaciones que este incorpora.

No obstante, las diferencias existentes en el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar no se producen, únicamente, entre ciudadanos de la Unión y nacionales de terceros Estados. Lo cierto es que también existen importantes asimetrías entre los propios Estados miembros de la Unión Europea a la hora de regular este derecho. Ello obedece a que, mientras todos los Estados miembros están obligados a aplicar el denominado “régimen europeo de reagrupación” previsto en la Directiva 2004/38/CE, no todos participan plenamente en el régimen general de reagrupación familiar establecido en la Directiva 2003/86/CE. En particular, Irlanda y Dinamarca mantienen regímenes autónomos en esta materia, al no quedar vinculados por dicha Directiva.

A ello se añade que la Directiva 2003/86/CE configura un modelo de armonización flexible. En efecto, aunque establece un marco común básico para el reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar, reconoce a los Estados miembros un amplio margen de maniobra en la transposición y aplicación de la Directiva. De este modo, las condiciones concretas de ejercicio del derecho relativas, por ejemplo, a los requisitos económicos, la vivienda adecuada, los períodos de residencia previa o las exigencias de integración, pueden variar considerablemente de un Estado miembro a otro. Siempre que, claro está, respeten el contenido esencial mínimo y los objetivos perseguidos por la Directiva. Ello ha generado importantes divergencias tanto en las condiciones de acceso al derecho como en el nivel de protección reconocido a las personas migrantes.

En definitiva, todo ello implica que cada Estado puede realizar la transposición en términos distintos. Y, de este modo, pese a que el objetivo de la Directiva

20 Conviene precisar que el arraigo familiar no constituye una modalidad de reagrupación familiar en sentido estricto, sino una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales. En el vigente Reglamento de extranjería de 2024, esta figura aparece expresamente recogida en el art. 125.1.e) RLOEx como una de las modalidades de arraigo, siendo desarrollados sus requisitos específicos en el art. 127 RLOEx. Se trata, por tanto, de una vía autónoma de acceso a la residencia basada en la existencia de determinados vínculos familiares, diferenciada del régimen general de reagrupación familiar regulado en los arts. 65 y ss. RLOEx.

consiste en lograr respuestas nacionales armonizadas, en la práctica se han creado múltiples sistemas de reagrupación familiar en la Unión Europea. Ello puede acarrear numerosos inconvenientes en la práctica como, por ejemplo, que resulte más sencillo reagrupar en un Estado miembro que en otro. Esta circunstancia compromete la pretendida armonización europea en esta materia y acentúa las desigualdades existentes en el acceso efectivo al derecho a la vida familiar.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desempeñado un papel fundamental en la delimitación de las facultades de los Estados miembros en materia de reagrupación familiar, rechazando interpretaciones excesivamente restrictivas de la Directiva 2003/86/CE. El Tribunal ha reiterado que dicha Directiva debe interpretarse atendiendo a su finalidad principal, consistente en favorecer la vida familiar y promover la integración de las personas nacionales de terceros Estados²¹. Junto a ello ha insistido en reiteradas ocasiones en que las facultades estatales en esta materia no permiten vaciar de contenido el derecho a la reagrupación familiar mediante exigencias desproporcionadas o interpretaciones administrativas excesivamente rígidas²². Ello garantiza el efecto útil del derecho a la reagrupación familiar y el respeto efectivo de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 7 y 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Pese a estos avances jurisprudenciales, la práctica administrativa y la evolución reciente de las políticas migratorias europeas evidencian una creciente tendencia hacia el endurecimiento de las condiciones de acceso a este derecho, afectando de manera particularmente intensa a las mujeres migrantes, como veremos a lo largo de este trabajo.

III. LA APARENTE NEUTRALIDAD DEL RÉGIMEN DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR Y LA NECESIDAD DE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO.

Desde un punto de vista formal, la regulación española de la reagrupación familiar se configura a partir de parámetros aparentemente neutros. Así se desprende del tenor del art. 16 de la Ley Orgánica 4/2000, que reconoce, con carácter general, el derecho de las personas extranjeras residentes a la vida familiar y a reagrupar a determinados familiares, sin establecer distinciones expresas entre hombres y mujeres²³. Sin embargo, la aplicación práctica de este derecho pone de manifiesto

21 STJUE de 1 de agosto de 2022, asuntos acumulados C-273/20 y C-355/20, y la STJUE de 30 de enero de 2024, asunto C-560/20, Landeshauptmann Von Wien, en las que el Tribunal continúa reforzando una interpretación de la normativa europea conforme a los principios de proporcionalidad, unidad familiar y protección efectiva de los derechos fundamentales.

22 Véanse, igualmente, STJUE de 6 de diciembre de 2012, asuntos acumulados C-356/11 y C-357/11, O. y S. y STJUE de 21 de abril de 2016, asunto C-558/14, Khachab.

23 En efecto, el Capítulo I de la LOEx regula la reagrupación familiar, en concreto, el art. 16.I LOEx recoge el derecho a la intimidad familiar en los siguientes términos: “1. Los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España. 2. Los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares determinados en el artículo 17...”.

que sus efectos distan de ser materialmente neutros desde la perspectiva de género. En efecto, bajo esa pretendida neutralidad de la normativa subyacen importantes desigualdades estructurales que afectan de manera diferenciada a hombres y mujeres en el ejercicio efectivo de sus derechos²⁴.

En el ámbito de la reagrupación familiar, esta cuestión adquiere una especial relevancia. Ello se debe a que el ejercicio de este derecho queda condicionado al cumplimiento de determinados requisitos legales, entre los que destacan la acreditación de recursos económicos suficientes, la disponibilidad de una vivienda adecuada y la estabilidad administrativa. Aunque estas exigencias se presentan como criterios objetivos y neutrales, responden en gran medida a modelos migratorios contruidos históricamente sobre patrones masculinos de inserción laboral, continuidad en el empleo y autonomía económica. Esta circunstancia pone de manifiesto y exige reconsiderar críticamente las deficiencias de un modelo de regulación migratoria contruido desde parámetros formalmente neutros²⁵. Ya que, desde un punto de vista práctico, el modelo regulador existente no toma en consideración las condiciones materiales y las realidades sociales de las mujeres migrantes pudiendo proyectar efectos discriminatorios indirectos sobre ellas²⁶. Dicho de otro modo, la experiencia migratoria de las mujeres presenta particularidades propias que el Derecho de extranjería no siempre ha sabido reconocer ni proteger adecuadamente. En especial, en lo relativo a las dinámicas de dependencia económica, trabajo de cuidados y vulnerabilidad social.

En efecto, las mujeres migrantes continúan ocupando puestos de mayor precariedad laboral y, por ende, económica. La feminización de determinados sectores laborales, especialmente el trabajo doméstico y de cuidados, la persistencia de brechas salariales, la asunción desproporcionada de responsabilidades familiares y de cuidado constituyen una realidad incuestionable. Todas estas circunstancias sitúan a muchas mujeres migrantes en una posición de especial vulnerabilidad en el acceso y ejercicio de este derecho. Y ello condiciona de forma decisiva sus posibilidades reales de acceder a procedimientos de reagrupación familiar en condiciones de igualdad material.

24 Vid. AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: "Extranjería y violencia contra la mujer. Avances y aspectos pendientes del artículo 31 bis de la Ley Orgánica 4/2000", en AA.VV.: *Un Derecho Internacional Privado centrado en los derechos de las personas* (dir. G. PALAO MORENO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 388-389; Como advierte ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: "El fenómeno", cit., pp. 36 y ss. las políticas migratorias europeas continúan proyectándose, en numerosas ocasiones, desde parámetros aparentemente neutros que terminan invisibilizando las situaciones de especial vulnerabilidad de determinados colectivos migrantes. Asimismo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha advertido expresamente que las políticas migratorias aparentemente neutras pueden producir efectos desproporcionadamente perjudiciales sobre las mujeres migrantes. Vid. Comité CEDAW, Recomendación General núm. 26 sobre las trabajadoras migrantes, 2008, párrs. 10-16.

25 Sentencia del TEDH, de 10 de mayo de 2001, Cyprus c. Turkey, sobre discriminación estructural y vulnerabilidad; Sentencia del TEDH, de 24 de julio de 2003, Karner c. Austria.

26 Vid. ESPINOSA CALABUIG, R.: "La (olvidada) perspectiva de género en el Derecho internacional privado", *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, núm. 3, 2019, pp. 40 y ss.

A mayor abundamiento, deben tenerse en cuenta otras situaciones de especial vulnerabilidad de la mujer extranjera. Nos referimos, por un lado, a aquellas mujeres migrantes que dependen económica o administrativa del cónyuge. Y, por otro lado, las situaciones derivadas de contextos de violencia de género²⁷ y las consiguientes dificultades de acceso a recursos y mecanismos de protección. Qué duda cabe que todos estos factores limitan considerablemente la autonomía jurídica y económica de muchas mujeres migrantes. Desde esta perspectiva, las dificultades ante las que se enfrentan no pueden interpretarse como meros obstáculos administrativos aislados, sino que constituyen auténticas desigualdades estructurales²⁸.

En consecuencia, el análisis de la reagrupación familiar desde una perspectiva de género no constituye una aproximación meramente complementaria. Sino que se presenta como una exigencia necesaria para poder replantear críticamente un modelo migratorio masculinizado e identificar cómo determinadas normas y exigencias legales generan impactos diferenciados sobre hombres y mujeres, afectando de manera desproporcionada a estas últimas.

Junto a ello, debe incorporarse una perspectiva interseccional²⁹ en el análisis del derecho de extranjería que permita comprender la concurrencia de múltiples factores de discriminación. Las mujeres migrantes no solo pueden sufrir situaciones de desigualdad por razón de género, sino también por motivos vinculados a su origen nacional o étnico, situación administrativa, nivel socioeconómico o condición familiar. La interacción entre estos elementos genera formas complejas de vulnerabilidad que requieren respuestas jurídicas más sensibles a las realidades específicas de las migraciones femeninas³⁰. Solo a través de este enfoque es posible garantizar una protección efectiva del derecho a la vida familiar y del principio de igualdad material en el marco de las políticas migratorias europeas.

Partiendo de estas consideraciones, el presente trabajo tiene por objeto analizar los principales obstáculos jurídicos, económicos y sociales que enfrentan las mujeres migrantes en el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar dentro de la Unión Europea. Para este análisis se ha tomado en consideración el régimen general aplicable a nacionales de terceros Estados. Y se ha prestado especial atención a la necesidad de incorporar una auténtica perspectiva de género en el Derecho de extranjería y en las políticas migratorias europeas.

27 Vid. AZCÁRRAGA MONZONIS, C.: "Violencia contra las mujeres y extranjería en la Directiva (UE) 2024/1385 ¿Novedades desde Europa?", *LA LEY Unión Europea*, núm. 131, 2024, pp. 1-7.

28 Vid. RUIZ SUTIL, C.: "Migraciones y discriminación", cit., pp. 423 y ss.

29 Sobre la noción de discriminación interseccional aplicada a las mujeres migrantes y nacionales de terceros Estados, vid. AZCÁRRAGA MONZONIS, C.: "Violencia contra", cit., pp. 2-3.

30 Sobre la discriminación indirecta y la perspectiva de género en las políticas migratorias, véase FREDMAN, S., *Discrimination Law*, Oxford University Press, 2020, pp. 175-204.

IV. LOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR Y SU IMPACTO DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO.

Como ya se ha señalado, y partiendo del reconocimiento de la reagrupación familiar como una manifestación esencial del derecho a la vida familiar en el ámbito europeo y nacional, procede analizar a continuación las condiciones exigidas para su ejercicio efectivo. Sin embargo, la existencia formal de un derecho no garantiza, por sí sola, su disfrute en condiciones reales de igualdad³¹. La pregunta que debemos plantearnos, por tanto, no es únicamente si existe un derecho a la reagrupación familiar, sino quién puede ejercerlo efectivamente y bajo qué condiciones. La titularidad del derecho recae sobre la persona extranjera reagrupante que reside legalmente en el Estado miembro de acogida y acredita el cumplimiento de determinados requisitos establecidos por la propia norma europea y las normas de desarrollo³².

De este modo, el ejercicio efectivo de este derecho a la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados en la Unión Europea se articula sobre un sistema de condicionantes jurídicos, económicos y administrativos que el reagrupante extranjero debe cumplir para poder ejercer este derecho³³. Formalmente, tales requisitos se presentan como mecanismos objetivos dirigidos a garantizar la integración de la persona extranjera y evitar cargas excesivas para los sistemas de asistencia social de los Estados miembros. Sin embargo, lo cierto es que su configuración práctica proyecta efectos desiguales sobre hombres y mujeres³⁴. Desde una perspectiva de género, algunos de estos requisitos pueden producir efectos desproporcionados sobre las mujeres migrantes, cuyas trayectorias laborales, económicas y administrativas se desarrollan con frecuencia en condiciones de mayor vulnerabilidad y precariedad. Todas estas exigencias responden a la finalidad de garantizar la integración de las personas nacionales de terceros Estados evitando cargas excesivas para los sistemas de asistencia social de los Estados miembros de acogida. No olvidemos que la reagrupación familiar constituye una de las principales vías de migración legal hacia el territorio europeo.

En el ámbito europeo, los principales condicionantes del derecho a la reagrupación familiar se encuentran recogidos en los arts. 7 y 8 de la Directiva

31 Sobre las limitaciones materiales en el acceso efectivo al derecho a la reagrupación familiar y la necesidad de incorporar una perspectiva de género. Vid. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: "El fenómeno", cit., pp. 36 y ss.

32 Art. 3.I Directiva 2003/86/CE.

33 El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido que los Estados miembros pueden imponer determinadas condiciones para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar, siempre que éstas no vacíen de contenido el derecho reconocido por la Directiva. Vid. STJUE de 4 de marzo de 2010, asunto C-578/08, *Chakroun*; y STJUE de 21 de abril de 2016, asunto C-558/14, *Khachab*.

34 La doctrina feminista ha advertido que las políticas migratorias aparentemente neutras generan frecuentemente efectos de discriminación indirecta sobre las mujeres migrantes debido a la división sexual del trabajo y la feminización de los cuidados.

2003/86/CE³⁵. En particular, el art. 8 hace referencia al requisito de carácter temporal. Junto a ello, el art. 7 autoriza la imposición de determinados requisitos relativos a vivienda adecuada, seguro de enfermedad, recursos económicos suficientes y medidas de integración. La Directiva de 2003 configura así un modelo de armonización mínima que deja amplios márgenes de apreciación a los Estados miembros³⁶, permitiendo la consolidación de sistemas nacionales más o menos restrictivos en función de las prioridades de cada política migratoria.

España ha hecho uso de estas posibilidades mediante una transposición relativamente exigente de la Directiva a través de la Ley Orgánica 2/2009³⁷, que reformó la Ley Orgánica 4/2000, y de su posterior desarrollo reglamentario actualmente contenido en el Real Decreto 1155/2024. Los requisitos esenciales para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar se recogen, fundamentalmente, en el art. 18 LOEx y en el art. 66 RLOEx 2024³⁸.

I. La residencia previa, estable y duradera como requisito para la reagrupación familiar.

El art. 3.1 de la Directiva 2003/86/CE delimita el ámbito de aplicación personal del régimen general de reagrupación familiar. Para ello, exige que el nacional de un tercer Estado reúna unas condiciones mínimas de residencia legal y estabilidad administrativa que le permitan ejercer el derecho a la reagrupación familiar. A tal efecto, la Directiva se aplicará a los nacionales de un tercer Estado que dispongan de un permiso de residencia válido expedido por algún Estado miembro de la Unión Europea de, al menos un año de duración y tengan perspectivas fundadas de obtener un permiso de residencia permanente³⁹. En consecuencia, la Directiva 2003/86/CE condiciona la titularidad del derecho a la reagrupación familiar a la existencia de una residencia legal suficientemente estable del reagrupante en el Estado miembro de acogida. Esta exigencia responde a la lógica de garantizar una cierta consolidación de la residencia antes de proceder a la reunificación familiar.

Junto a ello, el art. 8 Directiva establece las condiciones de carácter temporal para el ejercicio de este derecho. Tal y como se ha visto, este instrumento europeo no contiene un modelo único de solución, sino que se configura como una Directiva

35 Arts. 7 y 8 de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003.

36 La Directiva 2003/86/CE ha sido tradicionalmente considerada por la doctrina como un instrumento de armonización mínima que concede amplios márgenes de apreciación a los Estados miembros.

37 La doctrina española ha destacado el carácter particularmente restrictivo de la transposición española en materia de reagrupación familiar, especialmente respecto de los requisitos económicos y temporales. Vid. QUIRÓS FONS, A.: *La familia del extranjero: regímenes de reagrupación e integración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

38 Arts. 18 de la Ley Orgánica 4/2000 y 66 del Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de extranjería.

39 Art. 3.1 de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

de mínimos, con amplios márgenes de apreciación a los Estados miembros⁴⁰. En especial, en relación con los requisitos temporales y las condiciones de residencia exigidas al reagrupante. En concreto, el art. 8 de la Directiva permite a los Estados miembros exigir un período previo de residencia legal antes de poder ejercer el derecho a la reagrupación familiar, siempre que dicho período no exceda, con carácter general de dos años⁴¹.

El legislador español se ha acogido a esta posibilidad de ampliación del periodo previo de residencia y realizaba una transposición exigente de los requisitos de carácter temporal. Esta circunstancia ha supuesto la consolidación de modelos nacionales relativamente restrictivos, como el español, en los que el ejercicio efectivo del derecho a la reagrupación familiar queda condicionado, entre otros, a estar en posesión de permisos de residencia estables y duraderos. En efecto, el art. 18.I LOEx exige para que el extranjero pueda ejercer el derecho a la reagrupación familiar que haya residido legalmente en España durante un año y haya obtenido autorización para residir al menos otro año más⁴². Esta exigencia ha sido desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto 1155/2024 –RLOEx– que mantiene la lógica de estabilidad administrativa y continuidad residencial como presupuesto previo para el ejercicio del derecho. Se excepcionan los ascendientes de primer grado del reagrupante, en cuyo caso se exige la residencia de larga duración.

Desde una perspectiva de género, las exigencias de carácter temporal presentan una relevancia particularmente significativa. Aunque formuladas en términos aparentemente neutros, las condiciones temporales y administrativas exigidas para acceder a la reagrupación familiar afectan de manera desproporcionada a las mujeres migrantes⁴³. Ello obedece a trayectorias laborales se encuentran generalmente marcadas por una mayor precariedad, discontinuidad laboral, dependencia económica y responsabilidades de cuidado.

40 Sobre el carácter de mínimos de la Directiva 2003/86/CE y el amplio margen de apreciación reconocido a los Estados miembros, vid, la *Comunicación sobre orientaciones para la aplicación de la Directiva 2003/86/CE*, COM(2014) 210 final.

41 Art. 8 Directiva 2003/86/CE.

42 Art. 18.I LOEx y art. 68.I RLOEx..

43 Sobre el impacto diferenciado de las políticas migratorias aparentemente neutras sobre las mujeres migrantes y la necesidad de incorporar un análisis de género a instituciones jurídicas tradicionalmente configuradas desde parámetros formalmente neutros vid. REIG FABADO, I.: “Violencia de género en la sustracción internacional de menores: ¿regulación insuficiente, infrautilizada o ambas cosas?”, en AA.VV.: *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia* (dir. A. LARA AGUADO), Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 918 y ss; RUIZ SUTIL, C.: *Las violencias de género en entornos transfronterizos. Interconexión de las perspectivas de extranjería, asilo y Derecho internacional privado*, Dykinson, Madrid, 2023, pp. 32 y ss.

A) La restricción temporal para la reagrupación de los ascendientes y su impacto en la mujer migrante.

Especial relevancia presenta el requisito de carácter temporal cuando se trata de reagrupar a los ascendientes del reagrupante. En efecto, el propio art. 18.1 LOEx exceptúa, de la regla general, a los familiares contemplados en el art. 17.1.d) LOEx. En efecto, los ascendientes en primer grado únicamente podrán ser reagrupados cuando el reagrupante haya adquirido la residencia de larga duración. Esta exigencia supone un endurecimiento notable de las condiciones temporales de acceso a la reagrupación familiar, lo que limita considerablemente la posibilidad de reagrupar a progenitores u otros ascendientes dependientes.

Desde la perspectiva de género, esta limitación produce un impacto particularmente intenso sobre las mujeres migrantes, quienes continúan asumiendo de forma mayoritaria las responsabilidades familiares y de cuidado dentro de las estructuras familiares transnacionales. En la práctica, son frecuentemente las hijas quienes sostienen económica y afectivamente a ascendientes mayores en el país de origen, articulando complejas redes de cuidado a distancia. Sin embargo, la exigencia de residencia de larga duración obliga a prolongar durante años la separación familiar. Esto dificulta la atención directa de personas mayores dependientes y traslada nuevamente sobre las mujeres la carga material y emocional del cuidado familiar. De este modo, un requisito aparentemente neutro como la residencia prolongada previa termina proyectando efectos especialmente gravosos sobre las trayectorias migratorias femeninas. Esto evidencia cómo el régimen jurídico de la reagrupación familiar continúa construido sobre modelos de integración escasamente sensibles a la dimensión de género y a la realidad de los cuidados familiares.

B) La flexibilización del requisito temporal para titulares de Tarjeta Azul UE y su impacto desde la perspectiva de género.

Frente al carácter restrictivo que presenta el régimen general de reagrupación familiar, la Directiva (UE) 2021/1883⁴⁴ introduce un modelo notablemente más favorable. Transpuesta al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 11/2023⁴⁵, su finalidad es facilitar la movilidad de los trabajadores altamente cualificados titulares de una Tarjeta Azul UE y garantizar la unidad y estabilidad de su núcleo familiar. Esta Directiva responde a una lógica distinta, centrada en favorecer la atracción y

44 Directiva (UE) 2021/1883 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2021, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo de alta cualificación.

45 Ley 11/2023, de 8 de mayo, transpone la Directiva (UE) 2021/1883 (conocida como la nueva directiva de la Tarjeta Azul) en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, entre otras materias.

retención de talento cualificado dentro de la Unión Europea⁴⁶. Precisamente por ello, flexibiliza notablemente los requisitos temporales y administrativos aplicables a la reunificación familiar cuando se trata de atraer perfiles altamente cualificados⁴⁷.

Entre las principales ventajas que incorpora este régimen destaca, por un lado, la posibilidad de presentar simultáneamente la solicitud de renovación de la autorización de residencia del reagrupante y la solicitud de reagrupación de sus familiares⁴⁸. Se elimina así la necesidad de esperar a la resolución definitiva de la renovación para iniciar el procedimiento de reunificación familiar. Esta medida reduce considerablemente los períodos de separación familiar y agiliza el acceso a la reunificación. De este modo, se favorece la estabilidad familiar desde las primeras fases de residencia del trabajador altamente cualificado en el Estado de acogida. Por otro lado, la Directiva establece un régimen especialmente favorable para la reagrupación familiar de los titulares de una Tarjeta Azul UE. A diferencia de lo que ocurre en el régimen general, los Estados miembros no pueden exigir largos períodos previos de residencia antes de solicitar la reagrupación familiar. Esta previsión facilita una reunificación más rápida de la familia y reduce los obstáculos temporales para el ejercicio de este derecho. Además, supone una ruptura significativa con el modelo tradicional, basado en la exigencia de una estabilidad administrativa previamente consolidada.

Lo cierto es que la reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009 en su art. 18 bis ya introducía ciertos elementos de flexibilización al permitir que la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados pudiera solicitarse sin necesidad de esperar necesariamente a la resolución definitiva de la renovación de la autorización de residencia⁴⁹. Sin embargo, esta posibilidad no aparecía claramente desarrollada en el Reglamento anterior, ni plenamente consolidada en la práctica administrativa.

Como novedad, el Reglamento de extranjería aprobado por Real Decreto 1155/2024 muy acertadamente es el que ha reforzado y clarificado esta orientación flexibilizadora, permitiendo interpretar de forma más clara que la solicitud de reagrupación puede tramitarse simultáneamente a la de la renovación de la residencia del reagrupante, reduciendo así los tiempos de separación familiar. Ya no resulta necesario esperar a la resolución definitiva de dicha renovación como ocurría con anterioridad. Bajo el régimen anterior, esta circunstancia

46 Sobre la lógica selectiva de la política migratoria europea respecto de trabajadores altamente cualificados, vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Inmigración y ciudadanía europea*, Colex, Madrid, última edición. Sobre las razones que llevaron al legislador europeo a elaborar esta Directiva para favorecer a los trabajadores altamente cualificados vid. QUIRÓS FONS, A.: "La nueva tarjeta azul frente al reto de atraer talento mejorando los derechos del inmigrante altamente cualificado", en AA.VV.: *Un Derecho Internacional Privado centrado en los derechos de las personas* (dir. G. PALAO MORENO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 501 y ss

47 QUIRÓS FONS, A.: "La nueva tarjeta", cit., pp. 498 y ss.

48 Art. 17.4 Directiva (UE) 2021/1883. La Directiva favorece expresamente la simultaneidad procedimental y la agilización de la reunificación familiar de titulares de Tarjeta Azul UE y sus familiares.

49 Art. 18.bis.I LOEx.

ampliaba excesivamente los tiempos de espera y, por ende, de separación familiar. Aunque el art. 68.I RLOEx 2024⁵⁰ no contempla expresamente una “tramitación simultánea”, sí abandona la interpretación más rígida que exigía una renovación ya concedida como presupuesto previo para iniciar el procedimiento de reagrupación familiar. De este modo hace extensible al régimen general una de estas novedades. Ello implica desde el punto de vista práctico que actualmente, ya no resulta necesario esperar a la resolución definitiva de la renovación de la residencia para iniciar el procedimiento de reagrupación, reduciendo los tiempos de separación familiar⁵¹. Qué duda cabe que la reducción de tiempos de espera puede resultar particularmente importante para mujeres con hijos menores en el país de origen o con responsabilidades familiares transnacionales⁵².

De entrada, esta flexibilización objetivamente es muy beneficiosa para el extranjero reagrupante y podría pensarse que esta interpretación flexible introducida en el Reglamento beneficia a las mujeres migrantes. Sin embargo, en la práctica no es así ya que la concesión final de la reagrupación continúa condicionada a la obtención efectiva de dicha renovación. Lo cierto es que el cumplimiento de este requisito temporal constituye un obstáculo insuperable, en la mayoría de las ocasiones, para la mujer migrante que pretende reagrupar. Ello es así por cuanto resulta muy difícil para las mujeres conseguir una trayectoria laboral continuada que les permita obtener esa renovación del permiso de residencia. No obstante, cuando el reagrupante es un hombre sí que le beneficia en gran medida ya que su trayectoria laboral suele ser mucho más estable.

En efecto, desde la perspectiva de género, la exigencia de estabilidad administrativa presupone trayectorias laborales continuadas y regulares plantea importantes problemas. que no siempre se corresponden con la realidad de muchas mujeres migrantes. Ello es así por cuanto que, las mujeres extranjeras se insertan en sectores especialmente precarizados y feminizados, como el trabajo doméstico y de cuidados⁵³. Trabajos caracterizados por elevados niveles de temporalidad, parcialidad, economía informal e interrupciones frecuentes de la actividad laboral⁵⁴. Esta situación dificulta considerablemente la acreditación de contratos estables, cotizaciones suficientes o ingresos continuados, elementos decisivos para la renovación de autorizaciones de residencia y, por ende, para el acceso a la reagrupación familiar.

50 Art. 68.I Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de extranjería.

51 STEDH de 10 de julio de 2014, *Tanda-Muzinga c. Francia*, sobre la obligación estatal de garantizar procedimientos de reagrupación familiar flexibles y eficaces cuando está en juego el derecho a la vida familiar del art. 8 CEDH.

52 Sobre maternidad transnacional y cadenas globales de cuidados, vid. PÉREZ OROZCO, A.: *Desigualdades a flor de piel. Cadenas globales de cuidados. Concreciones en el empleo de hogar y políticas públicas*, Publicado por ONU Mujeres, Madrid, España, 2011, pp. 223 y ss.

53 Sobre feminización del trabajo doméstico y vulnerabilidad administrativa de mujeres migrantes vid.

54 ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: “El fenómeno”, cit., pp. 35-39.

A ello se añade el impacto que tienen las responsabilidades familiares y de cuidado sobre las trayectorias administrativas de muchas mujeres migrantes. La maternidad, el cuidado de menores o la atención a familiares dependientes generan con frecuencia interrupciones laborales que repercuten directamente sobre la estabilidad administrativa. Estas circunstancias pueden traducirse en la pérdida de empleo con la consiguiente imposibilidad de renovar permisos de residencia. De este modo, requisitos aparentemente objetivos y neutros terminan produciendo efectos de discriminación indirecta sobre las mujeres migrantes, dificultando de manera desproporcionada el ejercicio efectivo de su derecho a la vida familiar⁵⁵.

Sin embargo, las ventajas introducidas por la Directiva 2021/1883 presentan un alcance muy limitado desde la perspectiva de género. Aunque formalmente se aplican por igual a hombres y mujeres, en la práctica benefician principalmente a los trabajadores altamente cualificados que acceden a la Unión Europea a través de los mecanismos de migración cualificada. Las mujeres migrantes continúan estando infrarrepresentadas en estos flujos migratorios y en los sectores profesionales asociados a la obtención de la Tarjeta Azul UE. Por el contrario, las mujeres se concentran mayoritariamente en actividades vinculadas al trabajo doméstico, de cuidados y otros sectores feminizados caracterizados por mayores niveles de precariedad laboral. Estos ámbitos quedan sometidos al régimen general de extranjería y a requisitos más estrictos de estabilidad administrativa y suficiencia económica. En consecuencia, la flexibilización introducida por la Directiva beneficia principalmente a perfiles migratorios altamente cualificados, mientras que muchas mujeres migrantes continúan enfrentándose a importantes obstáculos estructurales para ejercer efectivamente el derecho a la reagrupación familiar.

En definitiva, llegamos a la conclusión que la propia configuración del sistema pone de manifiesto importantes desigualdades estructurales dentro de las políticas migratorias europeas. La comparación entre el régimen general de reagrupación familiar y el régimen privilegiado aplicable a titulares de Tarjeta Azul UE pone de manifiesto que las exigencias temporales y administrativas no responden únicamente a necesidades técnicas de control migratorio, sino también a decisiones de política migratoria selectiva⁵⁶. Mientras que para nacionales de terceros Estados sometidos al régimen general continúan exigiéndose períodos de residencia previa y estabilidad administrativa reforzada⁵⁷, la Unión Europea flexibiliza considerablemente estos

55 Sobre discriminación indirecta en normas aparentemente neutras, *vid.* STJUE de 13 de mayo de 1986, asunto 170/84, *Bilka-Kaufhaus*; REY MARTÍNEZ, F.: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 112 y ss.

56 Sobre la selectividad de las políticas migratorias europeas y la diferenciación entre migración cualificada y migración laboral precarizada, *vid.* DE LUCAS, J.: *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

57 RUIZ SUTIL, C.: "Género, extranjería y vulnerabilidad transnacional", en diversos estudios sobre Derecho internacional privado y migraciones contemporáneas, Dykinson, Madrid, 2022-2024.

requisitos cuando se trata de atraer perfiles altamente cualificados. Esta diferencia de tratamiento resulta especialmente relevante desde la perspectiva de género, pues las mujeres migrantes se encuentran infrarepresentadas en los regímenes de migración altamente cualificada y sobrerrepresentadas en sectores precarizados sometidos al régimen general de extranjería.

2. Disponer de recursos económicos suficientes y vivienda adecuada.

Junto al requisito de disponer de un permiso de residencia estable, el art. 18.2 LOEx exige que la persona reagrupante disponga de recursos económicos suficientes para atender sus propias necesidades y las de la familia que pretende reagrupar, así como, de una vivienda adecuada. Tales exigencias encuentran su desarrollo reglamentario en el art. 67 RLOEx, que concreta tanto los criterios relativos a la suficiencia económica, como las condiciones de habitabilidad exigidas para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar.

Ambos requisitos aparecen estrechamente vinculados, pues la capacidad económica del reagrupante condiciona, directamente, las posibilidades reales de acceso a una vivienda que reúna las condiciones de habitabilidad exigidas legalmente. Desde una perspectiva formal, estas exigencias responden a finalidades legítimas vinculadas a la garantía de unas condiciones dignas de vida para la familia reagrupada. Y, además, pretenden evitar cargas excesivas para los sistemas de asistencia social de los Estados miembros de acogida. Sin embargo, su aplicación práctica revela importantes impactos diferenciados desde la perspectiva de género. Ello es así por cuanto que los parámetros económicos y residenciales sobre los que se construye la normativa parten implícitamente de modelos de integración laboral y autonomía económica tradicionalmente masculinizados⁵⁸.

A) La suficiencia de recursos económicos y su impacto desde la perspectiva de género.

Uno de los principales condicionantes para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar, en el ordenamiento jurídico español, es la acreditación de recursos económicos fijos, regulares y suficientes por parte de la persona reagrupante⁵⁹. Su objetivo principal es poder atender las necesidades familiares sin recurrir al sistema público de asistencia social. Este requisito, está previsto en el art. 7.1.c) de la Directiva 2003/86/CE y desarrollado por el art. 18.2 LOEx y el art. 67 RLOEx 2024. y persigue garantizar que la reunificación familiar no genere una carga excesiva para los sistemas públicos del país de acogida.

⁵⁸ RUIZ SUTIL, C.: "Migraciones y discriminación", pp. 419 y ss.

⁵⁹ Art. 67.I RLOEx 2024 y 18.2 LOEx.

La relevancia atribuida a la suficiencia de recursos económicos ha sido expresamente avalada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Según su jurisprudencia, el art. 7.1.c) de la Directiva 2003/86/CE permite a las autoridades nacionales efectuar una valoración prospectiva sobre la capacidad del reagrupante para mantener recursos suficientes durante el año posterior a la solicitud⁶⁰. No obstante, desde la perspectiva de género, esta facultad debe ejercerse teniendo en cuenta las circunstancias concretas de inserción laboral y económica de las personas migrantes. De lo contrario, una interpretación excesivamente estricta de los umbrales económicos podría traducirse en una forma de discriminación indirecta, al perjudicar especialmente a las mujeres migrantes, más expuestas a situaciones de precariedad laboral, parcialidad y bajos ingresos.

Con el objeto de concretar la cantidad que debe acreditar el extranjero reagrupante, el Reglamento toma como referencia el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM)⁶¹. A tal efecto, exige, con carácter general, el 150 % del IPREM cuando se pretenda reagrupar a un único familiar y un 50 % adicional por cada nuevo miembro de la familia. En términos económicos aproximados, ello supone acreditar actualmente unos 900 € mensuales para reagrupar a un familiar; 1.200 € para dos familiares y 1.500 € para tres familiares. No obstante, el art. 67.1 RLOEx 2024 introduce cierta flexibilización cuando la reagrupación afecte a menores de edad o personas con discapacidad⁶². Junto a ello, el Reglamento recoge de forma pormenorizada que ingresos serán tenidos en cuenta y cuáles no a la hora de computar dichas cantidades⁶³. Por el contrario, la reagrupación de ascendientes continúa sometida a un régimen más restrictivo pues, además del cumplimiento íntegro de los requisitos económicos generales, el art. 18.1 LOEx exige que el reagrupante haya adquirido previamente la residencia de larga duración.

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido importantes límites a la aplicación de estos requisitos. El Tribunal ha reiterado que las condiciones previstas en la Directiva 2003/86/CE deben interpretarse de conformidad con el derecho a la vida familiar reconocido en

60 STJUE de 21 de abril de 2016, asunto C-558/14, Mimoun Khachab.

61 Art. 67.1 RLOEx 2024.

62 permitiendo minorar excepcionalmente las cuantías exigidas conforme al principio del interés superior del menor reconocido en la Ley Orgánica 1/1996. En estos supuestos, la Administración deberá valorar las circunstancias concretas del caso y realizar una interpretación favorable al mantenimiento de la vida familiar.

63 El art. 67.1 del RLOEx 2024 en sus diferentes subapartados concreta que ingresos computan a efectos de calcular los recursos económicos de que dispone el reagrupante. A tal efecto, se incluyen: computar salarios, rendimientos de actividades económicas, pensiones, prestaciones y determinados rendimientos patrimoniales estables. Sin embargo, excluye expresamente las ayudas de vivienda, becas de estudio y prestaciones procedentes del sistema de asistencia social. Asimismo, una de las principales novedades del Reglamento de 2024 consiste en permitir el cómputo conjunto de los ingresos del reagrupante, su cónyuge, pareja o familiares de primer grado que convivan con él y residan legalmente en España, flexibilización especialmente relevante desde la perspectiva de género en supuestos de insuficiencia económica.

los arts. 7 y 24 de la Carta. Así, en su sentencia de 4 de marzo, afirmó que los requisitos económicos deben aplicarse con arreglo al principio de proporcionalidad y sin menoscabar el ejercicio efectivo del derecho a la reagrupación familiar⁶⁴.

Este requisito de carácter económico aparece formulado desde parámetros aparentemente objetivos y neutros. Sin embargo, desde la perspectiva de género, constituye uno de los principales mecanismos de exclusión en el acceso efectivo a la reagrupación familiar. En efecto, su aplicación práctica produce efectos claramente desiguales sobre hombres y mujeres. Mientras que los hombres migrantes presentan, en términos generales, mayores probabilidades de cumplir las exigencias económicas debido a su mayor presencia en empleos estables y con jornadas completas, las mujeres afrontan mayores obstáculos estructurales derivados de la feminización de la precariedad laboral⁶⁵.

En efecto, la gran mayoría de las mujeres migrantes encuentran especiales dificultades para cumplir las exigencias de recursos económicos suficientes debido a la posición estructuralmente más vulnerable que ocupan dentro del mercado laboral. Sus trayectorias profesionales se desarrollan frecuentemente en sectores altamente feminizados y precarizados, especialmente el trabajo doméstico y de cuidados o la hostelería⁶⁶. Trabajos que se caracterizan por bajos salarios, elevada temporalidad, parcialidad involuntaria y frecuentes situaciones de economía sumergida que dificultan considerablemente la acreditación documental de ingresos estables y suficientes. A ello se añaden otros factores estructurales, como la persistencia de brechas salariales, la asunción desproporcionada de responsabilidades familiares y de cuidado de sus propios familiares. Y, por ende, trabajos no remunerados que limitan frecuentemente la disponibilidad de muchas mujeres para acceder a empleos plenamente formalizados o a jornadas laborales completas. Estas circunstancias repercuten directamente sobre la estabilidad de sus ingresos y sobre su capacidad para mantener autorizaciones de residencia estables, dificultando simultáneamente el cumplimiento de varios de los requisitos exigidos para reagrupar.

La conjunción de todos estos factores dificulta considerablemente que muchas mujeres migrantes alcancen los umbrales económicos exigidos reglamentariamente, incluso en situaciones en las que desempeñan un papel esencial como sostenedoras económicas de sus familias transnacionales. Precisamente por ello, en la práctica, la acreditación de recursos económicos suficientes y de vivienda adecuada

64 STJUE de 4 de marzo de 2010, asunto C-578/08, Chakroun.

65 PARELLA RUBIO, S.- PIQUERAS, C.- SPERONI T.: "¿Revirtiendo la violencia institucional de las mujeres migrantes en el servicio doméstico?", *Revista del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*, núm. 59, 2023, pp. 12 y ss.

66 ARNOSO, M., ARNOSO, A., MAZKIARA, M. y IRAZU, A.: "Mujer inmigrante y violencia de género: Factores de vulnerabilidad y protección social. Migraciones", *Revista del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*, 2012, 32, pp. 169-200.

constituye uno de los principales obstáculos para el ejercicio efectivo del derecho a la reagrupación familiar⁶⁷, especialmente cuando la persona reagrupante es una mujer migrante.

B) La exigencia de vivienda adecuada y sus efectos sobre las mujeres migrantes.

Junto a la necesidad de disponer de recursos económicos suficientes, los arts. 18.2 LOEx y el art. 67.2 RLOEx⁶⁸ exigen disponer de una vivienda adecuada, como otro de los presupuestos básicos para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar. A estos efectos, el concepto de vivienda adecuada debe interpretarse conforme a lo dispuesto en el art. 3.c) de la Ley 12/2023⁶⁹, que define la vivienda digna y adecuada como aquella que reúne condiciones suficientes de habitabilidad, seguridad, accesibilidad y adecuación a las necesidades personales y familiares. En el ámbito de la reagrupación familiar, esta idoneidad debe acreditarse mediante el correspondiente informe favorable emitido por las autoridades autonómicas o locales competentes del lugar de residencia del reagrupante⁷⁰. Aunque esta exigencia persigue garantizar unas condiciones mínimas de habitabilidad para la familia reagrupada, su aplicación práctica plantea importantes obstáculos desde la perspectiva de género⁷¹.

Las dificultades para acreditar el cumplimiento de este requisito se intensifican en el caso de las mujeres migrantes. A los obstáculos derivados de la precariedad laboral y de los bajos ingresos, que ya hemos analizado, se añaden importantes dificultades de acceso a una vivienda propia y estable. Esta situación resulta especialmente frecuente entre las mujeres empleadas en el sector doméstico y de cuidados como trabajadoras internas. Aunque disponen de alojamiento, este suele limitarse a una habitación vinculada a la relación laboral, por lo que no pueden acreditar la disponibilidad de una vivienda propia. En otros casos, la insuficiencia de

67 Vid. GONZÁLEZ-FERRER, A.: "La inmigración por motivos familiares durante la crisis", *Anuario de la Inmigración en España*, CIDOB, Barcelona, 2014, pp. 109-134. Este autor destaca que la reducción de las reagrupaciones familiares durante la crisis parece responder, en gran medida, a la dificultad de los potenciales reagrupantes para acreditar el cumplimiento de los requisitos económicos exigidos por la normativa de extranjería.

68 Art. 18.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; y art. 67.2 del Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de extranjería.

69 El art. 3.c) de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, BOE núm. 124, de 25/05/2023 define la vivienda digna y adecuada como: "la vivienda que, por razón de su tamaño, ubicación, condiciones de habitabilidad, accesibilidad universal, eficiencia energética y utilización de energías renovables y demás características de la misma, y con acceso a las redes de suministros básicos, responde a las necesidades de residencia de la persona o unidad de convivencia en condiciones asequibles conforme al esfuerzo financiero, constituyendo su domicilio, morada u hogar en el que poder vivir dignamente, con salvaguarda de su intimidad, y disfrutar de las relaciones familiares o sociales, favoreciendo el pleno desarrollo y la inclusión social de las personas".

70 El informe de vivienda adecuada aparece regulado actualmente en el art. 67.2 RLOEx 2024 y constituye uno de los principales instrumentos de acreditación de las condiciones materiales de habitabilidad exigidas para la reagrupación familiar.

71 Sobre el impacto diferenciado de los requisitos residenciales en las mujeres migrantes, vid. PARELLA RUBIO, S.: *Mujer, inmigrante y trabajadora: la triple discriminación*, Anthropos, Barcelona, 2003, pp. 91-109.

recursos económicos les obliga a recurrir a fórmulas de alojamiento compartido, que no siempre reúnen las condiciones exigidas para obtener un informe favorable de adecuación de la vivienda⁷². En definitiva, la posición estructuralmente más vulnerable que muchas mujeres migrantes ocupan en el mercado de trabajo⁷³ repercute directamente en sus posibilidades de acceder a una vivienda digna y estable y, por tanto, de cumplir uno de los requisitos esenciales para ejercer el derecho a la reagrupación familiar.

De este modo, precariedad laboral, vulnerabilidad económica y exclusión residencial se retroalimentan mutuamente. Y, a su vez, convierte los requisitos de suficiencia económica y vivienda adecuada en obstáculos, a veces insalvables, para las mujeres migrantes que pretenden ejercer el derecho a la reagrupación familiar⁷⁴. En términos comparativos, aunque los hombres migrantes también se enfrentan a dificultades residenciales derivadas de la precariedad económica, su mayor presencia en sectores laborales formalizados, con trabajos a tiempo completo y mejor remunerados incrementa objetivamente sus posibilidades de cumplir este requisito⁷⁵. De este modo, el requisito de vivienda adecuada termina configurándose, en numerosos supuestos, como un obstáculo estructural adicional para las mujeres migrantes que pretenden ejercer el derecho a la reagrupación familiar.

En definitiva, tanto la exigencia de vivienda adecuada como la acreditación de recursos económicos suficientes evidencian cómo determinados requisitos aparentemente neutros pueden proyectar efectos discriminatorios indirectos sobre las mujeres migrantes. La configuración actual del sistema sigue respondiendo a modelos de integración económica y laboral poco sensibles a las realidades que caracterizan gran parte de las trayectorias migratorias femeninas. Entre ellas destacan la precariedad laboral, la dependencia económica y la feminización de los trabajos de cuidados.

3. Disponer de un seguro de enfermedad para el reagrupante y sus familiares.

La Directiva 2003/86/CE permite en su art. 7.1.b) que los Estados miembros exijan, como requisito para poder ejercer el derecho a la reagrupación familiar, la

72 La jurisprudencia contencioso-administrativa ha venido admitiendo un amplio margen de apreciación administrativa respecto del informe de vivienda adecuada, si bien exige motivación suficiente y valoración individualizada de las circunstancias concurrentes. Vid. STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de enero de 2021, EDJ 2021/502736.

73 La doctrina ha puesto de relieve la especial vulnerabilidad residencial de las mujeres migrantes empleadas en el trabajo doméstico y de cuidados internos, al depender frecuentemente su alojamiento de la propia relación laboral. Vid. V. HERNÁNDEZ PLAZA: "Mujeres inmigrantes y empleo doméstico en España", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 145, 2014, pp. 89-108.

74 Sobre la interacción entre precariedad económica, exclusión residencial y restricciones derivadas del Derecho de extranjería desde una perspectiva de género, vid. QUIRÓS FONS, A.: "La familia", *cit.*, pp. 201-223.

75 Diversos estudios han señalado que las mujeres migrantes se concentran mayoritariamente en sectores altamente feminizados y precarizados, mientras que los hombres presentan mayores tasas de inserción en sectores formalizados y con jornadas completas.

existencia de un seguro de enfermedad para el reagrupante y los miembros de su familia.

Aunque la Ley Orgánica 4/2000 no contempla expresamente el seguro de enfermedad como requisito autónomo para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar, esta exigencia sí aparece en su desarrollo reglamentario. En concreto, el art. 67.3 del Real Decreto 1155/2024 exige que la persona reagrupante disponga de un seguro de enfermedad tanto para sí misma como para los familiares que pretenda reagrupar. La finalidad de este requisito es evitar que las personas reagrupadas puedan convertirse en una carga para el sistema sanitario español.

No obstante, a diferencia del Reglamento de Extranjería anterior⁷⁶, el art. 67.3 RLOEx 2024 no especifica si la cobertura sanitaria debe articularse necesariamente mediante la contratación de un seguro privado o si resulta suficiente el acceso al sistema público de salud. Esta ausencia de precisión ha dado lugar a una interpretación doctrinal favorable a una concepción más flexible del requisito. Así, se considera que el Reglamento de 2024 admite distintas modalidades de cobertura sanitaria y no impone obligatoriamente la contratación de un seguro médico privado⁷⁷.

Desde la perspectiva de género, este requisito también merece una lectura crítica. Aunque aparentemente neutro, puede afectar de forma particularmente intensa a mujeres migrantes insertas en sectores laborales precarizados donde el acceso continuado a sistemas de protección social y cobertura sanitaria resulta más inestable⁷⁸. La exigencia de acreditar cobertura médica se suma así a otros condicionantes económicos y administrativos que dificultan el ejercicio efectivo del derecho a la reagrupación familiar por parte de muchas mujeres migrantes.

V. SITUACIONES DE ESPECIAL VULNERABILIDAD: DEPENDENCIA Y VIOLENCIA DE GÉNERO.

Desde la perspectiva de género es de señalar que, la reagrupación familiar se revela como una institución jurídicamente ambivalente. Por un lado, la reunificación familiar se configura como un instrumento esencial para garantizar y proteger el derecho a la vida familiar y favorecer la integración social de las personas migrantes. Pero, por otro lado, en determinados contextos, puede convertirse en un espacio

76 El Reglamento de extranjería vigente con anterioridad sí especificaba claramente esta posibilidad en el art. 54.3.e) del Real Decreto 557/2011. A tal efecto disponía: “*Documentación acreditativa de disponer de asistencia sanitaria por estar cubierta por la Seguridad Social o contar con un seguro privado de enfermedad concertado con una entidad aseguradora autorizada para operar en España*”.

77 ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: “La asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular a la luz de la STC 139/2016, de 21 de julio de 2016 universalidad vs. Gratuidad”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 2, 2017, pp. 41-57.

78 Vid. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: “La asistencia”, cit., pp. 48 y ss.

de vulnerabilidad reforzada para las mujeres extranjeras, generando importantes dinámicas de dependencia jurídica, económica y social⁷⁹. Sobre todo, cuando la persona reagrupada es una mujer y su situación administrativa queda vinculada a la del reagrupante.

La relevancia de esta cuestión resulta especialmente significativa si se tiene en cuenta que, los permisos de residencia concedidos por motivos familiares presentan una marcada feminización, siendo las mujeres las principales beneficiarias de esta categoría de admisión legal en la Unión Europea⁸⁰. Estos datos evidencian que mayoritariamente las mujeres migrantes acceden inicialmente al territorio europeo, no como titulares de un permiso de residencia autónomo, sino como familiares reagrupadas. Esta circunstancia determina que el estatuto jurídico inicial de la mujer migrante quede vinculado y condicionado administrativa y económicamente al permiso de residencia del reagrupante, normalmente el cónyuge o pareja.

En consecuencia, durante ese período inicial puede producirse una situación de dependencia administrativa particularmente intensa⁸¹. Ya que la residencia de la persona reagrupada suele quedar condicionada al mantenimiento del vínculo familiar y depende de la situación administrativa del reagrupante⁸². Ello implica, salvo algunas excepciones, que la ruptura de la convivencia o la pérdida de la autorización de residencia del cónyuge pueden poner en riesgo directamente la estabilidad jurídica de la mujer reagrupada. Esta dependencia puede limitar considerablemente su autonomía jurídica y económica. Y, además, dificulta posteriormente el ejercicio autónomo del derecho a la reagrupación familiar respecto de otros miembros de su propia familia, ya sean hijos o ascendientes. En efecto, los familiares reagrupados podrán ejercer, a su vez, la reagrupación familiar; tal y como establece el art. 70 RLOEx bajo determinadas condiciones⁸³.

Con la finalidad de evitar situaciones de dependencia administrativa prolongada respecto del titular principal del derecho de residencia y favorecer la integración y autonomía jurídica de los familiares reagrupados. El art. 15 de la Directiva 2003/86/CE reconoce el derecho del cónyuge o pareja reagrupada y de los hijos

79 Vid. RUIZ SUTIL, C.: "La disolución del vínculo familiar de la extranjera musulmana y la posible pérdida de su estatus jurídico desde el Derecho de extranjería", en en AA.VV.: *Islam: pasado, presente y futuro: ¿Hacia una sociedad intercultural?*, Dykinson, 2016, pp. 151 y ss.

80 https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/SEPDF/cache/16752.pdf?utm_source

81 GONZÁLEZ FERRER, A.: La reagrupación", cit., pp. 120-37.

82 Sobre la especial situación de dependencia administrativa de las mujeres extranjeras reagrupadas y su impacto en contextos de vulnerabilidad y violencia, vid. AZCÁRRAGA MONZONIS, C.: "Violencia contra", cit., pp. 3-4; RUIZ SUTIL, C., "La disolución", cit., pp. 150 y ss; ARNOSO, M., ARNOSO, A., MAZKIARA, M. y IRAZU, A.: "Mujer inmigrante", cit., pp.171 y ss.

83 El art. 70 RLOEx dispone que: "las personas extranjeras que hubieran adquirido la residencia temporal en virtud de una previa reagrupación familiar podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación respecto de sus propios familiares".

mayores de edad a obtener, transcurrido un determinado período de residencia, una autorización de residencia autónoma e independiente de la del reagrupante⁸⁴.

Esta previsión ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español, principalmente, a través del art. 19 LOEx y desarrollada reglamentariamente en el art. 69 del RLOEx 2024. La normativa española reconoce así la posibilidad de que la persona reagrupada pueda ejercer a su vez el derecho a la reagrupación familiar. No obstante, esta posibilidad está condicionada a que hayan obtenido una autorización de residencia y trabajo obtenidos independientemente de la autorización de la persona reagrupante. En concreto, la norma exige que haya completado al menos un año de residencia por reagrupación familiar. Y, además, reúnan los requisitos establecidos para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar. Entre ellos, la disposición de medios económicos propios⁸⁵.

Junto a la dependencia administrativa, las mujeres reagrupadas afrontan frecuentemente importantes dificultades de integración social y económica. En muchos casos, factores como las barreras lingüísticas, el aislamiento social, el limitado conocimiento del funcionamiento institucional del país de acogida. Así como la dedicación casi exclusiva al ámbito doméstico y de cuidados dificultan su incorporación al mercado laboral y refuerzan las situaciones de dependencia respecto del reagrupante. Esta problemática se intensifica por la frecuente inserción de las mujeres migrantes en sectores laborales altamente feminizados y precarizados. A mayor abundamiento, la vulnerabilidad se agrava, todavía más, cuando concurren otros factores adicionales de discriminación o exclusión social, tales como el origen nacional o étnico, el bajo nivel educativo⁸⁶. La interacción entre todos estos elementos genera formas complejas de subordinación y dependencia que no pueden interpretarse como meros problemas individuales o coyunturales, sino como manifestaciones de desigualdades estructurales presentes en el propio modelo de regulación migratoria⁸⁷.

En definitiva, las mujeres migrantes pueden quedar atrapadas en una doble situación de vulnerabilidad dentro del propio sistema de reagrupación familiar. En una primera fase, cuando acceden al territorio como familiares reagrupadas, su situación administrativa y, en muchos casos, económica queda vinculada a la autorización de residencia del cónyuge o pareja reagrupante. Esta circunstancia limita su autonomía y puede generar importantes relaciones de dependencia.

84 Art. 15 Directiva 2003/86/CE.

85 Art. 67 RLOEx.

86 ARNOSO, M., ARNOSO, A., MAZKIARA, M. y IRAZU, A.: "Mujer inmigrante", cit., pp.187 y ss.

87 Vid. RUIZ SUTIL, C.: "La disolución", cit., pp. 155 y ss.

Posteriormente, cuando intentan desarrollar un proyecto migratorio propio y acceder a una autorización de residencia independiente, vuelven a enfrentarse a importantes dificultades. La precariedad laboral, la concentración en sectores feminizados como el trabajo doméstico y de cuidados, los bajos salarios y las dificultades para acreditar recursos económicos suficientes o una vivienda adecuada condicionan seriamente sus posibilidades de cumplir los requisitos exigidos por la normativa de extranjería.

De este modo, la desigualdad se proyecta en dos momentos distintos de su itinerario migratorio. Primero, a través de la dependencia administrativa derivada de su condición de familiar reagrupada. Después, mediante los obstáculos económicos y sociales que dificultan el ejercicio autónomo de derechos que el ordenamiento jurídico les reconoce formalmente, entre ellos el propio derecho a la reagrupación familiar.

Esta situación adquiere una especial gravedad en los supuestos de violencia de género. La vinculación de la autorización de residencia de la mujer migrante al estatus jurídico del cónyuge o pareja reagrupante puede convertirse en un importante factor de vulnerabilidad. A ello se suman, con frecuencia, la dependencia económica, las barreras lingüísticas, la ausencia de redes de apoyo propias y la asunción predominante de responsabilidades de cuidado. La concurrencia de estos factores dificulta la ruptura de relaciones abusivas y puede disuadir a muchas mujeres de denunciar por temor a perder su estabilidad residencial o su situación administrativa. Como consecuencia, numerosas mujeres migrantes quedan expuestas a situaciones de especial vulnerabilidad jurídica, económica y social⁸⁸.

No es casualidad que la relación entre dependencia administrativa y violencia de género constituya uno de los ámbitos más estudiados desde la perspectiva de género en el Derecho de extranjería. La vinculación de la autorización de residencia al mantenimiento de la convivencia familiar puede convertirse en un factor de riesgo para muchas mujeres migrantes. En determinados supuestos, el temor a perder la residencia o la estabilidad administrativa dificulta la ruptura de relaciones abusivas y puede desincentivar la denuncia de situaciones de violencia⁸⁹. Consciente de esta realidad, el legislador europeo y español ha impulsado una progresiva flexibilización de los requisitos para acceder a autorizaciones de residencia autónomas en favor de mujeres que se encuentran en situaciones de especial vulnerabilidad.

88 Vid. RUIZ SUTIL, C.: "La disolución", cit., pp. 147 y ss.

89 AZCÁRRAGA MONZONIS, C.: "La mujer extranjera víctima de violencias, un estudio sobre la evolución de la extranjería y la protección internacional en la última década", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, núm. 46, 2023, pp. 432 y ss; RUIZ SUTIL, C.: La movilidad intra-europea de las mujeres extranjeras irregulares víctimas de la violencia intrafamiliar: carencia de igualdad de género en la normativa de la Unión Europea, *La Ley Unión Europea*, núm. 83, 2020.

Precisamente por ello, tanto el Derecho de la Unión Europea como el ordenamiento jurídico español han ido incorporando mecanismos de protección específicos destinados a evitar que la dependencia administrativa actúe como un factor de perpetuación de situaciones de violencia en el ámbito familiar⁹⁰. En el ámbito español, el art. 19.2 de la Ley Orgánica 4/2000 y el art. 69 del Real Decreto 1155/2024 reconocen la posibilidad de que la persona reagrupada obtenga una autorización de residencia independiente cuando sea víctima de violencia de género, violencia sexual, trata de seres humanos o determinadas formas de violencia familiar. Esta regulación reviste especial relevancia, desde la perspectiva de género, pues permite reducir la dependencia administrativa y económica de muchas mujeres migrantes respecto del cónyuge reagrupante. Sobre todo, en supuestos de violencia de género o ruptura de la convivencia familiar. Ahora bien, lo cierto es que esta autorización de residencia y de trabajo independiente de la mujer migrante víctima de cualquier tipo de violencia de género, sexual o de cualquier delito en el entorno familiar se hace depender de que se hubiera dictado a su favor una orden judicial de protección. O, en su defecto, un informe policial o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género⁹¹.

Desde la perspectiva de género, esta exigencia puede convertirse en un importante obstáculo para muchas mujeres migrantes. La dependencia de la autorización de residencia respecto del cónyuge o pareja reagrupante genera, en numerosas ocasiones, un fuerte temor a denunciar situaciones de violencia ante el riesgo de perder la estabilidad administrativa o el derecho de residencia⁹². Esta situación se ve agravada por otros factores de vulnerabilidad. Muchas mujeres llegan al Estado de acogida con escaso conocimiento del idioma, sin redes familiares o sociales de apoyo y con un conocimiento muy limitado de los mecanismos de protección a los que pueden acceder. A ello se añade que algunas proceden de contextos en los que la protección jurídica de los derechos de las mujeres es insuficiente o presenta importantes carencias. La concurrencia de todos estos factores dificulta el acceso efectivo a los recursos de protección y puede favorecer la permanencia en situaciones de violencia.

VI. CONCLUSIONES.

La reagrupación familiar constituye una manifestación esencial del derecho a la vida familiar reconocido por el Derecho de la Unión Europea y por los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Sin embargo, el análisis realizado demuestra

90 Para un análisis exhaustivo sobre todas las medidas legislativas adoptadas para proteger a la mujer migrante víctima de cualquier tipo de violencia, *vid.* AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: “La mujer”, *cit.*, pp. 433.

91 Art. 19.2 LOEx y art. 69.2.b) ROLEx.

92 *Vid.* AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: “Violencia contra”, *cit.*, pp. 4-5, donde la autora critica la excesiva vinculación entre protección administrativa y proceso penal en el régimen español de extranjería.

que su ejercicio efectivo dista de producirse en condiciones de igualdad y depende, en gran medida, del estatuto jurídico de la persona migrante. Frente al régimen privilegiado previsto para los ciudadanos de la Unión Europea y otros colectivos especialmente favorecidos, los nacionales de terceros Estados quedan sometidos al régimen general de la Directiva 2003/86/CE, caracterizado por la imposición de requisitos temporales, económicos y administrativos significativamente más restrictivos.

Si estas diferencias ya evidencian una protección desigual del derecho a la reagrupación familiar entre distintas categorías de migrantes, la perspectiva de género muestra que dicha desigualdad se intensifica en el caso de las mujeres migrantes. Los requisitos de estabilidad administrativa, recursos económicos suficientes o vivienda adecuada responden, en gran medida, a modelos de integración contruidos sobre trayectorias laborales tradicionalmente masculinizadas, caracterizadas por una mayor estabilidad económica y una menor carga de cuidados. Por el contrario, muchas mujeres migrantes desarrollan sus proyectos migratorios en contextos marcados por la precariedad laboral, la feminización de los cuidados y la dependencia económica, circunstancias que dificultan el cumplimiento de las condiciones exigidas para ejercer efectivamente el derecho a la reagrupación familiar.

Asimismo, la investigación evidencia que la reagrupación familiar puede convertirse en un factor de especial vulnerabilidad para las mujeres migrantes. La dependencia administrativa respecto del cónyuge reagrupante, junto con la falta de autonomía económica y de redes de apoyo, puede generar situaciones de subordinación, especialmente en casos de violencia de género o ruptura de la convivencia. Aunque la normativa europea y española ha reforzado los mecanismos de acceso a autorizaciones de residencia autónomas, siguen existiendo obstáculos que dificultan la plena autonomía jurídica y económica de muchas mujeres.

En definitiva, la investigación evidencia la existencia de una discriminación múltiple en el ámbito de la reagrupación familiar. Las mujeres migrantes se enfrentan simultáneamente a las restricciones propias del régimen de extranjería y a desigualdades estructurales asociadas al género, la situación socioeconómica, el origen nacional, el nivel formativo y las responsabilidades de cuidado. La acumulación de estos factores limita sus oportunidades reales de acceso y ejercicio de derechos y las sitúa en una posición de especial vulnerabilidad jurídica, económica y social.

Por todo ello, la perspectiva de género e interseccional debe incorporarse de manera transversal al Derecho de extranjería y a las políticas migratorias europeas. Solo así podrá garantizarse una protección efectiva del derecho a la vida familiar y del principio de igualdad material. La neutralidad formal de las normas resulta

insuficiente cuando sus efectos recaen sobre realidades marcadas por profundas desigualdades estructurales. En este contexto, avanzar hacia una reagrupación familiar verdaderamente inclusiva exige situar la igualdad efectiva de las mujeres migrantes en el centro de la respuesta jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: "Una visión general posible del Derecho Internacional privado de familia en la UE", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 17, enero-marzo 2018.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.:

- "El fenómeno migratorio en el contexto de la Unión Europea: el silencio ensordecedor que apaga el grito de los más vulnerables", *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 2, 2017.
- "La asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular a la luz de la STC 139/2016, de 21 de julio de 2016: universalidad vs. Gratuidad", *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 2, 2017.

ARNOSO, M., ARNOSO, A., MAZKIARA, M. y IRAZU, A.: "Mujer inmigrante y violencia de género: Factores de vulnerabilidad y protección social. Migraciones", *Revista del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*, núm. 32, 2012.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.:

- "Extranjería y violencia contra la mujer. Avances y aspectos pendientes del artículo 31 bis de la Ley Orgánica 4/2000", en AA.VV.: *Un Derecho Internacional Privado centrado en los derechos de las personas* (dir. G. PALAO MORENO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.
- "La mujer extranjera víctima de violencias, un estudio sobre la evolución de la extranjería y la protección internacional en la última década", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales, REEI*, núm. 46, dic. 2023.
- "Violencia contra las mujeres y extranjería. ¿Novedades desde Europa?", *Diario La Ley Unión Europea*, núm. 131, 2024.

BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I.: "La reagrupación familiar: complejidad y desigualdades del régimen jurídico actual", *Portularia*, 3, 2003.

ESPINOSA CALABUIG, R.: "La (olvidada) perspectiva de género en el Derecho internacional privado", *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, núm. 3, 2019.

GONZÁLEZ BEILFUSS, M.: "La reagrupación familiar de extranjeros inmigrantes en Cataluña", *Inmigración y transformación social en Cataluña*, vol. 2, 2007.

GONZÁLEZ FERRER, A.: "La reagrupación familiar en España algunas cifras para el debate", *Anuario CIDOB de la inmigración*, 2008.

GONZÁLEZ-FERRER, A.: "La inmigración por motivos familiares durante la crisis", *Anuario de la Inmigración en España*, CIDOB, Barcelona, 2014.

PARELLA RUBIO, S., PIQUERAS, C. y SPERONI T.: "¿Revirtiendo la violencia institucional de las mujeres migrantes en el servicio doméstico?", *Revista del Instituto Universitario De Estudios sobre Migraciones*, núm. 59, 2023.

PARELLA RUBIO, S.: *Mujer, inmigrante y trabajadora: la triple discriminación*, Anthropos, Barcelona, 2003.

PÉREZ OROZCO, A.: "Desigualdades a flor de piel. Cadenas globales de cuidados. Concreciones en el empleo de hogar y políticas públicas", ONU Mujeres, Madrid, 2011.

Quirós Fons, A.:

- *LA FAMILIA DEL EXTRANJERO: RÉGIMENES DE REAGRUPACIÓN E INTEGRACIÓN*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- "La nueva tarjeta azul frente al reto de atraer talento mejorando los derechos del inmigrante altamente cualificado", en AA.VV.: *Un Derecho Internacional Privado centrado en los derechos de las personas* (dir. G. PALAO MORENO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.

REIG FABADO, I.: "Violencia de género en la sustracción internacional de menores: ¿regulación insuficiente, infrutilizada o ambas cosas?", en AA.VV.: *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia* (dir. A. LARA AGUADO), Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

REY MARTÍNEZ, F.: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

RUIZ SUTIL, C.:

- "El reagrupamiento familiar como reconocimiento al extranjero del derecho a una vida familiar digna", en AA.VV.: *Inmigración y relaciones laborales: II Jornadas Andaluzas de Relaciones Laborales* (coord. F. ABAD MONTES y A. DELGADO PADIAL), Universidad de Granada, 2001.
- "La disolución del vínculo familiar de la extranjera musulmana y la posible pérdida de su estatus jurídico desde el derecho de extranjería", en AA.VV.: *Islam: pasado, presente y futuro: ¿Hacia una sociedad intercultural?*, Dykinson, 2016.

- "La movilidad intra-europea de las mujeres extranjeras irregulares víctimas de la violencia intrafamiliar: carencia de igualdad de género en la normativa de la Unión Europea", *La Ley Unión Europea*, núm. 83, 2020.
- "Migraciones y discriminación por razón de género las distintas violencias contra las mujeres y niñas en las normativas de extranjería y de protección internacional", *Revista Española de Derecho Internacional, REDI*, vol. 73, núm. 2, 2021.

SOTO MOYA, M.: "Derecho a la vida en familia: un difícil camino desde Marruecos", en AA.VV.: *Familia y sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes* (coord. M. MOYA ESCUDERO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ACCESIBILIDAD Y DIGITALIZACIÓN: EL DERECHO
FUNDAMENTAL DE ACCESO A LAS TECNOLOGÍAS DE
APOYO EN LA UNIÓN EUROPEA

*ACCESSIBILITY AND DIGITALIZATION: THE FUNDAMENTAL
RIGHT OF ACCESS TO ASSISTIVE TECHNOLOGIES IN THE
EUROPEAN UNION*

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 552-585

Isabel REIG
FABADO

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de junio de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2026

RESUMEN: El presente artículo analiza el marco jurídico de la Unión Europea respecto al derecho de acceso a las tecnologías de apoyo para personas con discapacidad ante la transformación digital. Se examina la convergencia regulatoria entre la Ley de Servicios Digitales y el Reglamento de Inteligencia Artificial, identificando cómo las barreras de accesibilidad y los sesgos algorítmicos constituyen riesgos sistémicos y operativos. Finalmente, se formulan observaciones y propuestas orientadas a garantizar la inclusión sustantiva y el diseño universal en el mercado único digital.

PALABRAS CLAVE: Reglamento de inteligencia artificial; ley de servicios digitales; personas con discapacidad; tecnologías de apoyo; accesibilidad universal; riesgo sistémico; sesgo algorítmico; capacitismo tecnológico; Derecho digital del riesgo.

ABSTRACT: This article analyzes the European Union legal framework regarding the right of access to assistive technologies for persons with disabilities in the context of digital transformation. It examines the regulatory convergence between the Digital Services Act and the Artificial Intelligence Act, identifying how accessibility barriers and algorithmic biases constitute systemic and operational risks. Finally, assessments and proposals are formulated to guarantee substantive inclusion and universal design within the digital single market.

KEY WORDS: Artificial intelligence act; digital services act; persons with disabilities; assistive technologies; universal accessibility; systemic risk; algorithmic bias; techno-ableism; digital risk regulation.

SUMARIO: I. EL DERECHO FUNDAMENTAL DIGITAL DE ACCESO A LAS TECNOLOGÍAS DE APOYO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- 1. Introducción.- 2. La nueva definición de discapacidad.- 3. El acceso a la tecnología de apoyo como un nuevo derecho fundamental digital.- 4. Género y discapacidad: la doble brecha discriminatoria de las mujeres con discapacidad.- II. MARCO NORMATIVO DE PROTECCIÓN EN EL ENTORNO DIGITAL: LA REGULACIÓN EUROPEA EN EL REGLAMENTO DE SERVICIOS DIGITALES (DSA) Y EN EL REGLAMENTO DE IA.- 1. Referencia al ordenamiento jurídico español de origen estatal y las propuestas legislativas en proceso de elaboración.- 2. Planteamiento y aplicación complementaria entre el Reglamento de servicios digitales (DSA) y el Reglamento de IA.- 3. Marco jurídico del Reglamento de Servicios Digitales (DSA).- 4. La regulación del Reglamento de Inteligencia Artificial (IA).- III. LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LAS TECNOLOGÍAS DE APOYO EN EL MARCO EUROPEO DE REFERENCIA.- 1. La vulneración del derecho de acceso a las tecnologías de apoyo en el Reglamento de Servicios digitales (DSA).- 2. La vulneración del derecho de acceso a las tecnologías de apoyo en el Reglamento de IA.- IV. CONCLUSIONES.

I. EL DERECHO FUNDAMENTAL DIGITAL DE ACCESO A LAS TECNOLOGÍAS DE APOYO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

I. Introducción.

La transformación digital global constituye una de las revoluciones tecnológicas y sociales más profundas de los últimos siglos. Su impacto ha sido universal, alcanzando de manera decisiva a las personas con discapacidad, para quienes las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) representan no solo una herramienta de inclusión, sino un factor determinante de autonomía, participación y ejercicio pleno de sus derechos fundamentales. La accesibilidad digital emerge, así, como una condición indispensable para la igualdad sustantiva en el siglo XXI¹. En efecto, la implantación de las tecnologías de la información y la comunicación ha revolucionado la vida de todos en general, pero particular y especialmente, la de aquellas personas con algún tipo de discapacidad física, sensorial o intelectual. Desde facilitar tareas sencillas y de apoyo, hasta la posibilidad de comunicación oral con la propia voz, para personas que no la tenían o la habían perdido, así como la recuperación o iniciación de la capacidad auditiva, con el impacto que ha supuesto el implante auditivo coclear. Por no referir la accesibilidad generalizada

1 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. A/77/203. *Informe del Secretario General sobre la accesibilidad y la inclusión digital*. Nueva York, 2022.

• Isabel Reig Fabado

Profesora Titular de Dipro. en la Universitat de València, centra su actividad científica en la digitalización europea, la perspectiva de género, la sustracción de menores, la extranjería y el comercio internacional. Ha participado en más de veinte proyectos de investigación, siendo investigadora principal en tres de ellos, y ha dirigido un Módulo Jean Monnet sobre política migratoria europea. Su producción académica incluye diversas ponencias, artículos especializados y la dirección de un libro colectivo sobre derechos fundamentales. En el ámbito internacional, ha completado estancias de investigación en el Max Planck de Hamburgo, el Institute of Advanced Legal Studies de Londres, la Sorbona de París y la Universidad de Nueva York, además de ser *visiting scholar* en la Universidad de Virginia. Correo electrónico: isabel.reig@uv.es.

para personas sin visión con la asistencia de la IA que ha favorecido su autonomía real y su proyección, tanto social, como profesional. Ejemplo palmario de ello ha supuesto el desarrollo con IA de la comunicación bidireccional para las personas con sordoceguera que conlleva todo un cambio de paradigma, con la posibilidad de comunicación directa e inmediata sin necesidad de intérpretes humanos especializados. De modo que estas innovaciones han permitido superar barreras históricas en el acceso a la comunicación, la educación, el trabajo y la cultura, configurando un nuevo paradigma de inclusión social². A mayor abundamiento, estos avances tecnológicos que mejoran la vida de las personas de manera exponencial conforman una dimensión de importancia mayor, con carácter general, la accesibilidad y la digitalización de las personas con diversidad funcional, cuya manera de abordarla nos define como sociedad en relación con un colectivo de personas numeroso y sometido a todo tipo de dificultades³.

En efecto, si cruzamos los datos del Banco Mundial, OMS y la Cátedra de brecha digital y diversidad funcional⁴ el resultado es, cuando menos, doble. Por un lado, se trata de un colectivo poblacional muy amplio, de modo que las personas que viven alguna situación de discapacidad física, sensorial o intelectual en el mundo suponen un colectivo de 1000 millones de personas, esto es, un 15 por ciento de la población global⁵. Concretamente, en España, aproximadamente, las personas con diversidad funcional son un 10 por ciento de la población, esto es, 4,3 millones⁶. Sin embargo, esta circunstancia convive con un fenómeno simultáneo: un avance desigual que perpetúa o, incluso, amplifica las brechas estructurales ya existentes. Efectivamente, la aplicación de otras cifras específicas a este gran colectivo indica la existencia de brechas, que no son solo de carácter digital, sino también económica y de género, entre otras⁷. De modo que esta exclusión tecnológica es interseccional con otras desigualdades, especialmente con la brecha económica y la brecha de género⁸, entre otras vulneraciones de los derechos fundamentales⁹. En este sentido y por lo que se refiere a la brecha digital en

2 OMS, ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Global Report on Assistive Technology*. Ginebra, 2022.

3 SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: "El respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona discapacitada como manifestación de su derecho a la dignidad personal", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 44, 2024.

4 Cátedra de brecha digital y diversidad funcional de la UPV. <https://upv.es/la-catedra/>. (consultado el 6 de marzo de 2026).

5 Banco Mundial & OMS. *World Report on Disability*. Ginebra. 2011. Vid. <https://www.bancomundial.org/es/topic/disability> (consultado el 6 de marzo de 2026).

6 Instituto Nacional de Estadística (INE). Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia (EDAD). Madrid, 2023.

7 BAJO GARCÍA, I.: "Digitalización, competencias digitales y nuevas formas de empleo: propuestas para una transición hacia un empleo digital inclusivo frente a la brecha digital laboral", en AA.VV.: *Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022.

8 ONU Mujeres. *La igualdad de género y la inclusión digital*. Declaración de posición de la CSW o el informe de ONU Mujeres sobre Innovación y Cambio Tecnológico. Nueva York, 2021.

9 Por lo que se refiere a la tutela judicial efectiva o el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, vid., por todos, ESPLUGUES MOTA, C.: "Discapacidad y acceso a la justicia: el supuesto del arbitraje comercial

relación con este sector de la población de las personas con discapacidad, a nivel mundial, el 62 por ciento tiene dificultades de acceso a internet, el 30 por ciento no tiene disponibilidad de internet y el 4 por ciento no tiene acceso a red¹⁰. Ello teniendo en cuenta que solo el 2 por ciento de los 2000 millones de sitios web que existen son accesibles para todos. A la brecha digital debe añadirse, seguramente bajo una relación de causalidad, la brecha económica. Piénsese que, por ejemplo, en España, únicamente el 25 por ciento de personas con discapacidad en edad activa cuenta con un trabajo¹¹, lo que reduce sus posibilidades y aumenta todavía más su dependencia. En tercer lugar, no se puede perder de vista la desigualdad de género. En este sentido, los datos indican que la proporción es de doble a mitad (2 a 1) en favor de los hombres respecto a las mujeres. Por ejemplo, en cuanto al acceso a prótesis diseñadas específicamente para hombres, o incluso la falta de reconocimiento de capacidad jurídica de las mujeres¹².

Todas estas dificultades no hacen sino aumentar las barreras y dificultades que estas personas sufren ya de partida y, en definitiva, aumentar su vulnerabilidad y multiplicar su exclusión. Cuando se refieren las barreras de accesibilidad o los obstáculos de digitalización o la usabilidad de personas con diversidad funcional no pueden obviarse estos datos transversales que, desde un punto de vista jurídico, nos sitúan en una cuestión de interés público, de bien común. En este sentido y desde un punto de vista jurídico normativo, la accesibilidad digital se configura como una cuestión de interés público y de bien común, vinculada al mandato de igualdad y no discriminación reconocido en los tratados internacionales de derechos humanos. Los informes del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), de Naciones Unidas¹³ y de la Comisión Europea convergen en la necesidad de considerar la accesibilidad tecnológica no solo como una obligación ética o técnica, sino como un componente estructural de los derechos humanos¹⁴.

internacional", *Bitácora Millennium Dipr.*, núm. 21, enero-julio de 2025, 39 pp. En relación con el 70° período de sesiones anuales de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de Naciones Unidas (CSW70), celebrado en Nueva York, del 9 al 19 de marzo de 2026, cuya acción número 5 está directamente relacionada al afirmar: "utilizar la tecnología y los datos para hacer el bien. Con innovación y colaboración, nuestras leyes pueden impartir justicia con mayor eficacia. Luchar contra el sesgo algorítmico y el abuso en línea, combatir la información falsa y la desinformación, ampliar los datos de género y cerrar la brecha de género en el ámbito digital".

10 CERMI. Informe sobre brecha digital y discapacidad. Madrid, 2020.

11 Vid. <https://www.rpdiscapacidad.gob.es/discapacidad-derechos-humanos/enfoque.htm>, consultado el 1 de marzo de 2026 y CERMI Mujeres. *La situación laboral de las mujeres con discapacidad en España*. Madrid, 2022.

12 Fundación Cermi (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad) Mujeres. Vid. <https://fundacioncermimujeres.es/> (consultado el 6 de marzo de 2026).

13 COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: *Comentario General núm. 6 sobre la igualdad y la no discriminación (artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad)*, Naciones Unidas, Ginebra, 26 de abril de 2018.

14 NACIONES UNIDAS. *Informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre la inclusión digital*. Al HRC/40/54. Nueva York, 2019.

En definitiva, las personas con diversidad funcional se erigen, como hemos visto, como un grupo muy amplio y especialmente vulnerable. Y por esta razón el derecho a la tecnología de apoyo se configura como un Derecho humano fundamental. Y este Derecho refiere, no solo la accesibilidad y adaptabilidad (así como la usabilidad *on line*), sino también a la provisión de herramientas adaptativas y tecnologías inclusivas. Lo que de manera más general se ha dado en denominar la alfabetización digital y el diseño universal de plataformas. No cabe duda de que la eliminación de obstáculos para la digitalización plena y real de personas con discapacidad favorece la eliminación, o cuando menos, la minoración, de otras brechas señaladas como la económica y la de género¹⁵.

Los distintos informes existentes de Naciones Unidas, del Cermi, de la Comisión Europea y de la Estrategia de la Unión 2021-30, junto a la Ley europea de accesibilidad (la Directiva 2019/1882, concretamente, en su art. 3.1) proponen un cambio de perspectiva. Un enfoque que ha evolucionado desde la protección de las personas con diversidad funcional, hacia su autonomía¹⁶. De modo que asistimos, como se verá, a una nueva definición de discapacidad.

La plasmación efectiva de esta inclusión sustantiva en el mercado único europeo exige un análisis minucioso de la reciente convergencia regulatoria establecida por las autoridades comunitarias, que articula una respuesta normativa integral frente a las externalidades negativas de la sociedad de la información. Este marco normativo tiene su pilar fundamental en el Reglamento (UE) 2022/2065, conocido como el Reglamento de Servicios Digitales o DSA¹⁷, el cual introduce un enfoque basado en los derechos fundamentales dentro del entorno virtual y aborda de forma directa las garantías de las personas con discapacidad a través de mandatos transversales de accesibilidad digital de obligado cumplimiento para las plataformas de intermediación. No obstante, la arquitectura de la supervisión pública europea no se agota en la ordenación de los prestadores de servicios, sino que se complementa y profundiza a través del Reglamento (UE) 2024/1689, o Reglamento de Inteligencia Artificial (IA)¹⁸, norma que instaura una normativa

15 VALERO DUBOY, M. A.: "Tecnología Accesible por derecho", en AA.VV.: *Era digital y personas mayores, con discapacidad y menores: vulnerabilidades y oportunidades* (Dir. I. SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA), Aranzadi, Madrid, 2025.

16 NACIONES UNIDAS. DERECHOS HUMANOS. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO: *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006*. Guía de formación. Serie de capacitación profesional N° 19, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2014, p. 11.

17 Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales) (Texto pertinente a efectos del EEE), DOUE, de 27 de octubre de 2022, L 277, pp. 1-102. Aunque el Reglamento entra plenamente en vigor el 17 de febrero de 2024, se aplicaba con anterioridad a las plataformas en línea de muy gran tamaño y buscadores en línea de muy gran tamaño designadas como tales por la Comisión. Vid. CASTELLÓ PASTOR, J. J.: "Análisis del Reglamento (UE) y su interrelación con otras normas de la Unión Europea", Aranzadi, 2024.

18 Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas sobre la inteligencia artificial y se modifican los Reglamentos (CE) 300/2008, (UE) 167/2013, (UE) núms. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las

basada en los niveles de riesgo y proyecta exigencias estrictas sobre el diseño, los datos de entrenamiento y la operatividad de los modelos predictivos avanzados. El objeto de este estudio se ciñe, por tanto, al planteamiento y delimitación analítica de este doble engranaje jurídico, examinando las disposiciones clave de ambas normas para comprender cómo se regula la autonomía de los usuarios con diversidad funcional y compatibilizar los entornos virtuales con las tecnologías de apoyo existentes, frente a las nuevas dinámicas del riesgo tecnológico¹⁹.

La tesis de este trabajo se centra en conectar esta afección masiva de derechos fundamentales con la regulación de la UE en materia de servicios digitales e inteligencia artificial con el afán de aplicar un marco normativo de protección de derechos digitales de las personas con discapacidad en la UE. En este sentido la Unión Europea ha sido consciente de los riesgos graves que pueden sufrir, desde las grandes plataformas digitales y con la incidencia de la IA, los derechos fundamentales que puedan afectar a este colectivo de personas con diversidad funcional. Ello se ve, como veremos, tanto en el Reglamento sobre servicios digitales, como en el relativo a inteligencia artificial, donde trata de aplicar los denominados riesgos sistémicos y donde prevé, como veremos, obligaciones adicionales de diligencia debida, por parte de las grandes plataformas digitales, en relación concreta con el colectivo de personas que viven con algún tipo de discapacidad.

2. La nueva definición de discapacidad.

La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), aprobada por la OMS en 2001, es un marco conceptual plural y estandarizado para describir la salud y los estados relacionados con ella²⁰. Cambia el enfoque de la enfermedad hacia el funcionamiento humano, definiendo la discapacidad como una interacción entre la condición de salud de una persona y sus factores contextuales (ambientales y personales). Asistimos, sin duda, a la configuración de un nuevo concepto de discapacidad que, lejos de situar tradicionalmente el foco en la propia circunstancia de discapacidad (física, psíquica o sensorial), lo traslada hacia las dificultades y obstáculos que existen para el pleno ejercicio de los derechos de estas personas que viven alguna situación de discapacidad. Es el sistema el que presenta obstáculos que impiden el acceso a los derechos de las personas con diversidad funcional y, lógicamente, el objetivo

Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial o RIA). Vid. por todos, DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: "Propuesta de Reglamento sobre inteligencia artificial", *La Ley Unión Europea*, núm. 92, 2021.

19 FIORUCCI, M. y BEVILACQUA, A.: "Rethinking Artificial Intelligence for inclusion and disability support: a legal and pedagogical paradigm shift", *Journal of Inclusive Methodology and Technology in Learning and Teaching/ Giornale Italiano di Educazione alla Salute, Sport e Didattica Inclusiva*, vol. 5, núm. 1, 2025, pp. 142-158.

20 Vid. https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/43360/9241545445_spa.pdf, consultado el 14 de marzo de 2026.

prioritario consiste en la eliminación de estas barreras para la consecución del pleno ejercicio de sus derechos.

En este sentido, el art. 1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 2006, es claro al afirmar que: “(el) propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Así, la Directiva (UE) 2019/882, conocida como la *Ley Europea de Accesibilidad*, acoge esta definición y proyecta sus objetivos sobre esta base²¹. Esta Directiva y la *Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2021/2030*²² establece, pues, un cambio de paradigma: el tránsito de una lógica asistencialista a un enfoque basado en la autonomía personal y la eliminación activa de barreras.

Esta transformación pretende garantizar la participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con el resto de personas, de este colectivo. Un conjunto de ciudadanos que, de acuerdo con el art. 1, párrafo segundo, del texto convencional, cuentan con “deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo”, y que según el art. 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión²³, tienen pleno derecho “a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”. Un principio que se reproduce en el reformado art. 49.1 de la Constitución española, como se verá, que reconoce a las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos “en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas”.

21 El Considerando 3 de la Directiva establece que: “(la) presente Directiva define el concepto de personas con discapacidad en consonancia con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en lo sucesivo, «Convención»), adoptada el 13 de diciembre de 2006, en la que la Unión es Parte desde el 21 de enero de 2011 y que ha sido ratificada por todos los Estados miembros. En la Convención se declara que las personas con discapacidad «incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». La presente Directiva promueve su participación equitativa, plena y efectiva, mediante la mejora del acceso a los principales productos y servicios que, bien mediante su concepción inicial, bien mediante su posterior adaptación, están dirigidos a las necesidades especiales de las personas con discapacidad”.

22 COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030, Bruselas, 3.3.2021, COM (2021) 101 final.

23 DOUE C 83, de 30.3.2010.

Este cambio de perspectiva implica la responsabilidad pública de la eliminación de todos los obstáculos, bien físicos, bien de cualquier otra índole, con el fin de evitar la discriminación de las personas con discapacidad en el acceso a sus derechos.

3. El acceso a la tecnología de apoyo como un nuevo derecho fundamental digital.

Bajo esta perspectiva, y bajo lo expuesto, el acceso a la tecnología de apoyo digital se configura como un elemento clave para el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, pues, en mayor medida, supone la herramienta más eficaz y avanzada en la eliminación de obstáculos y barreras existentes para las personas con diversidad funcional. En este sentido, la Directiva 2019/882 es clara al afirmar que “se precisa una acción concertada para garantizar que los contenidos electrónicos, los servicios de comunicaciones electrónicas y el acceso a los servicios de comunicación audiovisual estén plenamente disponibles para las personas con discapacidad. Por consiguiente, es necesario armonizar los requisitos de accesibilidad en todo el mercado único digital y garantizar que todos los ciudadanos de la Unión, independientemente de su capacidad, puedan disfrutar de sus beneficios”²⁴.

Si volvemos al ejemplo de las personas con sordoceguera, el desarrollo de sistemas de IA para la comunicación bidireccional permite la traducción inmediata de señal sonora a *Braille* y viceversa lo que supone un acceso directo e inmediato a la comunicación interpersonal que, hasta este momento, requería, necesariamente, la intervención de un intérprete humano especializado. El acceso a la tecnología de apoyo se configura pues como un nuevo derecho fundamental digital que elimina directamente, las barreras existentes, en este caso, para la comunicación interpersonal inmediata, directa y autónoma.

La normativa citada, tanto la Directiva europea sobre Accesibilidad, como la a Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adoptada el 13 de diciembre de 2006, en la que la Unión es parte desde el 21 de enero de 2011 y que ha sido ratificada por todos los Estados miembros, animan a los Estados miembros a promover el desarrollo de las tecnologías de apoyo. En concreto, el considerando 14 de esta Directiva establece que: “la Convención pide a las Partes en ella que emprendan o promuevan la investigación y el desarrollo y que promuevan la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, entre ellas las tecnologías de la información y de las comunicaciones, así como ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad. La Convención pide asimismo que se dé prioridad a las tecnologías asequibles”.

24 Vid. el considerando núm. 19 de la Directiva 2019/882.

En definitiva, si el objetivo supone la eliminación de barreras y obstáculos y la tecnología de apoyo a la accesibilidad y usabilidad digital se erige como la herramienta más eficaz y avanzada para su consecución, puede afirmarse la configuración del acceso a la tecnología de apoyo como un nuevo derecho fundamental digital. Un derecho fundamental que compromete el pleno ejercicio de sus derechos a un colectivo de mil millones en el mundo, el 15 por ciento de la población global.

4. Género y discapacidad: la doble brecha discriminatoria de las mujeres con discapacidad.

Los aspectos relativos a la mujer con discapacidad requieren una mención específica debido a la existencia de la denominada como *doble brecha de género*.

En efecto, después de observar las cifras relativas a las personas con diversidad funcional resulta necesario un enfoque interseccional discapacidad/género. En efecto, y según *UN Women*, una de cada cinco mujeres en el mundo vive con discapacidad²⁵. Esto hace un total de 500 millones de mujeres con diversidad funcional y en España, según el *CERMI Mujeres*, abarca a 2,5 millones de mujeres en nuestro país (un 58,6 de las personas con discapacidad en España).

Tanto Naciones Unidas, como *Cermi Mujeres*, convergen en que las mujeres con discapacidad enfrentan una doble discriminación, tanto por género, como por discapacidad. Y ello implica, no tanto una suma, como un efecto multiplicador de la suma de ambas circunstancias. A mayor abundamiento, también puede considerarse la brecha económica pues en términos salariales y según los datos de *Cermi Mujeres*, la tasa de desempleo de las mujeres con discapacidad es del 76,2 por ciento (frente al 48 por ciento de las mujeres sin discapacidad). A ello debe añadirse que *UN Women* estima que la ratio de pobreza de este colectivo es del 20 por ciento.

Cermi Mujeres añade un dato estremecedor de 2023 en el que afirma que el 65 por ciento de las mujeres con discapacidad ha sufrido violencia sexual en algún momento de sus vidas y que en ese año en España supusieron el 10 de las víctimas mortales de violencia machista. Los datos legales en relación con la respuesta institucional son, asimismo, alarmantes. Según *UN Women*, en datos de 2022, de 190 países, solo el 27 por ciento aborda las mujeres con discapacidad en las leyes sobre violencia de género y solo el 9 por ciento de estos países garantiza medidas de protección y servicios de asistencia para mujeres con discapacidad supervivientes de violencia de género. Básicamente, y según los datos de un

²⁵ Vid. <https://www.unwomen.org/en/what-we-do/women-and-girls-with-disabilities>, consultado el 16 de marzo de 2026.

Informe de NNUU de 2025, los problemas más acuciantes de las mujeres con discapacidad se centran en tres aspectos, a saber, la limitación de los derechos reproductivos, la brecha digital y la escasa participación política.

En efecto, por lo que respecta a la limitación de los derechos reproductivos, no puede olvidarse que se trata de una cruda realidad en la actualidad. En España, desde 2020 y tras la reforma del art. 156 CP, se han prohibido las esterilizaciones forzadas de mujeres con discapacidad. Pero no puede perderse de vista que, en la actualidad, en la Unión Europea, y pese a la Directiva 2024/1385, todavía hay Estados miembros que prevén en sus legislaciones las esterilizaciones forzadas de mujeres con discapacidad (como, por ejemplo, en Portugal -actualmente bajo reforma legislativa-, República Checa y Hungría).

De modo que la brecha digital de las mujeres con discapacidad pues se erige como una nueva frontera de la desigualdad. En efecto, las cifras generales de las personas con discapacidad en su acceso a la tecnología, según la OMS, muestran que el 62 por ciento de estas personas tienen dificultades de acceso a internet. Asimismo, un 30 por ciento carece de dispositivo digital y un 4 por ciento no tienen ningún tipo de acceso a internet. Los datos de *Cermi Mujeres* añaden que la ratio discriminatoria es de 2 a 1 en contra de las mujeres con discapacidad. Y ejemplos claros de ello lo suponen la fabricación de prótesis (diseñadas para fisiología masculina a las que las mujeres deben adaptarse) o la falta de reconocimiento de capacidad jurídica.

Las propuestas para tratar de mitigar estas desigualdades pasan por el desarrollo de un sistema fiable de recopilación de datos (con realización de auto test o cuestionarios) por entidades oficiales, así como la elaboración de códigos de conducta y buenas prácticas para el establecimiento de estándares éticos con un enfoque de protección y garantía de derechos humanos. También resulta necesario incluir la protección y la mitigación de la desigualdad en las agendas legislativas y en las políticas²⁶. Asimismo, se propone la inclusión de este tema y sus medidas de protección en la planificación de dotación económica y presupuestos públicos. Finalmente, y con enorme importancia, también se señala la necesidad de incluir a las mujeres de este colectivo en las comisiones de decisión sobre las medidas a adoptar. Circunstancia que se ha dado en denominar “por ellas, pero con ellas”.

26 NACIONES UNIDAS: *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 70/1, Nueva York, 25 de septiembre de 2015.

II. MARCO NORMATIVO DE PROTECCIÓN EN EL ENTORNO DIGITAL: LA REGULACIÓN EUROPEA EN EL REGLAMENTO DE SERVICIOS DIGITALES (DSA) Y EN EL REGLAMENTO DE IA.

I. Referencia al ordenamiento jurídico español de origen estatal y las propuestas legislativas en proceso de elaboración.

El contexto legislativo español en la materia resulta, de algún modo, por la comparativa, y siempre mejorable, esperanzador. En efecto, con carácter reciente, además de la Ley general de discapacidad de 2013, la Ley integral de igualdad de trato de 2022 y las medidas de protección contra la violencia de género de 2004, se han realizado una serie de reformas legislativas y de propuestas de calado, actualmente en tramitación, por lo que respecta a los derechos fundamentales de las mujeres con discapacidad. En este sentido, en 2024 se reformó el art. 49 de la Constitución española de 1978 en esta materia²⁷. Además, en 2020 se prohibieron en España las esterilizaciones forzadas de mujeres con discapacidad²⁸

27 El análisis de la reforma exige partir de sus antecedentes inmediatos. En 2018, el Gobierno aprobó un Anteproyecto de modificación del art. 49 de la Constitución Española, que fue sometido al dictamen preceptivo del Consejo de Estado en 2019. Con posterioridad, en mayo de 2021, el Consejo de Ministros aprobó el correspondiente Proyecto de reforma, orientado a reforzar el marco de protección y garantía de los derechos de las personas con discapacidad en España. Sin embargo, el impulso definitivo de la reforma se produjo a través de la proposición registrada en diciembre de 2023 por los principales grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados —Popular y Socialista—, en un contexto en el que la incidencia del movimiento asociativo de la discapacidad resultó decisiva para situar esta cuestión en el centro de la agenda institucional. Posteriormente, el Senado de España ratificó el texto y fue publicado en el Boletín Oficial del Estado el 17 de febrero del mismo año, fecha en la que entró en vigor. En cuanto a su contenido, la reforma introduce modificaciones de notable alcance, especialmente visibles en la comparación entre la redacción anterior y la vigente del art. 49. El texto originario empleaba la expresión “disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”, mientras que la nueva formulación adopta el término “personas con discapacidad”, lo que implica la superación de una terminología obsoleta y estigmatizante, sustituyéndola por un lenguaje acorde con los principios actuales de dignidad, inclusión y respeto. Asimismo, el nuevo precepto reconoce el ejercicio de los derechos en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas, e impone a los poderes públicos el deber de promover políticas orientadas a garantizar la autonomía personal y la plena inclusión social en entornos universalmente accesibles. De igual modo, incorpora una atención específica a las necesidades de las mujeres y de los menores con discapacidad, evidenciando la incorporación de un enfoque interseccional en el diseño normativo. Finalmente, conviene precisar que el art. 49 se integra en el Capítulo III del Título I de la Constitución Española, relativo a los principios rectores de la política social y económica. Estos principios no constituyen derechos subjetivos directamente exigibles ante los tribunales, sino que operan como mandatos dirigidos a los poderes públicos, orientando tanto la producción legislativa como la actuación administrativa y judicial. En consecuencia, su efectividad queda condicionada al desarrollo normativo posterior, que deberá dotar a la reforma de instrumentos concretos y garantías suficientes para asegurar una protección real y efectiva de los derechos de las personas con discapacidad. Vid. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2024-3099>. Consultado el 12 de marzo de 2026.

28 La Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, eliminó del ordenamiento jurídico español la posibilidad de practicar esterilizaciones forzadas o sin consentimiento a personas con discapacidad sometidas a incapacitación judicial, entrando en vigor el 18 de diciembre de 2020. Esta reforma respondió a una realidad extendida, como evidencian los datos del Consejo General del Poder Judicial, que cifran en más de un millar las intervenciones realizadas en la última década, con una incidencia predominante en mujeres, así como las estimaciones del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad. El objetivo esencial de la norma fue corregir la incompatibilidad entre la regulación interna previa y los compromisos internacionales asumidos por España, especialmente los derivados de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y del Convenio de Estambul, que reconocen el derecho a la autonomía reproductiva y prohíben expresamente las esterilizaciones no consentidas. Desde una perspectiva normativa, la reforma se articula mediante la supresión del precepto del Código Penal que eximía de responsabilidad penal estas prácticas cuando mediaba autorización judicial, así como la derogación del procedimiento que permitía su validación. Asimismo, se establece la nulidad de los procedimientos en

En la actualidad, se encuentra en proceso de elaboración la reforma de la Ley de dependencia y discapacidad, así como la elaboración de la Ley de reparación de víctimas de esterilización forzada presentada por *Cermi Mujeres*.

La reciente iniciativa de reforma de la Ley de Dependencia y de la Ley General de Discapacidad, aprobada en el Consejo de Ministros a propuesta del Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030, plantea una revisión profunda del sistema actual de atención a la dependencia y a la discapacidad. Sin embargo, a pesar de su trascendencia, dicha propuesta no ha registrado progresos relevantes en su tramitación parlamentaria, lo que pone de manifiesto las dificultades estructurales inherentes a este tipo de modificaciones normativas y su aplicación²⁹.

El anteproyecto incorpora una alteración significativa del paradigma tradicional, históricamente definido por un enfoque asistencial, para situar en el núcleo la autonomía individual, la dignidad y el respeto por las decisiones de las personas en situación de dependencia o con discapacidad. En esta línea, se subraya la necesidad de integrar de forma transversal principios como la accesibilidad universal, la perspectiva de género y la atención específica a la infancia, en consonancia con marcos internacionales como los establecidos en la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad³⁰.

En consecuencia, aunque la reforma proyectada representa un avance significativo en términos conceptuales y jurídicos, su implementación efectiva requiere un compromiso sólido en materia de financiación y coordinación institucional, sin el cual difícilmente podrá alcanzarse el objetivo de consolidar un sistema de cuidados basado en derechos, equidad y dignidad³¹.

curso o no ejecutados a la entrada en vigor de la ley, restituyendo la capacidad de decisión de las personas afectadas. Vid. la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente, Publicado en el BOE, núm. 328, de 17/12/2020. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-16345>. Consultado el 12 de marzo de 2026.

29 DE VERDA y BEAMONTE, J. R.: "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021 de 2 de junio en materia de discapacidad", *Diario la Ley*, Sección Dossier, núm. 10021, 3 de marzo de 2022.

30 NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL: Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada el 13 de diciembre de 2006 en Nueva York, Naciones Unidas, entrada en vigor el 3 de mayo de 2008. Vid. <http://Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad>, consultado el 9 de febrero de 2026.

31 Vid. Proyecto de Ley por la que se modifican el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, para la extensión y refuerzo de los derechos de las personas con discapacidad a la inclusión, la autonomía y la accesibilidad universal conforme al art. 49 de la Constitución Española, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A Proyectos de Ley, núm. 64-I, Proyecto 121/000064, 24 de julio de 2025, 55 pp. https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-64-I.PDF. Consultado el 10 de marzo de 2026. La propuesta pretende optimizar el funcionamiento del sistema mediante la supresión de incompatibilidades entre prestaciones económicas y servicios, así como la agilización de los procedimientos administrativos, con el propósito de asegurar un acceso más eficiente y efectivo a los derechos reconocidos. Esta reconfiguración se acompaña de una concepción global del sistema de atención a la dependencia, orientada a la unificación de estándares básicos en todo el territorio nacional, de manera que se garantice una cobertura equitativa y adecuada

En cuanto a la la Ley de reparación de víctimas de esterilización forzada presentada por *Cermi Mujeres*, durante más de tres décadas el sistema jurídico español permitió la práctica de esterilizaciones en personas con discapacidad sometidas a tutela judicial sin requerir su consentimiento expreso, libre e informado. Esta circunstancia propició la realización de numerosas intervenciones de carácter irreversible, con una incidencia especialmente acusada en mujeres y niñas con discapacidad, lo que pone de manifiesto un marcado componente de desigualdad de género en su aplicación. La reforma del Código Penal llevada a cabo en diciembre de 2020 supuso la supresión definitiva de estas prácticas y la adaptación del ordenamiento español a los estándares internacionales en materia de derechos humanos. Sin embargo, esta modificación normativa no ha dado respuesta a la situación de quienes fueron objeto de dichas intervenciones. En consecuencia, subsiste una deuda histórica con las personas afectadas, cuya realidad exige la adopción de medidas basadas en los principios de esclarecimiento, equidad, reparación integral y garantías de no reiteración, en consonancia con la citada nueva redacción del art. 49 de la Constitución Española.

En este contexto, la Fundación Cermi Mujeres ha impulsado esta propuesta normativa específica destinada al reconocimiento, resarcimiento e indemnización de las víctimas de esterilización forzada o sin consentimiento por motivos de discapacidad³². Esta iniciativa parte de la premisa de que la legitimidad jurídica de una práctica en un determinado momento histórico no elimina su carácter lesivo ni exonera al Estado de su responsabilidad institucional. La propuesta adopta una perspectiva global, incorporando medidas orientadas tanto al reconocimiento formal de las víctimas como a la implementación de mecanismos efectivos de restitución. Entre ellas se contemplan la formulación de disculpas institucionales, el establecimiento de compensaciones económicas, el acceso a recursos de recuperación —incluyendo atención médica y acompañamiento psicológico—,

con independencia del lugar de residencia. De forma paralela, se impulsa un enfoque comunitario que supera la visión individual de las cargas de cuidado, promoviendo la creación de redes de apoyo y la consolidación del cuidado como un derecho social. Este planteamiento implica no solo la transformación de los servicios existentes, sino también la incorporación de ajustes razonables que faciliten a las personas desarrollar su proyecto de vida en condiciones de igualdad real. Un aspecto clave de la reforma radica en el reconocimiento del papel de quienes prestan cuidados, tanto en el entorno familiar como en el ámbito profesional. Se prevé la introducción de prestaciones específicas para los cuidados no profesionalizados y la adopción de medidas dirigidas a mejorar las condiciones laborales de un sector altamente feminizado y frecuentemente precarizado. La profesionalización del ámbito de los cuidados, junto con la garantía de derechos laborales y de salud, se presenta como un elemento esencial para la sostenibilidad del sistema. No obstante, la viabilidad de esta transformación normativa se encuentra condicionada por un factor determinante: la financiación. La experiencia derivada de la aplicación de la legislación vigente evidencia que la insuficiencia de recursos ha limitado su desarrollo efectivo. El nivel de inversión en dependencia en España continúa situándose por debajo de la media europea, lo que, unido al desequilibrio en la cofinanciación entre el Estado y las comunidades autónomas, compromete la aplicación real de los derechos reconocidos. En este contexto, aprobar normas sin una asignación presupuestaria adecuada no solo resulta ineficaz, sino que perpetúa situaciones de desigualdad y desprotección, como reflejan los retrasos en el reconocimiento de prestaciones y el elevado número de personas que fallecen sin haber accedido a ellas.

32 Vid. <https://fundacioncermimujeres.es/entries/fundacion-cermi-mujeres-lleva-al-congreso-su-ley-de-reparacion-a-victimas-de-esterilizacion-forzada>. Consultado el 10 de marzo de 2026.

así como la promoción de políticas públicas de memoria y concienciación social. Del mismo modo, se prevé la adopción de salvaguardas que aseguren la no repetición de estas prácticas. Destaca, por su relevancia simbólica y jurídica, la previsión de declarar la invalidez de las resoluciones judiciales que autorizaron dichas esterilizaciones, con el propósito de restablecer la dignidad de las víctimas y reafirmar la incompatibilidad de tales decisiones con los estándares actuales en materia de derechos humanos.

En definitiva, esta propuesta pretende, asimismo y como se ha visto, la consolidación de un modelo social basado en la autonomía, la igualdad efectiva y el respeto a la dignidad humana. Desde esta perspectiva, la resolución de esta cuestión va más allá de la mera prohibición normativa, y aborda el necesario reconocimiento del perjuicio ocasionado y la adopción de medidas que garanticen su no reiteración en el futuro.

2. Planteamiento y aplicación complementaria entre el Reglamento de servicios digitales DSA y el Reglamento de IA.

En atención a lo expuesto con anterioridad, el punto de partida se centra en un nuevo derecho fundamental digital para las personas con algún tipo de discapacidad que es el derecho de acceso a las tecnologías de apoyo, donde, como se ha expuesto, el panorama del ordenamiento jurídico español es, al menos y como se ha visto, prometedor; aunque sea por comparación con las legislaciones de otros Estados miembros.

El objeto de análisis de este trabajo consiste en observar cómo se articula el que hemos denominado tras lo expuesto como nuevo derecho fundamental digital a las tecnologías de apoyo para las personas con discapacidad en los dos instrumentos reguladores de la Unión Europea de referencia: el Reglamento de Servicios Digitales (DSA) y el Reglamento de Inteligencia artificial (IA). Y ello con el objeto, no solo de constatar su tratamiento específico en ambos instrumentos, sino también, con la intención de valorar la posibilidad de considerar como riesgo sistémico la vulneración de este derecho por su afección masiva a las personas con discapacidad que viven en la Unión Europea. Un colectivo, como se ha visto, que se estima de 1000 millones de personas en el mundo y que, en particular, afecta, en la UE, al 25 por ciento de la población, esto es, aproximadamente, a 100 millones de personas. La cuestión consiste en que la valoración de esta infracción como riesgo sistémico implica una serie de obligaciones adicionales de diligencia debida para los grandes operadores digitales, con el objeto de investigar y mitigar este riesgo.

En este contexto jurídico y, en particular, en relación con ambos instrumentos normativos, tanto el Reglamento de Servicios Digitales (DSA), como el

Reglamento de Inteligencia Artificial (IA) abordan los riesgos sistémicos vinculados a la consecución de un entorno digital seguro y equitativo. De este modo, resulta necesario el establecimiento de una regulación de control en relación con la reducción y supresión de contenidos digitales ilícitos, así como la protección del usuario.

Lo cierto es que las grandes plataformas digitales actúan como intermediarias entre los distintos usuarios, desempeñando una función permanente de control de acceso que puede derivar en una relación de dependencia respecto del resto de operadores digitales³³. En efecto, tanto las plataformas digitales de gran tamaño como los algoritmos o modelos de IA de propósito general —incluyendo igualmente los sistemas de IA generativa—, que amplifican exponencialmente sus capacidades y, en realidad, se retroalimentan entre sí, se encuentran en manos exclusivamente de cinco o seis grandes corporaciones, cuando no menos. La cuestión radica en establecer mecanismos adecuados de control desde una perspectiva democrática.

Esta circunstancia explica la firme determinación de la Unión Europea de configurar un marco jurídico normativo que pretende hacer frente a estos gigantes digitales, cuyas disposiciones son, además, pioneras en su aplicación. Se trata de entidades a las que se les concede una notable discrecionalidad para la restricción y eliminación de contenidos ilícitos en la red, bajo el principio general de diligencia debida, teniendo en cuenta que ello puede dar lugar a la vulneración de derechos fundamentales³⁴. No solo se verían afectados derechos como la libertad de expresión, la intimidad, la propia imagen o la integridad moral, sino también otros como el derecho a la información o la pluralidad de los medios de comunicación, así como problemas derivados de la desinformación. A ello se añade que son estos entes privados los que deben determinar qué se entiende por contenidos ilícitos y nocivos, en muchos casos no armonizados normativamente, lo que incrementa la controversia en torno a la problemática planteada³⁵.

33 Vid., entre otros, GRAFANAKI, S.: “Platforms, the First Amendment and Online Speech: Regulating the Filters”, *Pace Law Review*, volume 39, 2018 y HOLT, D. y HAMMEKE, F.: *Two-Sided Markets, Platforms and Network Effects*, *E-Commerce Competition Enforcement Guide*, 2.ª ed., 2019.

34 En efecto, “(l)as plataformas en línea de muy gran tamaño y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño (...) deben evaluar los riesgos sistémicos que entraña el diseño, funcionamiento y uso de sus servicios, así como los posibles usos indebidos por parte de los destinatarios de estos servicios, y deben adoptar medidas de reducción de riesgos apropiadas respetando los derechos fundamentales”. Vid. el Considerando número 79 del Reglamento de Servicios Digitales.

35 La propia DSA establece que “respeta los derechos fundamentales reconocidos en la Carta y los derechos fundamentales que constituyen principios generales del Derecho de la Unión. En consecuencia, el presente Reglamento ha de interpretarse y aplicarse de conformidad con tales derechos fundamentales, incluida la libertad de expresión e información, y la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación. En el ejercicio de las competencias establecidas en el presente Reglamento, todas las autoridades públicas implicadas deben alcanzar, en situaciones en las que los derechos fundamentales pertinentes entren en conflicto, un equilibrio justo entre los derechos afectados, de conformidad con el principio de proporcionalidad”. Vid. el Considerando número 153 del Reglamento de Servicios Digitales. Para un análisis en profundidad, vid. CASTELLÓ PASTOR, J. J.: “Interrelación del Reglamento (UE) de servicios digitales con el Reglamento *platform to business* (p2b): el necesario contrapeso de la Unión Europea al poder de las

En definitiva, la Unión Europea parece orientarse a regular el complejo fenómeno que supone la utilización de modelos de IA de uso general por las grandes plataformas digitales, con especial atención a los riesgos sistémicos. Es decir, se trata de una regulación de carácter complementario entre el Reglamento de IA y el Reglamento de Servicios Digitales. Un modelo que pretende controlar los efectos adversos de esta tecnología sobre los derechos fundamentales y sobre la sociedad en su conjunto. Todo ello teniendo en cuenta las dificultades que ya planteaba la intervención de las plataformas de muy gran tamaño en la intermediación de servicios digitales (en el marco del Reglamento de Servicios Digitales) y considerando cómo el uso de modelos de IA de propósito general por parte de estos grandes actores puede intensificar exponencialmente dichos problemas (en el ámbito del Reglamento de IA).

Asimismo, el impacto de la implementación de esta normativa no se limita a regular el mercado digital de la Unión Europea, sino que puede proyectarse más allá de sus fronteras —el denominado “efecto Bruselas”—, ya sea mediante su aplicación a operaciones globales o incluso a través de su incorporación en otros ordenamientos jurídicos³⁶.

El texto articulado en el Reglamento de IA y las directrices de la Comisión Europea ratifican un vínculo de complementariedad con el Reglamento de Servicios Digitales (DSA) respecto a la fiscalización de amenazas sistémicas en modelos de IA de propósito general integrados en macroplataformas virtuales. Esta sinergia determina que los sistemas normados por el Reglamento de IA operen como servicios de intermediación en los términos de la DSA, salvaguardando la operatividad del régimen de responsabilidad aplicable a dichos prestadores según el Capítulo II de este último cuerpo legal. En el plano programático, el Reglamento de IA explicita que los deberes de quienes introduzcan, suministren o utilicen estos modelos de IA convergen con las obligaciones de la DSA cuando tales tecnologías se incardinan como servicios digitales³⁷. De este modo, la integración en interfaces o motores de búsqueda a gran escala supedita las herramientas al marco de gestión de riesgos de la DSA, presumiéndose su conformidad legal a

plataformas en línea”, en AA.VV.: (dir. J. J. CASTELLÓ PASTOR): *Análisis del Reglamento de servicios digitales y su interrelación con otras normas de la Unión Europea*, Aranzadi, 2024, versión digital.

36 No solo introduciéndolo en las normativas de terceros ordenamientos jurídicos, sino también con la incorporación general por parte de estos gigantes digitales de los parámetros de moderación, curación y creación de contenido de esta normativa europea. A modo de ejemplo, podría tratarse de las obligaciones relativas a la transparencia o los mecanismos de resolución de disputas, así como las condiciones generales o los informes anuales. Vid. CHANDER, A.: “When the Digital Services Act Goes Global”, *Berkeley Technology Law Review*, 2023, 19 pp., esp. p. 3. BRADFORD, A.: “The European Union in a globalized world: ‘The Brussels Effect’”, *Revue Européenne du Droit*, 75, 2, marzo de 2021, p. 2. LAPIEDRA ALCAMI, R., “Hacia la transparencia y la equidad en el ranking de resultados a la luz del Reglamento 2019/1150”, en AA.VV.: *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, (dir. J. J. CASTELLÓ PASTOR), Aranzadi (Thomson Reuters), 2021, pp. 161-193 y BARRIO ANDRÉS, M.: “El efecto Bruselas del Reglamento europeo de inteligencia artificial”, *Otrosí, Revista de Colegio de abogados de Madrid*, núm. 2. 2024, pp. 47-48.

37 Vid. el Considerando número 119 del Reglamento de Servicios Digitales.

menos que emerjan contingencias sistémicas no cubiertas por dicha norma que exijan una fiscalización específica bajo los parámetros del Reglamento de IA³⁸.

Más allá de esta convergencia operativa, el marco jurídico persigue una optimización regulatoria en la contención de riesgos derivados de la desinformación y los contenidos manipulados artificialmente, declarando las disposiciones del Reglamento de IA como herramientas instrumentales idóneas para la ejecución material de las directrices de la DSA. Este enfoque prioritario busca mitigar los impactos lesivos reales o previsibles sobre las dinámicas democráticas, el debate civil y las campañas electorales institucionales³⁹. En consecuencia, ambas normativas configuran un bloque de contención coordinado que unifica la fiscalización del diseño algorítmico y la moderación de flujos informativos para evitar distorsiones en el espacio público virtual.

3. Marco jurídico del Reglamento de Servicios Digitales (DSA).

El régimen de responsabilidad previsto en el Reglamento de Servicios Digitales (DSA) se articula a partir de un sistema de exenciones vinculado a un conjunto de obligaciones de carácter asimétrico que emanan del principio de diligencia debida exigido a los prestadores de servicios de intermediación digital, con una especial incidencia en las plataformas digitales de muy gran tamaño. El Reglamento de Servicios Digitales (DSA) impone preceptos complementarios exclusivos para macroplataformas virtuales que superen los 45 millones de usuarios mensuales. El núcleo de este marco regulatorio radica en las directrices de los arts. 34 y 35, orientados a la auditoría y contención de amenazas de carácter sistémico.

En coherencia con esta lógica asimétrica, en primer término, se establecen determinadas obligaciones de alcance general aplicables a todos los intermediarios (arts. 11 a 15). Posteriormente, se introducen deberes específicos dirigidos a los proveedores de servicios de alojamiento de datos y a las plataformas en línea (arts. 16 a 18). A continuación, se contemplan obligaciones adicionales que recaen exclusivamente sobre las plataformas en línea (arts. 19 a 32). Finalmente, el Reglamento incorpora un conjunto de disposiciones relativas, de manera específica, a la gestión de los riesgos sistémicos, las cuales resultan aplicables únicamente a las plataformas en línea de muy gran tamaño (Sección 5, arts. 33 a 43), esto es,

38 Vid. CORDERO ÁLVAREZ, C. I.: "Inteligencia artificial y riesgos sistémicos en la red: la lucha contra la desinformación en la Unión Europea", en AA.VV.: *Hacia una transición digital centrada en la persona: estudios jurídicos desde la perspectiva de la Unión Europea* (coord. J. J. CASTELLÓ PASTOR), Aranzadi La Ley, 2025.

39 En relación con la exigencia de etiquetar los contenidos generados por IA con arreglo al Reglamento de IA que se entiende sin perjuicio de la aplicación de la obligación del art. 26.6 del Reglamento de servicios digitales. Obligación relativa a los prestadores de servicios de alojamiento de datos de tratar las notificaciones que recibían sobre contenidos ilícitos en virtud del art. 16.1 de dicho Reglamento, que no debe influir en la evaluación y la decisión sobre el carácter ilícito del contenido que se trate. Dicha evaluación debe realizarse únicamente con referencia a las normas que rigen la legalidad del contenido. Vid. Considerando 136 del Reglamento de IA.

aquellas que cuentan con más de 45 millones de usuarios activos mensuales y que constituyen el análisis del presente trabajo.

Asimismo, los Considerandos del Reglamento identifican con claridad cuatro grandes categorías de riesgos sistémicos que deben ser objeto de evaluación por parte de dichas plataformas y de los motores de búsqueda. En primer lugar, se incluyen los riesgos vinculados a la difusión de contenidos ilícitos, tales como materiales de abuso sexual infantil o delitos de odio, así como otras formas de utilización indebida de los servicios para la comisión de ilícitos. También se integran en esta categoría actividades ilegales como la comercialización de bienes o servicios prohibidos por el Derecho de la Unión o por las normativas nacionales, incluidos productos peligrosos, falsificados o el tráfico ilegal de animales⁴⁰. Este tipo de conductas puede adquirir la dimensión de riesgo sistémico cuando el acceso a dichos contenidos se amplifica de forma rápida y extensa, especialmente a través de cuentas con gran alcance u otros mecanismos de difusión masiva. En este contexto, las plataformas y motores de búsqueda de muy gran tamaño deben evaluar los riesgos asociados a la propagación de contenidos ilícitos con independencia de su eventual contradicción con sus propias condiciones de uso, sin perjuicio de la responsabilidad individual de los usuarios o titulares de sitios web conforme a la legalidad aplicable.

En segundo término, se contemplan los riesgos que afectan al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta, entre los que se incluyen la dignidad humana, la libertad de expresión e información —con especial atención a la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación—, el derecho a la privacidad, la protección de datos personales, la igualdad y no discriminación, los derechos de la infancia y la tutela de los consumidores⁴¹. Tales riesgos pueden derivarse, por ejemplo, del diseño de los sistemas algorítmicos empleados por las plataformas o del uso abusivo de sus servicios mediante mecanismos como notificaciones reiteradas o estrategias destinadas a restringir la expresión o distorsionar la competencia. En particular, en lo relativo a la protección de los menores, resulta necesario evaluar el grado de comprensión que estos tienen del funcionamiento del servicio, así como su posible exposición a contenidos perjudiciales para su desarrollo físico, psicológico o moral. Estas situaciones pueden verse agravadas por interfaces diseñadas de forma que exploten, de manera intencionada o no, la vulnerabilidad o inexperiencia de los menores, o que fomenten conductas adictivas.

En tercer lugar, se identifican los riesgos asociados a los efectos negativos sobre los procesos democráticos, el debate público y los procesos electorales, así

⁴⁰ Vid. el Considerando número 80 del Reglamento de Servicios Digitales.

⁴¹ Vid. el Considerando número 81 del Reglamento de Servicios Digitales.

como sobre la seguridad pública⁴². Por último, una cuarta categoría comprende los riesgos derivados del propio diseño, funcionamiento o uso de las plataformas —incluyendo su eventual manipulación— que puedan producir consecuencias perjudiciales para la salud pública, la protección de los menores o el bienestar físico y mental de las personas, así como su posible vinculación con fenómenos como la violencia de género. En este ámbito se inscriben también los riesgos procedentes de campañas organizadas de desinformación, especialmente en materia de salud pública, así como aquellos relacionados con interfaces digitales susceptibles de incentivar comportamientos adictivos entre los usuarios⁴³.

Estas disposiciones abordan las vulnerabilidades intrínsecas a la gestión de contenidos y sistemas publicitarios masivos, persiguiendo la erradicación de información ilícita, la salvaguarda de prerrogativas fundamentales y la resolución de disfunciones operativas sectoriales. En este sentido, el art. 34 de la DSA estipula que las corporaciones de gran escala deben ejecutar anualmente un diagnóstico exhaustivo de sus interfaces, tasando la severidad y plausibilidad de contingencias sistémicas en la Unión Europea ligadas a su operatividad, algoritmos y dinámicas de uso. La norma delimita tres categorías de riesgos críticos: la propagación de contenidos ilegales en sus entornos; los impactos lesivos a derechos fundamentales (arts. 1 al 8, 11, 21, 24 y 38 de la Carta Europea), abarcando dignidad, privacidad, libertad de expresión, minoridad, equidad y protección al consumidor; y los efectos adversos en el debate democrático, dinámicas electorales, orden público, violencia de género, salud colectiva y la integridad comunitaria. Para solventar esto, los operadores analizarán variables determinantes como el diseño de interfaces de recomendación, procesos algorítmicos, fiscalización de contenidos, cláusulas de servicio y explotación de datos.

La ejecución del marco regulatorio detallado representa un desafío mayúsculo que ha forzado a los grandes operadores a modificar sus estructuras operativas, a pesar de las acciones punitivas de la Comisión Europea por inobservancia de la DSA⁴⁴. Pese a que gigantes digitales como *TikTok*, *Facebook* e *Instagram* habilitaron la desactivación de sus algoritmos de recomendación personalizada, y *TikTok* y

42 Vid. el Considerando número 82 del Reglamento de Servicios Digitales.

43 Vid. el Considerando número 83 del Reglamento de Servicios Digitales.

44 Específicamente, desde agosto de 2023, estas corporaciones virtuales reconfiguraron sus interfaces para optimizar la supresión de elementos ilícitos y salvaguardar las prerrogativas de los usuarios europeos. Plataformas como X implementaron sistemas de anotaciones comunitarias y herramientas accesibles de denuncia, una estrategia replicada mediante utilidades simplificadas por Apple, Pinterest, Facebook, Instagram y TikTok, entidades que además incrementaron la transparencia en la moderación informativa. ARNAL MARTÍNEZ, J. y GARCÍA DE VIEDMA DEL ÁLAMO, D.: "El dilema de aplicación del DSA: regulación sistémica en un entorno geopolítico adverso", *Real Instituto Elcano*, 12 de mayo de 2026, disponible en: <https://www.realinstitutoelcano.org/>, consultado el 20 de mayo de 2026.

YouTube automatizaron la configuración de perfiles privados y vedaron la publicidad dirigida a menores, no parece ni suficiente, ni eficaz⁴⁵.

Y ello pese a que el ejecutivo europeo ha promovido expedientes sancionadores formales por vulneración de la DSA contra múltiples colosos tecnológicos, priorizando las infracciones en materia de transparencia. El procedimiento inicial contra X, incoado en diciembre de 2023 debido a deficiencias en la gestión de riesgos, fiscalización de contenidos y acceso a bases de datos en contextos electorales, concluyó formalmente con la imposición de una sanción histórica de 120 millones de euros dictaminada por la Comisión Europea por quebrantar gravemente sus obligaciones de transparencia. Asimismo, el organismo amplió sus investigaciones sobre la plataforma para evaluar el impacto algorítmico de sus nuevos sistemas de recomendación. Por su parte, la investigación de 2024 contra *TikTok* por riesgos informativos en los comicios de Rumanía y presuntas injerencias rusas dio paso a conclusiones preliminares que ratificaron la opacidad publicitaria del operador como un obstáculo crítico contra el fraude electoral. Finalmente, el expediente formal de mayo de 2024 contra *Meta* por fallas de control e instrumentación de desinformación en los comicios europeos fue intensificado por las autoridades comunitarias, extendiendo las acusaciones hacia la persistente vulneración de obligaciones de protección reforzada a menores y la falta de mecanismos sólidos de verificación de edad en las interfaces de *Facebook* e *Instagram*⁴⁶.

4. La regulación del Reglamento de Inteligencia Artificial (IA).

Los modelos de Inteligencia Artificial (IA) de uso general pueden originar riesgos sistémicos con consecuencias negativas reales o previsibles en sectores críticos, accidentes graves, salud, seguridad pública, economía o procesos democráticos, además de la propagación de contenidos ilícitos, falsos o discriminatorios⁴⁷. Por ello, el Reglamento de IA complementa al Reglamento de Servicios Digitales,

45 Bajo la coacción de procedimientos sancionadores promovidos por la Comisión Europea debido a la inobservancia generalizada del Reglamento de Servicios Digitales (DSA). Desde agosto de 2023, las corporaciones virtuales reconfiguraron sus interfaces con el fin de corregir sus deficientes mecanismos de retirada de contenidos ilícitos y de simular la protección de los derechos fundamentales de millones de usuarios en la Unión Europea. Mientras que plataformas como X, Apple, Pinterest, Facebook e Instagram implementaron herramientas básicas para transferir la carga de la denuncia a los usuarios, la respuesta de *TikTok* se ha caracterizado por una marcada opacidad operativa. Aunque la multinacional introdujo opciones para desactivar los hilos de recomendación personalizada y automatizar perfiles privados para menores, estas medidas resultan insuficientes ante la dudosa fiabilidad de sus sistemas de verificación de edad. La negligencia en la protección de la salud mental de los menores se constató de forma alarmante con el lanzamiento de *TikTok Lite* en Francia y España; el despliegue de esta interfaz, concebida sin una evaluación previa de riesgos, incorporaba un agresivo programa de recompensas que las autoridades comunitarias equipararon a conductas altamente adictivas, obligando a la firma a la retirada definitiva de dicho modelo de negocio en la Unión Europea bajo amenaza de multas severas.

46 COMISIÓN EUROPEA, «Procedimiento formal contra los grandes operadores y plataformas en línea bajo la Ley de Servicios Digitales (DSA)», *Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías*, Bruselas, mayo de 2025, disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/> (Consultado el 20 de mayo de 2026).

47 Vid. el Considerando núm. 110 del Reglamento de IA.

sometiendo estos sistemas a obligaciones específicas debido a que su alcance y capacidad técnica pueden incrementar exponencialmente dichos peligros. A lo largo de su ciclo de vida y desarrollo futuro, estos modelos pueden generar sesgos perjudiciales y discriminación masiva a nivel individual o colectivo, así como propagar la desinformación y vulnerar de forma grave los derechos humanos, los valores democráticos y el derecho a la intimidad. Esta realidad exige una vigilancia continua desde las fases tempranas del diseño algorítmico, pues los impactos transfronterizos de estas tecnologías superan los marcos regulatorios tradicionales y amenazan la cohesión del tejido social global. Esta aproximación preventiva se alinea con la doctrina jurídica del derecho del riesgo, la cual sostiene que las tecnologías disruptivas requieren una intervención normativa *ex ante* para evitar daños irreversibles en bienes jurídicos protegidos⁴⁸.

Ante estas circunstancias, la clasificación de estos sistemas requiere un proceso complejo de evaluación. El Reglamento insta una presunción inicial fundamentada en parámetros cuantitativos consensuados por expertos de la Oficina de IA, científicos, la industria y la sociedad civil para medir su capacidad de gran impacto. Adicionalmente, la Comisión puede calificar individualmente el riesgo sistémico global basándose en los criterios del Anexo 13 del Reglamento de IA, los cuales evalúan la calidad y volumen de los datos de entrenamiento, el número de usuarios profesionales y finales, las modalidades de entrada y salida de información, y el grado de autonomía y escalabilidad del sistema⁴⁹. Este escrutinio pormenorizado busca evitar vacíos legales ante la rápida evolución del aprendizaje profundo, permitiendo a las autoridades comunitarias actualizar los umbrales técnicos conforme surjan nuevas capacidades computacionales. De este modo, la evaluación técnica se transforma en un mecanismo dinámico de gobernanza pública, donde la cooperación multilateral resulta indispensable para auditar de forma efectiva los modelos fundacionales más avanzados. Desde una perspectiva de políticas públicas, este modelo de gobernanza híbrida y adaptativa responde a la necesidad de mitigar la asimetría de información existente entre los desarrolladores tecnológicos y los organismos reguladores⁵⁰.

Una vez determinado dicho riesgo, los proveedores deben asumir obligaciones adicionales a las generales, enfocadas en la evaluación y mitigación de riesgos, la garantía de niveles adecuados de ciberseguridad, y los deberes de información, notificación y transparencia. Finalmente, la normativa destaca la relevancia de los

48 Vid. BECK, U.: *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 1998, p. 26 y PEÑA LÓPEZ, F.: "Responsabilidad civil por daños derivados de la infracción del derecho a la igualdad y no discriminación: el ilícito generador de responsabilidad, el problema de la discriminación perpetrada por la inteligencia artificial y el daño moral derivado del acto de discriminación", *Cuadernos de Derecho Privado*, núm. 11, 2025.

49 Vid. el Considerando núm. 118 del Reglamento de IA.

50 Vid. COTINO HUESO, L.: "Alcance y delimitación de los sistemas de alto riesgo en el Reglamento de inteligencia artificial", en AA.VV.: *Tratado sobre el Reglamento de inteligencia artificial de la Unión Europea*, (dir. L. COTINO HUESO), Madrid, Aranzadi, 2024, pp. 291-313.

Códigos de buenas prácticas, los cuales deben ser consensuados y actualizados por todos los operadores involucrados para delimitar con precisión las responsabilidades y obligaciones de los proveedores. Estos instrumentos de corregulación jurídica permiten flexibilizar la norma penal y administrativa, adaptando los estándares de cumplimiento a la complejidad del software y promoviendo una cultura de responsabilidad corporativa proactiva. En última instancia, el cumplimiento de estas disposiciones adicionales no solo blindo el mercado único europeo, sino que establece un estándar ético internacional para la mitigación de fallos sistémicos en la sociedad digital. La literatura especializada define este fenómeno expansivo como el “Efecto Bruselas”, según el cual los estándares de la Unión Europea terminan siendo adoptados *de facto* de forma global por las corporaciones para homogeneizar sus procesos operativos⁵¹.

III. LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LAS TECNOLOGÍAS DE APOYO EN EL MARCO EUROPEO DE REFERENCIA.

I. La vulneración del derecho de acceso a las tecnologías de apoyo en el Reglamento de Servicios digitales (DSA).

El Reglamento (UE) 2022/2065, conocido como la Ley de Servicios Digitales o DSA, introduce un enfoque basado en derechos fundamentales dentro del mercado único, abordando a las personas con discapacidad y a la accesibilidad en diversas disposiciones clave. En primer lugar, el art. 3 de la norma establece la definición y remisión normativa al delimitar formalmente el concepto de «personas con discapacidad» mediante una remisión directa a los criterios fijados en el art. 3, punto 1, de la Directiva (UE) 2019/882 o Ley Europea de Accesibilidad, asegurando así que las obligaciones de la DSA se sintonicen con el marco de accesibilidad digital de la Unión⁵². Por su parte, en materia de códigos de conducta y accesibilidad, el art. 45 regula la creación de compromisos sectoriales voluntarios, determinando explícitamente en su apartado 2 que la Comisión Europea impulsará la redacción de dichos códigos para garantizar que los servicios de intermediación en línea sean plenamente accesibles para las personas con discapacidad, exigiendo que tanto el diseño inicial de las plataformas como sus posteriores adaptaciones atiendan sus necesidades particulares y maximicen su uso previsible⁵³. No obstante, desde foros institucionales se advierte que condicionar el derecho a la no discriminación a la mera autorregulación sectorial de estos Códigos de conducta voluntarios genera

51 Vid. BRADFORD, A.: *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 16.

52 Vid. el art. 3, letra q), del Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Ley de Servicios Digitales), en relación con el art. 3, punto 1, de la Directiva (UE) 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios.

53 Vid. el art. 45, apartado 2, del Reglamento (UE) 2022/2065 (Reglamento de Servicios Digitales).

una asimetría de protección jurídica intolerable para el colectivo con diversidad funcional si las plataformas no cooperan proactivamente⁵⁴.

Asimismo, respecto a la evaluación de riesgos sistémicos, el art. 34 resulta aplicable en exclusiva a las Plataformas en Línea de Gran Tamaño (VLOPs) y a los Motores de Búsqueda de Gran Tamaño (VLOSEs); al identificar y analizar los riesgos sistémicos derivados de sus interfaces o algoritmos, estas corporaciones deben evaluar obligatoriamente el impacto negativo sobre los derechos fundamentales amparados por la Carta de la Unión Europea, entre los que se incluye el derecho a la no discriminación e inclusión de las personas discapacitadas en sintonía con el art. 21 de la citada Carta⁵⁵. Finalmente, en relación con las directrices complementarias para menores, el art. 28 mandata un alto nivel de seguridad y privacidad desarrollado a través de las Directrices de la Comisión Europea, cuyo principio de no discriminación exige verificar de manera estricta que las soluciones y funciones implementadas por las plataformas operen correctamente para todos los usuarios menores de edad, independientemente de que tengan o no una discapacidad⁵⁶.

La inobservancia de este entramado de obligaciones de accesibilidad acarrea graves consecuencias jurídicas que transitan de forma acumulativa entre el régimen sancionador de la propia DSA y los mecanismos punitivos nacionales derivados de la transposición de la Ley Europea de Accesibilidad. En el ámbito del Reglamento de servicios digitales, el incumplimiento de las auditorías de riesgo sistémico o la persistencia de barreras algorítmicas discriminatorias faculta a la Comisión Europea a imponer multas coercitivas extremas a las grandes plataformas, las cuales pueden alcanzar hasta el 6 por ciento de su volumen de negocios mundial total realizado durante el ejercicio financiero anterior⁵⁷. Paralelamente, la vulneración de las directrices de accesibilidad activa la responsabilidad administrativa de los prestadores en cada Estado miembro, donde las autoridades nacionales de supervisión quedan obligadas a incoar expedientes sancionadores que incluyen desde multas pecuniarias proporcionales y disuasorias hasta la adopción de medidas correctoras de urgencia, tales como la retirada forzosa de la interfaz del mercado o la suspensión temporal del servicio de intermediación hasta que se garantice la interoperabilidad con las tecnologías de apoyo⁵⁸. Este doble blindaje

54 Vid. EUROPEAN DISABILITY FORUM (EDF), *The Artificial Intelligence Act and its impact on persons with disabilities: EDF Analysis*, Bruselas, 2024. Disponible en: <http://edf-feph.org> (consultado el 20 de mayo de 2026).

55 Vid. el art. 34, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2022/2065 en relación con el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

56 Vid. el art. 28 del Reglamento (UE) 2022/2065 y las Directrices de la Comisión Europea sobre la protección de los menores en línea, Diario Oficial de la Unión Europea, C/2025/5519.

57 Vid. el art. 52, apartado 3, del Reglamento (UE) 2022/2065 (Reglamento de Servicios Digitales).

58 Vid. el art. 30 de la Directiva (UE) 2019/882 (Acta Europea de Accesibilidad) respecto al régimen de sanciones y las medidas cautelares sobre la conformidad de los servicios. Vid. VINDIGNI, G.: "Between Access Rights and Copyright: The European Accessibility Act as a Regulatory Framework for AI-Generated Content", *European Journal of Management, Economics and Business*, vol. 2, núm. 1, 2025, pp. 31-56.

punitivo constriñe a los operadores a internalizar los costes de la accesibilidad digital, transformando los estándares técnicos en mandatos de obligado cumplimiento bajo la amenaza de severas penalizaciones financieras y reputacionales.

De modo que, la vulneración del derecho de acceso a las tecnologías de apoyo por parte de los grandes prestadores de servicios de intermediación digital trasciende la mera infracción técnica individual para configurarse, en los términos de la DSA, como un riesgo sistémico de primer orden con un impacto multidimensional en la sociedad digital. Desde una perspectiva analítica, este *riesgo sistémico* se materializa cuando el diseño arquitectónico de una interfaz, la opacidad de los algoritmos de recomendación o las modificaciones desreguladas del software de las plataformas en línea de gran tamaño (VLOPs) bloquean, degradan o imposibilitan la interoperabilidad de los programas de asistencia —tales como lectores de pantalla, conmutadores periféricos o sistemas de dictado e interacción por voz— que emplean los usuarios con diversidad funcional. Al erigirse barreras tecnológicas sobrevenidas que aíslan digitalmente a este colectivo, las plataformas incurren directamente en el supuesto previsto en el art. 34, apartado I, letra b) de la DSA, al generar efectos negativos reales o previsibles sobre el ejercicio de los derechos fundamentales, específicamente respecto a la dignidad humana, la libertad de expresión e información, y el derecho inalienable a la no discriminación e integración de las personas con discapacidad⁵⁹.

Este fallo sistémico proyecta sus consecuencias nocivas sobre la autonomía y la participación democrática de los ciudadanos protegidos, puesto que la exclusión del entorno virtual de las grandes plataformas equivale hoy en día a una privación de la capacidad de interactuar en la esfera pública, acceder al empleo en línea o ejercer el comercio electrónico en condiciones de igualdad. La doctrina iusprivatista y de derecho administrativo sancionador subraya que la negligencia en el mantenimiento de las interfaces de programación de aplicaciones (APIs) accesibles no es un mero defecto de usabilidad, sino una quiebra de la seguridad jurídica y del orden público digital. En consecuencia, la DSA obliga a las corporaciones tecnológicas a tratar la compatibilidad con las tecnologías de apoyo como un elemento crítico en sus evaluaciones anuales de riesgos. Los prestadores no pueden limitarse a una actitud pasiva de corrección de errores tras las quejas de los usuarios, sino que quedan obligados a desplegar un control preventivo *ex ante* que analice cómo sus sistemas de moderación automatizada y la presentación de contenidos pueden discriminar indirectamente a quienes navegan a través de

59 Vid. el art. 34, apartado I, letra b), del Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales (Reglamento de Servicios Digitales), en estrecha relación con los arts. 1, II y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

entornos asistenciales, bajo pena de sufrir las máximas sanciones económicas del Reglamento por la desatención consciente de un peligro estructural⁶⁰.

2. La vulneración del derecho de acceso a las tecnologías de apoyo en el Reglamento de IA.

El Reglamento (UE) 2024/1689, de inteligencia artificial (IA), por su parte, aborda la protección de las personas con discapacidad y el derecho de acceso a las tecnologías de apoyo en varios de sus preceptos más críticos. En primer lugar, la norma establece la base de su estructura protectora mediante la prohibición de determinadas prácticas en su art. 5; este precepto prohíbe explícitamente la comercialización e implantación de sistemas de IA diseñados para aprovechar las vulnerabilidades específicas de una persona o de un colectivo concreto asociadas a su discapacidad, cuando dicha explotación tenga por objeto o efecto alterar de manera sustancial su comportamiento, pudiendo causarle perjuicios físicos o psicológicos graves⁶¹. Por su parte, la clave del Reglamento en materia de inclusión se localiza en los requisitos aplicables a los sistemas de IA de alto riesgo; bajo este régimen, el art. 10 impone obligaciones de gestión de datos que obligan a los desarrolladores a evaluar de forma rigurosa si los conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba contienen sesgos perjudiciales que perpetúen la discriminación existente de las personas con diversidad funcional⁶².

Asimismo, en sintonía con las obligaciones de la DSA, el art. 16, letra l) del Reglamento de IA impone a los proveedores de estos sistemas de alto riesgo la obligación imperativa de garantizar que sus interfaces cumplan plenamente con los requisitos de accesibilidad universal fijados en la Directiva (UE) 2019/882 de Accesibilidad y la Directiva (UE) 2016/2102, asegurando normativamente que los *outputs*, explicaciones y alertas generados por el algoritmo sean comprensibles, perceptibles y perfectamente operables para los usuarios que dependen de entornos asistenciales⁶³. A este respecto, se pone de manifiesto el riesgo sistémico de que los modelos matemáticos asuman como normativos ciertos estándares corporales o cognitivos, lo que la doctrina ha denominado como “capacitismo tecnológico”, penalizando la interacción desasistida o invisibilizando las necesidades de los entornos adaptativos⁶⁴.

60 Vid. el art. 34, apartado 2, del Reglamento (UE) 2022/2065, que detalla la obligación de las VLOPs y VLOSEs de sopesar de manera específica la gravedad de los sesgos y los obstáculos de acceso en el diseño de sus sistemas de gestión de riesgos.

61 Vid. el art. 5, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre inteligencia artificial.

62 Vid. el art. 10, apartados 2 y 5, del Reglamento (UE) 2024/1689, en relación con la prevención de sesgos discriminatorios en los conjuntos de datos de entrenamiento.

63 Vid. el art. 16, letra l), del Reglamento (UE) 2024/1689, que relaciona la conformidad de los sistemas de IA de alto riesgo con los requisitos de la Directiva (UE) 2019/882.

64 Vid. BROCHADO, M. y MAGNO DE OLIVEIRA PORTO, L.: “The Promise and Peril of AI for People With Disabilities: Algorithmic Bias and Tech-Ableism under the EU AI Act”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, núm. 130,

La cuestión radica en que el desarrollo inobservante o el diseño defectuoso de estas herramientas algorítmicas trasciende la mera inoperabilidad de un *software* para erigirse, de conformidad con la sistemática del Reglamento de IA, en un “riesgo sistémico” de exclusión estructural que amenaza de manera directa la dignidad y la autonomía de las personas con discapacidad. Este riesgo sistémico de carácter tecnológico se configura cuando un sistema de IA de gran impacto —ya sea aplicado en la selección de personal, la evaluación educativa o la asignación de servicios públicos esenciales— presenta interfaces opacas o lógicas de programación que degradan, bloquean o resultan incompatibles con las tecnologías de apoyo, tales como los lectores de pantalla para usuarios con discapacidad visual, los conmutadores periféricos o los sistemas de navegación mediante seguimiento ocular. Al materializarse estas incompatibilidades de *software*, se genera de manera automática una discriminación indirecta y una privación del derecho a la libre toma de decisiones en el entorno virtual, impidiendo que este colectivo acceda a bienes jurídicos protegidos y forzando su aislamiento de la sociedad digital. La doctrina anglosajona destaca que la inoperabilidad de la interfaz de la IA con las tecnologías de apoyo altera el uso previsible del *software*, transformando la barrera de accesibilidad en un defecto intrínseco de seguridad del producto que activa de forma inmediata la responsabilidad civil objetiva del proveedor⁶⁵. Razón por la que el mantenimiento de algoritmos sesgados o de desarrollos digitales que aíslan las tecnologías de asistencia no puede considerarse un fallo de desarrollo menor, sino una violación directa de los estándares de seguridad de los productos en el mercado único.

Por esta razón, el Reglamento exige la implementación de auditorías técnicas preventivas y un control humano efectivo *ex ante* que simule de forma empírica la interacción de la IA con la diversidad de las tecnologías de apoyo existentes, determinando que la inobservancia deliberada de estas pautas de accesibilidad e inclusión digital facultará a las autoridades de supervisión a imponer multas severas de hasta 35 millones de euros o el 7 por ciento del volumen de negocios global del infractor, blindando así de forma punitiva el principio de diseño universal⁶⁶.

En definitiva, la convergencia regulatoria entre el Reglamento de Servicios Digitales y el Reglamento de Inteligencia Artificial consagra un cambio de paradigma en el mercado único europeo, al transitar desde una supervisión

2025, pp. 595-651, SHEW, A.: “Ableism, Technoableism, and Future AI,” *IEEE Technology and Society Magazine*, vol. 39, núm. 1, 2020, pp. 40-85, y VARSIK, S. y VOSBERG, L.: “The potential impact of Artificial Intelligence on equity and inclusion”, *OECD Artificial Intelligence Papers*, París: OECD Publishing, núm. 23, 2024, pp. 1-54.

65 Vid. SUBHERWAL, E.: “EU AI Act: accessibility as an emerging compliance requirement for high-risk AI systems – and a potential safety risk”, *Hogan Lovells*, 26 de mayo de 2026, disponible en <https://www.hoganlovells.com/en/publications/eu-ai-act-accessibility-as-an-emerging-compliance-requirement-for-highrisk-ai-systems>.

66 Vid. el art. 99, apartado 3, del Reglamento (UE) 2024/1689 relativo al régimen sancionador y los límites de las multas administrativas para los proveedores de sistemas de IA.

estrictamente técnica hacia un constitucionalismo digital fuertemente garantista con los derechos fundamentales. Al entrelazar de forma indisoluble la evaluación de los riesgos sistémicos de las grandes plataformas con las exigencias de seguridad y gobernanza de datos de los modelos algorítmicos, el legislador comunitario sitúa la accesibilidad universal y el blindaje de las tecnologías de apoyo no como meras pautas programáticas o concesiones corporativas voluntarias, sino como condiciones imperativas de validez legal para operar en el entorno virtual. Este marco de corregulación e impositiva responsabilidad proactiva impide de forma efectiva que la innovación tecnológica profundice las brechas de exclusión histórica o degeneren en dinámicas de *capacitismo tecnológico*.

IV. CONCLUSIONES.

1. El reconocimiento del acceso a las tecnologías de apoyo como un derecho fundamental digital es una condición indispensable para la eficacia de la igualdad sustantiva en la sociedad de la información, rompiendo con la tradicional concepción de la accesibilidad como una mera directriz técnica. Sin embargo, se constata una preocupante asimetría regulatoria en el Derecho digital europeo, toda vez que, mientras los operadores disponen de marcos de certidumbre en el ámbito comercial, el colectivo de personas con discapacidad se enfrenta a una dispersión normativa que debilita la exigibilidad inmediata de sus derechos de acceso a las tecnologías de apoyo ante los grandes prestadores digitales de servicios privados. Lo cierto es que se observa que el art. 45 de la Ley de Servicios Digitales (DSA) otorga un margen quizá excesivo a la corregulación y a los Códigos de conducta voluntarios, herramienta que debilita la fuerza vinculante de la norma y delega la tutela de los derechos fundamentales en los intereses comerciales de las grandes plataformas digitales. Por ello, resultaría conveniente sustituir el carácter facultativo de estos códigos por una normativa europea que fije un estándar obligatorio de interoperabilidad universal, forzando a las plataformas a mantener APIs estables y públicas para su conexión con el software asistencial.

2. En efecto, la conceptualización de las barreras de accesibilidad y de la exclusión algorítmica bajo la categoría jurídica de riesgo sistémico constituye uno de los avances doctrinales más significativos del constitucionalismo digital europeo, al desvincular la protección de las personas con discapacidad de la mera esfera del proteccionismo para situarla en el plano de la legalidad de orden público. Al obligar a los grandes operadores de infraestructuras digitales y desarrolladores de modelos fundacionales a auditar de manera preventiva cómo sus entornos interactúan con las tecnologías de apoyo, el legislador de la Unión Europea reconoce formalmente que la asimetría de información y el diseño excluyente de las interfaces constituyen amenazas estructurales capaces de conculcar de manera masiva los derechos fundamentales de este colectivo.

Este blindaje coordinado entre la Ley de Servicios Digitales y el Reglamento de Inteligencia Artificial consagra la noción de que un entorno virtual es intrínsecamente inseguro si perpetúa dinámicas de segregación algorítmica, sentando las bases normativas para exigir una responsabilidad proactiva y objetiva en la defensa de la accesibilidad universal. Sin embargo, conviene reseñar algunas observaciones y propuestas en relación con este modelo regulatorio.

3. Bajo este marco normativo, se ha visto cómo la noción de “riesgo sistémico” del art. 34 de la DSA ha sido interpretada de manera restrictiva por los grandes prestadores digitales, orientándola casi en exclusiva hacia la desinformación y el discurso de odio, lo que genera una invisibilización de las barreras de accesibilidad como fallos estructurales que afectan a los derechos fundamentales. Esta circunstancia podría mejorarse con la inclusión, por la Comisión, de un indicador cuantitativo de exclusión algorítmica dentro del marco de supervisión, obligando a las VLOPs y VLOSEs a computar específicamente la tasa de error y bloqueo de sus plataformas respecto a los sistemas de navegación asistida. A mayor abundamiento, en el Reglamento de IA, también podría reforzarse la protección de este colectivo con diversidad funcional si se tipificara explícitamente como de alto riesgo cualquier software que emplee modelos fundacionales o algoritmos de aprendizaje profundo destinados a la intermediación, traducción de lenguaje de signos, subtítulo automático o control periférico para personas con diversidad funcional, modificando en este sentido el Anexo III del Reglamento.

A mayor abundamiento, y en relación con el citado “capacismo tecnológico” integrado en el desarrollo de los modelos de IA de uso general, se ha visto cómo los sesgos de los conjuntos de datos de entrenamiento tienden a sobrerrepresentar pautas cognitivas y corporales normativas, invisibilizando y penalizando las interacciones singulares de las personas con discapacidad a través de sintonizadores o lectores de pantalla. Ante esta circunstancia y teniendo en cuenta, además, la insuficiencia de las auditorías previstas en el art. 10 de la RIA, podría valorarse la creación de un “Banco de datos europeo de diversidad funcional” de carácter público y anonimizado, como infraestructura de entrenamiento obligatoria para validar la neutralidad de los algoritmos. Sin perder de vista la necesidad de mejorar las evaluaciones de impacto sobre los derechos fundamentales de los algoritmos de recomendación para controlar que la IA de las plataformas digitales no limite el acceso a las tecnologías de apoyo. Finalmente, otro de los problemas señalados, y que ya puede calificarse de clásico, es relativo al régimen sancionador del art. 52 de la DSA y del art. 99 del Reglamento, que, resulta probablemente tan insuficiente como ineficaz para resarcir el daño colectivo, dado que las multas alcanzan hasta el 6 o 7 por ciento del volumen de negocios y no siempre se dedican a la reparación de la brecha digital.

4. En definitiva, la vulneración del acceso a las tecnologías de apoyo debe ser recalificada en la teoría del derecho digital no como una mera discriminación indirecta, sino como un supuesto autónomo de “desposesión digital”, en tanto que priva al ciudadano de la infraestructura mínima obligatoria para el ejercicio de su personalidad jurídica en red. En virtud de lo anterior, junto a las observaciones realizadas, convendría, simultáneamente, desarrollar legislativamente la figura del “bloqueo algorítmico discriminatorio”, permitiendo el ejercicio de acciones colectivas de cesación y reparación de daños de forma objetiva, sin necesidad de probar el dolo del desarrollador.

De este modo, al erigir la compatibilidad con los entornos asistenciales en un pilar estructural del orden público digital, la Unión Europea no solo salvaguarda la dignidad, autonomía y participación democrática de las personas con discapacidad, sino que instituye un estándar ético y punitivo transfronterizo de obligado cumplimiento para la regulación de la sociedad de la información.

En conclusión, el verdadero constitucionalismo digital europeo solo alcanzará su madurez democrática cuando la accesibilidad de las tecnologías de apoyo deje de ser tratada como un límite externo a la libertad de empresa o una exigencia técnica periférica, e internalice de forma definitiva que la validez legal del *software* y de los servicios en el mercado único está indisolublemente condicionada por su capacidad real para garantizar la inclusión, la no discriminación y la dignidad humana universal.

BIBLIOGRAFÍA

ARNAL MARTÍNEZ, J. y GARCÍA DE VIEDMA DEL ÁLAMO, D.: "El dilema de aplicación del DSA: regulación sistémica en un entorno geopolítico adverso", *Real Instituto Elcano*, 12 de mayo de 2026, disponible en: <https://www.realinstitutoelcano.org/>.

BAJO GARCÍA, I.: "Digitalización, competencias digitales y nuevas formas de empleo: propuestas para una transición hacia un empleo digital inclusivo frente a la brecha digital laboral", en AA.VV.: *Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022.

BARRIO ANDRÉS, M.:

- "El efecto Bruselas del Reglamento europeo de inteligencia artificial", *Otrosí, Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 2. 2024.
- *Regulación de la Inteligencia Artificial*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2023.

BECK, U.: *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 1998.

BRADFORD, A.: "The European Union in a globalized world: 'The Brussels Effect'", *Revue Européenne du Droit*, 75, 2, marzo de 2021.

BRADFORD, A.: *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

BROCHADO, M. y MAGNO DE OLIVEIRA PORTO, L.: "The Promise and Peril of AI for People With Disabilities: Algorithmic Bias and Tech-Ableism under the EU AI Act", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, núm. 130, 2025.

CASTELLÓ PASTOR, J. J.: "Interrelación del Reglamento (UE) de servicios digitales con el Reglamento *platform to business* (p2b): el necesario contrapeso de la Unión Europea al poder de las plataformas en línea", en AA.VV.: *Análisis del Reglamento de servicios digitales y su interrelación con otras normas de la Unión Europea* (dir. J. J. CASTELLÓ PASTOR), Aranzadi, 2024, versión digital.

CHANDER, A.: "When the Digital Services Act Goes Global", *Berkeley Technology Law Journal*, 2023.

CORDERO ÁLVAREZ, C. I.: "Inteligencia artificial y riesgos sistémicos en la red: la lucha contra la desinformación en la Unión Europea", en AA.VV.: *Hacia una transición digital centrada en la persona: estudios jurídicos desde la perspectiva de la Unión Europea* (coord. J. J. CASTELLÓ PASTOR), Aranzadi La Ley, 2025.

COTINO HUESO, L.: "Alcance y delimitación de los sistemas de alto riesgo en el Reglamento de inteligencia artificial", en AA.VV.: *Tratado sobre el Reglamento de inteligencia artificial de la Unión Europea* (dir. L. COTINO HUESO), Madrid, Aranzadi, 2024.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: "Propuesta de Reglamento sobre inteligencia artificial", *La Ley Unión Europea*, núm. 92, 2021.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021 de 2 de junio en materia de discapacidad", *Diario la Ley*, Sección Dossier, núm. 10021, 3 de marzo de 2022.

ESPLUGUES MOTA, C.: "Discapacidad y acceso a la justicia: el supuesto del arbitraje comercial internacional", *Bitácora Millennium Dpr.*, núm. 21, enero-julio de 2025.

FIORUCCI, M. y BEVILACQUA, A.: "Rethinking Artificial Intelligence for inclusion and disability support: a legal and pedagogical paradigm shift", *Journal of Inclusive Methodology and Technology in Learning and Teaching/Giornale Italiano di Educazione alla Salute, Sport e Didattica Inclusiva*, vol. 5, núm. 1, 2025.

GRAFANAKI, S., "Platforms, the First Amendment and Online Speech: Regulating the Filters", *Pace Law Review*, volume 39, 2018.

HOLT, D. y HAMMEKE, F., *Two-Sided Markets, Platforms and Network Effects, E-Commerce Competition Enforcement Guide*, 2.^a ed., 2019.

LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: "Hacia la transparencia y la equidad en el ranking de resultados a la luz del Reglamento 2019/1150", en AA.VV.: *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales* (dir. J. J. CASTELLÓ PASTOR), Aranzadi (Thomson Reuters), 2021.

PAÑOS PÉREZ, A.: *Nuevo Paradigma en el ejercicio de la capacidad jurídica. Apoyos voluntarios a las personas con discapacidad*, Madrid, 2022.

PEÑA LÓPEZ, F.: "Responsabilidad civil por daños derivados de la infracción del derecho a la igualdad y no discriminación: el ilícito generador de responsabilidad, el problema de la discriminación perpetrada por la inteligencia artificial y el daño moral derivado del acto de discriminación", *Cuadernos de Derecho Privado*, núm. 11, 2025.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: "El respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona discapacitada como manifestación de su derecho a la dignidad personal", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 44, 2024.

SHEW, A.: "Ableism, Technoableism, and Future AI", *IEEE Technology and Society Magazine*, vol. 39, núm. 1, 2020.

SUBHERWAL, E.: "EU AI Act: accessibility as an emerging compliance requirement for high-risk AI systems – and a potential safety risk", en *Hogan Lovells*, 26 de mayo de 2026, disponible en <https://www.hoganlovells.com/en/publications/eu-ai-act-accessibility-as-an-emerging-compliance-requirement-for-highrisk-ai-systems>.

VALERO DUBOY, M. A.: "Tecnología Accesible por derecho", en AA.VV.: *Era digital y personas mayores, con discapacidad y menores: vulnerabilidades y oportunidades* (dir. I. SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA), Aranzadi, Madrid, 2025.

VARSIK, S. y VOSBERG, L.: "The potential impact of Artificial Intelligence on equity and inclusión in education", *OECD Artificial Intelligence Papers*, París, OECD Publishing, núm. 23, 2024.

VINDIGNI, G.: "Between Access Rights and Copyright: The European Accessibility Act as a Regulatory Framework for AI-Generated Content", *European Journal of Management, Economics and Business*, vol. 2, núm. 1, 2025.



LA CONDICIÓN DE SUJETO VULNERABLE ANTE
LA DISCONTINUIDAD TRANSFRONTERIZA DEL
ESTATUTO PERSONAL EN EUROPA*

*THE CONDITION OF VULNERABLE PERSON IN THE FACE OF
CROSS-BORDER DISCONTINUITY OF PERSONAL STATUS IN
EUROPE*

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 586-637

* Investigación desarrollada como parte de un contrato predoctoral para la formación de personal investigador en el marco del plan propio de I+D+i de la Universidad de Castilla-La Mancha, cofinanciado por el Fondo Social Europeo Plus (FSE+). Modalidad formación de personal investigador (FPI).

Luis PÉREZ
OROZCO

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de mayo de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2026

RESUMEN: El artículo analiza cómo las situaciones jurídicas claudicantes del estatuto personal provocan un estado de vulnerabilidad. El estudio se centra en los ámbitos del matrimonio y la filiación por reproducción asistida tal y como han sido atendidos por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: Vulnerabilidad; Derecho internacional privado; situación jurídica claudicante; matrimonio; filiación.

ABSTRACT: *This paper analyzes how the limping legal relationships of personal status cause a state of vulnerability. The study focuses on the areas of marriage and filiation through assisted reproduction, as addressed by the jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union.*

KEY WORDS: *Vulnerability; Private International Law; limping legal relationship; marriage; filiation.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. VULNERABILIDAD Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.- 1. El *forum necessitatis*.- 2. Las normas de conflicto con orientación material.- 3. Las situaciones jurídicas claudicantes.- III. LA VULNERABILIDAD EN EL EJERCICIO DEL DERECHO HUMANO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR.- 1. Matrimonio.- 2. Filiación mediante reproducción asistida.- 3. El supuesto específico de la filiación mediante acuerdos internacionales de gestación por sustitución.- IV. LA VULNERABILIDAD COMO RESULTADO DE RESTRICCIONES AL DERECHO DE LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y DE RESIDENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA.- 1. Matrimonio.- 2. Filiación mediante reproducción asistida.- V. UNA VALORACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y LA POSIBLE SOLUCIÓN EN EL MÉTODO DE RECONOCIMIENTO PARA CONTRARRESTAR LA CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD COMO RESULTADO DE SITUACIONES JURÍDICAS CLAUDICANTES DEL ESTATUTO PERSONAL.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Al escribir este trabajo, al autor le ha surgido una pregunta: ¿existe la invulnerabilidad en el Derecho? La vulnerabilidad puede ser vista como la condición de aquellas personas que por razón de sus circunstancias personales, sociales o jurídicas se encuentran expuestas a un riesgo diferenciado de menoscabo en el ejercicio de sus derechos. Por lo tanto, en abstracto ningún sujeto de derecho se halla completamente a salvo de devenir vulnerable.

La destacada profesora Barona Vilar asume que “la ausencia de una definición legal de la vulnerabilidad y su cada vez mayor percepción de concurrencia en sede procesal está abocando hacia la construcción, dinámica en todo caso al no quedar encerrada en norma definitoria, de la categoría jurídica de “vulnerabilidad”, que comparte una “identidad” cuando concurren situaciones que, siendo diversas, integran un estado, espacio o situación de desprotección por desigualdad. Es más, muy probablemente esta situación es a conciencia del legislador, dada la idiosincrasia que mueve a considerar que la noción de vulnerabilidad no puede estanqueizarse, no es sino una categoría en constante construcción, que abriga las numerosas demandas, reclamaciones, peticiones en sede judicial de quienes forman parte de grupos o colectivos vulnerables (mujeres, minorías raciales, ancianos, menores, discapacitados, colectivo LGTBIQ+, víctimas, enfermos, personas en situación de precariedad, etc.), fundadas en el principio/derecho de igualdad y no discriminación, compartiendo una suerte de “identidad”.

Esta es una categoría que no es en lo absoluto ajena al Derecho internacional privado. La vulnerabilidad atraviesa de manera transversal las instituciones de la

I BARONA VILAR, S.: “Vulnerabilidad y vulnerabilidades: ¿un concepto en construcción?”, en BARONA VILAR, S. (ed.): *Vulnerabilidad, vulnerabilidades y justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, p. 44.

• Luis Pérez Orozco

Investigador predoctoral en formación del área de Derecho internacional privado de la Universidad de Castilla-La Mancha. Correo electrónico: luis.perezorozco@uclm.es.

disciplina, interpellando al operador jurídico sobre la suficiencia de los instrumentos clásicos para dar respuesta a situaciones que por su naturaleza desbordan los moldes normativos. Ninguna situación jurídica consolidada goza de una impermeabilidad total frente a los avatares que derivan del tráfico jurídico internacional, de la movilidad de las personas o de la discrepancia entre ordenamientos legales. Lo que existe es una graduación de exposición al riesgo jurídico que el ordenamiento puede, y debe, esforzarse por reducir mediante técnicas específicas, susceptibles a la posición desventajosa en que determinadas personas se encuentran.

El Derecho internacional privado es un espacio en el que a menudo la vulnerabilidad se muestra con crudeza. Las personas que desarrollan su vida en contextos transfronterizos están sometidas a una incertidumbre jurídica que el clásico Derecho internacional privado diseñado en torno a la neutralidad de las normas de conflicto no siempre resuelve de manera satisfactoria. Es en este ámbito donde adquieren importancia mecanismos como el *forum necessitatis*, las normas de conflicto con orientación material o las problemáticas que suscitan las situaciones jurídicas claudicantes.

A esto habría que añadirle la perspectiva jurisprudencial. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha afianzado la opinión de que el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)) actúa como límite frente a las consecuencias más perjudiciales que el funcionamiento de las normas de Derecho internacional privado puede imponer a los particulares. Las materias relativas al matrimonio del mismo sexo y a la filiación en sus variantes más controvertidas como la reproducción asistida con elementos transfronterizos y los acuerdos internacionales de gestación por sustitución son un terreno donde las soluciones nacionales más discordantes han creado formas acentuadas de vulnerabilidad para las personas implicadas.

En el espacio jurídico de la Unión Europea, la libre circulación de personas (art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la UE) ha puesto de manifiesto cómo la falta de reconocimiento de situaciones jurídicas válidamente constituidas en un Estado miembro puede convertirse en un obstáculo al ejercicio de ese derecho. Cuando conforme al Derecho de un Estado miembro, un matrimonio celebrado o una filiación establecida no obtienen reconocimiento en otro un Estado miembro, la vulnerabilidad se hace consecuencia inmediata del ejercicio de un derecho que el propio ordenamiento europeo garantiza. Esta incongruencia, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha interpretado en su jurisprudencia, pone en discusión la adecuación de las soluciones conflictuales tradicionales y abre paso al método de reconocimiento como instrumento alternativo y, si se quiere, más idóneo para abordar estos supuestos.

Dado este panorama, el presente trabajo se propone analizar las manifestaciones de la vulnerabilidad en el Derecho internacional privado con un recorrido por las instituciones a través de los cuales el ordenamiento ha intentado hacerle frente. En una primera parte, se identificarán las técnicas del Derecho internacional privado que responden a situaciones de vulnerabilidad: el *forum necessitatis* y las normas de conflicto materialmente orientadas. Luego, se mencionan las situaciones jurídicas claudicantes como una realidad que puede acarrear circunstancias de vulnerabilidad personal.

En una segunda parte, la investigación únicamente se centrará en la jurisprudencia del TEDH y el TJUE sobre matrimonio y filiación por razones de espacio. Ambos elementos pueden verse como centrales del Derecho de familias y el delicado impacto que reportan para el ejercicio de otros derechos y obligaciones. Tanto matrimonio como filiación son dos sectores que patentizan con fuerza la pugna entre soberanía estatal y derechos fundamentales. El fruto es que vínculos familiares que existen jurídicamente en un país, se diluyen o desaparecen al cruzar una frontera. Se abordará la incidencia del derecho humano al respeto a la vida privada y familiar en relación con el matrimonio y la filiación con énfasis en los acuerdos internacionales de gestación por sustitución. En tercer lugar, se expondrán las restricciones al derecho de libre circulación y residencia en la Unión Europea como forma específica de vulnerabilidad. Se concluye con una valoración de la jurisprudencia existente y con la propuesta de una solución con fundamento en el método de reconocimiento de situaciones jurídicas para contrarrestar la condición de vulnerabilidad que se deriva de las situaciones claudicantes del estatuto personal.

II. VULNERABILIDAD Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

El Derecho internacional privado se encarga de la coexistencia de la pluralidad de ordenamientos jurídicos estatales que regulan de manera diversa las situaciones privadas internacionales. Esta disparidad es, al mismo tiempo, el problema y la razón de ser de esta disciplina jurídica. En ausencia de un ordenamiento jurídico global o regional armonizado, los Estados conservan su soberanía para regular las relaciones personales como las de familia, nombre o filiación, lo que provoca inevitables desacuerdos normativos. El estatuto personal, entendido como el sistema de reglas que determinan el estado civil, la capacidad y las relaciones familiares del individuo puede acarrear situaciones jurídicas claudicantes. La fragmentación de dicho estatuto entre ordenamientos disímiles es la causa directa de la claudicación. Una persona puede estar, de manera simultánea, casada en el ordenamiento de su residencia habitual y divorciada en el del Estado donde contrajo matrimonio. Esta fragmentación tiene intensos efectos sobre la seguridad jurídica individual y es, por sí misma, una condición de vulnerabilidad.

En el contexto del Derecho en general y también del internacional privado en particular se observa la vulnerabilidad como afectación a determinadas categorías de personas por razón de características como edad, discapacidad, condición migratoria, pertenencia a una minoría étnica o religiosa, etcétera. Estos grupos de personas son especialmente vulnerables porque carecen de aptitud o recursos necesarios para activar la litigación transfronteriza y hacer valer sus derechos fundamentales. Asimismo, puede concurrir una vulnerabilidad que se produce o acrecienta por circunstancias específicas ligadas al tráfico jurídico internacional. Por ejemplo, la persona que ve su matrimonio disuelto en el Estado de origen, pero no reconocido en el Estado de destino, la persona cuya filiación respecto de un hijo nacido por gestación por sustitución no es reconocida en el Estado de su residencia habitual o la persona transexual que ha obtenido la modificación registral de su identidad en un país, pero se enfrenta a la negativa de otro Estado a reconocerlo.

En todos estos casos, la vulnerabilidad no se deriva de características permanentes del sujeto, sino de la regulación preconcebida del ordenamiento jurídico requerido. Así pues, se encuentran individuos vulnerables en el Derecho internacional privado que puede reaccionar a estos fenómenos mediante la figura del *forum necessitatis* si de competencia judicial internacional se trata o normas de conflicto orientadas materialmente en sede de derecho aplicable. No obstante, para la vulnerabilidad avivada por una situación jurídica claudicante en el área de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, quizás el instrumento más adecuado sea el método de reconocimiento de situaciones jurídicas.

1. El *forum necessitatis*.

La competencia judicial internacional funciona como presupuesto procesal en el que, si ningún tribunal se estima competente, el derecho subjetivo en juego puede quedar sin tutela judicial efectiva. Esta situación se agrava cuando la persona que reclama protección adolece de alguna condición de vulnerabilidad. Ante este riesgo ha surgido la figura del *forum necessitatis*. Se trata de una cláusula excepcional que bajo presupuestos estrictos autoriza al tribunal del foro a declararse competente, aunque no concurra ningún punto de conexión previsto por la norma, con el único objetivo de garantizar el acceso efectivo a la justicia.

El *forum necessitatis* (literalmente, foro de necesidad) designa la competencia que un órgano jurisdiccional se atribuye a sí mismo con carácter subsidiario cuando concurren las siguientes condiciones: ausencia de foro ordinario competente; imposibilidad de acceso al foro extranjero eventualmente competente por diversas razones (legislación discriminatoria, crisis humanitaria, persecución, etc.); existencia de un vínculo suficiente con el foro que legitime la intervención del

tribunal y/o riesgo de denegación de justicia de manera que la inacción del tribunal supondría una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva².

Una persona se encuentra en situación de vulnerabilidad a efectos jurídico-procesales cuando experimenta una desigualdad que le dificulta o incluso le impide ejercer con plena autonomía sus derechos procesales. Esta situación puede derivarse de diversos factores, entre los que se encuentran, sin ánimo exhaustivo: la minoría de edad, ya que los menores carecen de plena capacidad de obrar, requieren representación y su interés superior actúa como criterio hermenéutico en el Derecho internacional privado; la discapacidad, en la medida en que estas personas pueden enfrentarse a barreras de carácter procedimental o comunicativo, así como el estatus migratorio que puede afectar a refugiados, solicitantes de asilo y personas apátridas. El fundamento jurídico del *forum necessitatis* puede hallarse en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el art. 24 CE.

El art. 11 del Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo es un ejemplo evidente de codificación explícita del *forum necessitatis* en el Derecho de la Unión: "Cuando ningún tribunal de un Estado miembro sea competente con arreglo a otras disposiciones del presente Reglamento, los tribunales de un Estado miembro podrán resolver, en casos excepcionales, sobre la sucesión si resultase imposible o no pudiese razonablemente iniciarse o desarrollarse el proceso en un tercer Estado con el cual el asunto tuviese una vinculación estrecha. El asunto deberá tener una vinculación suficiente con el Estado miembro del tribunal que vaya a conocer de él". Otras referencias se pueden situar en el art. 11 del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, así como en el art. 7 del Reglamento (CE)

2 CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.): *Derecho internacional privado*, tomo I, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 394-395; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: "Rigidez versus flexibilidad en la ordenación de la competencia judicial internacional: el *forum necessitatis*", pp. 14-16.. Documento disponible en <https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2017/12/jc-fernc3a1ndez-rozas-forum-necessitatis.pdf>; BIAGIONI, G.: "Alcuni caratteri generali del *forum necessitatis* nello spazio giudiziario europeo", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, núm. 1, 2012, pp. 28-33; y ROSSOLILLO, G.: "Forum necessitatis e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel Diritto internazionale privato nazionale e dell'Unione Europea", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, núm. 1, 2010, pp. 406-411.

no 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos³.

2. Las normas de conflicto con orientación material.

La concepción de Savigny de la norma de conflicto como instrumento neutral de localización espacial cuya única misión sería señalar el ordenamiento más estrechamente vinculado a la relación jurídica ha cedido terreno ante normas que incorporan una clara preferencia por un determinado resultado material. La constitucionalización del Derecho privado, la proliferación de normas de derechos humanos o la apreciación de que algunos grupos poblaciones están en una posición de debilidad que no puede ser ignorada por el sistema conflictual sin incurrir en una injusticia material, son factores de dicha evolución.

La norma de conflicto de Savigny se erige sobre la base de un presupuesto de neutralidad. Su función es designar el ordenamiento jurídico aplicable con independencia del contenido material de las normas que lo componen y del resultado concreto que su aplicación depare a las partes. El criterio de conexión (nacionalidad, domicilio, residencia habitual, lugar de celebración, lugar de ejecución, etc.) actúa como un mecanismo de localización que, en principio, prescinde de valoraciones sustantivas. Dicha neutralidad tiene la ventaja de favorecer la previsibilidad, la seguridad jurídica y la uniformidad de soluciones en el plano internacional.

Sin embargo, presenta limitaciones. Por ejemplo, un punto de conexión neutral puede conducir a la aplicación de un ordenamiento cuyo contenido material resulte inapropiado para las circunstancias del caso concreto. Es por eso que las normas materialmente orientadas son aquellas de Derecho internacional privado que, al establecer el punto de conexión o al determinar el ámbito del derecho aplicable, persiguen conscientemente un resultado material predeterminado: la protección de una parte específica, el fomento de la validez del acto jurídico, la

3 Las STJUE de 27 de marzo de 2025 (asunto C-67/24, Amozov) y de 1 de agosto de 2022 (asunto C-501/20) ha interpretado este precepto en el sentido de que establece cuatro condiciones acumulativas que deben cumplirse para que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, ante el que se haya presentado una demanda en materia de obligaciones de alimentos, pueda asumir de forma excepcional su competencia en virtud del *forum necessitatis*. Primeramente, dicho órgano debe comprobar que ningún tribunal de otro Estado miembro resulta competente conforme a los arts. 3 a 6 del Reglamento n.º 4/2009. Después, el litigio debe mantener una estrecha vinculación con un Estado tercero. A continuación, no debe ser razonable iniciar o desarrollar el procedimiento en ese Estado tercero, o bien debe resultar imposible hacerlo allí. Al final, el asunto también ha de presentar una conexión suficiente con el Estado miembro cuyo órgano jurisdiccional conoce de la demanda. Además, dado que la competencia basada en el *forum necessitatis* tiene como finalidad evitar situaciones de denegación de justicia, se considera justificado que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro recurra a esta figura en casos excepcionales (previo análisis detallado de las condiciones procesales del Estado tercero implicado) cuando el acceso a la justicia en ese Estado esté impedido de hecho o de Derecho. Esto sucedería debido a la existencia de requisitos procesales discriminatorios o incompatibles con las garantías fundamentales de un juicio justo.

tutela de determinados valores o intereses socialmente relevantes o la aplicación del ordenamiento que ofrezca el resultado más favorable para el sujeto protegido.

“Los puntos de conexión de este tipo de normas hacen aplicable uno u otro Derecho estatal en función, precisamente, del contenido material de tales Derechos. En efecto: se hace aplicable el concreto Derecho material de un Estado porque se considera que su contenido sustancial es más justo que el contenido de otro Derecho material de otro Estado. Las normas que utilizan estos puntos de conexión se conocen como normas de conflicto materialmente orientadas. Tales normas adoptan varias modalidades: con conexiones jerarquizadas (art. 4 del Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias); aquellas cuyo punto de conexión es la autonomía de la voluntad (art. 14 del Reglamento (CE) no 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales) y las que contienen puntos de conexión alternativos (art. 11.1 del Código civil español)”⁴.

Una técnica que demuestra la orientación material son aquellas normas convencionales y reglamentarias que establecen puntos de conexión alternativos, de manera que el acto sea válido si lo es conforme a cualquiera de los ordenamientos designados (art. 8 del Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial)⁵. En cambio, el principio de favor es la expresión más característica de la orientación material en el Derecho internacional privado. Bajo este principio, la norma conflictual privilegia la aplicación del ordenamiento entre los concurrentes que resulte más favorable para el sujeto protegido o para el valor jurídico en liza. Así, por ejemplo, el *favor validitatis* habla de la tendencia del Derecho internacional privado a beneficiar la validez formal de los actos jurídicos (art. 25 del Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo).

El *favor debilis* se evidencia en la situación del consumidor en situaciones transfronterizas que se encuentra expuesto al desequilibrio contractual en el

4 CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Derecho internacional”, cit., pp. 540-541.

5 Así lo hace saber la STJUE de 20 de marzo de 2025, asunto C-61/24: “se desprende de los considerandos 9, 21 y 29 de dicho Reglamento que este tiene por objeto crear un marco jurídico claro y completo en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en los Estados miembros participantes, garantizar la seguridad jurídica, la previsibilidad y la flexibilidad en los procesos matrimoniales de ámbito internacional y, por lo tanto, facilitar la libre circulación de personas en la Unión, así como impedir situaciones en las que uno de los cónyuges solicite el divorcio antes que el otro con el fin de que el procedimiento se rija por una ley determinada que dicho cónyuge estime más favorable a la protección de sus intereses”.

mercado. El art. 6 del Reglamento (CE) no 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) establece una regla especial que garantiza al consumidor la aplicación de las disposiciones imperativas de la ley de residencia habitual. Su finalidad no es localizar la relación contractual, sino garantizar un estándar mínimo de protección al consumidor⁶. El trabajador como otra parte débil de la relación laboral también es objeto de tutela. El art. 8 del Reglamento Roma I establece que “el contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo (...)”. Dicha norma ilustra la técnica del favor: la opción entre ordenamientos concurrentes se resuelve en favor del trabajador, no en función de un criterio neutral de localización.

Los principios de *favor minoris*, *favor filii* y *favor filiationis* son otros ejemplos clásicos de orientación material en función de la vulnerabilidad del sujeto pues el menor de edad puede resultar vulnerable en el tráfico jurídico internacional. En razón de lo anterior, algunas normas consagran la aplicación más favorable si fuera el caso al interés superior del menor como lo son el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños sobre responsabilidad parental o el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida).

3. Las situaciones jurídicas claudicantes.

La expresión “situación jurídica claudicante” (en inglés, *limping legal relationship*) consiste en que la relación jurídica existe en al menos un ordenamiento, pero carece de efectividad en otros ordenamientos con los que el supuesto guarda una vinculación estrecha. Se caracteriza por la concurrencia de varios elementos, entre ellos, la existencia y validez en al menos un ordenamiento jurídico estatal; desconexión de efectos en otro u otros ordenamientos con los que el supuesto guarda vínculos estrechos, pero no reconocen dicha situación como

⁶ Una de las resoluciones más recientes del TJUE reafirma nuevamente el principio de protección al consumidor. En ella se indica que, si bien el considerando 23 del Reglamento n.º 593/2008 reconoce la conveniencia de proteger a las partes más débiles como los consumidores mediante normas de conflicto de leyes más favorables que las generales, la jurisprudencia ha dejado claro que no cabe introducir excepciones a dichas normas con el fin de aplicar una ley que resulte más beneficiosa para el consumidor. Aceptar una interpretación de ese tipo supondría debilitar el principio de previsibilidad de la ley aplicable y comprometer la seguridad jurídica en las relaciones contractuales que involucran a consumidores (véase STJUE de 4 de diciembre de 2025, asunto C-279/24).

válida o le niegan determinados efectos jurídicos; presencia de un elemento de internacionalidad pues la situación se proyecta sobre más de un ordenamiento jurídico, lo que la convierte en objeto propio del Derecho internacional privado e impacto sobre el estatuto personal del individuo dado que la situación claudicante no es una simple discrepancia entre normas, sino que incide sobre la posición jurídica de la persona y sus derechos fundamentales.

El Derecho internacional privado busca prevenir las denominadas situaciones jurídicas claudicantes. Esta rama del Derecho promueve las relaciones entre particulares de distintos Estados. En este sentido, se configura como un instrumento de seguridad jurídica, ya que resuelve el llamado dilema del intercambio internacional: si las personas no cuentan con certeza jurídica en sus operaciones transfronterizas, tenderán a no realizarlas, puesto que, en ausencia de dicha seguridad, lo más razonable sería abstenerse.

Las situaciones jurídicas claudicantes no se presentan de manera uniforme, sino que pueden darse en distintos grados. Por un lado, se encuentran las situaciones aparentemente claudicantes. Estas son las que solo tienen validez en el país en el que se han originado, pero que no están destinadas a hacerse valer en otros Estados, o bien únicamente lo harán de forma temporal y limitada. En este tipo de supuestos, el perjuicio para la tutela judicial efectiva es muy reducido o incluso inexistente. A su vez, existen las situaciones verdaderamente claudicantes. En estos casos, se trata de situaciones jurídicas que, aun siendo válidas en el país de origen, están destinadas a producir efectos principalmente en otro Estado que no reconoce ni su existencia ni sus consecuencias jurídicas. Esta circunstancia implica una vulneración de la tutela judicial efectiva, ya que la situación no logra desplegar efectos en el Estado en el que debería producirlos⁷.

Frente a la diversidad de los ordenamientos, el Derecho internacional privado ha empezado a perfilar el principio de continuidad de las situaciones jurídicas⁸ que puede lograrse mediante el método de reconocimiento como se explicará más adelante. Por el momento, solo decir que conforme a este principio, las relaciones jurídicas constituidas válidamente bajo el Derecho de un Estado deben mantener su eficacia cuando se trasladan a otro ordenamiento jurídico. Su fundamento

7 CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Derecho internacional", cit., pp. 118-119 y 155-156.

8 DURÁN AYAGO, A.: *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias. Perspectiva internacional y europea*, Aranzadi, Navarra, 2023, p. 51; ESTEBAN DE LA ROSA, G.: "Identidad personal transfronteriza y Derecho internacional privado europeo", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 74, núm. 2, 2022, pp. 167, 170, 175 y 178; ESTEBAN DE LA ROSA, G.: "Método y función del Derecho internacional privado: hacia la más plena realización de los derechos humanos", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, núm. 40, 2020, pp. 39-43; BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I.: "Libre circulación de personas y Derecho Internacional Privado: un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, pp. 117, 122 y 125 y BARATTA, R.: "Derechos fundamentales y Derecho internacional privado de familia", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. 16, 2016, pp. 120-124.

está en la doble función de la protección de las expectativas legítimas de las personas y la tutela de los derechos fundamentales que se ejercen a través de dichas relaciones. Sin embargo, son las propias normas de Derecho internacional privado las que todavía aceptan que la continuidad ceda ante la intervención del orden público internacional del foro. Es de ahí que la tirantez entre continuidad y orden público internacional sea uno de los ejes centrales del debate doctrinal y jurisprudencial actual.

La excepción de orden público internacional es la cláusula mediante la cual el Estado requerido puede denegar el reconocimiento de una situación jurídica extranjera que produzca resultados manifiestamente contrarios a sus principios o la sociedad. Se trata de una válvula de escape del sistema para preservar los valores esenciales del foro frente a situaciones que los contradigan de manera frontal. El orden público internacional es un arma de doble filo. A saber, puede impedir el reconocimiento de un repudio unilateral discriminatorio para la mujer casada, un matrimonio con menores de edad o cualquier situación extranjera que vulnera derechos. De otro lado, puede ser el causante de la claudicación cuando el Estado requerido lo invoca para denegar el reconocimiento como ocurre en supuestos de filiación derivada de gestación por sustitución llevada a cabo en terceros países. El Estado requerido aplica su ley y como esta impone exigencias distintas, la situación jurídica queda sin efecto.

Las consecuencias de ese rechazo son especialmente complicadas cuando se refiere al reconocimiento transfronterizo de elementos del estatuto personal: nombre, género, matrimonio y filiación. En materia de nombre, el individuo ostenta un estatuto jurídico diferente según el territorio en que se encuentre cuando un ciudadano adquiere legalmente un nombre o modifica el existente conforme al Derecho del Estado de origen y ese patronímico no es reconocido en el Estado de destino por resultar contrario al orden público internacional. Esto se da, por ejemplo, mediante la adición de partículas nobiliarias o la adopción de un nombre compuesto conforme a tradiciones onomásticas propias de algunos sistemas. Otra dicotomía sucede en aquellos supuestos en que una persona ha obtenido la rectificación registral de su mención de género en un Estado que admite dicho cambio y, sin embargo, viaja o traslada su residencia a un Estado que, o bien no reconoce su categoría de género o bien exige condiciones que el interesado no ha cumplido. De tal manera, que la persona es tratada como perteneciente a un género distinto del que figura en sus documentos de identificación.

Otros dos elementos del estatuto personal y a los cuales se enfoca esta investigación son el del matrimonio y la filiación. Las situaciones jurídicas claudicantes han sido frecuentes en relación con los matrimonios poligámicos (a los que solo se les ha permitido efectos específicos como el cobro de pensiones

de viudedad en España)⁹ o los celebrados entre personas del mismo sexo, toda vez que la ley del lugar de celebración puede reputarlos válidos mientras que la *lex fori* del Estado requerido los rechaza por contravenir sus principios de orden público internacional. Acerca de la filiación, la claudicación puede deberse a instituciones propias de sistemas jurídicos extranjeros como la kafala islámica¹⁰ o la utilización de técnicas de reproducción asistida como la gestación por sustitución.

III. LA VULNERABILIDAD EN EL EJERCICIO DEL DERECHO HUMANO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR.

La condición de vulnerabilidad en el marco de los derechos humanos entraña una obligación reforzada para los Estados¹¹. El poder público, más allá de positivización en la ley, debe adoptar medidas para garantizar los estándares en los que se ha comprometido, políticas y acciones que respondan a las necesidades de los grupos sociales. Las situaciones jurídicas claudicantes influyen sobre el ejercicio de derechos fundamentales amparados en el CEDH: el no reconocimiento de un matrimonio, una filiación o una adopción internacional puede constituir una injerencia ilegítima en la vida privada y familiar del interesado (art. 8); producir efectos discriminatorios cuando afecta a determinados colectivos, dígase personas del mismo sexo o minorías étnicas de manera desproporcionada (art. 14) o el derecho a la identidad expresado en el nombre o el sexo/género (art. 8). Al respecto, el TEDH ha señalado repetidamente que los Estados no pueden invocar el margen de apreciación estatal de manera ilimitada para denegar el reconocimiento de situaciones constituidas válidamente en el extranjero cuando ello supone una injerencia desproporcionada en el ejercicio de los derechos reconocidos en el Convenio.

- 9 ZURITA MARTÍN, I.: "La aplicación judicial de la excepción de orden público internacional en casos de poligamia", en AA.VV.: *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva* (coord. M. D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, pp. 313-334; ADAM MUÑOZ, M. D.: "Análisis de algunos efectos jurídicos de la poligamia en el sistema español de derecho internacional privado", *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, núm. 2, 2023, pp. 333-350 y ADROHER BIOSCA, S.: "Efectos de los matrimonios poligámicos en España", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 97, núm. 784, 2021, pp. 749-777.
- 10 PADILLA ESPINOSA, L. I.: "El papel de la Kafala en el ordenamiento jurídico español y el derecho a la vida en familia de los menores", en AA.VV.: "Identidad islámica", cit., pp. 547-558 y QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: "Intereses diplomáticos y migratorios en la protección del menor del S. XXI: El menor en kafala ante los tribunales después de la reforma de la ley de adopción internacional (2015)", en AA.VV.: *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica* (coord. M. V. CUARTERO RUBIO y J. M. VELASCO RETAMOSAS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 393-424.
- 11 REY VÁZQUEZ, L. E.: "Las funciones estatales para la protección jurídica de las personas en situación de vulnerabilidad, desde una mirada convencional", en AA.VV.: *Convencionalidad, constitucionalidad, legalidad y Administración pública: Actas de las XV Jornadas Prof. Meilán Gil de Derecho Administrativo Iberoamericano (Pazo de Mariñán)* (dirs. J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y M. C. RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO), Colex, A Coruña, 2026, pp. 191-206; BARONA VILAR, S.: "Pensar la vulnerabilidad y su incidencia en la justicia", *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 39, 2025, pp. 16-43; TORRALBA ROSELLÓ, F.: "La relación entre el principio de dignidad y de vulnerabilidad", *Persona y Derecho: Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 89, 2023, pp. 39-555 y GALINDO CRUZ, P.: "El giro a la vulnerabilidad y los derechos humanos. Hacia una centralidad de la condición vulnerable", *Redhes: Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, vol. 13, núm. 25, 2021, pp. 79-99.

En el Derecho internacional privado, una interpretación guiada por los derechos humanos significa ser más favorable a los derechos de la persona y garantizar la continuidad de su estatuto personal¹². Las relaciones familiares con elementos transfronterizos plantean desafíos para la efectividad de las soluciones jurídicas estatales, en particular, con las situaciones jurídicas claudicantes en materia de matrimonio y filiación. El siguiente epígrafe se centrará en el análisis de tales situaciones a partir de la jurisprudencia del TEDH, que ha debido pronunciarse sobre la interpretación del CEDH y las limitaciones que impone a los Estados en lo relativo al respeto de la vida privada y familiar y al interés superior del menor.

I. Matrimonio.

A) Asunto Orlandi y otros contra Italia, Sentencia de 14 de diciembre de 2017.

A partir de los hechos expuestos en la sentencia Orlandi y otros contra Italia, puede sintetizarse que los doce demandantes (once ciudadanos italianos y uno canadiense) eran parejas del mismo sexo que, tras contraer matrimonio en el extranjero (Canadá, Países Bajos o Estados Unidos), solicitaron su inscripción en los registros italianos del estado civil. Entre 2004 y 2012 todas las solicitudes fueron rechazadas por los municipios competentes, apoyándose en circulares del Ministerio del Interior que consideraban tales matrimonios contrarios al orden público interno y, por tanto, no registrables. En varios casos, los solicitantes habían construido una vida en común consolidada (cohabitación prolongada, adquisición conjunta de bienes, apertura de cuentas bancarias, designación recíproca como herederos o administradores de apoyo). Sin embargo, la ausencia de reconocimiento jurídico en Italia les impedía acceder a derechos y protecciones básicas vinculadas al estatuto familiar.

Algunos ayuntamientos, en un breve intervalo entre 2014 y 2015, intentaron registrar estos matrimonios, pero tales inscripciones fueron posteriormente anuladas por orden de los prefectos, siguiendo instrucciones ministeriales. En paralelo, los tribunales italianos, incluido el Tribunal Constitucional, confirmaron de manera reiterada que, bajo el marco normativo vigente, el matrimonio entre personas del mismo sexo carecía de efectos jurídicos en Italia y no podía ser objeto de transcripción. Eso sí, reconocieron la necesidad de una regulación legislativa que garantizara algún tipo de protección a estas parejas. Solo tras la aprobación de la Ley 76/2016, que introdujo las uniones civiles, algunos de los matrimonios extranjeros de los demandantes fueron finalmente transcritos como tales, pero ello ocurrió años después de los hechos que dieron origen a la demanda ante el TEDH.

12 ESPINOSA CALABUIG, R.: "Derecho internacional privado europeo y protección de grupos vulnerables", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 54, 2021.

El TEDH concluyó que Italia vulneró el art. 8 del Convenio porque durante el período en cuestión no ofrecía ningún mecanismo jurídico que permitiera a las parejas del mismo sexo obtener reconocimiento y protección de su vida familiar. A juicio del Tribunal, la negativa sistemática a transcribir los matrimonios celebrados en el extranjero, unida a la inexistencia de cualquier forma alternativa de reconocimiento (ni uniones civiles, ni registros con efectos jurídicos, ni contratos que cubrieran las necesidades básicas de la vida en común) generaba un vacío legal incompatible con las exigencias positivas del art. 8 del Convenio. El Estado, aun gozando de un amplio margen de apreciación en materia de matrimonio, no podía dejar sin protección a una categoría de parejas cuya vida familiar era plenamente reconocida como tal por el Convenio. Esta ausencia total de marco jurídico colocaba a los demandantes en una situación de vulnerabilidad, afectando aspectos esenciales de su vida cotidiana, desde la residencia hasta la sucesión o la representación en situaciones de incapacidad.

El Tribunal dijo además que, desde la Sentencia Oliari y otros contra Italia de 21 de julio de 2015, existía un consenso europeo creciente en favor del reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo, lo que reducía el margen de apreciación del Estado. Italia no había demostrado la existencia de intereses públicos suficientemente imperiosos que justificaran mantener a estas parejas en un limbo jurídico, ni había aportado razones convincentes para no haber legislado durante años pese a los reiterados llamamientos de sus propios tribunales, incluido el Constitucional. En consecuencia, la falta de cualquier forma de reconocimiento legal constituía una injerencia desproporcionada en el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y familiar, dando lugar a la violación del art. 8.

DEANA asevera que la clave del caso no reside en una presunta obligación del CEDH de transcribir el matrimonio extranjero del mismo sexo como matrimonio sino en la violación del art. 8 del Convenio derivada de haber dejado a las parejas sin ninguna forma de reconocimiento jurídico, lo que afectó gravemente a su vida familiar. Se critica que Italia invocara un orden público interno ya superado por su propia jurisprudencia y por la noción contemporánea de orden público internacional. Según este autor, el TEDH vincula el problema de la transcripción con el “pecado original” del legislador italiano: la ausencia, antes de 2016, de un marco alternativo que permitiera proteger jurídicamente a estas parejas. De modo que el rechazo absoluto de la transcripción resultaba desproporcionado incluso dentro del amplio margen de apreciación estatal¹³.

B) Asunto Koilova y Babulkova contra Bulgaria, Sentencia de 5 de septiembre de 2023.

13 DEANA, F.: “Diritto alla vita familiare e riconoscimento del matrimonio *same-sex* in Italia: note critiche alla sentenza *Orlandi e altri contro Italia* (Right to Family Life and Same-Sex Marriage Registration in Italy: The ECtHR Decision in *Orlandi and Others v. Italy*)”, *Rivista di Diritti Comparati*, núm. 1, 2019, pp. 153-183.

Las demandantes ciudadanas búlgaras y residentes en Sofía mantenían una relación desde 2009 y contrajeron matrimonio civil el 15 de noviembre de 2016 en el Reino Unido. Tras su regreso a Bulgaria, la primera solicitante pidió a la administración municipal de Lulin la inscripción de su estado civil como casada conforme al acta matrimonial extranjera. El 5 de junio de 2017, el alcalde rechazó la solicitud alegando que el ordenamiento jurídico búlgaro, en particular el Código de la Familia, define el matrimonio exclusivamente como la unión entre un hombre y una mujer, lo que impedía reconocer efectos jurídicos al matrimonio celebrado por dos personas del mismo sexo.

La primera solicitante recurrió la decisión ante los tribunales. El Tribunal Administrativo de Sofía desestimó el recurso en enero de 2018 afirmando que solo un matrimonio válido según el derecho búlgaro podía producir efectos en el registro civil y que la negativa no vulneraba ni el Derecho de la Unión Europea ni el CEDH. La Corte Administrativa Suprema confirmó íntegramente esta decisión el 12 de diciembre de 2019. De ahí que las autoridades búlgaras mantuvieron la negativa a reconocer cualquier efecto jurídico al matrimonio celebrado en el extranjero por las demandantes, lo que propició la solicitud ante el TEDH.

Según el Tribunal, Bulgaria incumplió su obligación positiva de garantizar un marco jurídico que reconociera y protegiera adecuadamente las relaciones estables entre personas del mismo sexo. Apoyándose en la doctrina previa en la Sentencia Fedotova y otros contra Rusia de 17 de enero de 2023, recordó que la ausencia total de cualquier forma de reconocimiento legal afecta de manera directa a la identidad personal y social de las parejas del mismo sexo y vulnera el contenido esencial del derecho al respeto de la vida privada y familiar. Observó que el ordenamiento búlgaro no ofrecía ningún mecanismo ni matrimonial ni alternativo que permitiera a las demandantes obtener un estatuto jurídico que reflejara su vida en común, pese a haber contraído matrimonio válidamente en otro Estado parte. Esta falta absoluta de protección situaba a la pareja en una situación jurídica incompatible con las exigencias del art. 8.

Asimismo, el Tribunal consideró que los motivos invocados por el Estado (la referencia al modelo constitucional de matrimonio heterosexual y la alegada necesidad de un debate social gradual) no eran razones pertinentes y suficientes capaces de justificar la negativa a reconocer o proteger la relación de las demandantes. Dado que estaban en juego aspectos centrales de la identidad personal y existía una tendencia europea clara y continua hacia la protección jurídica de las parejas del mismo sexo, el margen de apreciación del Estado era reducido. Al no haber demostrado Bulgaria la existencia de un interés general superior que prevaleciera sobre los derechos de las demandantes y al mantener

una situación de desprotección, el Estado había sobrepasado los límites de su discrecionalidad, incurriendo así en una violación del art. 8 del Convenio.

C) Asunto Andersen contra Polonia, Sentencia de 24 de abril de 2025.

El caso se origina cuando un ciudadano polaco (el demandante) contrajo matrimonio con su pareja del mismo sexo en el Reino Unido en 2016 y al año siguiente solicitó su inscripción en el Registro Civil de Polonia. Las autoridades administrativas rechazaron la petición alegando que la inscripción de un matrimonio entre personas del mismo sexo vulneraría los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de Polonia. Esta negativa fue confirmada por el gobernador regional, el Tribunal Administrativo Regional de Varsovia y el Tribunal Supremo Administrativo en febrero de 2020. El demandante alegó que la falta absoluta de reconocimiento jurídico de su relación en Polonia le impedía ejercer derechos básicos asociados a la vida en pareja y condicionaba de manera su proyecto vital obligándolo a permanecer en el extranjero lo que le causó estrés y ansiedad que afectaron su vida privada y familiar. Además, afirmó que esta situación lo obligó a renunciar a su idea de retorno.

Ante el TEDH el demandante denunció que la inexistencia en Polonia de cualquier forma de reconocimiento o protección jurídica para parejas del mismo sexo y la negativa a registrar su matrimonio extranjero vulneraban su derecho al respeto de la vida privada y familiar. El Tribunal constató que el ordenamiento polaco solo acepta el matrimonio heterosexual y no ofrece ninguna alternativa para parejas del mismo sexo. Al igual que los casos anteriores mencionados, el demandante quedaba en un limbo que resultaba incompatible con las obligaciones positivas del Estado.

El Tribunal declaró que “la inexistencia de un régimen jurídico para el reconocimiento y la protección de las parejas del mismo sexo afecta tanto a la identidad personal como social del solicitante como persona que desea que su relación de pareja del mismo sexo sea legitimada y protegida por la ley”. De esta manera, la falta de un régimen jurídico específico deviene en una lesión a la identidad personal, no solo de estatus. La sentencia añade que, sin reconocimiento oficial, las parejas del mismo sexo son meras uniones de facto. El TEDH decidió que Polonia había sobrepasado su margen de apreciación al no proporcionar un marco adecuado de reconocimiento y protección, declarando la violación del art. 8.

Para algún autor, la jurisprudencia del TEDH sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo es inconsistente, incoherente y profundamente heteronormativa. Mientras que bajo el art. 8 el Tribunal ha reconocido progresivamente ciertos derechos familiares a las parejas del mismo sexo, bajo el art. 12 mantiene una postura rígida que preserva el matrimonio como institución esencialmente

heterosexual. Esta dualidad genera un marco contradictorio: aparenta progreso, pero en realidad reproduce exclusiones, evita abordar la discriminación mediante el art. 14 y se refugia en un uso selectivo y cambiante del consenso europeo para justificar la negativa a reconocer el matrimonio igualitario. En su conjunto, el Tribunal consolida la idea de que el matrimonio posee un estatus especial reservado a las parejas heterosexuales, reforzando así valores tradicionales y limitando la posibilidad de una igualdad plena para las parejas del mismo sexo¹⁴.

2. Filiación mediante reproducción asistida.

A) Asunto C.E. y otros contra Francia, Sentencia de 24 de marzo de 2022.

En C.E. y otros contra Francia, dos parejas de mujeres separadas y sus hijos nacidos mediante reproducción asistida en el extranjero durante la relación de pareja denunciaron que el ordenamiento francés impedía reconocer jurídicamente el vínculo de filiación entre los menores y la expareja de la madre biológica, pese a la existencia de una vida familiar estable y continuada. En el primer caso, la antigua pareja de la madre solicitó la adopción plena del menor, con el consentimiento de la progenitora. Los tribunales franceses rechazaron la pretensión por considerar que la adopción extinguiría la filiación materna existente y que la separación de la pareja hacía incompatible la creación de una comunidad de vida propia de la adopción plena. En el segundo caso, la expareja de la madre pidió un *acte de notoriété* para acreditar la posesión de estado de hijo, pero los tribunales lo denegaron al entender que el derecho francés no permite establecer una doble filiación materna fuera del matrimonio y que ya existía una filiación legal con la madre biológica. En ambos asuntos, las demandantes esgrimieron que esta imposibilidad vulneraba el art. 8 del Convenio, contrariaba el interés superior del menor e impedía el reconocimiento jurídico de relaciones parentales efectivamente vividas.

El TEDH no encontró una violación porque el ordenamiento francés ofrecía vías jurídicas alternativas para proteger la vida familiar y los intereses de los menores, aun sin reconocer una filiación plena o una posesión de estado con la expareja de la madre biológica. En el caso relativo a la adopción plena, el Tribunal vio decisivo que dicha adopción habría supuesto extinguir la filiación con la madre biológica, algo incompatible con el interés superior de la menor y con la propia lógica de la adopción plena en el derecho francés. Además, la relación entre la niña y la antigua pareja de la madre podía mantenerse mediante contacto regular, acuerdos privados y mecanismos como la delegación de responsabilidad parental, sin necesidad de transformar jurídicamente la filiación existente.

14 HODSON, L.: "The European Court of Human Rights and same-sex marriage: incompatible bedfellows?", *Journal of Social Welfare and Family Law*, vol. 47, núm. 1, 2025, pp. 69-86.

En lo referente a la posesión de estado, la negativa de los tribunales franceses se apoyaba en la contradicción con la norma que impide la coexistencia de dos filiaciones maternas fuera de los supuestos previstos por la ley y que esta limitación perseguía un fin legítimo: preservar la seguridad jurídica del sistema de filiación. El menor disfrutaba de una vida familiar estable con ambas mujeres, la relación afectiva estaba jurídicamente protegida mediante la delegación compartida de responsabilidad parental y el Estado no había impedido el desarrollo de esa vida familiar. La injerencia del Estado fue proporcionada, respetuosa del margen de apreciación estatal y compatible con las exigencias del art. 8.

B) Asunto R.F. y otros contra Alemania, Sentencia de 12 de noviembre de 2024.

Dos mujeres en una relación de unión de hecho concibieron un hijo utilizando fecundación *in vitro* realizada legalmente en Bélgica, utilizando un óvulo de la primera requirente y el útero de la segunda, quien dio a luz en Alemania. A su regreso, la legislación alemana, que prohíbe la donación de óvulos y atribuye la maternidad a la mujer que da a luz al niño, impidió reconocer a la madre genética como segunda madre legal, dejando como única vía la adopción. Las jurisdicciones internas rechazaron la solicitud de reconocimiento de doble maternidad con el argumento del art. 1591 del BGB, la voluntad legislativa de evitar la disociación de maternidad y la existencia de un mecanismo alternativo, o sea, la adopción intrafamiliar. Finalmente, la adopción fue concedida, pero las demandantes acudieron al TEDH alegando que la negativa inicial vulneraba su derecho al respeto de la vida privada y familiar conforme al art. 8 del Convenio.

El Tribunal estimó que la negativa de las autoridades alemanas a reconocer a la madre genética como segunda madre legal no afectó de manera sustancial la vida familiar de los interesados. Observó que las tres convivían desde el nacimiento del niño sin interferencia estatal alguna y que la primera requirente disponía de algunos derechos y de actuación en situaciones de urgencia respecto del menor. Además, la vía de la adopción intrafamiliar, prevista por el legislador precisamente para estos supuestos, permitió establecer plenamente el vínculo jurídico sin obstáculos ni demoras indebidas. A criterio del Tribunal, esta solución satisfacía las exigencias del art. 8, pues garantizaba la protección del interés superior del niño y preservaba la coherencia del sistema alemán de filiación, que atribuye la maternidad exclusivamente a la mujer que da a luz.

Para el Tribunal, Alemania actuó dentro de su amplio margen de apreciación, dado que la cuestión implicaba opciones legislativas sensibles en materia de bioética, técnicas de reproducción asistida y filiación respecto de las cuales no existe consenso europeo. La regulación alemana perseguía fines legítimos y respondía a una necesidad social imperiosa, especialmente la necesidad de garantizar reglas

de atribución de la filiación desde el nacimiento. Según el Tribunal, la adopción se hubiera realizado sin dificultades y que, antes de ella, la primera requirente ya ejercía funciones parentales. Por ende, el Estado no incumplió sus obligaciones positivas bajo el art. 8. Ofreció un mecanismo adecuado y proporcional para asegurar la protección de la vida privada y familiar de todos los interesados.

C) Asunto X contra Italia, Sentencia de 9 de octubre de 2025.

X contra Italia gira en torno a la anulación, cinco años después del nacimiento, de un acta de nacimiento que reconocía a la madre de intención de un menor y pese a que el niño había nacido en Italia en 2018 tras reproducción asistida realizada en España y había crecido desde entonces en un entorno familiar estable con sus dos madres. A raíz de una acción del fiscal, los tribunales italianos declararon ilegal la doble maternidad registral por falta de sustento legal, insistiendo en que la vía adecuada era la adopción en casos particulares, que la madre de intención nunca inició. Tras agotar las instancias internas, el asunto llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde se alegó que la pérdida del vínculo jurídico del menor de edad vulneraba el derecho al respeto de la vida privada y familiar.

El Tribunal determinó que el caso debía analizarse desde la óptica de las obligaciones positivas del Estado y no como una injerencia directa. Aun reconociendo que la identidad del menor y la estabilidad de su filiación forman parte del núcleo protegido por el art. 8, los Estados conservan un margen de apreciación más amplio respecto de los medios para garantizar la efectividad de ese derecho. En este sentido, desde antes del nacimiento del niño, el ordenamiento italiano ofrecía un mecanismo jurídicamente operativo (adopción en casos particulares) para establecer un vínculo de filiación con la madre de intención y de producir efectos equivalentes a los derivados de una inscripción registral. Por ello, la imposibilidad legal de inscribir a la madre de intención en el acta de nacimiento no constituía, en sí misma, un incumplimiento estatal, siempre que existiera una vía alternativa adecuada y accesible.

La incertidumbre jurídica que afectó al menor no derivó de una omisión del Estado, sino de la decisión de las madres de no activar la vía adoptiva, pese a que esta se encontraba consolidada en la jurisprudencia y era idónea para reconocer el vínculo jurídico con prontitud. La vida familiar de facto nunca se vio interrumpida pues el niño mantuvo su filiación con la madre biológica y no se acreditaron obstáculos reales en su vida cotidiana. Las dificultades experimentadas no excedieron los límites compatibles con el art. 8 porque el Estado había puesto a disposición un mecanismo efectivo para garantizar el respeto de la vida privada y familiar, cuya falta de utilización prolongó innecesariamente la situación de inestabilidad. El Estado italiano no incumplió sus obligaciones positivas bajo el art. 8 del Convenio.

3. El supuesto específico de la filiación mediante acuerdos internacionales de gestación por sustitución.

A) Varios asuntos contra Francia: Mennesson, Sentencia de 26 de junio de 2014; Labassee, Sentencia de 26 de junio de 2014; Foulon y Bouvet, Sentencia de 21 de julio de 2016; Laborie, Sentencia de 19 de enero de 2017 y D., Sentencia de 16 de julio de 2020.

En el asunto Mennesson contra Francia, un matrimonio francés recurrió en California a una gestación por sustitución con gametos del padre y óvulos de donante. Esto dio lugar al nacimiento de gemelas en 2000 y a la expedición de certificados de nacimiento que los reconocían como padre genético y madre legal. Al solicitar la transcripción de esos certificados en el registro civil francés, el consulado la denegó por sospecha de gestación por sustitución, iniciándose investigaciones penales que luego fueron archivadas por haberse realizado los hechos en un país donde eran lícitos. Una sentencia de casación de 2011 terminó por anular la transcripción al considerar que reconocer esos certificados vulneraría el orden público internacional francés que prohíbe la gestación por sustitución por atentar contra la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil. Esta negativa dejó a las niñas sin reconocimiento jurídico de su filiación en Francia, pese a la existencia de una vida familiar efectiva y de un vínculo biológico con el padre, lo que llevó a los demandantes a acudir al TEDH.

Algo similar sucedió en Labassee contra Francia, donde el matrimonio Labassee tras recurrir en Estados Unidos a una gestación por sustitución debido a la infertilidad de la esposa, obtuvo en Minnesota un doble pronunciamiento judicial que establecía la filiación del padre biológico y atribuía la custodia exclusiva del recién nacido autorizando su traslado a Francia y extinguiendo los derechos parentales de la gestante. Sin embargo, una vez en Francia, el Ministerio Público rechazó la transcripción del acta de nacimiento estadounidense por considerarla contraria al orden público. Los órganos jurisdiccionales competentes en Francia confirmaron este rechazo, negaron eficacia a la posesión de estado y a cualquier vía para establecer la filiación en ese país, pese a la existencia de una vida familiar de facto y de un vínculo biológico con el padre.

Por otra parte, en Foulon y Bouvet contra Francia, la gestación por sustitución se llevó a cabo en la India. Los padres intencionales impugnaron negativa de las autoridades francesas a transcribir en el registro civil los certificados de nacimiento extranjeros. Los tribunales franceses fundamentaron su postura en la existencia de fraude de ley y la consabida contradicción contra el orden público. Mientras, en Laborie contra Francia, un matrimonio residente temporalmente en Ucrania solicitó en 2011 la transcripción en el registro civil francés de los certificados de nacimiento de sus hijos gemelos, nacidos en Járkov y reconocidos por las

autoridades ucranianas como hijos de ambos. El Ministerio Público francés se opuso, considerando que existían indicios serios de que los menores habían nacido mediante un contrato de gestación por sustitución. Los órganos judiciales franceses estimaron que las actas de nacimiento no reflejaban la realidad biológica y que la gestación por sustitución vulneraba principios esenciales del orden público francés. Los Laborie no acudieron en casación con el argumento de una jurisprudencia consolidada en su contra.

En último lugar, el asunto D. contra Francia versó sobre la negativa de las autoridades francesas a transcribir íntegramente en el registro civil francés el acta de nacimiento ucraniana de una menor nacida en 2012 mediante gestación por sustitución, acta que designaba como padres a los dos solicitantes (ambos franceses) siendo la mujer además la madre genética. El tribunal de *Grande Instance* de Nantes ordenó en 2017 la transcripción completa, pero la *Cour d'appel* de Rennes revocó parcialmente esta decisión, permitiendo solo la transcripción relativa al padre biológico y rechazando la relativa a la madre de intención por no corresponder a la realidad del parto, remitiendo a la vía de la adopción para establecer la filiación materna.

Todos estos casos encuentran su fundamento jurisprudencial en el razonamiento del TEDH en *Mennesson*. Esta sentencia es la que ha marcado la pauta seguida después en el resto de resoluciones que involucran filiación obtenida mediante gestación por sustitución. El Tribunal asume una ausencia de violación del derecho a la vida familiar de los padres intencionales, pero sí para el derecho a la vida privada de los menores de edad. La negativa absoluta del Estado a reconocer cualquier efecto jurídico al vínculo entre los niños y su padre biológico vulnera un aspecto esencial de su identidad personal que es el derecho a conocer y tener jurídicamente acreditada su filiación biológica. Esta dimensión muy ligada a la vida privada no puede sacrificarse por completo en nombre de la protección del orden público, especialmente cuando la filiación genética está establecida y no se discute su veracidad. La identidad del menor, incluida su ascendencia, es un elemento fundamental de su desarrollo y de su vida privada, que el Estado no puede ignorar sin una justificación robusta.

La falta de reconocimiento jurídico coloca a los menores en una situación de inseguridad jurídica, inconciliable con su interés superior. Aunque los niños viven de facto con los solicitantes y poseen un estatus válido en el país de nacimiento, afecta a su nacionalidad, la estabilidad de su estatuto civil y la posibilidad de ejercer derechos derivados de la filiación. Esta disociación entre la realidad social y la realidad jurídica creada por la negativa del Estado genera una afectación desproporcionada a su vida privada que los expone a incertidumbre y obstáculos en múltiples ámbitos de su existencia. Para el Tribunal, esta carga impuesta a

los menores no guarda una relación razonable de proporcionalidad con los fines invocados por el Estado, lo que conduce a la constatación de la violación del art. 8 en su dimensión de vida privada. "El TEDH reconoce, como no podía ser de otro modo, el derecho que tienen todos los Estados a regular de la forma que consideren la gestación por sustitución (admitiéndola, prohibiéndola, ignorándola), pero también incide en que en este caso rechazar la filiación de los menores por el hecho de haber nacido a través de gestación por sustitución ignorando la paternidad biológica que en ambos casos existía es excederse en el proceder de valoración por parte de las autoridades francesas"¹⁵.

La nota diferenciadora de los casos enunciados está en D. contra Francia. El Tribunal en esta sentencia declara que no existe violación del art. 8 porque la negativa a transcribir la filiación materna en el registro civil francés no impedía el establecimiento del vínculo jurídico entre la niña y la madre de intención, incluso siendo esta última la madre genética. El ordenamiento francés ofrecía una vía alternativa efectiva y suficientemente rápida para reconocer ese vínculo. Esto se podía lograr por la adopción del hijo del cónyuge, accesible en este caso y respaldada por una práctica judicial que resolvía los procedimientos en plazos razonables. Como el art. 8 no exige que la filiación se reconozca específicamente mediante la transcripción del acta extranjera, sino que exista un mecanismo eficaz que garantice la identidad jurídica del menor, la disponibilidad de la adopción satisface las exigencias del Convenio. Además, la negativa a transcribir la filiación materna estaba prevista por la ley, perseguía fines legítimos (protección del niño y de la gestante, disuasión de la gestación por sustitución prohibida en Francia) y se mantenía dentro del margen de apreciación estatal. La injerencia del Estado no era desproporcionada y no vulneraba el derecho al respeto de la vida privada de la niña.

B) Asunto Paradiso y Campanelli contra Italia, Sentencia de 24 de enero de 2017.

El matrimonio Paradiso y Campanelli, tras múltiples intentos fallidos de reproducción asistida y sin haber logrado adoptar un menor, recurrió en 2010 a una clínica rusa para celebrar un acuerdo de gestación por sustitución. En febrero de 2011 nació en Moscú un niño cuya partida de nacimiento expedida por las autoridades rusas los identificaba como padres. El bebé fue llevado a Italia, pero las autoridades italianas detectaron irregularidades tales como ausencia de vínculo genético con los solicitantes, posible falsedad documental y elusión de la normativa sobre adopción internacional y reproducción asistida. Se iniciaron procedimientos

15 DURÁN AYAGO, A.: "Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Mennesson c. France* (n.º 65192/11) y *Labassee c. France* (n.º 65941/11) de 26 de junio de 2014: Interés superior del menor y gestación por sustitución", *Ars Iuris Salmanticensis: AIS. Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*, vol. 2, núm. 2, 2014, p. 281.

penales y de protección de menores, hasta que se declaró al niño en estado de abandono, se ordenó su retirada inmediata del hogar y prohibición de todo contacto con los solicitantes. Tras quince meses en una casa de acogida, el niño fue colocado con una familia con vistas a su adopción definitiva.

La Gran Sala del TEDH concluyó que no hubo violación del art. 8 porque la relación entre los solicitantes y el niño no alcanzaba el umbral de vida familiar protegida por el Convenio. No existía vínculo biológico, la convivencia había durado solo ocho meses y se había originado mediante un proceso contrario al ordenamiento italiano. Aun en la suposición de que existiera vida privada, la injerencia estaba justificada según el Tribunal porque se perseguía fines legítimos que eran la protección del niño, prevención del desorden y protección del sistema de adopción. Las autoridades actuaron dentro de un amplio margen de apreciación, dadas las complejas implicaciones éticas y jurídicas de la gestación por sustitución internacional. El Tribunal valoró que los órganos internos habían ponderado el interés superior del menor, que al ser muy pequeño de edad podía adaptarse a un nuevo entorno y la retirada buscaba evitar la consolidación de una situación creada en abierta infracción de la ley italiana. Por ello, la medida no fue desproporcionada.

Una sentencia de esta magnitud estuvo acompañada por la opinión disidente conjunta de los jueces Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens y Grozev. En la opinión disidente se dice que, si bien los vínculos biológicos entre quienes ejercen funciones parentales y un menor pueden constituir un indicio relevante de la existencia de vida familiar, su ausencia no implica necesariamente que esta no exista. En relación con el caso concreto, se indica que los demandantes convivieron con el niño durante seis meses en Italia, precedidos por aproximadamente dos meses de convivencia entre uno de ellos y el menor en Rusia. Asimismo, se subraya como elemento significativo que los demandantes establecieron vínculos estrechos con el niño desde sus primeras etapas de vida, circunstancia que fue reconocida por profesionales del ámbito social. De ello se concluye que existía un proyecto parental auténtico basado en relaciones emocionales.

A pesar de la relativa brevedad del periodo de convivencia, la opinión disidente considera que los demandantes actuaron como padres y que, dadas las circunstancias específicas del caso, existía entre ellos y el menor una vida familiar de facto. En este contexto, expresa su sorpresa ante la calificación del niño como abandonado, teniendo en cuenta que había sido cuidado por una pareja que asumía plenamente el rol parental. Se cuestiona que dicha calificación se base solo en la ausencia de vínculo jurídico de filiación, sugiriendo que el razonamiento de los tribunales nacionales podría resultar demasiado formalista e incompatible con las exigencias derivadas del art. 8 de la Convención. Asimismo, se considera que

los hechos del caso no justifican un enfoque tan amplio en el que puedan influir de manera determinante consideraciones de carácter político.

Por otro lado, la opinión disidente aclara que no pretende pronunciarse sobre la legalidad de la gestación por sustitución en el ordenamiento italiano, que es una cuestión que corresponde al legislador nacional. No obstante, se destaca que la normativa italiana carece de efectos extraterritoriales, por lo que, cuando una pareja recurre a un acuerdo de gestación por sustitución en el extranjero y con posterioridad traslada legalmente al menor a Italia, las autoridades deben atender a la situación fáctica existente en territorio italiano. Desde esta perspectiva, se manifiestan dudas respecto a la relevancia atribuida por la mayoría a las razones del legislador para prohibir tales prácticas, en particular cuando la situación se originó en el extranjero sin vulnerar la legislación italiana. Se añade además que dicha situación fue reconocida y formalizada por las autoridades italianas a través del consulado en Moscú. Finalmente, para los jueces disidentes, los tribunales italianos no lograron alcanzar un equilibrio justo entre los intereses en conflicto. Se critica que se haya otorgado un peso excesivo a la necesidad de poner fin a una situación considerada ilegal y a la finalidad de disuadir a los ciudadanos de acudir al extranjero para realizar prácticas prohibidas en Italia.

RUIZ MARTÍN destaca que esta sentencia de la Gran Sala redefine la valoración del vínculo familiar de facto en contextos de gestación por sustitución internacional. La autora explica que, aunque el caso no constituye un supuesto típico de gestación por sustitución, el TEDH aprovecha para precisar el alcance del art. 8 del Convenio y la interacción entre el derecho a la vida privada y familiar y el interés superior del menor, principio supranacional que limita el uso automático del orden público internacional por los Estados. Muestra el giro entre la decisión de 2015 (que reconoció la existencia de una familia de facto) y la de 2017, donde la Gran Sala concluye que no existió tal vínculo debido a la corta duración de la convivencia, la ausencia de lazos genéticos y el fraude detectado en la constitución de la filiación. Para la autora, la sentencia refuerza la necesidad de un examen caso por caso, evitando soluciones uniformes y evidencia el conflicto entre los principios de protección del menor, autonomía estatal y la dimensión transfronteriza de la gestación por sustitución¹⁶.

C) Asunto Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia, Sentencia de 18 de mayo de 2021.

Se refiere a una pareja femenina islandesa que, sin vínculo genético alguno con el niño nacido, recurrió en California a una gestación por sustitución, obteniendo

16 RUIZ MARTÍN, A. M.: "El caso *Campanelli y Paradiso* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 2, 2019, pp. 778-791.

allí un certificado de nacimiento que las reconocía como madres. Tres semanas después regresaron a Islandia y solicitaron la inscripción del menor como hijo suyo, lo que fue denegado porque conforme al derecho islandés: la madre es siempre la mujer que da a luz y la gestación por sustitución está prohibida. El niño fue considerado extranjero y sin representantes legales, se le nombró una tutora y fue colocado en acogimiento con las solicitantes, primero de forma temporal y luego permanente. Aunque el Parlamento le concedió la nacionalidad islandesa, las autoridades y los tribunales rechazaron reconocer la filiación con las solicitantes, que entre tanto se habían divorciado.

El Tribunal Europeo consideró que, aunque la negativa a reconocer la filiación constituía una injerencia en la vida familiar, la misma estaba prevista en la ley, perseguía fines legítimos (proteger los derechos de las mujeres potencialmente explotadas y garantizar el derecho del menor a conocer sus orígenes) y se apoyaba en un amplio margen de apreciación estatal en materia de gestación por sustitución donde no existe consenso europeo. Islandia no había interrumpido la vida familiar de hecho pues permitió que el niño permaneciera siempre con las solicitantes mediante acogimiento, le otorgó la nacionalidad y aseguró la continuidad de los vínculos afectivos. Dado que el Estado equilibró los intereses en juego y ofreció vías alternativas (adopción) para regularizar la situación, se había alcanzado un justo equilibrio y que no se había vulnerado el art. 8.

D) Decisión S.H. contra Polonia, de 16 de noviembre de 2021.

Dos menores nacieron en 2010 en California mediante gestación por sustitución, fruto de un acuerdo celebrado por una pareja del mismo sexo residente en Israel: el señor S. (ciudadano polaco e israelí) y el señor H. (ciudadano israelí). Un tribunal de California declaró a ambos como padres legales y reconoció al señor S. como padre biológico. Con base en ello, el señor S. solicitó en Polonia la confirmación de la ciudadanía polaca para los niños. Las autoridades administrativas rechazaron la solicitud al considerar que, conforme al derecho polaco, la madre era la mujer que dio a luz (la gestante) y el padre era su esposo, y que ni la gestación por sustitución ni la doble paternidad eran figuras reconocidas en el ordenamiento polaco. Los tribunales administrativos confirmaron estas decisiones en virtud de que los certificados de nacimiento estadounidenses y la sentencia californiana no podían producir efectos en Polonia por ser contrarios a los principios fundamentales del sistema jurídico del país.

El TEDH declaró la demanda inadmisibile tras considerar que el art. 8 no era aplicable ya que los efectos de las decisiones polacas no alcanzaban el umbral de gravedad necesario para activar la protección del derecho al respeto de la vida privada o familiar. Los menores nunca habían vivido en Polonia, ya gozaban de doble nacionalidad (estadounidense e israelí), su filiación con el padre biológico

estaba plenamente reconocida en Israel y no se encontraban en situación de apatridia. Además, no se acreditaron consecuencias prácticas negativas en su vida cotidiana derivadas de la falta de reconocimiento en Polonia, ni obstáculos reales para el disfrute de su vida familiar en su país de residencia. Por tanto, la falta de confirmación de la ciudadanía polaca no había tenido un impacto suficiente en su vida privada o familiar como para situar el caso dentro del ámbito del art. 8.

E) Asunto A.M. contra Noruega, Sentencia de 24 de marzo de 2022.

A.M., una mujer noruega, junto con su entonces pareja E.B. inició en Estados Unidos un proceso de gestación por sustitución utilizando esperma de él y un óvulo de donante. La relación terminó antes de la implantación del embrión, pero ambos continuaron el proceso y en 2014 nació el niño X en Texas, donde un tribunal reconoció a A.M. como madre legal. Tras regresar a Noruega, E.B. fue reconocido como padre biológico con responsabilidad parental exclusiva, mientras que A.M. no pudo ser inscrita como madre debido a que, según el derecho noruego, la maternidad corresponde a la mujer que da a luz. La convivencia y los acuerdos sobre el cuidado del niño se deterioraron hasta que en 2015 E.B. cortó todo contacto entre A.M. y el niño. A.M. solicitó el reconocimiento de su maternidad o, subsidiariamente, la adopción, pero las autoridades administrativas y los tribunales noruegos rechazaron ambas opciones.

El Tribunal Europeo sostuvo que no hubo violación del art. 8 porque las autoridades noruegas realizaron un examen minucioso y equilibrado de los intereses en juego, incluyendo el interés superior del menor, la coherencia del ordenamiento jurídico y la protección del interés público reflejado en la prohibición de la gestación por sustitución. Consideró decisivo que la legislación noruega establece de forma clara que la maternidad corresponde a la mujer que da a luz y que la única vía para que un tercero adquiriera la maternidad es la adopción, la cual exige el consentimiento del progenitor con responsabilidad parental, que en este caso faltaba. El margen de apreciación del Estado era amplio en materia de filiación derivada de la subrogación internacional y los tribunales internos habían ponderado adecuadamente la situación concreta del niño, su estabilidad con el padre biológico y la ausencia de un vínculo jurídico previo entre él y la demandante. De ahí que la negativa a reconocer la maternidad de A.M. no fue desproporcionada ni afectó de manera injustificada a su vida privada. Este fallo fue criticado por el juez Jelić en su opinión disidente.

F) Asunto D.B. y otros contra Suiza, Sentencia de 22 de noviembre de 2022.

Un niño nació en 2011 en California mediante gestación por sustitución, fruto del esperma de uno de los miembros de una pareja masculina unida por una unión de hecho registrada. Un tribunal californiano declaró a ambos hombres padres

legales y expidió un certificado de nacimiento en ese sentido. Al regresar a Suiza, las autoridades se negaron a reconocer el vínculo de filiación entre el niño y el padre de intención no genético debido a la prohibición absoluta de la gestación por sustitución en el ordenamiento suizo. Tras varios recursos, el Tribunal Federal suizo solo reconoció la filiación con el padre genético, dejando al niño durante casi ocho años sin posibilidad jurídica de establecer un vínculo filial con su segundo progenitor hasta que en 2018 una reforma legal permitió la adopción del hijo por el otro miembro de la pareja, lo que finalmente se concedió.

Para el TEDH sí hubo violación del derecho a la vida privada del niño porque el rechazo prolongado de Suiza a reconocer el vínculo de filiación con el padre de intención lo mantuvo varios años en una situación de incertidumbre jurídica incompatible con su interés superior. La identidad del menor, incluida su filiación, forma parte esencial de su vida privada y el Estado no ofreció ningún mecanismo alternativo, efectivo y rápido para establecer ese vínculo. En aquel momento pues la adopción no era de *iure* posible hasta 2018. De esta manera, Suiza excedió su margen de apreciación y mantuvo una injerencia desproporcionada en la vida privada del niño.

G) Asunto K.K. y otros contra Dinamarca, Sentencia de 6 de diciembre de 2022.

Este asunto concierne a una pareja danesa que recurrió a una gestación por sustitución en Ucrania donde en 2013 nacieron sus hijos gemelos. El padre era el progenitor genético y la madre intencional figuraba como tal en los certificados ucranianos. Al regresar a Dinamarca, la legislación interna impidió reconocer esa filiación, aunque se otorgó a ambos cónyuges la custodia conjunta. La madre intencional solicitó una adopción del hijo del cónyuge, pero las autoridades la denegaron por existir un pago a la gestante, prohibido de forma absoluta por el art. 15 de la Ley de Adopción. El Tribunal Supremo confirmó la negativa en 2020, pese a reconocer que la situación afectaba a la identidad jurídica de los menores.

El Tribunal Europeo determinó que existió violación del derecho a la vida privada de los niños porque la negativa a permitir la adopción generaba una incertidumbre jurídica incompatible con su identidad personal. Aunque Dinamarca perseguía fines legítimos (evitar la mercantilización de la gestación y proteger a mujeres vulnerables), el interés superior del menor es primordial y exige que exista algún mecanismo efectivo y rápido para reconocer la relación jurídica con la madre intencional. Las soluciones alternativas ofrecidas por el ordenamiento danés (custodia compartida, nacionalidad, derechos sucesorios) eran insuficientes para compensar la ausencia de un vínculo jurídico de filiación y la prohibición absoluta del art. 15 impedía ponderar las circunstancias individuales. Dinamarca no logró un equilibrio justo entre los intereses públicos y los derechos de los menores,

vulnerando su vida privada. Los jueces Kjølbros, Koskelo y Yüksel emitieron una amplia opinión disidente conjunta.

H) Asunto C. contra Italia, Sentencia de 31 de agosto de 2023.

La demandante, una niña nacida en 2019 en Ucrania mediante gestación por sustitución fue inscrita allí como hija del padre biológico (L.B.) y de la madre de intención (E.A.M.), ambos italianos. Tras regresar a Italia, los progenitores solicitaron la transcripción del certificado de nacimiento ucraniano en el registro civil italiano. El 4 de diciembre de 2019 el registro civil rechazó la transcripción por considerarla contraria al orden público, dado que la gestación por sustitución está prohibida en Italia. Los padres recurrieron ante el tribunal de V. solicitando la transcripción íntegra y, subsidiariamente, la transcripción parcial respecto del padre biológico. Aunque la fiscalía apoyó esta última opción, el tribunal rechazó el recurso sin analizar la petición subsidiaria.

En apelación, la Corte declaró inadmisibles las solicitudes de transcripción parcial por motivos formales al no haber sido incluida en la demanda principal. Posteriormente, el padre intentó obtener la transcripción parcial ante el registro civil de su nueva residencia, que también la denegó. Como consecuencia, la niña permaneció durante cuatro años sin reconocimiento jurídico de su filiación en Italia, sin nacionalidad y en una situación de incertidumbre respecto a su identidad civil. Esta ausencia de filiación afectó su acceso a servicios básicos como educación y sanidad, y también la dejó en condición de apátrida en su país de residencia.

El TEDH dedujo que Italia incumplió sus obligaciones positivas bajo el art. 8 porque el proceso interno no garantizó un examen rápido, eficaz y centrado en el interés superior del menor. Las autoridades judiciales rechazaron las solicitudes sin realizar una ponderación de los intereses en juego, ignorando los dictámenes favorables del Ministerio Fiscal y aplicando un formalismo excesivo. Además, no ofrecieron ninguna vía alternativa para establecer la filiación con el padre biológico, pese a que el derecho interno debía proporcionar un mecanismo efectivo para ello. La niña estuvo un prolongado tiempo en una situación que vulneraba su derecho a la identidad y a la vida privada. Permaneció durante cuatro años en una grave situación de incertidumbre jurídica, sin filiación reconocida y considerada apátrida, lo que vulnera su derecho a la identidad y a la vida privada. La falta de diligencia exigida en asuntos que afectan a la relación entre un menor y su progenitor biológico llevó a que el procedimiento interno fuera incompatible con las exigencias derivadas del art. 8. Es por ello, que el Tribunal declara la violación del art. 8 en su dimensión procesal respecto del vínculo con el padre biológico.

En relación con la madre de intención, el Tribunal considera que la negativa a transcribir el certificado de nacimiento no vulnera el art. 8 porque el ordenamiento

italiano sí ofrece una vía alternativa efectiva para reconocer jurídicamente el vínculo: la adopción. Esta senda ha sido reforzada por la jurisprudencia constitucional y de la Corte de Casación, que garantiza que la adopción genere un vínculo de filiación pleno y permite valorar el interés superior del menor caso por caso. Aunque los Estados tienen un margen de apreciación limitado respecto al principio de reconocimiento de la filiación, disponen de uno más amplio en cuanto a los medios para hacerlo efectivo. Dado que Italia no impone una prohibición absoluta ni impide de manera general el reconocimiento del vínculo con la madre de intención, sino que canaliza dicho reconocimiento a través de la adopción, no hubo violación del art. 8 en este punto.

El autor de esta investigación se adhiere a la opinión de LA BARBERA quien con enfoque general argumenta que el concepto sigue siendo ambiguo, inestable y aplicado de forma inconsistente en la jurisprudencia del TEDH. La vulnerabilidad, entendida como exposición aumentada al riesgo de sufrir violaciones de derechos, permite conectar estas violaciones con causas como la discriminación o los estereotipos. El TEDH se mueve entre el paradigma individualista del Convenio y la necesidad de atender a estructuras colectivas que generan desigualdad. La jurisprudencia reconoce que ciertos grupos han sufrido exclusión histórica, pero no profundiza en cómo se construyen socialmente categorías como el género, ni en cómo interactúan entre sí. Esto conduce a una comprensión insuficiente de la relación entre causas, grupo social y violación individual. Por ende, la vulnerabilidad es una categoría en construcción¹⁷.

Aunque en los casos de matrimonio igualitario se podría asociar la vulnerabilidad con la idea de falta de protección jurídica, la gestación por sustitución añade una complejidad más pues hay al menos tres sujetos cuyos intereses pueden entrar en conflicto y el Tribunal ha tenido que ponderar jerarquías entre ellos: menor de edad, gestante y padres intencionales. El principio del interés superior del menor actúa como correctivo de las decisiones estatales, mientras que el TEDH avala como “objetivo legítimo” la protección de la madre gestante para aquellos Estados que quieran limitar que sus ciudadanos acudan al extranjero para concertar acuerdos de este tipo. Una crítica que se le pudiera apuntar al Tribunal de Estrasburgo es que es reticente a valorar los problemas prácticos que suscita para los padres intencionales que no se reconozca la filiación. Al respecto, dice ser consciente, pero en ninguno de los casos es motivo suficiente para acordar la vulneración del derecho a la vida familiar.

17 LA BARBERA, M. C.: “La vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: límites y potencialidad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 23, núm. 62, 2019, pp. 235-257.

IV. LA VULNERABILIDAD COMO RESULTADO DE RESTRICCIONES AL DERECHO DE LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y DE RESIDENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA.

La interpretación del derecho a la libre circulación de personas consagrado en el art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y desarrollado por la Directiva 2004/38/CE puede propiciar determinado grado de discrecionalidad que afecte el estatuto de ciudadano de la Unión. Las restricciones al derecho a la libertad de circulación y residencia cuando un ciudadano de la Unión ha organizado su vida personal, familiar o patrimonial al amparo del ordenamiento jurídico de un Estado, la negativa de otro Estado miembro a reconocer dicha situación jurídica no solo frustra las expectativas legítimas del interesado, sino que le coloca en una posición de desprotección que desincentiva el ejercicio de la libre circulación. Este efecto disuasorio resulta lesivo cuando afecta a situaciones vinculadas a derechos fundamentales, como el nombre, la identidad o la familia. El ciudadano se ve obligado a soportar las consecuencias de la discontinuidad de su estatuto personal que contradice el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores como uno de los objetivos de la UE.

I. Matrimonio.

A) Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de junio de 2018. Relu Adrian Coman y otros contra Inspectoratul General pentru Imigrări y Ministerul Afacerilor Interne.

Relu Adrian Coman, ciudadano rumano-estadounidense y Robert Clabourn Hamilton, ciudadano estadounidense, mantuvieron una relación desde 2002, convivieron varios años en Nueva York y contrajeron matrimonio en 2010 en Bruselas, donde Coman residía legalmente como trabajador de la Unión. En 2012 solicitaron a las autoridades rumanas información para que Hamilton, como cónyuge de un ciudadano de la UE, pudiera obtener un derecho de residencia superior a tres meses en Rumanía. Sin embargo, la Inspección General de Inmigración denegó la posibilidad al no reconocer Rumanía el matrimonio entre personas del mismo sexo. Coman y Hamilton impugnaron esta negativa por discriminación y plantearon una cuestión de inconstitucionalidad, lo que llevó al Tribunal Constitucional rumano a elevar al TJUE cuestiones prejudiciales sobre el concepto de cónyuge y el alcance del derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión.

El TJUE determinó que el concepto de cónyuge en el art. 21 del TFUE, interpretado a la luz de la Directiva 2004/38 y de la Carta de Derechos Fundamentales, incluye al cónyuge del mismo sexo de un ciudadano de la Unión cuando el matrimonio ha sido válidamente celebrado en un Estado miembro.

Aunque los Estados conservan competencia para definir el matrimonio en su ordenamiento interno, no puede ejercerse de forma que obstaculice el ejercicio del derecho a la libre circulación. Por ello, el Estado miembro de origen no puede denegar un derecho de residencia derivado al cónyuge del mismo sexo alegando que su Derecho interno no reconoce el matrimonio igualitario, pues tal negativa privaría de efecto útil al art. 21 del TFUE y vulneraría el derecho a la vida familiar protegido por la Carta.

En respuesta a la segunda cuestión prejudicial, el Tribunal afirmó que el cónyuge del mismo sexo, nacional de un tercer Estado, tiene derecho a residir por más de tres meses en el Estado miembro del que el ciudadano de la Unión es nacional cuando la pareja haya desarrollado o consolidado su vida familiar durante una residencia efectiva en otro Estado miembro conforme a la Directiva 2004/38. Este derecho de residencia derivado debe reconocerse en condiciones no más estrictas que las previstas en el art. 7 de dicha Directiva, aplicable por analogía. La finalidad es garantizar que el ciudadano de la Unión pueda regresar a su Estado miembro de origen sin perder la posibilidad de continuar su vida familiar, evitando así un efecto disuasorio contrario al art. 21 del TFUE.

B) Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 25 de noviembre de 2025. Jakub Cupriak-Trojan y Mateusz Trojan contra Wojewoda Mazowiecki.

Jakub Cupriak-Trojan y Mateusz Trojan, ambos ciudadanos polacos (uno con doble nacionalidad alemana) contrajeron matrimonio en Alemania en 2018 y solicitaron su transcripción en el Registro Civil polaco para poder residir en Polonia como pareja casada. Las autoridades polacas denegaron la petición porque el ordenamiento nacional no admite matrimonios entre personas del mismo sexo, lo que condujo a los cónyuges a impugnar la decisión ante los tribunales, argumentando que la negativa vulneraba su derecho a la libre circulación y a mantener la vida familiar desarrollada en otro Estado miembro. El litigio llegó al Tribunal Superior Administrativo que planteó cuestión prejudicial al TJUE.

El Tribunal de Justicia respondió que los arts. 20 y 21 del TFUE, en relación con los arts. 7 y 21 de la Carta, impiden que un Estado miembro se niegue a reconocer y transcribir el matrimonio entre dos ciudadanos de la Unión del mismo sexo celebrado legalmente en otro Estado miembro, cuando esa transcripción constituye el único medio previsto en el Derecho nacional para garantizar dicho reconocimiento. Esta negativa obstaculiza la libertad de circulación, impide continuar en el Estado de origen la vida familiar desarrollada en el Estado de acogida y supone una discriminación por orientación sexual. No pueden invocarse la identidad nacional ni el orden público para justificarla, pues el reconocimiento exigido no obliga al Estado a introducir el matrimonio igualitario en su propio

ordenamiento, sino a respetar los efectos civiles derivados del ejercicio de la libre circulación.

La Sentencia Mazowiecki marca un punto de inflexión definitivo en la evolución del Derecho de la Unión hacia el reconocimiento pleno y homogéneo de los estados civiles y familiares de las personas LGTBI. Tras años de soluciones parciales (Coman, Pancharevo, Rzecznik), el Tribunal de Justicia admite por fin que la identidad personal y familiar, protegida por los arts. 7 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, no puede quedar subordinada a la invocación estatal de la identidad nacional. A la luz de la línea jurisprudencial del TEDH, el TJUE afirma que los Estados miembros, aun conservando libertad para no introducir el matrimonio igualitario en su derecho interno, deben reconocer los efectos esenciales de los vínculos familiares creados en otro Estado miembro, incluso si ello exige adaptar su legislación. Solo así se garantiza una circulación real y no solo formal, evitando discriminaciones por orientación sexual y asegurando que todas las personas y familias disfruten en la Unión de un estatus jurídico equivalente y coherente¹⁸.

ESPINIELLA MENÉNDEZ reflexiona que, si bien no existe un derecho humano autónomo al matrimonio igualitario, la jurisprudencia del TEDH exige a los Estados ofrecer un marco jurídico efectivo para las parejas del mismo sexo, lo que implica atenuar el orden público en contextos transfronterizos. En el plano de la integración europea, destaca que el TJUE, especialmente desde la Sentencia en el asunto Coman, vincula el reconocimiento de estos matrimonios a la libre circulación de personas, obligando a los Estados miembros a reconocer efectos mínimos derivados del estatuto conyugal y todo ello sin armonización legislativa. Además, plantea que la portabilidad del estado civil y la reducción del margen estatal para invocar el orden público son claves para garantizar la efectividad de los derechos de las parejas igualitarias en el espacio jurídico europeo¹⁹.

2. Filiación mediante reproducción asistida.

A) Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021. V.M.A. contra Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo».

18 PÉREZ MARTÍN, L. A.: "Full recognition of similar personal and family status in the EU: The Mazowiecki Case and the innovative interpretation of national identity", *Spanish Yearbook of International Law*, 2025, vol. 29, pp. 227-250. Además, véase DURÁN AYAGO, A.: "Libre circulación de matrimonios entre personas del mismo sexo en la Unión Europea. A propósito de la STJUE de 25 de noviembre de 2025, asunto C713/23, *CupriakTrojan y Trojan*", *Unión Europea Aranzadi*, núm. 1, 2026; LORENTE MARTÍNEZ, I.: "Matrimonios entre personas del mismo sexo y derecho internacional privado europeo: *Trojan* es el futuro", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo vol. 18, núm. 1, 2026, pp. 809-822; ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á.: "Libre circulación de personas e inscripción del matrimonio igualitario contrario a la constitución de un Estado Miembro. Comentario a la STJUE (Gran Sala) de 25 de noviembre de 2025, asunto *Trojan y Mazowiecki*, C713/23", *La Ley. Unión Europea*, núm. 143, 2026, y LORENZO VILLASVERDE, J. M.: "El reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en la Unión Europea y la sentencia del TJUE en el asunto *Wojewoda Mazowiecki* – un punto y seguido: Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de noviembre de 2025, asunto C713/23, *Wojewoda Mazowiecki*", *La Ley. Unión Europea*, núm. 144, 2026.

19 ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á.: "El matrimonio igualitario desde las lógicas del Derecho internacional privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, núm. 2, 2024, pp. 617-632.

V.M.A. (ciudadana búlgara) y su esposa K.D.K. (ciudadana británica) residen en España, donde en 2019 nació su hija S.D.K.A., cuyo certificado de nacimiento español identifica a ambas mujeres como madres. Para obtener un documento de identidad búlgaro para la menor, V.M.A. solicitó al municipio de Sofía la expedición de un certificado de nacimiento búlgaro, aportando la certificación española traducida. En Bulgaria les exigieron identificar a la madre biológica y, ante la negativa de V.M.A. a proporcionar esa información (no es requerida por la normativa búlgara), denegaron la expedición del certificado con motivo de la falta de datos y contradicción con el orden público búlgaro que no admite la parentalidad de parejas del mismo sexo.

En palabras del TJUE cuando un menor ciudadano de la Unión ha nacido en un Estado miembro que reconoce como progenitoras a dos mujeres y así lo refleja su certificado de nacimiento, el Estado miembro del que el menor es nacional debe expedirle un documento de identidad o pasaporte sin exigir previamente un certificado de nacimiento nacional. Igualmente debe reconocer, a efectos del ejercicio del derecho a la libre circulación, el vínculo de filiación tal como ha sido establecido por el Estado miembro de nacimiento. Asimismo, el Tribunal afirmó que esta obligación no vulnera la identidad nacional ni el orden público del Estado miembro de origen, pues no le impone reconocer la parentalidad de parejas del mismo sexo para fines distintos de la libre circulación. El interés superior del menor y su derecho a mantener relaciones familiares con ambas progenitoras deben prevalecer.

B) Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 24 de junio de 2022. Rzecznik Praw Obywatelskich.

Una menor nacida en España y registrada allí con dos madres (una polaca y otra irlandesa) vio impedida la inscripción de su certificado de nacimiento en Polonia debido a que la legislación polaca no reconoce la parentalidad de parejas del mismo sexo. Esta negativa bloqueó la expedición de un documento de identidad polaco, indispensable para ejercer su derecho a la libre circulación como ciudadana de la Unión. El Defensor del Pueblo polaco impugnó la decisión pues la falta de documentación vulneraba los arts. 20 y 21 del TFUE y los derechos fundamentales del menor.

Este caso se resolvió en el sentido de que cuando un menor ciudadano de la Unión tiene un certificado de nacimiento expedido por otro Estado miembro en el que figuran dos progenitoras del mismo sexo, el Estado miembro de su nacionalidad debe garantizar el ejercicio efectivo de sus derechos derivados de los arts. 20 y 21 del TFUE. Esto implica dos obligaciones: expedirle un documento de identidad o pasaporte sin exigir la previa inscripción del certificado extranjero y reconocer el vínculo de filiación tal como ha sido establecido por el Estado

miembro de nacimiento a efectos del ejercicio de la libre circulación y residencia. El TJUE recuerda que esta obligación no fuerza al Estado a reconocer la parentalidad del mismo sexo para otros fines de su Derecho interno, pero sí le impide adoptar medidas que hagan imposible o excesivamente difícil que el menor ejerza su derecho a una vida familiar normal y a desplazarse con cada una de sus dos madres.

Varios autores coinciden en que el TJUE ha construido una doctrina progresiva en la que la libertad de circulación y residencia ejerce como palanca para imponer a los Estados miembros el reconocimiento de situaciones familiares válidamente constituidas en otro Estado. Sin embargo, el Tribunal lo hace de forma limitada porque reconoce solo en la medida necesaria para garantizar el ejercicio de los arts. 20 y 21 del TFUE, sin extender ese reconocimiento *erga omnes* ni obligar a los Estados a incorporar en su ordenamiento la homoparentalidad o el matrimonio homosexual. El TJUE no protege las instituciones jurídicas (el matrimonio, la filiación) sino a las personas en el ejercicio de sus derechos de circulación. Aun así, para Pérez Martín, la doctrina del TJUE en *Pancharevo* y *Rzeczchnik* es un retroceso porque separa la obligación de documentar a los menores de la obligación de reconocer a plenitud la filiación establecida en el Estado de residencia, permitiendo que Bulgaria y Polonia expidan documentos nacionales con datos distintos a los del certificado español. Esta disociación que el Tribunal justifica en un respeto a la identidad nacional fractura el estatuto personal de los menores y provoca dobles identidades jurídicas. El TJUE abre la puerta a que los menores de edad tengan vínculos jurídicos distintos según el Estado miembro, lo que contradice el estatuto de ciudadanía europea²⁰.

V. UNA VALORACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y LA POSIBLE SOLUCIÓN EN EL MÉTODO DE RECONOCIMIENTO PARA CONTRARRESTAR LA CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD COMO RESULTADO DE SITUACIONES JURÍDICAS CLAUDICANTES DEL ESTATUTO PERSONAL.

Cuando se hace un análisis en términos generales tanto de la jurisprudencia del TEDH como la del TJUE se puede observar cierta convergencia en los pronunciamientos de los dos órganos, aunque diferente dado el ámbito material que les corresponde. Sobre matrimonio, el TEDH ha desarrollado un criterio doctrinal en relación con la protección de la vida privada y familiar en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El TEDH no impone a los Estados

20 CAMPUZANO DÍAZ, B.: "Reflexiones sobre el certificado de nacimiento a propósito de los casos *Pancharevo* y *Rzeczchnik*", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, núm. 2, 2024, pp. 241-256; GOÑI URRIZA, N.: "El reconocimiento de las relaciones de filiación en la Unión Europea: la libre circulación de certificados de nacimiento expedidos en un Estado miembro. En torno a la STJUE *Pacharevo* y al ATJUE KSSVD", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, núm. 1, 2023, pp. 970-978; PÉREZ MARTÍN, L. A.: "Doctrina del TJUE en *Pancharevo* y *Rzeczchnik*: un paso atrás en el ejercicio de los derechos europeos", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 22, 2022, pp. 483-514 y SÁNCHEZ CANO, M. J.: "La libertad de circulación de personas a la luz de los nuevos modelos de familia. Una visión desde la sentencia *Pancharevo*", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2, 2022, pp. 1223-1233.

una obligación de reconocer automáticamente un matrimonio celebrado en el extranjero conforme a su derecho interno, pero sí exige que exista alguna forma de reconocimiento jurídico que permita a la pareja desarrollar una vida familiar de manera efectiva. Esta doctrina, consolidada en casos como *Orlandi* y otros contra Italia fortalecen el margen de apreciación estatal en cuanto a los medios (matrimonio, unión de hecho u otra figura), pero no pueden generar una carencia absoluta de tutela legal.

El TJUE se sitúa en un plano distinto, vinculado al Derecho de la Unión y a la libre circulación y residencia de las personas. En la Sentencia *Coman y Hamilton*, el Tribunal sostuvo que la negativa a reconocer, siquiera a efectos limitados (como el derecho de residencia), un matrimonio válidamente celebrado en otro Estado miembro puede constituir una restricción injustificada a la libertad de circulación garantizada por el Derecho de la Unión. Así, el TJUE adopta una postura más exigente ya que no se limita a exigir “alguna forma” de reconocimiento, sino que impone el reconocimiento funcional cuando esté en juego el ejercicio de derechos derivados del estatuto de ciudadano de la Unión.

A pesar de estas diferencias metodológicas y competenciales, ambos tribunales coinciden en que la negativa total de reconocimiento sitúa a las parejas en una posición de desprotección incompatible con los estándares europeos. Cuando un Estado no reconoce un vínculo matrimonial válido creado en el extranjero, se produce una ruptura del estatuto personal que afecta a derechos como la residencia o la vida familiar. Por ende, falta de reconocimiento produce una situación de vulnerabilidad jurídica. Esta condición se manifiesta en la incertidumbre sobre los derechos aplicables, la imposibilidad de acceder a prestaciones sociales o beneficios asociados al estado civil, y la eventual separación de la pareja en contextos transfronterizos. Tanto el TEDH como el TJUE, aunque desde lógicas distintas (derechos humanos/Derecho de la Unión), tratan de evitar este resultado.

Ahora bien, la doctrina del TEDH en reconocimiento de filiación transfronteriza derivada de gestación por sustitución descansa sobre una distinción, que, a juicio del autor es insatisfactoria. Que la negativa al reconocimiento de la filiación no compromete el derecho a la vida familiar del art. 8 del CEDH, pero sí vulnera la dimensión de vida privada del menor; en concreto su derecho a la identidad personal merece una crítica.

La noción de vida familiar, tal y como ha sido elaborada por el TEDH, no exige vínculos jurídicos formalizados, sino que atiende a la realidad de los lazos afectivos y de convivencia. Cuando un menor ha sido criado desde su nacimiento por quienes pretenden ser reconocidos como sus progenitores y cuando existe una convivencia plena resulta difícilmente sostenible afirmar que no puede darse una afectación a la vida familiar en el sentido del Convenio. El TEDH ha admitido que

las dificultades prácticas derivadas de la no inscripción generan perturbaciones reales en esa vida familiar; díganse dificultades para viajar, para ejercer la patria potestad en el extranjero; pero ha optado por tolerarlas antes que reconocerlas como vulneraciones autónomas del art. 8 en su vertiente familiar. Dicha tolerancia es una elección valorativa que el Tribunal deberá justificar con mayor intensidad.

Cabe, por tanto, sostener que el TEDH incurre en una suerte de inconsistencia al admitir la existencia de dificultades fácticas sobre la vida familiar y, a la vez, negar que estas alcancen el umbral necesario del art. 8. Si el daño existe, si el propio Tribunal lo percibe y lo describe, la conclusión no puede ser otra que la de considerarlo jurídicamente relevante a efectos del art. 8. Vida privada del menor sí, vida familiar no. Esta dualidad en la protección responde más a una estrategia de deferencia hacia los márgenes de apreciación del Estado que a una interpretación coherente del derecho al respeto de la vida familiar

La comparación con la jurisprudencia del TEDH sobre el reconocimiento de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero resulta ilustrativa de la asimetría que aquí se evidencia. En asuntos como *Orlandi* y otros contra Italia, el TEDH ha estimado que la falta de cualquier forma de reconocimiento de la unión constituye una vulneración del art. 8. El razonamiento implícito es que las dificultades prácticas derivadas de la ausencia de reconocimiento, incluyendo las que afectan a la vida familiar de la pareja, no pueden ser ignoradas apelando a la soberanía normativa del Estado receptor.

Sin embargo, esto no se traslada con igual energía a los supuestos de filiación derivada de gestación por sustitución. El TEDH acepta que el Estado pueda negarse a inscribir una filiación legalmente constituida en el extranjero, relegando la tutela del menor a otra vía de las que regule el Estado. Con frecuencia se alude a la adopción, que es un procedimiento generalmente prolongado, incierto y que en su transcurso deja al menor en una situación de indefinición jurídica. Si las dificultades prácticas bastan para apreciar vulneración del art. 8 en el caso del matrimonio, no existe razón para que no operen del mismo modo en el caso de la filiación, cuyo titular es además un sujeto especialmente vulnerable y respecto del cual el interés superior opera como principio de consideración primordial.

El TEDH ha mostrado una tolerancia excesiva hacia este estado de provisionalidad. Si la identidad personal del menor implica el derecho a conocer y a que se reconozca su origen, resulta difícil justificar que esa protección pueda quedar diferida durante un tiempo inexacto a la espera de una decisión de adopción. El paso del tiempo no es neutral en el desarrollo de la identidad de un niño ni en la consolidación de sus vínculos jurídicos y afectivos. La demora en la atribución de la filiación no es un inconveniente menor; es en sí misma, una forma de privación de derechos cuya gravedad el Tribunal infravalora.

Asimismo, ha formulado que la protección de la mujer gestante frente a situaciones de vulnerabilidad y explotación es un objetivo legítimo que justifica restricciones en el reconocimiento de los efectos de la gestación por sustitución. Dicha posición no es irrazonable en abstracto porque la gestación por sustitución plantea cuestiones éticas y de derechos humanos que merecen toda la atención. La preocupación por la cosificación del cuerpo de la mujer, las asimetrías de poder entre comitentes y gestante y la posible mercantilización de la maternidad son inquietudes legítimas en el marco del Convenio.

No obstante, el problema surge cuando ese interés se convierte en una presunción general e irrefutable que impide ponderar las circunstancias concretas de cada caso. El TEDH no distingue entre los supuestos de gestación altruista y remunerada, entre los contextos regulatorios que ofrecen garantías para la gestante y los que carecen de ellas, ni entre los casos en que la gestante ha actuado de manera informada y libre y aquellos en que no. Al tratar la gestación por sustitución como sospechosa, el TEDH permite que los Estados mantengan prohibiciones absolutas de reconocimiento incluso cuando, en el caso concreto, no existe evidencia de vulneración de los derechos de la gestante. El precio de esa generalización repercute en el menor de edad.

Frente a la deferencia del TEDH, el TJUE ha adoptado una posición más firme en materia de reconocimiento transfronterizo de la filiación. En los asuntos Pancharevo y Rzecznik, el TJUE declaró contrario al Derecho de la Unión, en particular, a las disposiciones sobre ciudadanía europea y libre circulación, el hecho de que un Estado miembro se negase a expedir documentos de identidad a un menor cuya filiación constaba en un certificado de nacimiento de otro Estado miembro, forzándole a acreditar previamente esa filiación conforme al Derecho nacional.

De ahí que, si la ciudadanía de la Unión conlleva el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, ese derecho no puede verse subordinado a que cada Estado reconozca la filiación conforme a sus propias normas de Derecho internacional privado. La negativa al reconocimiento de al menos los efectos vinculados al ejercicio de los derechos derivados del estatuto de ciudadano de la Unión, es un obstáculo improcedente a la libre circulación.

Ahora, es preciso precisar un aspecto de esta jurisprudencia y es que ninguno de los dos pronunciamientos del TJUE hasta la fecha se refiere a supuestos de gestación por sustitución. En ambos casos, la filiación cuyo reconocimiento se debatía había sido establecida en el Estado de origen por cauces distintos. Esta circunstancia no priva de valor a la doctrina sentada, pero introduce una cuota de imprevisibilidad sobre si el TJUE mantendría la misma posición ante un supuesto en

que el ordenamiento del Estado requerido considera la gestación por sustitución como contraria al orden público.

Para concluir habría que hacer mención a uno de los puntos problemáticos del entramado jurídico de la Unión y es el de la ejecución de sentencias del TJUE en particular cuando las decisiones del Tribunal afectan a intereses políticos, económicos o constitucionales altamente sensibles, como lo son por ejemplo aquellas resoluciones sobre el estatuto personal. A día de hoy no consta acto de ejecución alguno por parte de Rumanía respecto del caso Coman. La Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de septiembre de 2021, sobre los derechos de las personas LGBTIQ en la Unión Europea "pide a la Comisión que examine si los Estados miembros cumplen la sentencia Coman y Hamilton y que adopte medidas de ejecución, en virtud del art. 258 del TFUE, contra quienes la incumplen y adopte medidas de ejecución contra Rumanía por su continuo incumplimiento de esta sentencia y la falta de vías de recurso que obligaron al demandante a recurrir al TEDH para obtener reparación"²¹.

El 17 de noviembre de 2021 se realizó una pregunta con solicitud de respuesta escrita a la Comisión Europea. En ella se planteó si ha habido diálogo sobre la inejecución de la sentencia, si se iniciará un procedimiento de infracción conforme a la Estrategia para la Igualdad LGBTIQ y si se activarán mecanismos de condicionalidad por no ejecutar la sentencia²². A ella se respondió que tras la sentencia se ha mantenido diálogo con todos los Estados miembros, incluida Rumanía, así como conversaciones específicas sobre permisos de residencia, aunque no centradas solo en parejas del mismo sexo. Se explicó que, aunque sentencias basadas en el procedimiento prejudicial no tienen un mecanismo directo de ejecución, sus interpretaciones forman parte del Derecho de la UE y podrían dar lugar a procedimientos de infracción si se incumplen. En este caso, se aludió al Tribunal Constitucional rumano ya reconoció el derecho de residencia derivado de dicha sentencia. Por último, indicó que el mecanismo de condicionalidad del Estado de Derecho solo se aplica si hay un impacto directo en el presupuesto de la UE y que por el momento no existen indicios suficientes para activarlo²³. La realidad es que el Estado rumano sigue sin reconocer el vínculo conyugal entre

21 Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de septiembre de 2021, sobre los derechos de las personas LGBTIQ en la Unión Europea". Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0366_ES.html.

22 No ejecución de la sentencia Coman y Hamilton por parte de Rumanía, Pregunta con solicitud de respuesta escrita E-005164/2021 a la Comisión, 17 de noviembre de 2021. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2021-005164_ES.html.

23 Respuesta de la Sra. Dalli en nombre de la Comisión Europea, 1 de marzo de 2022. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2021-005164-ASW_ES.html.

estas dos personas, al punto que ambos decidieron llevar el caso al TEDH cuya resolución no ha llegado todavía²⁴.

En cuanto al caso Jakub Cupriak-Trojan y Mateusz Trojan contra Wojewoda Mazowiecki las noticias que se reciben desde Polonia parecen alentadoras. Durante una reunión de Gobierno de 26 de noviembre de 2025 el Primer ministro Donald Tusk expresó que “estamos trabajando en nuestras propias disposiciones legales, que regularán esto de una manera que la mayoría de los polacos, a través de la mayoría parlamentaria, considere apropiada²⁵ (...) estas sentencias se aplican a todas aquellas personas que residen en otros países europeos. Cuando lleguen a Polonia, tendremos que tratarlas —y así lo haremos— con el máximo respeto, pero también de conformidad con la legislación polaca”²⁶. El 30 de diciembre de 2025 el Consejo de Ministros de este país aprobó un proyecto de ley que regula la situación de la pareja de hecho en las relaciones no formales. “Esto es el mínimo de civilización que Polonia debe poder permitirse”, fueron las palabras del Primer ministro²⁷. Además, inmediatamente tras la sentencia, el Viceprimer ministro Krzysztof Gawkowski ordenó que se elaborara un análisis jurídico y técnico que señalara qué documentos debían actualizarse. En la actualidad se está elaborando un proyecto de reglamento que modificará los modelos de los documentos expedidos por el Registro Civil²⁸. Igualmente, se encuentra en tramitación en la cámara baja del Parlamento de Polonia (*Sjem*) un proyecto de ley sobre el estatus de la persona más cercana en una relación y el acuerdo de convivencia. Se pretende crear en la legislación un nuevo contrato civil denominado contrato de convivencia, que se efectúe ante notario entre dos personas mayores de edad. Tras su celebración y su inscripción en el Registro Civil, ambas personas adquieren la condición de pareja de hecho²⁹.

24 Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Solicitud n° 2663/21 Relu-Adrian Coman y otros contra Rumanía presentados el 23 de diciembre de 2020. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-208508>.

25 Cancillería del Primer ministro de Polonia: “Nuevos submarinos y miles de millones del programa SAFE: inversiones estratégicas en seguridad”, 26 de noviembre de 2025. Disponible en <https://www.gov.pl/web/premier/nowe-okrety-podwodne-i-miliardy-z-programu-safe---strategiczne-inwestycje-w-bezpieczenstwo>.

26 TVN24: “Donald Tusk sobre la sentencia del TJUE respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo: La UE no nos impondrá nada”, 26 de noviembre de 2025. Disponible en <https://tvn24.pl/polska/donald-tusk-o-wyroku-tsue-w-sprawie-malzenstw-jednoplciowych-unia-nam-niczego-nie-narzuci-st8772534>.

27 Cancillería del Primer ministro de Polonia: “Primer Ministro sobre la guerra en Ucrania: “La paz está en el horizonte”, 30 de diciembre de 2025. Disponible en <https://www.gov.pl/web/premier/premier-o-wojnie-w-ukrainie-pokoj-jest-na-horyzoncie>.

28 Ministerio de Asuntos Digitales de Polonia: “Polonia prepara cambios en los documentos de estado civil tras la sentencia del TJUE”, 16 de enero de 2026. Disponible en <https://www.gov.pl/web/cyfrizacja/polska-przygotowuje-zmiany-w-dokumentach-stanu-cywilnego-po-wyroku-tsue>.

29 Plenipotenciario del Gobierno para la Igualdad: “Proyecto de Ley sobre el Estatus de la Persona Más Cercana en una Relación y Acuerdo de Convivencia Remitido para trabajos posteriores en el Sejm, 12 de febrero de 2026”. Disponible en <https://www.gov.pl/web/rownosc/projekt-ustawy-o-statusie-osoby-najblizszej-w-zwiazku-i-umowie-o-wspolnym-pozyciu-zostal-skierowany-do-dalszych-prac-w-sejmie>. Se trata de un proyecto normativo que ha contado con el aval del Defensor del Pueblo. Disponible en <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-projekty-osoba-najblizsza-wspolne-pozycie-opinia>.

Recientemente el Tribunal Supremo Administrativo dictó la Sentencia de 20 de marzo de 2026 en la que anuló las decisiones administrativas y judiciales que habían denegado la transcripción en Polonia del matrimonio entre los dos ciudadanos de la Unión del mismo sexo celebrado legalmente en Alemania y que dio lugar a la cuestión prejudicial al TJUE. Afirmó que dicha transcripción, único mecanismo previsto por el ordenamiento polaco para reconocer un estado civil adquirido en otro Estado miembro, es necesaria para garantizar la eficacia del art. 21 del TFUE y de los arts. 7 y 21 de la Carta, evitando que los solicitantes se vean obligados a vivir en “estados civiles distintos” según el país y sufran obstáculos desproporcionados al ejercicio de su libertad de circulación y residencia. El reconocimiento del matrimonio extranjero no altera la competencia estatal para definir el matrimonio en derecho interno ni vulnera el art. 18 de la Constitución de Polonia, pues no implica introducir el matrimonio igualitario en el país, sino asegurar la continuidad de la vida familiar formada en otro Estado miembro y evitar discriminaciones contrarias al derecho de la UE y al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así, ordenó la transcripción del certificado de matrimonio³⁰.

Mientras tanto, en Bulgaria ya se ha emitido la Sentencia No. 2185 de 1 de marzo de 2023 del Tribunal Supremo Administrativo que responde a la cuestión prejudicial del TJUE sobre Pancharevo³¹. Dicho órgano rechaza que la menor de edad en cuestión sea ciudadana búlgara porque conforme al art. 25.1 de la Constitución y al art. 8 de la Ley de Ciudadanía Búlgara, la ciudadanía por origen exige que al menos uno de los progenitores sea ciudadano búlgaro y solo puede determinarse identificando a la madre biológica. El Derecho de ese país define la filiación materna exclusivamente por el parto en su art. 60 del Código de Familia. Dado que el certificado de nacimiento español registra dos madres sin indicar cuál dio a luz y la solicitante no aportó información sobre la madre biológica, el Tribunal considera imposible establecer el origen búlgaro de la menor. Aparte de que el derecho búlgaro no reconoce la maternidad de la cónyuge de la madre biológica ni el matrimonio entre personas del mismo sexo por lo que no puede derivarse ciudadanía de la mera inscripción de dos madres en un documento extranjero. Al no quedar acreditado que la menor tenga un progenitor búlgaro, no cumple los requisitos legales para ser considerada ciudadana búlgara y esto elimina la obligación de emitir un certificado de nacimiento búlgaro. El Tribunal Supremo Administrativo asume que la menor puede adquirir la nacionalidad española. De esta manera, Bulgaria sortea la sentencia del TJUE.

Por último, en el conflicto del Auto Rzecznik, el Tribunal Supremo Administrativo de Polonia el 22 de mayo de 2025 ha resuelto rechazar la posibilidad

30 Tribunal Supremo Administrativo de Polonia: Sentencia de 20 de marzo de 2026. Disponible en <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/CE82955F7B>.

31 Tribunal Supremo Administrativo de Bulgaria: Sentencia de 1 de marzo de 2023. Disponible en https://info-adv.justice.bg/courts/portal/edis.nsf/e_act.xsp?id=2060937&code=vas&guid=1443879393.

de incluir a dos madres en el documento de identidad de la menor porque según el derecho vigente la indicación de los nombres de los padres en el documento de identificación se rige en exclusiva por la legislación nacional. Esto presupone una filiación compuesta por una madre y un padre, no por dos personas del mismo sexo. Para este órgano judicial, el documento de identificación no crea ni refleja vínculos familiares, sino que cumple una función identificativa tal y como lo indica su nombre, así como de acreditación de la ciudadanía. En virtud de este razonamiento, no puede utilizarse para transcribir o reproducir el contenido del certificado de nacimiento extranjero, que es el único documento que prueba la filiación.

Añade que la omisión del segundo progenitor en el documento de identificación no vulnera el derecho del menor a la identidad ni constituye discriminación porque la relación familiar queda acreditada mediante el certificado de nacimiento extranjero que es válido en Polonia a efectos probatorios. El Derecho de la Unión Europea no regula el contenido interno del documento de identificación y el derecho del menor a la libre circulación queda garantizado mediante la expedición del documento de viaje, aunque este solo incluya a una de las madres³². El autor de esta investigación no puede estar de acuerdo con la mencionada sentencia. La omisión del nombre de un progenitor en la documentación legal del menor compromete el ejercicio de derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, sin entrar en los detalles de la legislación del país. Se vulnera el derecho a la identidad porque el menor queda privado de un elemento constitutivo de quién es y de dónde proviene y afecta derechos derivados de la representación del menor respecto del progenitor no reconocido.

A largo plazo, el medio más eficaz para reducir las situaciones jurídicas claudicantes es la armonización normativa mediante convenios internacionales o instrumentos europeos. La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado ha detenido momentáneamente las labores del grupo de trabajo sobre un convenio de gestación por sustitución. En el ámbito europeo, la posibilidad de eliminar de raíz las situaciones jurídicas claudicantes tropieza con la reticencia de los Estados miembros a ceder soberanía en materias tan sensibles como la familia, el matrimonio³³ y la filiación. El Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento

32 Defensor del Pueblo en Polonia: "La sentencia del Tribunal Supremo Administrativo sobre la negativa a emitir una tarjeta con los nombres de ambas madres para un niño con certificado de nacimiento español. Un caso que involucra al RPO", 25 de junio de 2025. Disponible en: <https://bip.brpo.gov.pl/pli/content/rp-odziecko-dowod-para-jednoplciowa-nsa>.

33 *Verbi gratia*, los reglamentos adoptados mediante cooperación reforzada: Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial; Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012, es un paso en la buena dirección, aunque limitado al reconocimiento formal de documentos públicos y no al fondo de las situaciones que estos instruyen. El bloque comunitario ha realizado una Propuesta de reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo, pero con una fuerte crítica de la doctrina³⁴.

Estando de acuerdo con la destacada profesora DURÁN AYAGO, una opción aceptable es la implementación del método de reconocimiento de situaciones jurídicas. Los Estados no deben modificar sus reglas de Derecho internacional privado o de conflicto de leyes, sino solo otorgar efectos a situaciones adquiridas en otros Estados que comparten una base de valores comunes y obligaciones de derechos humanos. Para ello deben cumplirse varias condiciones en relación con las expectativas legítimas de las partes dado que la situación debe haber cristalizado por una intervención constitutiva o recepticia de una autoridad pública, debe tratarse de una constitución válida en el Estado de origen en cuanto a la ley aplicable y la competencia según la ley de ese territorio. También, según esa ley deben existir vínculos entre la situación y el Estado de origen, que pueden ser objetivos o subjetivos. El orden público internacional solo podría activarse con matices y limitaciones³⁵.

El método del reconocimiento actúa sobre la distinción entre la fase de constitución de la situación jurídica y la de producción de efectos en un foro distinto. En la primera, el Derecho competente es el del Estado que ostenta los vínculos más estrechos con la situación (Estado de origen). En la fase de reconocimiento, el Estado requerido no vuelve a aplicar sus normas de conflicto para determinar qué Derecho hubiera sido aplicable si la situación se hubiese constituido en su territorio; solo verifica si concurren los presupuestos del reconocimiento y, de ser así, acepta la eficacia de la situación tal como fue constituida. El método supone en lugar de hacerse la pregunta ¿qué Derecho aplicar?, que es típica del método conflictual, el Estado del foro se plantea si ¿debo reconocer esta situación ya constituida? Si la respuesta es afirmativa, la situación conserva en el Estado requerido el contenido

34 ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: "La propuesta de Reglamento europeo sobre filiación. Una presentación crítica", *Revista de Derecho Civil*, vol. 10, núm. 3, 2023, pp. 171-200; GONZÁLEZ BEILFUS, C.: "La propuesta de Reglamento europeo sobre filiación: principales retos", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 23, 2023, pp. 151-170 y RODRÍGUEZ PINEAU, E.: "La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas", *Cuadernos de derecho privado*, núm. 6, 2023, pp. 148-180.

35 DURÁN AYAGO, A.: "Derechos humanos", cit., pp. 52-61 y 87-91.

que le atribuyó el Estado de origen, evitando la discontinuidad espacial que puede provocar el sistema conflictual clásico.

Desde el ángulo de previsibilidad y certeza, el reconocimiento favorece a las personas que han dispuesto su vida conforme al Derecho de un Estado. Saben que esa situación va a ser respetada en los demás Estados, al menos dentro de un espacio común de valores compartidos y cumplimiento de obligaciones de derechos humanos, lo que sin dudas fortalece la autonomía de la voluntad y la seguridad en el sistema jurídico transfronterizo. El método de reconocimiento parte de si el del resultado ya obtenido en el extranjero debe ser importado, a diferencia del sistema conflictual que *a priori* pretende ser neutral respecto al resultado material, sin prejuzgar el contenido de esa ley. El autor es consciente de que este método inducido por órganos judiciales como el TJUE puede crear resistencia en los Estados que consideran que ciertas categorías jurídicas (matrimonio, filiación, nombre, identidad) pertenecen a su soberanía y asumen instituciones extranjeras desconocidas como incompatibles con sus valores constitucionales. De ahí que el equilibrio entre identidad nacional y derecho supranacional sea uno de los acoples más complicados de lograr en el Derecho internacional privado europeo.

En el marco europeo, la noción de reconocimiento mutuo de situaciones jurídicas ha sido empleada en el art. 67.4 del TFUE: “La Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de *reconocimiento mutuo* de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil.” Igualmente, en el art. 81.1.a): “1. La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de *reconocimiento mutuo* de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. A los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar: (...) el *reconocimiento mutuo*, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución”. El TJUE ya ha reiterado que “tanto el principio de confianza mutua entre Estados miembros como el principio de reconocimiento mutuo tienen una importancia fundamental en el Derecho de la Unión, dado que permiten la creación y el mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores”³⁶.

Aparte de los ya estudiados casos de matrimonio y filiación, el TJUE ha utilizado el método de reconocimiento con relación al nombre. En esa línea pueden consultarse las sentencias de 30 de marzo de 1993 Christos Konstantinidis contra Stadt Altensteig; 2 de octubre de 2003 Carlos García Avello contra Estado

36 STJUE de 9 de marzo de 2017. Pula Parking d.o.o. contra Sven Klaus Tederahn, asunto C-551/15.

belga; 14 de octubre de 2008 Stefan Grunkin y Dorothee Regina Paul; 22 de diciembre de 2010 Ilonka Sayn-Wittgenstein contra Landeshauptmann von Wien; 12 de mayo de 2011 Malgożata Runevič-Vardyn y Łukasz Paweł Wardyn contra Vilniaus miesto savivaldybės administracija y otros; 2 de junio de 2016 Nabil Peter Bogendorff von Wolffersdorff contra Standesamt der Stadt Karlsruhe y Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe y 8 de junio de 2017 Procedimiento incoado por Mircea Florian Freitag.

El TJUE ha construido una doctrina según la cual la denegación por un Estado miembro del apellido válidamente adquirido por un ciudadano en otro Estado miembro puede constituir una restricción a la libre circulación garantizada por el art. 21 del TFUE. Esta doctrina confirmada y perfilada en los asuntos Grunkin y Paul, Sayn-Wittgenstein y Bogendorff von Wolffersdorff tiene como hilo conductor el método de reconocimiento mutuo: en principio la situación jurídica creada bajo el ordenamiento de un Estado miembro debe ser reconocida por los demás Estados miembros cuando el interesado ejerce su derecho de circulación. En Freitag, el TJUE vuelve a aplicar esta interpretación. Acepta que un Estado miembro pueda canalizar el reconocimiento a través de sus propios procedimientos internos siempre que estos “no hagan imposible o excesivamente difícil” el ejercicio de los derechos derivados del art. 21 del TFUE³⁷.

Más reciente, pero sobre identidad de género se ha pronunciado en las sentencias de 4 de octubre de 2024 M.-A. A. contra Direcția de Evidență a Persoanelor Cluj y otros y de 12 de marzo de 2026 K. M. H. contra Obshtina Stara Zagora. De esta última, el Tribunal apoyándose en la jurisprudencia Coman, Pancharevo y Mirin, recuerda que Bulgaria está obligada a garantizar que sus nacionales puedan ejercer de manera efectiva los derechos conferidos por el art. 21 del TFUE. Una normativa que al negar toda posibilidad de modificar los datos registrales de género coloca a K. M. H. en una situación de incertidumbre identitaria frente a las autoridades del Estado de acogida resulta incompatible con el mencionado precepto del TFUE. El Tribunal basa su razonamiento en la prohibición de que el Estado de origen establezca obstáculos al ejercicio de la libre circulación, convirtiendo el reconocimiento mutuo en un principio que disciplina la conducta del propio Estado del que es nacional el ciudadano.

VI. CONCLUSIONES.

La vulnerabilidad es una categoría jurídica de relevancia también para el Derecho internacional privado, en especial cuando son las normas del sistema conflictual las que crean situaciones de desprotección. La discontinuidad transfronteriza

37 DURÁN AYAGO, A.: “De la identidad de género a la libre circulación en la Unión Europea. Un paso más en la buena dirección al albur de la STJUE de 4 de octubre de 2024, C-4/23, Mirin”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 17, núm. 1, 2025, p. 1266.

del estatuto personal es, en este sentido, una causa de vulnerabilidad que el ordenamiento jurídico no puede obviar. El Derecho internacional privado ha desarrollado instrumentos para paliar estas situaciones mediante el *forum necessitatis* o las normas de conflicto con orientación material. No obstante, su aplicación casuística no es suficiente para garantizar la continuidad del estatuto personal en un espacio de movilidad creciente como es el europeo.

El examen de las materias de matrimonio y de filiación (tanto mediante reproducción asistida como acuerdos internacionales de gestación por sustitución) pone de manifiesto que la vulnerabilidad derivada de la discontinuidad transfronteriza del estatuto personal afecta a quienes han constituido válidamente relaciones jurídico-familiares en un Estado conforme a su ordenamiento y ven esa realidad desconocida al trasladarse a otro lugar. En el caso de los menores nacidos de gestación por sustitución, esta vulnerabilidad alcanza su exteriorización más grave, pues los niños son sujetos que no han participado en ninguna decisión y que, sin embargo, soportan las consecuencias de la cláusula de orden público internacional.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aceptado esta realidad y ha impuesto a los Estados obligaciones positivas de reconocimiento, particularmente cuando está en juego el interés superior del menor. Desde el Derecho de la Unión Europea, la discontinuidad del estatuto personal puede configurar una restricción injustificada al derecho de libre circulación y de residencia reconocido en el art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la UE. La jurisprudencia del TJUE ha avanzado en esta dirección, extendiendo las obligaciones de reconocimiento funcional a los efectos del Derecho de la UE. Aunque las decisiones del TJUE se construyen de manera casuística y no abordan con igual intensidad todos los ámbitos del estatuto personal, es cierto que sus pronunciamientos han tributado a la europeización del Derecho internacional privado.

El método de reconocimiento de situaciones jurídicas válidamente creadas en el extranjero puede ser la respuesta más adecuada al problema de la vulnerabilidad derivada de las situaciones jurídicas claudicantes del estatuto personal. Frente al método conflictual clásico, el de reconocimiento parte de la constatación de que la situación existe y ha generado legítimas expectativas para las personas afectadas, las cuales merecen protección. Los límites del orden público internacional, debidamente modulados por los derechos fundamentales en juego, permiten mantener las salvaguardias necesarias sin incurrir en el coste personal y jurídico que supone ignorar relaciones familiares consolidadas.

Para que el método de reconocimiento pueda desplegar su potencial como vía de protección de los sujetos vulnerables es necesario avanzar hacia su armonización

normativa en el plano europeo. La ausencia de una norma de Derecho derivado que regule de manera uniforme el reconocimiento del estatuto personal en la UE es un terreno que ninguna iniciativa reglamentaria ha colmado hasta el momento. Mientras no se produzca, son los operadores jurídicos quienes deben aplicar los estándares de derechos fundamentales que el sistema europeo ya proporciona para reducir la condición de vulnerable que crea el *statu quo* normativo actual.

BIBLIOGRAFÍA

ADAM MUÑOZ, M. D.: “Análisis de algunos efectos jurídicos de la poligamia en el sistema español de derecho internacional privado”, *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, núm. 2, 2023.

ADROHER BIOSCA, S.: “Efectos de los matrimonios poligámicos en España”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 97, núm. 784, 2021.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “La propuesta de Reglamento europeo sobre filiación. Una presentación crítica”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 10, núm. 3, 2023.

BARATTA, R.: “Derechos fundamentales y Derecho internacional privado de familia”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. 16, 2016.

BARONA VILAR, S.: “Pensar la vulnerabilidad y su incidencia en la justicia”, *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 39, 2025.

BARONA VILAR, S. (ed.): *Vulnerabilidad, vulnerabilidades y justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.

BIAGIONI, G.: “Alcuni caratteri generali del *forum necessitatis* nello spazio giudiziario europeo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, núm. 1, 2012.

BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I.: “Libre circulación de personas y Derecho Internacional Privado: un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017.

CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.): *Derecho internacional privado*, tomo I, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

CAMPUZANO DÍAZ, B.: “Reflexiones sobre el certificado de nacimiento a propósito de los casos *Pancharevo y Rzecznik*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, núm. 2, 2024.

DEANA, F.: “Diritto alla vita familiare e riconoscimento del matrimonio *same-sex* in Italia: note critiche alla sentenza *Orlandi e altri contro Italia* (Right to Family Life and Same-Sex Marriage Registration in Italy: The ECtHR Decision in *Orlandi and Others v. Italy*)”, *Rivista di Diritti Comparati*, núm. 1, 2019.

DURÁN AYAGO, A.:

- “De la identidad de género a la libre circulación en la Unión Europea. Un paso más en la buena dirección al albur de la STJUE de 4 de octubre de

2024, C-4/23, Mirin", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 17, núm. 1, 2025.

- *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias*, Aranzadi, Navarra, 2023.
- "Libre circulación de matrimonios entre personas del mismo sexo en la Unión Europea. A propósito de la STJUE de 25 de noviembre de 2025, asunto C713/23, *CupriakTrojan y Trojan*", *Unión Europea Aranzadi*, núm. 1, 2026.

DURÁN AYAGO, A.: "Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Mennesson c. France* (n.º 65192/11) y *Labassee c. France* (n.º 65941/11) de 26 de junio de 2014: Interés superior del menor y gestación por sustitución", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, núm. 2, 2014.

ESTEBAN DE LA ROSA, G.: "Identidad personal transfronteriza y Derecho internacional privado europeo", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 74, núm. 2, 2022.

ESTEBAN DE LA ROSA, G.: "Método y función del Derecho internacional privado: hacia la más plena realización de los derechos humanos", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 40, 2020.

ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á.:

- "El matrimonio igualitario desde las lógicas del Derecho internacional privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, núm. 2, 2024.
- "Libre circulación de personas e inscripción del matrimonio igualitario contrario a la constitución de un Estado Miembro. Comentario a la STJUE (Gran Sala) de 25 de noviembre de 2025, asunto *Trojan y Mazowiecki*, C713/23", *La Ley. Unión Europea*, núm. 143, 2026.

ESPINOSA CALABUIG, R.: "Derecho internacional privado europeo y protección de grupos vulnerables", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 54, 2021.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: "Rigidez versus flexibilidad en la ordenación de la competencia judicial internacional: el *forum necessitatis*". Disponible en <https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2017/12/jc-fernc3a1ndez-rozas-forum-necessitatis.pdf>.

GALINDO CRUZ, P.: "El giro a la vulnerabilidad y los derechos humanos. Hacia una centralidad de la condición vulnerable", *Redhes*, vol. 13, núm. 25, 2021.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: "La propuesta de Reglamento europeo sobre filiación: principales retos", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 23, 2023.

GOÑI URRIZA, N.: "El reconocimiento de las relaciones de filiación en la Unión Europea: la libre circulación de certificados de nacimiento expedidos en un Estado miembro. En torno a la STJUE *Pacharevo* y al ATJUE *KSSVD*", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, núm. 1, 2023.

HODSON, L.: "The European Court of Human Rights and same-sex marriage: incompatible bedfellows?", *Journal of Social Welfare and Family Law*, vol. 47, núm. 1, 2025.

LA BARBERA, M. C.: "La vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: límites y potencialidad", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 23, núm. 62, 2019.

LORENTE MARTÍNEZ, I.: "Matrimonios entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado europeo: *Trojan* es el futuro", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 18, núm. 1, 2026.

LORENZO VILLAVERDE, J. M.: "El reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en la Unión Europea y la sentencia del TJUE en el asunto *Wojewoda Mazowiecki* – un punto y seguido: Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de noviembre de 2025, asunto C713/23, *Wojewoda Mazowiecki*", *La Ley. Unión Europea*, núm. 144, 2026.

PÉREZ MARTÍN, L. A.:

- "Doctrina del TJUE en *Pancharevo* y *Rzecznik*: un paso atrás en el ejercicio de los derechos europeos", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 22, 2022.
- "Full recognition of similar personal and family status in the EU: The *Mazowiecki* Case and the innovative interpretation of national identity", *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 29, 2025.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: "Intereses diplomáticos y migratorios en la protección del menor del S. XXI: El menor en *kafala* ante los tribunales después de la reforma de la ley de adopción internacional (2015)", en AA.VV.: *La vida familiar internacional en una Europa compleja* (coord. M. V. CUARTERO RUBIO y J. M. VELASCO RETAMOS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: "La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas", *Cuadernos de derecho privado*, núm. 6, 2023.

ROSSOLILLO, G.: “*Forum necessitatis e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel Diritto internazionale privato nazionale e dell'Unione Europea*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, núm. 1, 2010.

RUIZ MARTÍN, A. M.: “El caso *Campanelli y Paradiso* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 2, 2019.

SÁNCHEZ CANO, M. J.: “La libertad de circulación de personas a la luz de los nuevos modelos de familia. Una visión desde la sentencia *Pancharevo*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2, 2022.

ZURITA MARTÍN, I.: “La aplicación judicial de la excepción de orden público internacional en casos de poligamia”, en AA.VV.: *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva* (coord. M. D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN), Thomson Reuters Aranzadi, 2023.



¿PUEDE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL SER JUSTA?
ATENCIÓN ESPECÍFICA AL ÁMBITO DE LAS
RELACIONES PRIVADAS

*CAN ARTIFICIAL INTELLIGENCE BE JUST? A FOCUS ON THE
DOMAIN OF PRIVATE RELATIONS*

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 638-671

Luca MORATAL
ROMÉU

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de junio de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2026

RESUMEN: El presente trabajo aborda la pregunta de si es posible esperar decisiones justas de la inteligencia artificial (IA) en el ámbito de las relaciones privadas (contratación de personal, selección de proveedores, solicitudes de crédito, etc.). Como resultado del análisis, se sostiene que la IA presenta limitaciones estructurales que la colocan en una posición de desventaja frente al juicio humano, aludiéndose singularmente a su impermeabilidad a la información tácita, subjetiva y contextual cuyo procesamiento es connatural a la inteligencia humana. Sin embargo, se reconoce el valor de la IA como herramienta auxiliar, capaz de ampliar nuestras capacidades decisorias si es usada con cautela y conciencia de sus carencias, y bajo supervisión informada.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia artificial; justicia; relaciones privadas; toma de decisiones; información; función empresarial.

ABSTRACT: *This paper addresses the question of whether it is possible to expect just decisions from artificial intelligence (AI) in the field of private relations (recruitment, supplier selection, credit applications, etc.). As a result of the analysis, it is argued that AI presents structural limitations that place it at a disadvantage compared to human judgment, with particular emphasis on its impermeability to tacit, subjective, and contextual information—elements that human intelligence processes naturally. Nevertheless, the value of AI as an auxiliary tool is acknowledged, especially its potential to enhance human decision-making capacities when used cautiously, with awareness of its shortcomings, and under informed supervision.*

KEY WORDS: Artificial intelligence; justice; private relations; decision-making; information; entrepreneurship.

SUMARIO: I. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN CLAVE FILOSÓFICA: MARCO Y COORDENADAS PARA SU ESTUDIO.- 1. ¿Problemas *completamente* nuevos?- 2. Dificultades, limitaciones y prejuicios.- 3. ¿Dónde nos encontramos? Lo que *sí* sabemos.- 4. La gran incógnita: el tercer estadio.- II. ALGUNAS ACLARACIONES NECESARIAS EN TORNO AL PROBLEMA DE LA JUSTICIA EN RELACIÓN CON LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL.- III. DECISIONES JUSTAS EN RELACIONES PRIVADAS.- IV. CONCLUSIONES.

"As machine-learning systems grow not just increasingly pervasive but increasingly powerful, we will find ourselves more and more often in the position of the 'sorcerer's apprentice': we conjure a force, autonomous but totally compliant, give it a set of instructions, then scramble like mad to stop it once we realize our instructions are imprecise or incomplete—lest we get, in some clever, horrible way, precisely what we asked for".

(Brian Christian, *The alignment problem*)¹

I. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN CLAVE FILOSÓFICA: MARCO Y COORDENADAS PARA SU ESTUDIO.

En este primer apartado propongo una aproximación general al fenómeno de la inteligencia artificial (IA) en clave filosófica, como composición de lugar necesaria para los problemas que el presente trabajo aborda. A este objeto, y con plena conciencia de la imperatividad de un importante esfuerzo sintético, reputo merecedoras de atención cuatro tareas: en primer lugar, cuestionar si, en lo que respecta a la IA, nos encontramos realmente ante desafíos inéditos, y hasta qué punto; a continuación, examinar algunas de las principales dificultades, limitaciones y prejuicios que condicionan su estudio; en tercer lugar, ubicar nuestra situación actual en el desarrollo histórico de la IA, y, por último, explorar la gran incógnita que representa su eventual evolución hacia formas de inteligencia superiores a la humana.

I. ¿Problemas *completamente* nuevos?

Si hay algo en lo que estuvieron de acuerdo Platón y Aristóteles es en que la filosofía nace del asombro (*thaumázειν*)². Es, por tanto, más que natural que

1 CHRISTIAN, B.: *The Alignment Problem. Machine Learning and Human Values*, W. W. Norton & Co., New York, 2020, pp. 12-13.

2 "[...] ese estado afectivo, el asombro (*thaumázein*), es muy propio del filósofo. En efecto, el origen de la filosofía no es otro que éste [...]" (PLATÓN: *Teeteto* [introducción, traducción y notas de BOERI, M.], Losada, Buenos Aires, 2006, 155d, p. 101); "[...] los hombres —ahora y desde el principio— comenzaron a filosofar al quedarse maravillados ante algo [...]" (ARISTÓTELES: *Metafísica* [introducción, traducción y notas de CALVO MARTÍNEZ, T.], Gredos, Madrid, 1994, A, 2, 982b, 12 y ss., p. 76).

la IA, este prodigioso fenómeno que en los últimos años ha irrumpido de lleno en nuestras vidas, se preste tanto a la reflexión filosófica; máxime cuando sus posibilidades —muchas todavía por explorar, e incluso por *imaginar*— nos asombran tanto como nos inquietan.

Pero el asombro y la inquietud, que no sólo son legítimos, sino que pueden dar lugar a consideraciones muy valiosas ante una realidad que indudablemente las requiere, pueden también llegar a cegarnos. Esto es lo que sucede cuando asumimos que los problemas que la IA plantea son completamente nuevos; o, peor aún, que exigen soluciones completamente nuevas. Lejos de ello, lo cierto es que, siendo problemas nuevos en su *species* (necedad sería negarlo), pertenecen sin embargo a un *genus* ya bastante añejo de problemas: el de los causados por la asimetría entre el desarrollo técnico de una civilización y lo que podríamos llamar —en términos, lo sé, un tanto etéreos, pero ello como necesaria consecuencia de su insoslayable amplitud— su “altura humana” (entendiendo por tal su madurez moral, espiritual, ética, filosófica, política, jurídica, cultural...).

José Ortega y Gasset lo diagnosticó magistralmente hace casi un siglo en *La rebelión de las masas*. Históricamente, la forma habitual de esta asimetría lo fue el déficit de desarrollo técnico frente al “humano”; aunque sólo sea por la lentitud con que, hasta tiempos muy recientes, ha discurrido el primero³. En nuestra época, en cambio, el panorama se ha revertido, y la asimetría viene ahora dada por un desarrollo humano general que, con independencia de la valoración que se haga del mismo⁴, se ha quedado atrás respecto de un progreso

3 No hay más que pensar en Grecia: hasta el día de hoy, Occidente vive de sus intuiciones científicas y sus descubrimientos geométricos, lógicos y matemáticos; la manera griega de entender y, sobre todo, de ordenar el mundo, es en gran medida la nuestra; religiones tan insobornables como la judía y la cristiana no pudieron sustraerse a la influencia helénica; Whitehead escribió que “la caracterización general más segura de la tradición filosófica europea es que ésta consiste en una serie de notas al pie a Platón” (*the safest general characterization of the European philosophical tradition is that it consists of a series of footnotes to Plato*; WHITEHEAD, A. N.: *Process and Reality* [Corrected edition. Edited by GRIFFIN, D. R., and SHERBURNE, D. W.], The Free Press, New York, [1929] 1978, p. 39), y tal vez esto pueda considerarse exagerado, pero ciertamente no lo sería caracterizar dicha tradición filosófica europea como “una serie de notas al pie a la filosofía griega”; el griego fue la lengua franca del Mediterráneo durante más de medio milenio. Y, sin embargo, nada de esto vino acompañado de una fecundidad técnica especialmente notable.

4 El tradicionalista lo juzga regresivo (célebre es el discurso pronunciado por Donoso Cortés en el Congreso de los Diputados el 4 de enero de 1849: “El fundamento, señores, de todos vuestros errores [...] consiste en no saber cuál es la dirección de la civilización y del mundo. Vosotros creéis que la civilización y el mundo van, cuando la civilización y el mundo vuelven”; DONOSO CORTÉS, J.: “Discurso pronunciado en el Congreso el 4 de enero 1849”, en DONOSO CORTÉS, J.: *Obras de don Juan Donoso Cortés, marqués de Valdegamas*, Sociedad Editorial de San Francisco de Sales, Madrid, 1892, p. 87); el relativista renuncia a juzgarlo o excluye la posibilidad de juzgarlo, lo que equivale a descartar su comparabilidad en el tiempo y en el espacio y, por consiguiente y a efectos prácticos, a afirmar su constancia en la ecuación; el “progresista” lo ve avanzar en la historia. Pero incluso este último debe reconocer que, por mucho que progresen la inteligencia, la cultura o la moral humanas, la técnica lo hace mucho más rápido; y, de hecho, es ésta una preocupación recurrente de autores más o menos generalmente considerados “progresistas” (un ejemplo nos lo proporciona Galimberti [*L'usura della terra*, AlboVersorio, Senago, 2014], al afirmar que el control sobre el desarrollo de la técnica “parece no estar ya en manos del hombre” [p. 39], toda vez que “hoy la técnica no acontece como consecuencia de las acciones humanas, sino como resultado cumulativo de sus propios procedimientos, donde los efectos se suman de tal manera que los productos finales dejan de ser reconducibles a los agentes iniciales” [p. 17]).

técnico cada vez más acelerado. Los productos de la ciencia, de la tecnología, de la industria, de la computación, etc., crecen exponencialmente en complejidad, y a un ritmo muy superior a aquél al que pueda crecer la complejidad —o la capacidad de procesamiento de complejidades— de nuestra mente; de nuestras categorías éticas, morales o jurídicas; de nuestras capacidades epistemológicas o de interpretación filosófica, etc. En otras palabras, a medida que nuestro ingenio técnico nos brinda criaturas más y más potentes, sofisticadas y admirables, nos encontramos mayores dificultades para gobernarlas, para cabalgarlas y aun para saber adónde queremos dirigir las. O, expresándolo de manera todavía más simple: la técnica parece habérsenos ido de las manos.

[...] ahora es el hombre quien fracasa por no poder seguir emparejado con el progreso de su misma civilización. Da grima oír hablar sobre los temas más elementales del día a las personas relativamente más cultas. Parecen toscos labriegos que con dedos gruesos y torpes quieren coger una aguja que está sobre una mesa. Se manejan, por ejemplo, los temas políticos y sociales con el instrumental de conceptos romos que sirvieron hace doscientos años para afrontar situaciones de hecho doscientas veces menos sutiles.

Civilización avanzada es una y misma cosa con problemas arduos. De aquí que cuanto mayor sea el progreso, más en peligro está. La vida es cada vez mejor; pero, bien entendido, cada vez más complicada. Claro es que al complicarse los problemas se van perfeccionando también los medios para resolverlos. Pero es menester que cada nueva generación se haga dueña de esos medios adelantados⁵.

Con la IA, pues, ocurre lo mismo que con tantos otros frutos de la técnica: pueden ser medios privilegiados para fines nobilísimos; pero, para que así sea, y para que no se conviertan, por el contrario, en instrumentos de iniquidad, debemos hacernos dueños de ellos. Espero, con estas reflexiones, poder contribuir a esta misión que nos incumbe a todos.

2. Dificultades, limitaciones y prejuicios.

Ante un nuevo problema (o fuente de los mismos), una nueva realidad o un nuevo fenómeno —aparte de plantearnos, como hemos hecho, que tal vez no sean tan “nuevos” como parecen—, es siempre buena estrategia tomar nota de las dificultades y limitaciones a las que nos enfrentamos a la hora de analizarlos, así como de los prejuicios que pueden condicionar nuestro análisis.

5 ORTEGA Y GASSET, J.: *La rebelión de las masas* (1930), en ORTEGA Y GASSET, J.: *Obras completas. Tomo IV* (1929-1933), 6ª ed., Revista de Occidente, Madrid, (1947) 1966, p. 203.

En el caso de la IA, hay una limitación clara, y es que la mayor parte de nosotros solamente hemos interactuado con sistemas, modelos y aplicaciones⁶ (ejemplos típicos son *ChatGPT* o *Gemini*) que, por prodigiosos que resulten, no dejan de ser básicos en comparación con otros mucho más perfeccionados que ya están a la orden del día en industrias punteras. Entre estos últimos cabría mencionar, en el ámbito de la medicina, *IBM Watson for Genomics*, que combina grandes volúmenes de literatura médica, datos genéticos y estudios clínicos para proponer terapias específicas y tratamientos personalizados para pacientes con cáncer; en el de la automoción autónoma, *Tesla Full Self-Driving*, *Waymo* o *Cruise*, capaces de procesar e integrar una infinidad de datos de toda índole en tiempo real para imitar la conducción humana; en el de la investigación científica, *Deepmind AlphaFold*, que, coordinando enormes cantidades de información, teoría evolutiva y simulaciones moleculares a través del aprendizaje constante, predice la estructura tridimensional de proteínas a partir de su secuencia de aminoácidos. Son sólo algunos ejemplos de sistemas diseñados para tomar decisiones complejas, profundamente técnicas y de alto riesgo y valor añadido, lo que implica una arquitectura altamente especializada cuyos contornos, como es natural, escapan al escrutinio del “usuario de a pie” de IA.

En defensa de este último, no obstante, pueden alzarse dos alegaciones. La primera es que los sistemas más sofisticados de IA presentan tal complejidad que, a menudo, tampoco sus usuarios, e incluso sus promotores, son capaces de hacerse una idea solvente de tales contornos (aunque, sin duda, se encuentran en una situación mucho más favorable para llegar a adquirir semejante comprensión). La segunda es que, pese a sus diferencias, todos los sistemas de IA revisten una serie de características comunes cuya observación en cualquiera de ellos (o, por lo menos, en muchos de ellos, también de los más básicos o accesibles) permite que incluso el lego en la IA más desarrollada, especializada o perfeccionada se forme una cierta representación del funcionamiento, las posibilidades y los riesgos de la IA en general o globalmente considerada. Así, ambos niveles de IA —el accesible y el más avanzado— comparten los mismos fundamentos tecnológicos, como el aprendizaje autónomo a partir de grandes volúmenes de datos, las llamadas redes neuronales (arquitecturas computacionales complejas que imitan ciertos aspectos del procesamiento humano) o el entrenamiento en datos masivos; uno y otro requieren un uso supervisado o controlado, validación por humanos expertos y contexto claro para proporcionar resultados útiles y seguros, y los riesgos —sesgo, dependencia, pérdida de tensión intelectual y capacidad crítica, mal uso intencional, etc., etc.— se hacen rápidamente evidentes en todos los planos. No quiero con esto sugerir que el usuario de *ChatGPT* esté tan autorizado para reflexionar sobre la IA como el experto en los sistemas más especializados, e insisto en que ésta

6 En adelante, para mayor simplicidad, hablaré de “sistemas de IA”, entendiendo por tales cualquier tipo de herramienta, aplicación, programa, etc., cuyo funcionamiento integre el empleo de IA.

constituye para el primero una limitación incuestionable; pero no es una limitación que deba abocar al 99,9 % de usuarios de IA al silencio, sino más bien una que debe incitarnos permanentemente a enriquecer nuestros conocimientos con el estudio, en la medida de nuestras posibilidades, de aquellos usos de la IA con los que estamos menos familiarizados.

Muy relacionada con esta limitación se muestra una dificultad, consistente en la opacidad interna que es inherente a los sistemas de IA, precisamente por razón de su complejidad. Decíamos hace un momento que a menudo —y quizá no sería disparatado omitir la locución adverbial de frecuencia— ni siquiera los impulsores de los más desarrollados sistemas de IA conocen realmente los entresijos de su funcionamiento; de un modo que recuerda al jardinero que sabe qué semilla ha plantado, y cómo, y con qué regularidad y cantidad de agua ha de regarla, para que crezca determinada especie de árbol, pero que no sabría describir el proceso biológico merced al cual este árbol crecerá. A este respecto son muy elocuentes las confesiones de Fei-Fei Li, investigadora líder del proyecto ImageNet (revolucionario en aplicación de IA al reconocimiento de imágenes) y reconocida como una de las cien personas más influyentes en materia de IA por la revista *Time*⁷:

Todo lo que esta nueva generación de IA [se refiere fundamentalmente a la década de 2010] era capaz de hacer —ya fuera bueno o malo, esperado o no— se veía enrevesado por la falta de transparencia intrínseca a su diseño. La misma estructura de la red neuronal estaba entretejida de misterio: una colosal variedad de diminutas unidades de toma de decisiones, delicadamente ponderadas, carentes de sentido por separado, pero asombrosamente poderosas cuando se organizaban a gran escala, y por tanto prácticamente inmunes a la comprensión humana. Aunque podíamos hablar de ellas en un sentido teórico y distante —lo que podían hacer, los datos que necesitaban para lograrlo, el rango general de su desempeño una vez entrenadas—, lo que hacían exactamente en su interior, de una ejecución a otra, era completamente opaco. [...] Conforme empecé a reconocer este nuevo panorama [...] llegué a la conclusión de que las etiquetas simples ya no eran adecuadas. Incluso expresiones como “fuera de control” sonaban eufemísticas. La IA no era un fenómeno, ni una disrupción, ni un enigma, ni un privilegio. Estábamos ante una fuerza de la naturaleza⁸.

Y no debemos obviar los prejuicios, que afectarán tanto a la consideración objetiva de la IA como a la valoración de sus posibilidades. Por ejemplo, la visión que se tenga, y la explicación que se aporte, de la correspondencia (o no) de los

7 HENSHALL, W.: “Fei-Fei Li”, *Time*, 7 de septiembre de 2023, <https://time.com/collection/time100-ai/6308945/fei-fei-li/> (consultado el 30 de julio de 2025).

8 LI, F.-F.: *The Worlds I See: Curiosity, Exploration, and Discovery at the Dawn of AI*, Flatiron Books, New York, 2023, pp. 284 y ss.

conceptos —y, en general, del lenguaje— manejados por un sistema de IA con las realidades a las que se refieran, habida cuenta de la incapacidad del sistema para aprehender sensorial y por tanto empíricamente estas últimas, dependerá necesariamente de la familia gnoseológica a la que se pertenezca (no serán iguales, verbigracia, las de un teoreticista que las de un descriptonista, por emplear las categorías de Gustavo Bueno⁹). Y, en el orden valorativo, nadie esperará que la IA merezca el mismo juicio ético de quien se ahorra horas y horas de trabajo gracias a ella y de quien, por su culpa, lo ha perdido. Con esta constatación no quisiera estar invitando al pesimismo. Antes bien, coincido plenamente con las siguientes palabras de Gadamer: “Los prejuicios no son necesariamente injustificados ni erróneos, ni distorsionan la verdad. Lo cierto es que, dada la historicidad de nuestra existencia, los prejuicios en el sentido literal de la palabra constituyen la orientación previa de toda nuestra capacidad de experiencia. Son anticipos de nuestra apertura al mundo, condiciones para que podamos percibir algo, para que eso que nos sale al encuentro nos diga algo”¹⁰; de suerte que “los prejuicios de un individuo son, mucho más que sus juicios, la realidad histórica de su ser”¹¹. Es preciso, sí, que los prejuicios tengan la primera palabra. Pero, para no perder nuestra capacidad de búsqueda de la verdad —para no ser seres meramente históricos, sino también filosóficos—, es esencial que no tengan la última. Que no nos ofusquen. Que no nos encadenen y esclavicen. Que sean susceptibles de revocación por el tribunal supremo de la razón, aun cuando ello nos disguste. *Magis amica veritas*.

Por supuesto no he pretendido aquí, ni mucho menos, pasar revista exhaustivamente a todas las dificultades, limitaciones y prejuicios que pueden presentarse en el estudio y crítica de la IA; pero sí creo haber señalado algunos ejemplos de los más relevantes o frecuentes.

3. ¿Dónde nos encontramos? Lo que sí sabemos.

Tan esclarecedor como las anteriores tomas de conciencia es saber *dónde nos encontramos*: qué estadios componen la evolución del objeto de estudio y desde cuál de ellos, en nuestro momento histórico, estamos condenados a examinarlo.

Evidentemente hay en ello un ingrediente de incertidumbre, pues, por bien que conozcamos la evolución experimentada hasta el momento actual por el objeto en cuestión, no podemos más que vaticinar qué vendrá después —qué etapas y formas de desarrollo sucederán a las verificadas. Por otro lado, no podemos

9 Cf. BUENO, G.: *Teoría del cierre categorial. Volumen I: Introducción General. Siete enfoques en el estudio de la Ciencia*, Pentalfa, Oviedo, 1992, pp. 57 y ss..

10 GADAMER, H.-G.: *Verdad y método II* (traducción de OLASAGASTI, M.), Sígueme, Salamanca, (1965/66) 1998, p. 218.

11 GADAMER, H.-G.: *Verdad y método I* (traducción de AGUD APARICIO, A., y DE AGAPITO, R.), 8ª ed., Sígueme, Salamanca, (1960) 1999, p. 344 (cursiva en el original).

sencillamente ignorar ese vector futuro de desarrollo, no al menos si, en efecto, queremos construirnos una idea sólida de nuestra situación presente (o de la del objeto de estudio). Así pues, no nos queda más remedio que preguntarnos qué cabe razonablemente esperar, a la luz de la evolución precedente de la realidad estudiada y de otras afines; y ello —esto es clave— desde el prisma de las categorías y criterios que interesen a nuestro estudio. Por ejemplo, una línea evolutiva destinada a determinar en qué fase de desarrollo de los antibióticos nos encontramos será muy distinta en función de que adoptemos como criterio de fasificación: i) el grado de complejidad química de los mismos, ii) los niveles de resistencia patogénica a antibióticos que sean capaces de vencer, iii) las categorías de enfermedades a las que puedan aplicarse... Dependiendo del criterio adoptado, el estadio “antibióticos de primera generación” (o “de segunda”, o “de tercera”, etc.) tendrá un significado y un alcance distintos.

En el terreno de la IA son también muchos los criterios asumibles. No obstante, creo que el más interesante de estos criterios, si a lo que se aspira es a un panorama general del impacto de la IA sobre el devenir humano, es *la parangonabilidad de la IA con la inteligencia humana*; criterio conforme al cual podría sencillamente dividirse la evolución de la IA (como, por lo demás, comúnmente se hace) en:

- 1- IA de capacidad inferior a la inteligencia humana (*subhuman-level AI*).
- 2- IA de capacidad pareja a la inteligencia humana (*human-level AI*, *par-human AI*).
- 3- IA de capacidad superior a la inteligencia humana (*superhuman-level AI*).

Esta clasificación no está exenta de problemas. Uno de ellos es qué entendemos por “capacidad”, o incluso por “inteligencia” (¿debemos considerar como una de sus dimensiones la “inteligencia emocional”?). Definido esto, habría que tener en cuenta que una misma IA puede ser a veces *subhuman* y a veces *par-human* —¿y otras veces es, o podrá ser, *superhuman*?—, lo que dificulta seriamente el establecimiento de límites fijos entre los tres estadios. Por otra parte, y dado que el criterio es una relación con la inteligencia humana, habría que plantearse si el punto de referencia a adoptar para valorar esta última es un individuo concreto (y, en tal caso, ¿con qué características?: ¿las de un individuo medio?) o la humanidad en su conjunto, y si, a efectos de testeo comparativo, ese punto de referencia dispondría del mismo tiempo que la IA a clasificar para la realización de una misma tarea (¿y qué tarea habría de ser ésta?). Otra complicación es que, al no (poder) saber cómo será la *superhuman-level AI* —ni si llegará—, desconocemos igualmente si será necesario distinguir en ella subfases, acerca de las cuales no podríamos más que elucubrar sin ningún tipo de fundamento.

Objeciones como éstas aconsejan, ciertamente, no llevar demasiado lejos esta clasificación. Sin embargo, tampoco podemos eludirla. La magnitud revolucionaria de la IA vendrá dada por su aptitud para imitar e incluso, llegado el caso, superar el poder de la inteligencia humana. Si esto es innegable, la consecuencia es que no podemos sustraernos a valorar su evolución desde este punto de vista — es decir, a través de una clasificación como ésta—, por mucho que podamos y debamos discrepar en torno a los extremos enunciados y muchos otros. Por lo demás, el escollo de no saber qué nos deparará el futuro subsiste también, cómo no, en este frente. No obstante, la generalidad de esta clasificación contribuye a superarlo ampliamente: en efecto, no parece aventurado reputar inconcebible un estadio evolutivo de la IA no subsumible en alguno de estos tres (sin perjuicio de situaciones a caballo entre uno y otro y otros problemas apuntados, como la relatividad de las variables).

Así las cosas, y no sin las debidas reservas, podemos hacer nuestra esta clasificación para responder al interrogante de dónde nos encontramos, o dónde se encuentra la IA respecto de nosotros: ¿por debajo?, ¿más o menos a la par?, ¿por encima? Algo parece claro, y es que no estamos en esta última fase (*superhuman-level AI*), que es —con razón— la que más preocupa, tanto por su potencial (al servicio del bien, pero también del mal) como por su imprevisibilidad (imprevisibilidad que viene impuesta por su propia definición; pues, desde el momento en que las capacidades de la IA sean superiores a las nuestras, sería vano pretender predecir su comportamiento desde nuestra inferioridad intelectual, analítica, etc.). Pero es que probablemente ni siquiera estamos todavía en la segunda fase (*human-level AI*, *par-human AI*). Así lo entendía en marzo de 2025 Demis Hassabis, Premio Nobel de Química en 2024 (por el desarrollo de la herramienta *AlphaFold*, a la que nos hemos referido anteriormente), al pronosticar que la IA “igualará la inteligencia humana dentro de los próximos 5 a 10 años” (*will match human intelligence within the next 5–10 years*)¹².

En mi propia experiencia (limitada a modelos básicos, sí, pero creo que bastante representativa, a juzgar por el dictamen de Hassabis), la IA sólo es capaz de emular un trabajo humano de calidad bajo supervisión estricta, continuada y activa¹³. Sin ella, lo normal es que la IA haga mucho más rápido lo que muchos humanos mediocres habrían hecho mucho más lentamente; y que lo haga de manera formalmente impecable, pero con la misma mediocridad material. A poco que lo pensemos, nos damos cuenta de que lo que nos asombra de la IA no

12 LOEB, A.: “Superhuman AI is Closer Than We Think, for the Wrong Reason!”, *Medium*, 30 de marzo de 2025, <https://avi-loeb.medium.com/superhuman-ai-is-closer-than-we-think-for-the-wrong-reason-0fd80dcf2a83> (consultado el 30 de julio de 2025).

13 Y quizá en muchos casos ni siquiera así sea capaz de emularlo, pues habría que tener en cuenta una referencia que casi nadie baraja casi nunca (precisamente porque *casi siempre* usamos la IA para ahorrarnos trabajo y tiempo, no para contrastarnos): el coste de oportunidad, a saber, cómo un humano habría hecho el mismo trabajo (aquí volvemos a encontrarnos con el problema de *en cuánto tiempo*) sin ayuda de IA.

es su genialidad, sino sobre todo su autonomía, su celeridad y su capacidad de mimetismo con el trabajo humano. Y tan predicable es esto de la IA predictiva (programada para reconocer patrones en datos históricos y estadísticos con el fin de anticipar o pronosticar eventos futuros) como de la generativa (creadora de contenido nuevo a partir de instrucciones).

Estas impresiones se ven respaldadas por algunas cosas que *sí* sabemos — elenco que palidece frente al de las cosas que *no* sabemos; pero elenco que no deberíamos menospreciar— acerca de la IA.

La primera de las que nos interesan es cuál es la materia prima que procesa la IA a la hora de realizar cálculos, emitir valoraciones, aportar soluciones, tomar decisiones, etc. Dicha materia prima somos nosotros, o, más exactamente, lo que podríamos llamar —si se me permite la terminología marxista— nuestra “superestructura”: nuestro comportamiento plasmado en algún tipo de lenguaje o registro (generalmente verbal, pero también matemático, estadístico, etc.), incluyendo las instrucciones que nosotros mismos le damos a la IA para efectuar las operaciones que le encomendamos. Así pues, es verdad que esta materia prima no somos nosotros en nuestra integridad, y ni siquiera en nuestro ser más fundamental (nuestra “infraestructura”), pero sí, a fin de cuentas, nuestra huella en este mundo, y por lo tanto algo fielmente reconducible a nuestro ser en sentido pleno. Así como la huella no es nuestro pie, pero se corresponde con sus medidas y su forma, y proporciona una idea bastante nítida de cómo es nuestro pie, la plasmación de nuestro comportamiento en registros o lenguajes legibles y analizables por los sistemas de IA (plasmación existente en volúmenes masivos, gracias a Internet) ofrece a estos últimos un cuadro altamente fiel de quiénes somos los humanos, y de cómo pensamos, funcionamos y actuamos. Podemos, pues, afirmar que la IA se nutre de nosotros. Pero también podemos afirmar que hay una parte de nosotros —la “infraestructura” humana, semilla y motor de nuestra “superestructura”, así como aquella parte de esta última que, no habiendo quedado codificada, o habiendo desaparecido, no puede ser procesada por la IA— que queda fuera de su alcance. Ni una cosa ni la otra son argumentos definitivos a propósito de que nos encontremos todavía en un estadio de *subhuman-level AI* (pues bien podría ser, desde una perspectiva hilemorfista, que lo humano o aun lo suprahumano de la IA fuera, no ya la materia, sino la forma), pero ambas dicen algo a favor de esta tesis.

Otra cosa que conocemos, y que también puede resultar reveladora al objeto de ubicarnos, son algunas generalidades de la dinámica de aprendizaje de los sistemas de IA. Christian las describe en los siguientes términos:

El campo del aprendizaje de máquinas comprende tres áreas principales: En el aprendizaje no supervisado, se le da a la máquina un cúmulo de datos y [...] se

le pide que les dé sentido, que encuentre patrones, regularidades, formas útiles de condensarlos, representarlos o visualizarlos. En el aprendizaje supervisado, al sistema se le proporciona una serie de ejemplos categorizados o etiquetados — como personas en libertad condicional que fueron arrestadas nuevamente y otras que no lo fueron— y se le pide que haga predicciones sobre nuevos ejemplos que aún no ha visto, o para los cuales la verdad empírica aún no se conoce. Y en el aprendizaje por refuerzo, el sistema se coloca en un entorno con recompensas y castigos [...] y se le pide que descubra la mejor manera de minimizar los castigos y maximizar las recompensas¹⁴.

De acuerdo con esto —y en la medida en que no se haya superado esto—, el protagonismo humano no está solamente en la materia de la que se nutre la IA, sino igualmente en la *forma*; esto es, en los criterios, los parámetros, los valores, las instrucciones, los objetivos... y, en definitiva, la lógica, que rigen el procesamiento artificial de aquella materia. En todo ello, la IA seguiría subordinada a la inteligencia humana.

Soy consciente de que la cuestión requeriría un examen mucho más profundo, pero, como conclusión de lo expuesto, mi apuesta es que, en el momento presente, nos encontramos todavía inmersos en el primer estadio evolutivo de la IA (*subhuman-level*); no sin destellos, ahora bien, de ese segundo estadio (*human-level*) que, según Hassabis, podría estar muy cerca.

4. La gran incógnita: el tercer estadio.

Si realmente nos encontramos todavía en un estadio de IA de nivel inferior o, a lo sumo, puntualmente parejo al de la inteligencia humana, mas donde el protagonismo lo sigue detentando esta última, una regla básica debería regir nuestra actitud ante, y nuestras relaciones con, la IA: no temerla más a ella de cuanto nos temamos a nosotros mismos. Lo peligroso, hoy por hoy, no es la IA en sí misma, o lo que pueda hacer por sí misma, sino el material que los humanos le proporcionamos y el uso que podamos hacer de ella. Esto, se dirá, no es poco motivo de alarma; pero es “malo conocido” que, según el adagio popular, es mejor que “bueno por conocer”.

La gran incógnita es el tercer —¿y último?— estadio. Decíamos antes que éste es imprevisible por definición, pues toda previsión que pudiéramos hacer de él partiría necesariamente de unas facultades intelectuales (también volitivas) que, como estamos precisamente asumiendo, se verían superadas por el destinatario de tales previsiones (la IA de nivel superior a la inteligencia humana), con lo que sería un tanto ingenua la pretensión de efectuarlas. No sabríamos ni siquiera concebir

14 CHRISTIAN, B.: *The Alignment Problem*, cit., p. 47.

en qué puedan consistir, cómo vayan a operar o de qué sean capaces semejantes facultades, de las cuales no tenemos experiencia alguna. Así, si representan una amenaza para la especie humana (lo que no es ni mucho menos seguro), no podríamos saber cómo combatirla. Por otro lado, tampoco existe garantía ninguna de que ese estadio tenga que llegar; ni, si tiene que llegar, de que nosotros lleguemos a presenciarlo. Que el horizonte teórico en el que nos movemos sea éste —por el simple hecho de que, si vislumbramos ya como factible a corto o medio plazo una *human-level AI*, debemos trabajar con la hipótesis de un posible estadio ulterior, que necesariamente sería el de una *superhuman-level AI*— no garantiza nada en este sentido.

En este punto es inevitable que se plantee el debate de si merece la pena consentir un desarrollo a largo plazo de la IA que pueda eventualmente conducir al tercer estadio, corriendo el riesgo —de dimensiones inciertas— de que éste, además de ser realizable —y sabiendo que, en tal caso, será incontrolable—, nos sea hostil. Pero, ¿hay alternativa? ¿Estamos en condiciones de abortar el desarrollo de la IA? ¿Quién podría hacerlo? Los Estados y algunas organizaciones supranacionales (como la Unión Europea) tienen el poder de prohibírselo al grueso de sus ciudadanos, empresas, etc.; pero los hay (pensemos en las empresas de mayor músculo financiero, mejores relaciones institucionales...) que podrán eludir y de hecho eludirán la prohibición. Lo más significativo, en cualquier caso, no es esto, sino la cuestión de quién impediría a los Estados —que entre sí, como sabemos por Hobbes y Locke, se encuentran en estado de naturaleza¹⁵— seguir desarrollando la IA para sus propios fines; pues es evidente que, si la IA puede ser peligrosa en manos de los particulares, los riesgos se multiplican en manos de los Estados. Quizá los más poderosos pudieran restringir el acceso a ella de los más débiles (aunque tampoco esto sería nada fácil), pero sería ilusorio pensar que las grandes potencias vayan a estar dispuestas en algún momento a renunciar a las oportunidades (represivas, propagandísticas, geopolíticas...), presentes y futuras, que les ofrece la IA. Aunque sólo fuera por esta razón, el avance de la IA es imparable, y también el presente debate carece de sentido.

II. ALGUNAS ACLARACIONES NECESARIAS EN TORNO AL PROBLEMA DE LA JUSTICIA EN RELACIÓN CON LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL.

No menos importante que manejar una noción del primero de los términos de nuestro binomio (la IA) es poseer una idea del segundo (la justicia). En este sentido, antes de entrar a fondo en materia es preciso resolver algunas dificultades preliminares que afectan al mismo concepto de justicia y a su proyección en este terreno.

15 Cf. *Leviathan*, Chap. XXX *in fine* (HOBBS, T.: *Leviathan*, Penguin, London, [1651] 2017, p. 292), y *Second Treatise of Government*, Chap. XII, 145 (LOCKE, J.: *Second Treatise of Government and A Letter Concerning Toleration*, OUP, Oxford, [1689] 2016, pp. 73-74).

La literatura que se viene ocupando de esta cuestión tiende a abordarla en dos ámbitos claramente diferenciados: el público y el privado. Por una parte, se habla de la (in)capacidad de la IA para tomar decisiones justas con motivo de un pleito, a la hora de determinar si un preso debe ser puesto en libertad condicional, en la resolución de un expediente administrativo (por ejemplo, una solicitud de subsidio por desempleo), etc. Por otra parte, se habla de la (in)capacidad de la IA para tomar decisiones justas en materia de contratación de personal, ascensos, despidos, valoración de solicitudes de hipotecas, selección de proveedores o socios u otras decisiones empresariales, etc. En el primer caso se evalúa la aptitud de la IA para sustituir a un agente de los poderes públicos (el juez, el funcionario al servicio de la administración), mientras que en el segundo se examina su aptitud para hacer las veces de un particular en el seno de una relación privada. Ambas esferas revisten gran interés. Por limitaciones de espacio, en el presente trabajo trataremos específicamente la segunda, posponiendo la primera a estudios sucesivos.

Pues bien, como se prevenía, es preciso disipar algunos malentendidos a los que esta división puede dar lugar. Los equívocos se presentan fundamentalmente en lo relativo a la posibilidad de calificar como “justa” o “injusta” una decisión en el ámbito privado, del tipo de las que se han puesto como ejemplo. No quiere con esto enclaustrarse el concepto de justicia en los dominios del derecho público. Si la justicia, como reza su definición clásica, consiste en “dar a cada uno lo suyo” (*suum cuique tribuere*), se hace patente que no podrá desterrarse de las relaciones privadas, en las cuales constantemente las partes pueden y deben dar “lo suyo” a una contraparte: será justo que el vendedor entregue la cosa vendida al comprador en las condiciones pactadas, que el vecino pague su cuota de comunidad, que el padre o la madre paguen la educación de sus hijos... e injusto lo contrario. Ahora bien, en tales situaciones poco o nada tiene que decir —que *decidir*— la IA. En ellas, la justicia se concreta en el cumplimiento de alguna obligación establecida por la naturaleza (las obligaciones de alimentos entre parientes, quizá la asistencia a quien puede ser socorrido sin riesgo para el que la presta) o por el consentimiento válido (las obligaciones nacidas de un contrato). Cuestión distinta es que se trate de una obligación indeterminada o disputada, en cuyo caso sí puede plantearse si la IA sería capaz de resolver con justicia la indeterminación o la controversia (como lo haría un juez o un árbitro); pero obsérvese que, en semejante escenario, ya estaríamos de nuevo en el ámbito de lo público.

En efecto, no es esa dimensión de la justicia la que se suele indagar cuando se habla de la capacidad de la IA para adoptar decisiones justas en el ámbito privado. Más bien la referencia suele serlo a decisiones del tipo de las mencionadas a título ejemplificativo: la decisión de contratar a un candidato o a otro, de ascender a uno u otro empleado, etc., etc. Y aquí es donde sí nos asalta con toda su fuerza

la pregunta de hasta qué punto tiene sentido la categoría de la justicia aplicada a tales decisiones. ¿Puede sostenerse que haya, en los contextos en los que tienen que tomarse, un “lo suyo” de cada uno?

La opinión más extendida es que sí. Si preguntáramos a una muestra representativa de la población española o de cualquiera de nuestro entorno, probablemente una mayoría abrumadora de los encuestados se pronunciaría en el sentido de que, para cada una de estas necesidades decisionales, existe una decisión objetivamente más justa; o, lo que es lo mismo, un candidato objetivamente más cualificado o solvente para ser el elegido (para cubrir una vacante, para prestar un servicio, para recibir dinero a crédito...); de suerte que, mereciéndolo objetivamente, sería injusto que no lo obtuviera, en tanto que no se le estaría dando “lo suyo”. Los resultados, presumo, no serían muy distintos si los interrogados fueran exclusivamente académicos o expertos en disciplinas tales como economía, sociología, gestión de recursos humanos, filosofía, derecho del trabajo o cualesquiera otras que pudieran mostrarse relacionadas con la cuestión. Es más, una posición semejante ha vertebrado la teoría económica clásica, de Adam Smith a Karl Marx, y sigue siendo preponderante a día de hoy: se trata de la concepción objetiva del valor. En su versión marxista, por ejemplo, el valor de un producto o mercancía viene determinado por el número de horas de trabajo “incorporadas” al mismo, lo que permite evaluar objetivamente si el precio (también expresado en horas de trabajo) pagado por él —o el que recibirá el trabajador a cambio de su trabajo para producirlo— es, o no, justo. De la misma manera, muchos consideran —o considerarían, si se les estimulara dialécticamente— que el mérito de los candidatos a verse beneficiados por determinada decisión depende de factores objetivos u objetivables (como, por qué no, el mismo número de horas de trabajo, de antigüedad en actividades relevantes para la vacante a cubrir). La objetivación de estos criterios puede resultar más o menos complicada, pero, una vez efectuada, tales criterios permitirían definir en cada caso cuál es la decisión objetivamente más justa.

Semejante perspectiva, ahora bien, presenta tantas y tan insalvables taras como la concepción objetiva del valor en teoría económica. Si lo que se pretende, pongamos, es el cálculo del mérito en base a la antigüedad, pueden esgrimirse objeciones similares a las alzadas por Ludwig von Mises contra la teoría marxista del valor-trabajo:

[...] la hora de trabajo no es una cantidad uniforme y homogénea. En efecto, no existe un “factor trabajo”, sino innumerables tipos, categorías y clases distintas de trabajo [...]. No se trata tan sólo de que la eficiencia varíe enormemente de unos trabajadores a otros, e incluso para cada trabajador según que el momento y las circunstancias y condiciones en que se desarrolla su trabajo sean más o menos

favorables, sino que, además, las clases de servicios que proporciona el factor trabajo son tan variadas y están modificándose de forma tan continuada que, de hecho, constituyen tipos absolutamente heterogéneos de servicios [...]»¹⁶.

En efecto, la pretensión de objetivar el mérito en la antigüedad —análogamente a la de objetivar el valor en las horas de trabajo— ignora necesariamente la esencial heterogeneidad de dicha antigüedad: ¿valen lo mismo los dos años de antigüedad del trabajador más productivo y del menos productivo?, ¿quién nos garantiza que, en ese tiempo, ambos trabajadores han adquirido y cultivado las mismas habilidades?, ¿pueden compararse esas antigüedades a pesar de haberse acumulado en entornos (empresas, lugares, sectores...) potencialmente distintos? Y, si de lo que se trata —verbigracia— es de cubrir una vacante cuya naturaleza no se corresponde exactamente con la de las actividades desarrolladas hasta el momento, ¿qué coeficiente correctivo habría que aplicar a la antigüedad alegada para obtener un resultado “justo”?

Adviértase, en este punto, que una concepción objetiva del mérito sale incluso peor parada que la teoría económica del valor-trabajo. Marx intentó defender la segunda arguyendo aquello de que el tiempo de trabajo a tener en cuenta no era el de un trabajador u otro, individualmente considerados (lo cual da lugar a resultados manifiestamente absurdos; por ejemplo, supondría equiparar el valor de un cuadro pintado por Antonio López y el de otro pintado por el autor de estas líneas, simplemente porque ambos hubiesen tardado lo mismo en completarlo), sino el tiempo de trabajo “socialmente necesario” para la producción de la mercancía¹⁷. Una concepción objetiva del mérito ni siquiera puede acogerse a semejante efugio, puesto que no se trata aquí de valorar un bien (que lo mismo podría haber sido producido por una persona que por otra) sino la cualificación o idoneidad de una persona concreta (que, como es obvio, únicamente tiene sentido considerar respecto de esa misma persona). Desde un punto de vista marxista puede ser aceptable afirmar que el valor de un par de zapatos no debe determinarse teniendo en cuenta las horas de trabajo empleadas para confeccionarlos por el trabajador más holgazán ni por el más productivo, sino por un trabajador medio en circunstancias normales; pero no hay manera razonable de extender semejante ajuste a la valoración del mérito personal. Podemos, sí,

16 HUERTA DE SOTO, J.: *Socialismo, cálculo económico y función empresarial*, 3ª ed., Unión Editorial, Madrid, (1992) 2005, p. 205.

17 Cf. MARX, K.: *El capital. Crítica de la economía política. Tomo primero. Libro I. Proceso de producción del capital*, Progreso, Moscú, (1867) 1990, pp. 48 y ss. Tampoco con esta precisión se sostiene su teoría. Como explica Huerta de Soto, “tal reducción de las horas de los diferentes tipos o clases de trabajo a las horas de trabajo [socialmente necesario] sólo es posible que se efectúe cuando existe un proceso de mercado en el cual unas y otras son intercambiadas a un precio determinado por los diferentes agentes económicos. En ausencia de este proceso de mercado, cualquier juicio comparativo sobre distintos tipos de trabajo habrá de ser arbitrario, y ello implicará forzosamente la desaparición del cálculo económico racional. El problema consiste, pues, en que no es posible reducir los diferentes tipos de trabajo a un común denominador sin que previamente exista un proceso de mercado” (*Socialismo*, cit., pp. 205-206).

asumir *iuris et de iure* que un día de antigüedad vale, siempre y en todo caso, X, haciendo abstracción del efectivo aprovechamiento que cada trabajador haya hecho del mismo; pero con ello no estaríamos evaluando la aptitud real de cada candidato. Sencillamente nos estaríamos engañando.

A veces se piensa que, dada la falibilidad de algunos criterios de objetivación (como hemos visto respecto de la antigüedad), la solución pasa por añadir más criterios a la ecuación (en el caso de un proceso de selección, titulaciones académicas, notas medias, dominio de idiomas, desempeño en pruebas *ad hoc*, buenas referencias...). Lo cierto, sin embargo, es que todos ellos presentan las mismas limitaciones, derivadas de las mismas heterogeneidad, inmensurabilidad y subjetividad de los aspectos a los que se refieren. La inclusión de variables adicionales, de hecho, no hace más que dificultar la objetivación, pues con ella surge el problema, igualmente irresoluble, de qué peso dar a cada una de ellas.

Habrà quien, concediendo estas aporías, replique que de ellas no se sigue una esencial falta de objetividad del mérito personal, sino únicamente nuestra incapacidad para aprehenderla. Dicho mérito sería realmente objetivo, pero la sutileza de sus matices lo haría inaccesible a la inteligencia humana. A nuestros efectos, empero, semejante platonismo no cambia nada, pues, si de lo que se trata es de determinar si a un candidato (por mantener este ejemplo, entre muchos otros posibles) se le ha hecho justicia, esto es, si se le ha dado “lo suyo” o “lo que merece”, ¿cómo aducir que no se le ha dado —que no se le ha hecho justicia—, si “lo suyo” o “lo que merece” es universalmente incognoscible (para el que lo aduzca, para el decisor, para el encargado de resolver la controversia, etc.)? *Ad impossibilia nemo tenetur*.

Con todo, el problema de fondo no es la incognoscibilidad del mérito humano. El problema de fondo es que este mérito —que, objetivado, quizá, y sólo quizá, pues habría que superar muchas otras objeciones, nos permitiría hablar de “decisiones justas” e “injustas” en el ámbito privado— es, en el más sustancial de sus estratos, tan subjetivo como el valor económico de los bienes y servicios. Un prestamista, por las más variadas e íntimas razones, puede elegir prestar dinero al menos solvente de quienes se lo piden. Un empleador puede intuir en el candidato “objetivamente” menos cualificado un talento, actitud o sintonía que, sin saber explicar por qué, le haga preferirlo a todos los demás. Una mujer puede romperle el corazón al más abnegado de sus pretendientes, para casarse con el más indolente y desidioso. Personalmente, puedo entender que decisiones como éstas sean calificadas de “inadecuadas”, “irracionales”, “absurdas” y muchas cosas peores. Pero, ¿puede realmente decirse que sean “injustas”? En caso afirmativo, deberíamos ser coherentes y admitir la intervención judicial en decisiones tan personales como la elección de cónyuge, única manera de “hacer justicia” a los pretendientes “objetivamente más cualificados”.

En campos como la administración de empresas, la psicología o la gestión de recursos humanos, la literatura académica lleva décadas diseñando fórmulas, modelos, matrices, baremos y todo tipo de tentativas de dotar de objetividad a la valoración de méritos en procesos de selección¹⁸; de igual manera que las entidades financieras disponen de los más sofisticados sistemas para determinar a quiénes conceder hipotecas y préstamos, e *via dicendo*. Con esta disertación no pretendo negar la utilidad de estos artificios para ayudar a tomar decisiones, pero sí oponerme a todo conato de absolutización filosófica, científica o jurídica de los mismos. Su utilidad, en este sentido, dependerá de la percepción subjetiva que de la misma tenga el encargado de tomar la decisión en cuestión: ni más, ni menos. Y si este decisor, en un momento dado y por cualquier motivo, se convence de que otro criterio debería prevalecer sobre el veredicto de tales artificios, ello podrá merecer muy distintos adjetivos, pero ninguno de ellos debería ser “justo” o “injusto”, al menos en un sentido primario o propio.

El decisor, naturalmente, podrá *equivocarse*, entendiendo por tal arrepentirse posteriormente de la decisión tomada. Pero esto no hace la decisión “injusta”, sino sencillamente desacertada. Y, en cualquier caso, ¿quién mejor que él, que a fin de cuentas será el principal beneficiario de su acierto, y el principal damnificado por su desacierto, para tomarla? Querer reemplazarlo en esta tarea por una fórmula supuestamente “objetiva” es una manifestación más de la “fatal arrogancia” de los planificadores sociales, tan denunciada por Friedrich Hayek sobre la estela de Adam Smith¹⁹. Y es que, por bien construida que esté esa fórmula, siempre carecerá de dos elementos necesariamente determinantes de la superioridad del juicio privado del decisor: la información que éste posee por el mero hecho de hallarse en la posición que requiere la toma de una decisión (información de la que, como posteriormente veremos, muchas veces ni siquiera es plenamente consciente, y que a menudo es tácita, inarticulable e intransmisible) y su interés personal directo en tomar la mejor decisión posible (aquella que maximice los beneficios a los que aspira y/o minimice los riesgos y perjuicios que anhela ahuyentar).

Algunas voces serán menos exigentes —menos “platónicas”— y reconocerán la improcedencia de calificar de “injusta” una decisión personal *siempre y cuando no sea discriminatoria*; es decir, siempre y cuando no se funde en motivos arbitrarios, tales como la raza, el sexo, la religión... Pero, ¿qué motivos son arbitrarios y cuáles no? Toda decisión, a fin de cuentas, implica una discriminación. La primera acepción que el Diccionario de la RAE (2014) atribuye al verbo “discriminar” es

18 Vid., e.g., la matriz de habilidades (*skills matrix*) de Dessler (DESSLER, G.: *Human Resource Management*, 16ª ed., Pearson, New York, [2015] 2020, p. 124).

19 Si bien el título del último libro de Hayek, *The Fatal Conceit: The Errors of Socialism* (1988), es un inequívoco homenaje a Adam Smith, éste nunca empleó la frase exacta. En *The Theory of Moral Sentiments* (H. G. Bohn, London, [1759] 1853, pp. 342-343), Smith habla de la “arrogancia” (*conceit*) del gobernante “a menudo tan enamorado de la supuesta belleza de su propio plan de gobierno ideal que no puede tolerar la mínima desviación de cualquier parte del mismo”.

“seleccionar excluyendo” (única manera, a poco que se medite, de “seleccionar”). El término proviene del latín *discrimen* (división, separación), a su vez proveniente del verbo *discerno* (discernir, dividir, separar, diferenciar). El banco que concede una hipoteca al solicitante que presenta un avalista y en cambio la deniega al que no lo aporta está discriminando (*i.e.*, discerniendo), al igual que el empresario que contrata al candidato que cree mejor capacitado para cubrir una vacante o la mujer que se casa con quien prevé que será el mejor padre para sus hijos. Puesto que toda decisión es discriminatoria, ¿qué criterios de discriminación son admisibles, y cuáles no? Definirlos objetivamente nos retrotrae a todas las dificultades anteriormente expuestas. Incluso aquellos criterios que tendemos a reputar moralmente aberrantes como determinantes de una discriminación (la raza, el sexo, la religión...) pueden resultar comprensibles en algunos contextos: ¿Es “injusto” el anunciante de lencería femenina que sólo contrata mujeres como modelos para aquélla? ¿Es “injusto” el hombre que ni siquiera contempla mantener una relación sentimental con una mujer de otra raza, o con otro hombre, o que nunca se casaría con una mujer de religión distinta a la suya? Insisto en que no se trata de emitir un juicio moral, sino específicamente de valorar si es éste, o más bien no, el terreno ideal para hacer uso de la categoría “justicia”. E insisto en que, si la respuesta es afirmativa, quizá la coherencia demandaría que nuestro sistema jurídico permitiera la fiscalización de semejantes decisiones.

Estoy lejos de negar que determinadas discriminaciones, también en el ámbito privado, resultan éticamente deleznable; pero no siempre lo que nos repugna ética o moralmente es injusto. Ello no significa que la sociedad no pueda o no deba reaccionar ante este tipo de comportamientos y situaciones: lo normal es que quienes discriminan sin razón éticamente admisible, como puro acto de hostilidad contra un grupo humano, se hagan acreedores del repudio social. No es un buen negocio, en términos reputacionales. Pero tampoco lo es en un plano estrictamente económico. Discriminar de esta manera no sólo es reprochable desde muchos puntos de vista, sino también autolesivo para quien lo hace: por ejemplo, el empresario que rechaza al candidato más cualificado simplemente por su color de piel está renunciando, irracionalmente, a maximizar los beneficios de su decisión²⁰. Sea como fuere, sí considero que, siendo ésta una esfera ajena a la propia de la justicia —a aquélla en la que puede hablarse, con propiedad, de decisiones y actuaciones justas e injustas—, sería pertinente que los responsables de “hacer justicia”, o de administrarla, se abstuvieran de interferir en ella.

Es precisamente la irracionalidad de las discriminaciones que suelen escandalizarnos la que me hace pensar que no son tan frecuentes como a

20 Tal vez, en su escala de valores, el malsano placer de despreciar a una persona de otra raza pese más que el beneficio económico que podría haber derivado de su decisión. En tal caso, lo irracional no es tanto su decisión cuanto su escala de valores.

veces se nos quiere hacer creer: el egoísmo es el mejor antídoto para actitudes como la xenofobia, la homofobia o el sexismo. Sin embargo, no es raro que se censuren como discriminatorias decisiones y situaciones que, en realidad, no son equiparables a una discriminación sustancialmente motivada por semejantes actitudes. Un ejemplo nos lo da Schellmann:

Las personas que están más activas en la plataforma, por ejemplo, enviando mensajes a reclutadores —algo que, en promedio, los hombres hacen con más frecuencia que las mujeres— probablemente serán recomendadas con mayor frecuencia a los reclutadores por la IA. La IA no “sabe” quién es mujer y quién es hombre, pero detecta estos patrones de comportamiento relacionados con el género [*gendered behavioral patterns*] y puede, de manera involuntaria, recomendar a más hombres que mujeres a los reclutadores basándose en esos patrones²¹.

Esto no se sostiene. Si por *gendered behavioral patterns* se entiende — como efectivamente es el caso— datos conductuales en los cuales se observa un comportamiento distinto entre hombres y mujeres, prácticamente todos lo son, pues difícil será encontrar alguna manifestación de la conducta humana en la cual hombres y mujeres actúen exactamente igual, o en la que la observación de uno y otro sexo arroje idénticos resultados porcentuales. Por esta regla de tres, casi ningún *pattern* sería aceptable, pues casi todos serían discriminatorios²². Schellmann menciona el patrón “contactar directamente con reclutadores” (*messaging recruiters*). Sin embargo, otros patrones que la IA puede tener en cuenta (ejemplo ficticio, pero factible: nivel de luminosidad de la foto de perfil) podrían beneficiar a las candidatas.

Estas aclaraciones parecen incompatibles con mi intención declarada de tratar el problema de la inteligencia artificial y su aptitud para la justicia en el ámbito de las decisiones *privadas*; y, efectivamente, lo son, siempre que se quiera hablar de justicia en sentido estricto. No obstante, y como ocurre con tantos otros conceptos, muchas veces se maneja el de justicia en un sentido derivativo, metafórico o asimilado; en una palabra, en un sentido impropio. Hacerlo no es necesariamente ilegítimo, pues, cuando una comunidad lingüística, de manera espontánea, se decanta por estos usos derivativos, lo que pone de manifiesto es que los conceptos en cuestión son parcialmente expresivos de las realidades a las cuales son extrapolados. El peligro semántico nace de tomar la parte por el todo, pretendiendo hacer de las acepciones derivativas de un concepto su significado

21 SCHELLMANN, H.: *The Algorithm: How AI Decides Who Gets Hired, Monitored, Promoted, and Fired and Why We Need to Fight Back Now*, Hachette Books, New York, 2024, pp. 37-38.

22 La identidad de comportamiento entre sexos sólo podría ser fruto de la casualidad, y cuanto más amplia fuera la muestra más difícil sería que éstas se produjeran.

primario o fundamental²³. No obstante, una vez se es rectamente sabedor de cuál es este sentido primario del concepto y cuál o cuáles son los derivados, puede darse juego a estos últimos sin riesgo de deformación. En nuestro caso, sabiendo ya que el concepto de justicia no es propiamente aplicable a las decisiones de índole privada, no habría problema en atender al hecho de que, en el lenguaje común, también a ellas se les aplica —pese a resultar más apropiados otros calificativos (decisiones acertadas y desacertadas, etc.)—; para, en base a ello, examinar si la IA sería capaz de tomar ese tipo de decisiones en el modo que la comunidad lingüística —impropia pero consistentemente— acostumbra llamar “justo”. Aun cuando sólo fuera *for the sake of argument*.

III. DECISIONES JUSTAS EN RELACIONES PRIVADAS.

Procedamos, pues, a considerar si, y hasta qué punto, es —o será— capaz la IA de decidir con justicia en el ámbito privado; siempre teniendo en mente las precisiones anteriores acerca de qué entendemos por relaciones privadas, así como la acepción derivativa en que el concepto de justicia debe emplearse en este contexto.

La mayor parte de lo que se ha escrito en la materia puede catalogarse como una enérgica respuesta negativa a esta cuestión (por lo menos, en lo que concierne a los sistemas de IA actualmente existentes): como una protesta impetuosa contra la práctica, cada vez más extendida, de dejar en manos de sistemas de IA la adopción de este tipo de decisiones, sobre la base de los resultados arbitrarios, absurdos o irracionales a que ello da lugar. Schellmann, por ejemplo, señala que “en una encuesta reciente, casi el 90% de los líderes empresariales dijeron que sus herramientas de IA habían rechazado a candidatos cualificados”, y refiere: “Una herramienta predecía el éxito para los candidatos llamados Thomas o Elsie. También calificaba positivamente a las personas que mencionaban Seattle, Siria o Canadá en sus currículos, o pasatiempos como el fútbol americano, el baloncesto o el ciclismo. Un par de herramientas usaban palabras como ‘iglesia’ y diversas nacionalidades para predecir el éxito en un determinado puesto de trabajo”²⁴. La

23 Bruno Leoni pone el ejemplo del concepto de inflación: “Cuando [...] la gente habla de ‘inflación’ en Estados Unidos, por lo general se refiere a un aumento de los precios. Sin embargo, hasta hace relativamente poco, la gente solía entender por ‘inflación’ (y aún se entiende así en Italia) un aumento en la cantidad de dinero en circulación en un país. Así, la confusión semántica que puede surgir del uso ambiguo de esta palabra, originalmente técnica, es profundamente lamentada por aquellos economistas que, como el profesor Ludwig von Mises, sostienen que el aumento de los precios es consecuencia del aumento en la cantidad de dinero circulante en el país. El uso de la misma palabra, ‘inflación’, para significar cosas diferentes es considerado por estos economistas como un incentivo a confundir la causa con sus efectos y a adoptar un remedio incorrecto” (LEONI, B.: *Freedom and the Law*, Nash Publishing, Los Angeles, [1961] 1972, pp. 31-32). De igual manera, sostiene Leoni, el significado primario de la idea de libertad sería la ausencia de coacción (*absence of constraint*, lo que se ha dado en llamar “libertad negativa”), mientras que otras acepciones (la participación política, los derechos sociales y otros ideales englobados en la llamada “libertad positiva”) serían derivativas.

24 SCHELLMANN, H.: *The Algorithm*, cit., pp. 19 y 28, respectivamente.

IA establece correlaciones, normalmente con fundamento estadístico, y trabaja con ellas; pero no sabe diferenciar las correlaciones verdaderamente relevantes de las puramente casuales. Otros fallos que se le imputan son el engaño estratégico, con fines de los cuales el usuario puede no ser consciente²⁵; la adulación, o el sacrificio de la objetividad para decirle al usuario lo que quiere oír; la imitación de errores y sesgos comunes, o el razonamiento desleal, ocultando los auténticos motivos de sus conclusiones bajo una apariencia de corrección lógica y ética²⁶.

El dato según el cual el 90% de los líderes empresariales encuestados declararon que sus herramientas de IA habían rechazado a candidatos cualificados es muy elocuente. Por una parte, nos revela que las disfunciones de los sistemas de IA usados en el reclutamiento y selección de personal son generalmente conocidas. Lo mismo cabe esperar de los aplicados a la adopción de otras decisiones privadas; pues, a poco que se integren en la dinámica habitual de las personas u organizaciones usuarias, lo natural es que éstas presten atención a sus efectos y consecuencias. Por otra parte, y teniendo en cuenta que el conocimiento de semejantes disfunciones no parece disuadir a los usuarios²⁷, el dato nos sugiere la pregunta de por qué estos siguen confiando a la IA este tipo de decisiones. Intentar responder a esta pregunta puede contribuir a allanar el terreno en el que nos movemos.

La primera respuesta que podría darse es que los usuarios valoran más el ahorro en tiempo y recursos que ofrecen estos sistemas que el acierto de las decisiones que se les encomiendan. A mi modo de ver, no hay nada de censurable en ello, de la misma manera que no habría nada de censurable en el dueño de una panadería que, habiendo recibido cincuenta candidaturas para ocupar una vacante, decidiera asignarla por sorteo, en lugar de dedicar días e incluso semanas a analizar las credenciales de cada uno de los candidatos, entrevistarlos, etc.

Una segunda respuesta podría acentuar que, si bien es verdad que se producen disfunciones como las señaladas, éstas no son la tónica general; antes bien, suelen darse en contextos determinados, ya de por sí problemáticos. Por ejemplo, la misma Schellmann, después de denunciar —como hemos visto— la arbitrariedad de los parámetros empleados por un sistema de IA para valorar

25 Y es que la IA puede hacer suyos fines no expresa ni tácitamente asignados por el usuario. Un ejemplo curioso es el expuesto por Neidle, quien encargó a un sistema de IA investigar qué asesores fiscales estaban promocionando un determinado esquema de evasión fiscal. El sistema llevó a cabo esta tarea, pero luego decidió por su cuenta intentar alertar a HM Revenue and Customs, la autoridad tributaria del Reino Unido (NEIDLE, D.: "That story about a killer AI run amok seems fake" [tweet], Twitter, 2023, <https://twitter.com/DanNeidle/status/1664613427472375808>; cit. por PARK, P. S., GOLDSTEIN, S., et al.: "AI Deception: A Survey of Examples, Risks, and Potential Solutions", *Patterns*, núm. 5º, 2024, p. 13).

26 PARK, P. S., GOLDSTEIN, S., et al.: "AI Deception", cit., *passim*.

27 Aproximadamente el 88% de los empleadores usan algún tipo de IA para la evaluación inicial de candidatos (AMITABH, U., y ANSARI, A.: "Hiring with AI doesn't have to be so inhumane", *World Economic Forum*, 28 de marzo de 2025, <https://www.weforum.org/stories/2025/03/ai-hiring-human-touch-recruitment/> [consultado el 31 de julio de 2025]).

a los candidatos, explica: “Un problema que tienen las personas que revisan currículums es que casi todo el mundo incluye en su currículum las habilidades más importantes mencionadas en la descripción del puesto, por lo que, si ese es el criterio, básicamente todos pasan a la siguiente ronda, lo que anula el propósito de la criba inicial. Como resultado, los algoritmos podrían empezar a dar más peso a otros ‘predictores’, como los nombres de pila, las universidades, los pasatiempos u otras palabras clave comunes”²⁸. En estas condiciones, el comportamiento de la IA no parece ya tan disparatado, aunque pueda seguir considerándose desacertado.

En tercer lugar, hay que decir que muchos usuarios no ponen en manos de la IA la decisión final, usándola más bien como un primer filtro, una segunda opinión, una referencia sometida a supervisión, etc.

Una cuarta posibilidad de respuesta se presenta interesante. Ésta nos remite a otra pregunta: ¿a qué estamos renunciando cuando recurrimos a un sistema de IA para tomar determinadas decisiones? ¿Realmente un humano habría decidido manifiestamente mejor? Antes mencionábamos la posición de ventaja que ostenta el decisor individual sobre cualquier fórmula decisoria supuestamente “objetiva” con la que se le quiera reemplazar, ventaja que viene dada por dos factores personalísimos: la información y el interés en tomar la mejor decisión posible. *A priori*, esta consideración es extensible a la superioridad del decisor humano sobre la IA, máxime en un escenario general de *subhuman-level AI*. No obstante, la experiencia demuestra que, en algunas decisiones, también este decisor humano, siendo el mejor posicionado para tomar la mejor decisión posible, incurre en un alto grado de falibilidad. Citando una vez más a Schellmann, “en la contratación humana, casi el 50% de los nuevos empleados fracasan durante el primer año y medio”²⁹. El artículo en el que Schellmann apoya esta afirmación data de 2005 y es inaccesible, y tampoco ella nos detalla qué se entiende aquí por “fracasar”; pero, sea cual sea la realidad última del dato, éste, con ser mínimamente veraz, es exponente de que muy a menudo le reprochamos a la IA ser incapaz de aquello de lo que la misma inteligencia humana es incapaz (como predecir el comportamiento humano). Ésta, pues, puede ser otra respuesta: el coste de oportunidad de sustituir la decisión humana por la artificial es bajo en aquellas decisiones donde los niveles de falibilidad humana son elevados.

Estas respuestas no son ni alternativas, cabiendo combinarlas en distintas proporciones y términos, ni exhaustivas, pudiendo pensarse en otras explicaciones. Con todo, en la medida en que —junto con otras explicaciones que puedan postularse— resulten convincentes, o cuando menos razonables, son buenos argumentos en el sentido de que la IA no es tan escandalosamente “injusta”

28 SCHELLMANN, H.: *The Algorithm*, cit., p. 29.

29 SCHELLMANN, H.: *The Algorithm*, cit., p. 19.

como nos hemos acostumbrado a oír. Por lo menos, no parece serlo mucho más de cuanto lo son sus principales puntos de referencia y fuentes de inspiración: nosotros.

Otro mensaje de optimismo tiene que ver con una habilidad que la inteligencia humana comparte con la artificial: la adaptabilidad. Cualquiera que use regularmente un sistema de IA no tarda en percatarse de que éste es más solvente en algunas tareas que en otras, y, si le preocupa la calidad de su ejecución, tenderá espontáneamente a ajustar la intensidad de su supervisión a la propensión al error que, según los casos, haya venido observando. Además, y afortunadamente para nosotros, la IA no es una herramienta estática, sino que uno de sus rasgos distintivos —ya hemos hablado de esto— es la capacidad de aprendizaje, tanto autónomo como dirigido, en mayor o menor grado y de distintas maneras, por el actor humano.

Es un lugar común denunciar los prejuicios y sesgos de la IA (que, por lo demás, no son sino un reflejo de los nuestros). Pero decíamos en su momento que los prejuicios, siempre y cuando nos mostremos abiertos a superarlos, no son un lastre, sino, de hecho, el punto de partida del conocimiento. A este respecto, de hecho, a la IA se le debe reconocer el mérito de ser mucho más fácilmente liberable de sus prejuicios que la humana. “Cuarenta años de profesor”, decía el gran filósofo del derecho Alejandro Nieto, “y no he conseguido nunca convencer a nadie que no estuviese convencido ya de antemano”³⁰. La IA, en cambio, puede ser programada para excluir de su lógica operatoria todas aquellas correlaciones que podamos considerar prejuiciosas, sesgadas, (indebidamente) discriminatorias o sencillamente irrelevantes para el propósito de que se trate. Es más, la misma IA puede ser utilizada para contrarrestar sus propios prejuicios y sesgos. Así procedió LinkedIn en 2018, cuando detectó que su sistema proponía más mujeres que hombres para puestos ofertados como consecuencia de que los segundos tienden a ser más vehementes en la búsqueda de oportunidades laborales³¹.

La IA, pues, posee algunas ventajas sobre la inteligencia humana: aparte de la ductilidad mencionada, podrían señalarse la velocidad con la que procesa ingentes cantidades de datos, su capacidad de acceder a información redactada en cualquier idioma (o registrada en lenguajes no verbales) y un largo etcétera. Sin embargo —como ya he adelantado, pero debo todavía desarrollar—, presenta frente a ella una desventaja mucho más significativa. Previamente me he referido a la imposibilidad de que la IA se subrogue en dos atributos del individuo que debe tomar una decisión: la información de que éste dispone y su interés directo

30 NIETO, A., y GORDILLO, A.: *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Trotta, Madrid, 2003, p. 14.

31 Cf. WALL, S., y SCHELLMANN, H.: “LinkedIn’s Job-Matching AI Was Biased. The Company’s Solution? More AI”, *MIT Technology Review*, 23 de junio de 2021, <https://www.technologyreview.com/2021/06/23/1026825/linkedin-ai-bias-ziprecruiter-monster-artificial-intelligence/> (consultado el 31 de julio de 2025).

en tomar la mejor decisión posible. Quizá la IA pueda llegar a “hacer suyo” el segundo, o a decidir *como* si fuera un humano que realmente va a hacer suyos los efectos de su decisión. Nada puede alterar el hecho de que no es así, pero tal vez sea factible el diseño de una buena imitación. Lo que, por el contrario, no concibo, es que la IA pueda llegar a adquirir el género de información del que las personas nos servimos a la hora de decidir.

La naturaleza e importancia de esta información han sido minuciosamente estudiadas por la Escuela Austriaca de Economía, principalmente en relación con los problemas —y, en última instancia, la misma imposibilidad— que presenta el cálculo económico en los sistemas socialistas. Para los autores de esta corriente (sintetizando mucho sus heterogéneos desarrollos), lo natural y propio del ser humano, además de lo imprescindible para generar valor económico, es la función empresarial; la cual, no obstante la idea un tanto reduccionista que solemos tener del empresario (que tendemos a identificar con el dueño de una empresa jurídicamente formalizada como tal, con el empleador, con el directivo, etc.), todos ejercitamos tan pronto nos afanamos en la persecución de fines de cualquier tipo, poniendo los medios que nos conduzcan a ellos y, al hacerlo, procurando minimizar costes y maximizar ganancias (costes y ganancias que no necesariamente han de ser monetarios). En el desempeño de esta función —a la cual, como vemos, es inherente la planificación— juega un papel esencial la información. El socialismo (o el intervencionismo o el estatismo), en sus distintas variantes, no niega directamente lo enunciado, pero sí considera viable, y deseable, centralizar el procesamiento de la información necesaria para el éxito de la función empresarial, así como el mismo ejercicio de esta última, en el Estado; superando, con ello, los supuestos efectos perniciosos del libre ejercicio de la empresarialidad (plusvalía, precariedad, desigualdades, etc.). Sin embargo —tal es el núcleo de la crítica austriaca—, esta información no es susceptible de la centralización propugnada por el socialismo, por unos motivos que Jesús Huerta de Soto ha resumido en los siguientes términos:

[...] *primero*, por razones de volumen (es imposible que el órgano de intervención asimile conscientemente el enorme volumen de información práctica diseminada en las mentes de los seres humanos); *segundo*, dado el carácter esencialmente intransferible al órgano central de la información que se necesita (por su naturaleza tácita no articulable); *tercero*, porque, además, no puede transmitirse la información que aún no se haya descubierto o creado por los actores y que sólo surge como resultado del libre proceso de ejercicio de la función empresarial; y *cuarto*, porque el ejercicio de la coacción impide que el proceso empresarial descubra y cree la información necesaria para coordinar la sociedad³².

32 HUERTA DE SOTO, J.: *Socialismo*, cit., p. 100.

El cuarto motivo es de aplicación específica a la intervención económica coactiva, pero los tres primeros son extrapolables al tema que nos ocupa, y explican por qué a la inteligencia artificial siempre, insubsanablemente, le va a faltar una capacidad que, en la mente humana, se revela crucial. Para tomar decisiones acertadas, adecuadas, perspicaces, justas, o como se las quiera llamar, cada persona se vale de una información mucho más amplia, rica y detallada de lo que podamos imaginar. Aunque el proceso decisorio pueda apoyarse en datos compartidos (como los precios de mercado, la previsión meteorológica o una entrada en una enciclopedia), muchos de los factores que determinarán la decisión provienen de una información personalísima, exclusivamente accesible al decisor, fruto de una experiencia vital que es siempre única. Buena parte de esta información ni siquiera es consciente, y, de la que lo es, buena parte no es objetivable, comunicable o —como lo expresa Huerta de Soto— articulable; por lo que, aunque el sujeto titular de la misma quisiera, no podría transmitirla más que parcialmente (ya sea a un órgano central encargado de la dirección económica de la sociedad, ya sea a un sistema de IA). Además, esta información es dinámica. Sabemos que también lo es la IA (en tanto capaz de aprendizaje), pero en un sentido distinto al de la información que los seres humanos manejamos al tomar decisiones y actuar. Y es que las variaciones que experimenta esta última dependen, muy decisivamente, de nuestras valoraciones subjetivas. La IA sólo puede valorar conforme a criterios previamente dados: inmediatamente, si la programamos en tal sentido, o mediatamente, si hace suyos los criterios valorativos predominantes en las fuentes de información de las que beba, principalmente Internet. La persona, por el contrario, se da a sí misma sus criterios de valoración, y puede modificarlos en cualquier momento. Tales alteraciones —que, de hecho, ocurren constantemente, a menor o mayor escala— repercuten simultáneamente en la información relevante para la adopción de cualquiera de nuestras decisiones. Por poner solamente un ejemplo, es posible que una degradación subjetivamente percibida en las condiciones de seguridad, higiene y ruido en nuestro vecindario altere nuestra valoración de la vivienda que poseemos en el mismo, determinando que estemos dispuestos a aceptar por ella un precio inferior al que en otro momento estábamos dispuestos a aceptar; pero es posible que nuestro vecino, menos sensible o incluso totalmente insensible a esta degradación, no haya alterado su valoración de su vivienda. ¿Qué sistema de IA sería capaz de identificar, absorber y gestionar información tan voluble, tan subjetiva, tan caprichosa si se quiere, tan sutil y tan dispersa como ésta? Para cualquiera de nosotros, empero, manejar este tipo de información es un acto tan natural, rutinario e irreflexivo como respirar o caminar.

El mismo Huerta de Soto ha confutado muy oportunamente la idea de “que mediante el desarrollo de los sistemas informáticos y de la capacidad de los ordenadores pueda llegar a solucionarse el problema de ignorancia inerradicable

que esencialmente afecta al socialismo", con unos argumentos que, pese a su precocidad³³, mantienen plena actualidad, y se muestran perfectamente relevantes para nuestro objeto. Según Huerta de Soto, aun en los niveles más sublimes de desarrollo de la computación que quepa concebir o suponer, "seguirá siendo imposible que el órgano director pueda adquirir [la] información dispersa, *incluso aunque tenga a su disposición los más modernos, capaces y revolucionarios ordenadores de cada momento*", puesto que "el conocimiento generado en el proceso social, relevante a efectos empresariales, seguirá siempre siendo un conocimiento de tipo tácito y disperso, y por lo tanto no transmisible a ningún centro director". Es más:

[...] el futuro desarrollo de los sistemas informáticos y de los ordenadores *incrementará aun más el grado de complejidad del problema* para el órgano director, pues el conocimiento práctico generado con la ayuda de tales sistemas se hará progresivamente más complejo, voluminoso y rico. Por tanto, el desarrollo de la informática y de los ordenadores, no sólo no facilita, sino que hace aún mucho más difícil el problema del socialismo, en la medida en que permite crear y generar empresarialmente un volumen mucho mayor de información práctica, con un grado de complejidad y detalle cada vez más rico y profundo y, en todo caso, siempre mayor a aquel del que sea capaz de dar cuenta informáticamente el órgano director.

Una última observación de Huerta de Soto a este propósito merece ser reproducida, y es que, "por otro lado, es preciso resaltar que las máquinas y los programas informáticos elaborados por el hombre nunca podrán llegar a actuar o a ejercer la función empresarial, es decir, a crear *ex nihilo* o de la nada nueva información práctica, descubriendo y aprovechando nuevas oportunidades de ganancia que antes pasaban inadvertidas"³⁴. A la IA, en otras palabras, no se le puede "encender la bombilla"; únicamente puede trabajar con bombillas previamente encendidas en la inteligencia humana, merced a la creatividad que sólo esta última posee.

Todo ello, como digo, es predicable de cualquier sistema de IA, actual o futuro; los cuales, de este modo, nunca podrán sustituirnos en esa dimensión tan característica de nuestra vocación empresarial que es la toma de decisiones. Dijimos en su momento que, si bien la IA se nutre de nosotros (de la huella que hemos ido dejando en algún tipo de registro), "hay una parte de nosotros —la 'infraestructura' humana, semilla y motor de nuestra 'superestructura', así como aquella parte de esta última que, no habiendo quedado codificada, o habiendo

33 Datan, salvo error por mi parte, de la primera edición de *Socialismo, cálculo económico y función empresarial* (1992), aunque probablemente hubiesen ido fraguándose mucho antes, a lo largo de ese "dilatado proceso personal de formación intelectual que se inició [...] en el otoño de 1973", (*ibid.*, p. 11) que, a su vez, discurre en paralelo con el frenético desarrollo de la informática en las últimas décadas del siglo pasado.

34 *Ibid.* (pp. 104-105).

desaparecido, no puede ser procesada por la IA— que queda fuera de su alcance”; y considerábamos que esta limitación de la IA, tal y como la conocemos en el tiempo presente, es un indicio de que nos encontramos todavía en un estadio de *subhuman-level AI*. A la luz de la teoría austriaca de la información y la valoración humanas, ahora bien, deberíamos preguntarnos si en vez de “nos encontramos todavía” no deberíamos decir “permaneceremos necesariamente”. La IA es y será capaz de hacer algunas cosas, e incluso muchas, igual o mejor que la humana; pero nunca podrá emularnos en el acceso a, y procesamiento de, el tipo de información que es consustancial a la función empresarial. Si en algún momento adviene la *superhuman-level AI* —ese tercer estadio que, como postulábamos, es nuestro necesario horizonte hipotético—, habrá de ser en virtud de otras capacidades.

No pretende con esto negarse que, si les encomendamos la labor, los sistemas de IA puedan puntualmente decantarse por decisiones no muy distintas de las que nosotros habríamos adoptado, decisiones que podríamos reputar justas, acertadas, etc. Pero sería insensato, y siempre lo seguirá siendo, confiar ciegamente en que vayan a hacerlo con regularidad. En este sentido, además, no debe perderse nunca de vista que el parámetro último de validación de estas decisiones es el usuario: basta que la decisión encomendada a la IA y acordada por ésta no le satisfaga para que el más complejo y sofisticado esquema decisonal utilizado por el sistema carezca de todo valor.

Como conclusión de todo lo anterior, la respuesta a nuestro interrogante debe ser predominantemente negativa: en el ámbito de las relaciones privadas, la IA no es ni puede ser regular o consistentemente justa (aunque pueda serlo puntualmente, siempre que su juicio sea expresa o tácitamente sancionado por el usuario); desde luego, no más de cuanto lo somos los humanos. Sin embargo, es incuestionable que la IA puede constituir un valioso apoyo en el proceso de toma de decisiones, siempre que el usuario esté familiarizado con el sistema en cuestión (y muy singularmente con sus fallos más habituales, y los contextos en que suelen producirse), formule las preguntas adecuadas³⁵, aporte la información y criterios pertinentes para la decisión, lo someta a la debida supervisión y, sobre todo, no permita que tenga la última palabra. Lo aconsejable, por tanto, es la puesta en práctica, libre y descentralizada, de un proceso social evolutivo de prueba y error (*trial and error*), donde el protagonismo lo tenga siempre la persona —lo que no es sino decir *el empresario*. Espontáneamente, y movidos por su propio

35 La importancia de formular preguntas con la máxima precisión es una de las razones con las que habitualmente se explican los fallos de la IA. Y éste es otro plano en el que se constatan sus limitaciones, puesto que esa precisión interrogativa nunca va a ser absoluta (siempre va a existir un cierto margen de ambigüedad en los términos empleados, en el contexto del problema, en el ámbito material en el que pueda moverse la respuesta, en las instrucciones que deban regirla...). En contraste con ello, las personas, a la hora de plantearnos preguntas o problemas y buscar respuestas o soluciones, sí trabajamos internamente con muchos de esos datos y parámetros que, sin embargo, no somos capaces de volcar íntegramente en el sistema de IA.

interés, los usuarios irán asumiendo una serie de buenas prácticas en el uso de la IA, al tiempo que los mismos sistemas de IA se irán perfeccionando; como resultado de lo cual las taras que ahora lamentamos en su funcionamiento irán quedando atrás, de manera no muy distinta a como ha sucedido con cualquier otra institución, actividad o bien librados a la maduración no dirigida (el dinero no monopolizado, el derecho no legislado, el lenguaje, etc.)³⁶. Desafortunadamente, empero, comprobamos —como era, por otra parte, previsible— que los poderes públicos no tienen intención ninguna de permitir semejante evolución. Así lo ha demostrado, verbigracia, la aprobación del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial³⁷ en 2024. La onerosidad de las restricciones que esta norma impone en el uso de la IA, y la severidad de las sanciones que las respaldan, obstaculizarán gravemente —si no bloquearán— el natural desarrollo de esta tecnología en la Unión Europea; y, con él, ese proceso social evolutivo de ensayo y error que podría llevarnos a sacar lo mejor de ella, desterrando lo peor.

IV. CONCLUSIONES.

El presente artículo ha pretendido dar respuesta a la pregunta, tan a menudo suscitada en nuestros días, de si podemos esperar decisiones justas de la IA en el ámbito de las relaciones privadas (en la medida y modo en que quepa hablar de justicia en este tipo de decisiones). Como se ha indicado, adentrarnos en el ámbito de las decisiones de naturaleza pública —y la posibilidad de que la IA sea justa en su adopción— requeriría un trabajo mucho más extenso. Esta cuestión, más interesante aún que la presente —pues es en ese ámbito, el público, donde cabe hablar de justicia con mayor rigor—, será abordada en estudios futuros, como continuación de éste.

Pues bien, como resultado del análisis se ha puesto de relieve que la respuesta debe ser, en términos generales, negativa. Algunas limitaciones estructurales (podríamos decir incluso ontológicas) de la IA, como su inhabilidad para acceder a la información tácita, subjetiva y dinámica que las personas utilizamos de forma natural —y frecuentemente subconsciente o inconsciente— en nuestros procesos decisorios, la sitúan en una posición de inferioridad, probablemente permanente, respecto del juicio humano, especialmente en contextos donde la justicia demanda atender a matices únicamente comprensibles merced a factores y criterios no codificados o no susceptibles de codificación. Aunque ciertos sistemas

36 Dos obras recomendables sobre el particular, ambas de Ricardo M. Rojas, son *Fundamentos praxeológicos del derecho* (Unión Editorial, Madrid, 2018) e *Individuo y sociedad. Seis ensayos desde el individualismo metodológico* (Unión Editorial, Madrid, 2021).

37 Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Diario Oficial de la Unión Europea n°. 1689, de 12 de julio de 2024, pp. 1 a 144).

pueden emitir decisiones puntualmente acertadas o razonables, esto ocurre más propiamente por casualidad, por la simplicidad de la decisión o, en el extremo opuesto, por su alta complejidad (en aquellos casos en los que una decisión humana habría presentado un amplio margen de falibilidad y, por consiguiente, no resulta demasiado difícil superar sus opciones de acierto), que por una comprensión auténtica del problema, del contexto o de los valores implicados.

A pesar de estas limitaciones, la IA no debe ser descartada como herramienta auxiliar. Su capacidad para procesar grandes volúmenes de datos, identificar patrones y aprender de la experiencia puede ser muy útil en la toma de decisiones, siempre que se use con cautela y bajo supervisión humana. El usuario informado, consciente de los errores comunes del sistema y capacitado para formular los criterios adecuados, puede beneficiarse notablemente de su apoyo. Es en este equilibrio —donde la IA actúa como asistente, no como sustituto— donde radica su mayor potencial. No se trata de esperar decisiones perfectas, sino de aprovechar la tecnología como parte de un proceso más amplio de mejora y aprendizaje, guiado por la prudencia y la experiencia humanas.

En este último sentido, el camino más prometedor para aprovechar las ventajas de la IA en la toma de decisiones privadas no pasa por la imposición regulatoria desde arriba, sino por la evolución libre y descentralizada de su uso en la práctica cotidiana, tanto especializada como no especializada. A través de un proceso de prueba y error, los usuarios desarrollarán buenas prácticas, y los propios sistemas serán progresivamente ajustados y perfeccionados por sus impulsores. Obstaculizar este proceso mediante regulaciones excesivamente restrictivas, como el Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial, supone frenar el potencial de aprendizaje colectivo y de maduración espontánea que tan buenos resultados ha dado en otras esferas.

BIBLIOGRAFÍA

AMITABH, U., y ANSARI, A.: "Hiring with AI doesn't have to be so inhumane", *World Economic Forum*, 28 de marzo de 2025, <https://www.weforum.org/stories/2025/03/ai-hiring-human-touch-recruitment/> (consultado el 31 de julio de 2025).

ARISTÓTELES: *Metafísica* (introducción, traducción y notas de CALVO MARTÍNEZ, T.), Gredos, Madrid, 1994.

BUENO, G.: *Teoría del cierre categorial. Volumen I: Introducción General. Siete enfoques en el estudio de la Ciencia*, Pentalfa, Oviedo, 1992.

CHRISTIAN, B.: *The Alignment Problem. Machine Learning and Human Values*, W. W. Norton & Co., New York, 2020.

DESSLER, G.: *Human Resource Management*, 16ª ed., Pearson, New York, (2015) 2020.

DONOSO CORTÉS, J.: "Discurso pronunciado en el Congreso el 4 de enero 1849", en DONOSO CORTÉS, J.: *Obras de don Juan Donoso Cortés, marqués de Valdegamas*, Sociedad Editorial de San Francisco de Sales, Madrid, 1892.

GADAMER, H.-G.:

- *Verdad y método I* (traducción de AGUD APARICIO, A., y DE AGAPITO, R.), 8ª ed., Sígueme, Salamanca, (1960) 1999.
- *Verdad y método II* (traducción de OLASAGASTI, M.), Sígueme, Salamanca, (1965/66) 1998.

GALIMBERTI, U.: *L'usura della terra*, AlboVersorio, Senago, 2014.

HAYEK, F.: *The Fatal Conceit: The Errors of Socialism*, Routledge, London, 1988.

HENSHALL, W.: "Fei-Fei Li", *Time*, 7 de septiembre de 2023, <https://time.com/collection/time100-ai/6308945/fei-fei-li/> (consultado el 30 de julio de 2025).

HOBBS, T.: *Leviathan*, Penguin, London, (1651) 2017.

HUERTA DE SOTO, J.: *Socialismo, cálculo económico y función empresarial*, 3ª ed., Unión Editorial, Madrid, (1992) 2005.

LEONI, B.: *Freedom and the Law*, Nash Publishing, Los Angeles, (1961) 1972.

LI, F.-F.: *The Worlds I See: Curiosity, Exploration, and Discovery at the Dawn of AI*, Flatiron Books, New York, 2023.

LOCKE, J.: *Second Treatise of Government and A Letter Concerning Toleration*, OUP, Oxford, (1689) 2016.

LOEB, A.: "Superhuman AI is Closer Than We Think, for the Wrong Reason!", *Medium*, 30 de marzo de 2025, <https://avi-loeb.medium.com/superhuman-ai-is-closer-than-we-think-for-the-wrong-reason-0fd80dcf2a83> (consultado el 30 de julio de 2025).

MARX, K.: *El capital. Crítica de la economía política. Tomo primero. Libro I. Proceso de producción del capital*, Progreso, Moscú, (1867) 1990.

NEIDLE, D.: "That story about a killer AI run amok seems fake" [tweet], *Twitter*, 2023, <https://twitter.com/DanNeidle/status/1664613427472375808>.

NIETO, A., y GORDILLO, A.: *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Trotta, Madrid, 2003.

ORTEGA Y GASSET, J.: *La rebelión de las masas* (1930), en ORTEGA Y GASSET, J.: *Obras completas. Tomo IV (1929-1933)*, 6ª ed., Revista de Occidente, Madrid, (1947) 1966.

PARK, P. S., GOLDSTEIN, S., et al.: "AI Deception: A Survey of Examples, Risks, and Potential Solutions", *Patterns*, núm. 5º, 2024.

PLATÓN: *Teeteto* (introducción, traducción y notas de BOERI, M.), Losada, Buenos Aires, 2006.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE): "Discriminar", en *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed. [versión 23.8 en línea], 2014, <https://dle.rae.es/discriminar> (consultado el 31 de julio de 2025).

ROJAS, R. M.:

- *Fundamentos praxeológicos del derecho*, Unión Editorial, Madrid, 2018.
- *Individuo y sociedad. Seis ensayos desde el individualismo metodológico*, Unión Editorial, Madrid, 2021.

SHELLMANN, H.: *The Algorithm: How AI Decides Who Gets Hired, Monitored, Promoted, and Fired and Why We Need to Fight Back Now*, Hachette Books, New York, 2024.

SMITH, A.: *The Theory of Moral Sentiments*, H. G. Bohn, London, (1759) 1853.

WALL, S., y SCHELLMANN, H.: "LinkedIn's Job-Matching AI Was Biased. The Company's Solution? More AI", *MIT Technology Review*, 23 de junio de 2021, <https://www.technologyreview.com/2021/06/23/1026825/linkedin-ai-bias-ziprecruiter-monster-artificial-intelligence/> (consultado el 31 de julio de 2025).

WHITEHEAD, A. N.: *Process and Reality (Corrected edition. Edited by GRIFFIN, D. R., and SHERBURNE, D. W.)*, The Free Press, New York, (1929) 1978.



VULNERABILIDAD DIGITAL, SISTEMAS DE DISEÑO
ADICTIVO Y PERSPECTIVAS DE PROTECCIÓN DE LOS
USUARIOS

*DIGITAL VULNERABILITY, ADDICTIVE DESIGN SYSTEMS AND
CONSUMER PROTECTION PERSPECTIVES*

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 672-703



Paolo
MISURACA

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de junio de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2026

RESUMEN: El presente estudio tiene por objeto ofrecer una visión general en materia de adicciones digitales, con especial consideración a los denominados dark patterns y a los sistemas de diseño adictivo idóneos para condicionar la autonomía de los usuarios en la red. La investigación se detiene en las cuestiones críticas de carácter sistémico que plantean las plataformas digitales con respecto a los derechos fundamentales de los usuarios. Por consiguiente, se examinan las posibles vías de tutela, bajo una perspectiva orientada a combatir las asimetrías de los mercados digitales, a fin de garantizar una protección efectiva dei derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: adicción; *dark patterns*; diseño adictivo; ecosistema digital; vías de tutela.

ABSTRACT: *The present study aims to provide an overview of digital addictions, with specific regard to so-called dark patterns and addictive design systems capable of conditioning users' autonomy online. The investigation focuses on the systemic criticalities posed by digital platforms regarding users' fundamental rights. Therefore, potential avenues of protection are highlighted, from a perspective aimed at countering digital market asymmetries, so as to guarantee the effective protection of fundamental rights.*

KEY WORDS: *Digital addiction; dark patterns; addictive design; digital ecosystem; remedies.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.- I. El concepto de vulnerabilidad en la experiencia jurídica contemporánea.- 2. El funcionamiento de los mecanismos de diseño adictivo y las correspondientes criticidades. La necesidad de una intervención regulatoria e interpretativa.- II. ASIMETRÍA DIGITAL, MANIPULACIÓN EN LÍNEA Y PERSPECTIVAS DE PROTECCIÓN EX ANTE.- I. La asimetría digital en los contratos de prestación y suministro de servicios en línea. Anacronismo del planteamiento tradicional de la legislación de consumo.- 2. El contexto de referencia. Los deberes de conducta a cargo de los prestadores de servicios en línea. Prohibición de prácticas manipulativas de inteligencia artificial.- III. LA PERSPECTIVA REMEDIAL DESDE LA ÓPTICA PRIVATISTA.- I. La anulabilidad del contrato por vicios del consentimiento.- 2. Nulidad del contrato y resarcimiento del daño. Principio de efectividad de la protección.- 3. Una perspectiva remedial proporcionada a la gravedad de la infracción. La solución del remedio justo y efectivo en el caso concreto.

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.

I. El concepto de vulnerabilidad en la experiencia jurídica contemporánea.

El concepto de vulnerabilidad, aun cuando se halla caracterizado por una cierta indeterminación en cuanto a su contenido y ámbito aplicativo, expresa una fragilidad propia de la condición humana¹ y, en consecuencia, ha asumido una progresiva centralidad en el ámbito de la argumentación jurídica y en los procesos de producción normativa².

La vulnerabilidad es hoy considerada una condición, a un tiempo, universal y particular. En efecto, parece concernir a todo ser humano³, si bien puede, al mismo tiempo, desplegarse según diversas perspectivas⁴, vinculadas a los singulares contextos relacionales y a las concretas circunstancias de vida: en ella conviven, por tanto, “una dimensión ontológica, existencial, y una dimensión situacional, contextual”⁵. En el ámbito de los múltiples contextos en los que pueden desarrollarse y agudizarse particulares condiciones de vulnerabilidad, el ecosistema digital se ha impuesto en la contemporaneidad como un nuevo espacio relacional capaz de remodelar los factores de fragilidad del individuo.

1 BATELLI, E.: “Vulnerabilità della persona e debolezza del contraente”, *Riv. dir. civ.*, núm. 5, 2022, p. 939; PASTORE, B.: “Soggetti vulnerabili, orientamento sessuale, eguaglianza: note sulla logica di sviluppo del diritto”, *GenUS*, núm. 2, 2018, pp. 105 ss.

2 CARAPEZZA FIGLIA, G.: “Vulnerabilità digitale e post-modernità giuridica”, *Diritto del mercato assicurativo e finanziario*, núm. 1, 2025, pp. 1 ss.

3 FINEMAN, M.: “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, *Yale Journal of Law and Feminism*, núm. 1, 2008, p. 9

4 VENCHIARUTTI, A.: “Il consumatore medio e il consumatore vulnerabile in ragione dell'età”, *Contratto e impresa*, núm. 3, 2024, p. 656.

5 PASTORE, B.: *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Torino, 2021, p. 5; CARAPEZZA FIGLIA, G.: “Vulnerabilità digitale”, cit., p. 2.

• Paolo Misuraca

Doctorando en Derecho privado en la Universidad LUMSA de Palermo. Correo electrónico: p.misuraca.dottorati@lumsa.it.

La evolución de la tecnología ha comportado, en paralelo, una evolución de la propia noción de vulnerabilidad, que ya no depende exclusivamente de factores intrínsecos u ontológicos, sino de dinámicas estrechamente correlacionadas con la exposición digital de la persona. La vulnerabilidad ya no encuentra su origen únicamente en las características personales o situacionales de los individuos, resultando así imprescindible el análisis de las específicas interacciones entre estas peculiaridades y el desarrollo de las nuevas tecnologías. En particular, “los nuevos sistemas de inteligencia artificial y su pervasividad en todos los aspectos de la vida cotidiana amplifican las vulnerabilidades existentes y crean otras nuevas, imponiendo así una renovada reflexión sobre las repercusiones éticas y jurídicas de las tecnologías inteligentes”⁶.

Por consiguiente, una condición de vulnerabilidad puede constituir la fuente de amenazas a la autonomía, a la dignidad y a la integridad de la persona humana⁷, que se manifiestan, en la contemporaneidad, bajo formas distintas y variables⁸, con potenciales repercusiones sobre la libertad y la igualdad de los ciudadanos⁹. Desde esta perspectiva, se comprende cabalmente la necesidad de perseguir una plena efectividad del principio de igualdad, entendido no solo en sentido formal, sino también sustancial, a fin de evitar potenciales discriminaciones en perjuicio de los individuos y de hallar el fundamento adecuado de nuevas y más eficaces formas de protección aptas para compensar los desequilibrios derivados de condiciones de vulnerabilidad social y económica¹⁰.

Desde esta óptica, reviste primordial importancia regular la multiplicidad de relaciones y vínculos teniendo debidamente en consideración las situaciones de vulnerabilidad, con plena conciencia de la variedad y de las peculiaridades que el concepto va asumiendo en los singulares y diversificados¹¹ contextos situacionales, para permitir a cada individuo autodeterminarse libremente y al resguardo de riesgos de exclusión, marginación y estigmatización, capaces de obstaculizar el

6 MORGANA CASCIONE, C.- VARDI, N.: *Intelligenza artificiale e soggetti vulnerabili. Le pratiche vietate e lo sfruttamento della vulnerabilità*, en AA.VV.: *Fragilità e innovazione. Rischi e tutele per i soggetti vulnerabili nel diritto dell'intelligenza artificiale* (coord. por C. MORGANA CASCIONE - N. VARDI), Torino, 2025, p. 9.

7 BATTELLI, E.: “I soggetti vulnerabili: prospettive di tutela della persona”, *Diritto della famiglia e delle persone*, 2020, núm. 1, p. 283; GENTILI, A.: “La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale”, *Rivista critica del diritto privato*, núm. 1, 2019, p. 41; CORRIAS, P.: “Il mercato come risorsa della persona vulnerabile”, *Rivista di diritto civile*, núm. 5, 2022, p. 968.

8 BERTI DE MARINIS, G.: “La tutela del cliente «vulnerabile»”, *Banca, borsa, titoli di credito*, 2018, núm. 5, pp. 651 ss.; ZULLO, S.: “Potenzialità e limiti della nozione di vulnerabilità nel dibattito bioetico-giuridico contemporaneo”, en AA.VV.: *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto* (coord. por O. GIOLO y B. PASTORE), Roma, 2018, pp. 187 ss.

9 RODOTÀ, S.: *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 187.

10 BATTELLI, E.: “Vulnerabilità della persona”, cit., p. 943.

11 LUNA, F.: “Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers not Labels”, *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, núm. 1, 2009, pp. 121 ss.

pleno desarrollo de la personalidad humana¹². Tal enfoque metodológico vale con mayor razón frente a las asimetrías generadas por la infosfera, allí donde las disparidades materiales y sociales se convierten en una estructural asimetría cognoscitiva y decisoria.

Ello permite aprehender el carácter dinámico y relacional de la noción de vulnerabilidad, promoviendo una aplicación flexible que adecue las formas y las técnicas de protección a las exigencias del caso concreto¹³.

2. El funcionamiento de los mecanismos de diseño adictivo y las correspondientes criticidades. La necesidad de una intervención regulatoria e interpretativa.

Delimitando el objeto de investigación a un ámbito específico de la vulnerabilidad, en esta sede se prestará atención a las dependencias vinculadas al uso constante y reiterado de los servicios digitales.

En la base se sitúa el problema de la relación entre progreso tecnológico y vulnerabilidad¹⁴. Si, por un lado, la tecnología ofrece instrumentos de auxilio y apoyo a los sujetos frágiles, idóneos para mejorar su salud, su autonomía y su inclusión, por otro lado, corre el riesgo de amplificar las vulnerabilidades existentes, de crear otras nuevas y de acrecentar las desigualdades¹⁵, generando un aparente oxímoron entre fragilidad e innovación¹⁶. Por tanto, el empleo cada vez más difundido de sistemas de inteligencia artificial y de sofisticados¹⁷ algoritmos en los diversos ámbitos de la sociedad contemporánea se configura, al mismo tiempo, como factor de extraordinario progreso, pero también como fuente de nuevos y complejos problemas y desafíos que afrontar¹⁸.

Emblemáticos de tal complejidad son los riesgos a los que los usuarios se hallan expuestos en el ámbito del ecosistema digital, consistentes en la potencial

12 BATELLI, E.: "Vulnerabilità della persona", cit., p. 941; BELVISI, F.: "Dignità umana e diritti fondamentali: una questione di riconoscimento", en AA.VV.: *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie* (coord. por T. CASADEI), Torino, 2012, pp. 72 ss.

13 CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Vulnerabilità digitale", cit., p. 2; PERLINGIERI, P.: "Il «giusto rimedio» nel diritto civile", *Giusto procedimento civile*, núm. 1, 2011, pp.1 ss.

14 NICITA, A. y DELMASTRO, M.: *Big Data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, Bologna, 2019; PERLINGIERI, C.: "Intelligenza Artificiale tra principi e regole", en AA.VV.: *Innovazione tecnologica e diritto civile. Saggi* (coord. por C. PERLINGIERI), Napoli, 2025, pp. 187 ss.; FLORIDI, L.: *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017.

15 KRAUT, R., PATTERSON, M., LUNDMARK, V., KIESLER, S, MUKOPHADHYAY, T. y SCHERLIS, W.: "Internet Paradox: A Social Technology that Reduces Social Involvement and Psychological Well-Being?", *American Psychologist*, núm. 9, 1998, pp. 1017 ss.

16 MORGANA CASCIONE, C y VARDI, N.: "Intelligenza artificiale", cit., p. 4.

17 No en vano se habla de una "cultura de la perfilación algorítmica", sobre la que puede verse ANTONUCCI, A.: "Il mercato dei dati: dall'ecosistema separato alla regola trasversale", en AA.VV.: *Mercati regolati e nuove filiere di valore* (coord. por R. LENER, G. LUCHENA y C. ROBUSTELLA), Torino, 2021 p. 101.

18 MORGANA CASCIONE, C.- VARDI, N.: "Intelligenza artificiale", cit., p. 4.

manipulación de su libertad de autodeterminación¹⁹ y en la consiguiente adquisición de dependencias conductuales derivadas del funcionamiento engañoso y opaco de las plataformas en línea²⁰, a través de las llamadas *dark patterns*²¹, esto es, modalidades de diseño de las interfaces en línea expresamente elaboradas para inducir o manipular al usuario a realizar determinadas acciones que, de otro modo, no habría llevado a cabo. Por ejemplo, mediante el denominado *Roach Motel* se predispone una interfaz en línea capaz de hacer extremadamente fácil e intuitiva la suscripción de un abono o la creación de una cuenta, pero particularmente dificultosa su cancelación o desactivación.

Estas deliberadas opciones de diseño constituyen la infraestructura operativa y el instrumento práctico a través de los cuales se concreta el diseño adictivo de servicios digitales, noción que se refiere a un sistema capaz, en su conjunto, de retener al usuario el mayor tiempo posible dentro de la plataforma web, alimentando así un uso compulsivo y patológico²².

A título ejemplificativo, constituyen una manifestación concreta de ello el desplazamiento infinito en las redes sociales, que impulsa al usuario a un uso reiterado e ininterrumpido del servicio, o bien las notificaciones *push* y los *likes*, basados en mecanismos de gratificación inmediata y recompensas intermitentes que generan un ciclo lúdico no muy distinto del propio de las máquinas tragaperras o del juego de azar.

-
- 19 Más en general, para una reflexión sobre las implicaciones que la tecnología puede tener para la autonomía humana, PERLINGIERI, P.: "Diritto civile e intelligenza artificiale", *Tecnologie e diritto*, núm. 1, 2025, p. 147: "Sempre più difficile si configura la distinzione del virtuale dal reale mentre con facilità si mistifica il virtuale come parzialmente reale. Va dunque evitato – in quanto in contrasto con la legalità costituzionale ampiamente intesa – che la crescita dell'autonomia artificiale possa minare il fiorire dell'autonomia umana. Occorrono standards etici chiari, condivisi e pubblicamente accettati adeguati allo storico passaggio ad una civiltà digitale, in un dialettico confronto destinato a garantire che l'assetto contemporaneo sia impegnato a fare affidamento, nel suo agire anche artificiale, su una concezione della vita corrispondente a quella prefigurata dall'assiologia del sistema ordinamentale, nella consapevolezza che l'I.A. non è né una panacea né una catastrofe. Il problema non è di per sé la tecnologia, quanto l'uso che l'uomo ne fa."; FLORIDI, L.: *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, Milano, 2022, *passim*; PERLINGIERI, P.: "Note sul potenziamento cognitivo", *Tecnologia e diritto*, núm. 1, 2021, pp. 209 ss.
- 20 GORGONI, A.: "La vulnerabilità nell'ambiente digitale e la protezione della libertà del volere", *Persona e Mercato*, núm. 3, 2024, pp. 915 ss.; VETTORI, G.: "Persona e pluralismo", *Persona e mercato*, 2024, núm. 2, p. 331; ORLANDO, S.: "Consenso al trattamento e liceità", *Persona e mercato*, núm. 2, 2024, pp. 347 ss.; GALLI, F.: "La pubblicità mirata al tempo dell'intelligenza artificiale: quali regole a tutela dei consumatori?", *Contratto e impresa*, núm. 3, 2022, pp. 919 ss.
- 21 Sul tema, GUERRA, G.: "L'impatto dei dark patterns sul consenso dell'utente: la via europea per affrontare le nuove vulnerabilità", *Giustiziavivile.com*, 2022, pp. 1 ss.; DI PORTO, F.- EGBERTS, A.: "The Collective Welfare Dimension of Dark Patterns Regulation", *European Law Journal*, 2023, vol. 29, pp. 116 ss.; LEISER, M. y SANTOS, C.: "Dark Patterns, Enforcement, and the Emerging Digital Design Acquis: Manipulation beneath the Interface", *European Journal of Law and Technology*, núm. 1, 2024, pp. 5 ss.; ISOLA, C. y ESPOSITO, F.: "A systematic literature review on dark patterns for the legal community: definitional clarity-and a legal classification based on the Unfair Commercial Practices Directive", *Computer Law & Security Review*, vol. 58, 2025, pp. 3 ss.; YANG, W.T. y LEISER, M.: "Illuminating Manipulative Design: From 'Dark Patterns' to Information Asymmetry and the Repression of Free Choice Under the Unfair Commercial Practices Directive", *Loyola Consumer Law Review*, núm. 3, 2023, pp. 484 ss.
- 22 CIANCIMINO, M.: "Dipendenze digitali e 'cultura della profilazione'. Spunti in chiave di *digital fairness*", en A.A.VV.: *Diritto economia e governo dei mercati regolati. Liber amicorum Antonella Antonucci* (coord. por A. BROZZETTI - G. LUCHENA - M. PELLEGRINI - A. URBANI), Bari, 2026, pp. 1507 ss.

La experiencia en línea resulta así centrada en la maximización de la atención del usuario, favoreciendo comportamientos compulsivos y contribuyendo a la difusión de formas de dependencia digital.

El sistema así delineado favorece un consumo reiterado y creciente de contenidos digitales, y precisamente esta es la característica peculiar del fenómeno objeto de investigación. En el ámbito del servicio digital, la dependencia no se vincula a la adquisición del bien en sentido estricto, sino a la prestación y al suministro del propio servicio, aptos por sí mismos para generar habituación²³. En efecto, la dependencia, por un lado, viene determinada por la oferta de servicios y contenidos digitales y, por otro, deriva del operar de los mecanismos de diseño adictivo o del modo específico en que se disfruta del servicio²⁴.

En este marco merece una breve mención, aun en atención a su peculiaridad, el fenómeno, de más reciente aparición, de las dependencias ligadas al uso de *chatbots* y asistentes virtuales que, al ser capaces de simular empatía e interacción conversacional, pueden generar un estado de dependencia emocional entre el usuario y el servicio²⁵.

El problema principal deriva de la rapidez del desarrollo tecnológico: el lapso temporal que media entre el desarrollo del servicio apto para generar dependencia y los resultados de los estudios sobre los riesgos correlacionados es excesivamente largo, y la actividad de regulación del fenómeno llega a menudo con retraso respecto de la aparición de las criticidades que se pretende afrontar²⁶.

La cuestión de las dependencias digitales presenta características heterogéneas, pero puede advertirse un núcleo común de fondo caracterizado por la presencia de un mecanismo capaz de influir en la racionalidad de las personas, generando daños que se configuran como dependencia conductual o distorsiones cognitivas²⁷. No puede, sin embargo, prescindirse de la adopción de un enfoque caso por caso²⁸, mediante una investigación que tenga en cuenta las concretas peculiaridades en la configuración de los sistemas que crean dependencia, de la dependencia respecto de los específicos servicios digitales de que se trate y de las distintas modalidades

23 ROSENQUIST, J.N., SCOTT MORTON, F. M. y WEINSTEIN, S.N.: "Addictive Technology and Its Implications for Antitrust Enforcement", *North Carolina Law Review*, núm 5, 2022, pp. 453 ss.

24 CIANCIMINO, M.: "Private Law and Consumer Protection Paradigms facing (Digital) 'Addictions'. A Starting Point for Reflection", *European Review of Private Law*, núm. 5, 2024, p. 809.

25 CIANCIMINO, M.: "Dipendenze digitali", cit., p. 1509; BERTOLINI, A.- AIELLO, G.: "Robot companions: A legal and ethical analysis", *The Information Society*, núm. 3, 2018, pp. 130 ss.

26 CIANCIMINO, M.: "Private Law and Consumer Protection", cit., p. 809.

27 CIANCIMINO, M.: "Dipendenze digitali", cit., p. 1508.

28 CIANCIMINO, M.: «Private Law and Consumer Protection», cit., p. 808.

de manifestación de las diversas formas de vulnerabilidad²⁹, susceptibles de variar en razón del perfil del usuario implicado³⁰.

A la luz de las observaciones formuladas, el funcionamiento de tales mecanismos parece presentar diversas criticidades, al incidir sensiblemente en la autonomía de la persona y en la capacidad de adoptar decisiones informadas y conscientes, generando dependencias conductuales que, no pocas veces, pueden producir daños significativos a una amplia gama de situaciones subjetivas de naturaleza tanto personal como patrimonial³¹. En este marco, reviste una importancia crucial el papel del derecho y de la actividad interpretativa³², en la búsqueda de instrumentos de regulación y remedios adecuados para hacer frente a tales riesgos³³. Desde esta perspectiva, se procederá al análisis de las principales referencias normativas vinculadas al contexto propio de los ecosistemas digitales, partiendo de una caracterización general de las obligaciones de información precontractual típicas de la legislación de protección de los consumidores, hasta la incorporación de las disposiciones más recientes orientadas a la tutela de la libertad de autodeterminación y de los derechos fundamentales de los usuarios. Por último, se examinarán las consecuencias jurídicas derivadas de la celebración de contratos de prestación de servicios en línea que incorporen elementos de diseño adictivo, desde una perspectiva de tutela remedial *ex post*.

29 INFANTINO, M.: "Perspectiva personal de la vulnerabilidad digital en el Derecho Privado Europeo", en AA.VV.: *El Derecho civil ante los retos actuales de la vulnerabilidad personal* (coord. por M. V. MAYOR DEL HOYO y S. DE SALAS MURILLO), Navarra, 2024, p. 217.

30 BATELLI, E.: "Vulnerabilità della persona", cit., p. 942: "Il concetto di vulnerabilità coinvolge una molteplicità di fattori che, presi singolarmente, possono incidere in maniera sensibilmente diversa nella vita e nelle scelte di ciascun individuo, creando una gamma di distinte situazioni di vulnerabilità che si colorano di caratteristiche talmente peculiari da non poter essere ricondotte ad unità. Nello specifico dei diversi rapporti il bene protetto è di volta in volta diverso, secondo il soggetto considerato".

31 GROCHOWSKI, M.: "Digital Vulnerability in a Post-Consumer Society. Subverting Paradigms?", en AA.VV.: *The New Shapes of Digital Vulnerability in European Private Law* (coord. por C. CREA y A. DE FRANCESCHI), Baden-Baden, 2024, p. 202; RICCIUTO, V.: "La persona e la vulnerabilità tecnologica: il diritto della tecnologia sostenibile", *Riv. dir. impr.*, núm. 3, 2023, pp. 487 ss.

32 PERLINGIERI, P.: "Diritto civile e intelligenza artificiale", cit., pp. 147-148: "Il software è sì un prodotto, ma un prodotto che a sua volta ha la funzione di produrre; spesso è componente di una più ampia catena produttiva di complessi processi algoritmici. Ciò rende problematico aderire al principio della c.d. «neutralità tecnologica», secondo il quale il diritto rimarrebbe neutro limitandosi ad indicare le finalità da raggiungere non anche le modalità tecniche per il loro raggiungimento. Proprio il contrario di quello che dovrebbe essere considerato essenziale, ovvero l'attiva partecipazione anche del giurista alla formazione del procedimento algoritmico, affinché le informazioni selezionate non siano sottratte ad un giudizio di meritevolezza e/o di anti-giuridicità"; CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Doppia transizione europea ed European Green Deal", *Tecnologie e diritto*, núm. 2, 2024, pp. 340 ss.; LAWRENCE, M.B.: "Addiction and Liberty", *Cornell Law Review*, vol. 108, 2023, pp. 259 ss.; ALPA, G.: "Quale modello normativo europeo per l'intelligenza artificiale?", en AA.VV.: *Scritti in memoria di Rodolfo Sacco* (coord. por P.G. MONATERI), vol. 1, Torino, 2024, pp. 1 ss. El autor reflexiona acerca de la necesidad de una inteligencia artificial "antropocéntrica", que coloque "al ser humano en el centro"; PERLINGIERI, C.: *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, p. 16: "Le fonti di regolamentazione del cyberspazio costituiscono un problema centrale anche con riguardo ai social networks, si da richiedere una soluzione che tenga conto delle peculiarità tecniche, strutturali e operative degli ambienti digitali senza rinunciare al ruolo centrale del diritto".

33 Sobre la búsqueda del remedio justo y efectivo en el caso concreto, PERLINGIERI, P.: "Il «giusto rimedio»", cit., pp. 1 ss.

II. ASIMETRÍA DIGITAL, MANIPULACIÓN EN LÍNEA Y PERSPECTIVAS DE PROTECCIÓN EX ANTE.

I. La asimetría digital en los contratos de prestación y suministro de servicios en línea. Anacronismo del enfoque tradicional de la legislación de consumo.

Garantizar la transparencia en las comunicaciones comerciales constituye desde siempre una finalidad específica de la legislación europea de protección de los consumidores. De ello deriva la introducción de obligaciones a cargo del profesional orientadas a colmar la asimetría informativa entre las partes, que constituye la principal causa de debilidad contractual y de disparidad en esta tipología de relaciones contractuales³⁴. En tal sentido, el consumidor es normativamente considerado como sujeto al que debe informarse y situarse en una posición de paridad con la contraparte, a fin de permitirle operar de manera consciente en el mercado y efectuar elecciones libres y ponderadas³⁵.

La publicidad dirigida en línea, en particular, genera nuevas formas de desequilibrio informativo entre las partes. Las plataformas digitales, además de conocer con mayor detalle que el consumidor las características de los productos y servicios, adquieren información relevante sobre las características personales de los usuarios gracias al empleo de sofisticados algoritmos y sistemas de inteligencia artificial³⁶.

En este contexto, surgen no pocas perplejidades acerca de la efectiva capacidad de los consumidores para comprender y elaborar la información que se les proporciona sobre las decisiones algorítmicas y, en consecuencia, para utilizarla con el fin de adoptar decisiones de compra informadas³⁷. Además, la mayoría de los usuarios no consulta la sección específica del sitio web en la que la información se publica, puesto que el interés principal consiste en acceder de inmediato al servicio³⁸.

Más en general, no parece que el cumplimiento de las tradicionales obligaciones informativas y de transparencia sea capaz de hacer aflorar disfunciones de

34 GALLI, F.: "La pubblicità mirata", cit., p. 935; PERLINGIERI, P.: "Riflessioni sul «diritto contrattuale europeo» tra fonti e tecniche legislative", en AA.VV.: *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo* (coord. por P. PERLINGIERI y F. CASUCCI), Napoli, 2004, pp. 11 ss.; BARTOLOMUCCI, P.: "Le pratiche commerciali scorrette e il principio di trasparenza nei rapporti tra professionisti e consumatori", *Contratto e impresa*, núm. 6, 2007, pp. 1416 ss.; MANCALEONI, A. M.: "Articolo 2. Diritti dei consumatori", en AA.VV.: *Commentario Breve al Diritto dei Consumatori* (coord. por G. DE CRISTOFARO y A. ZACCARIA), Padova, 2013, pp. 55 ss.

35 BATELLI, E.: "Vulnerabilità della persona", cit., p. 958; ALPA, G.: *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006, pp. 43 ss.

36 GALLI, F.: "La pubblicità mirata", cit., p. 937.

37 GALLI, F.: "La pubblicità mirata", cit., p. 941; GROCHOWSKI, M., JABONOWSKA, A., LAGIOIA, F. y SARTOR, G.: "Algorithmic Transparency and Explainability for EU Consumer Protection: Unwrapping the Regulatory Premises", *Critical Analysis of Law*, núm. 1, 2021, pp. 43 ss.

38 GALLI, F.: "La pubblicità mirata", cit., p. 941.

mercato profondamente arraigadas y de hacer más seguros los mercados en línea³⁹. En efecto, las técnicas de influencia conductual propias del contexto digital obstaculizan fuertemente la autodeterminación consciente del consumidor. Ello revela la inadecuación de un entramado normativo estructurado para aportar correctivos a las asimetrías mediante la introducción de obligaciones de información funcionales a la recuperación de la transparencia contractual⁴⁰ y a la protección de la competencia en el mercado. En otros términos, no parece que la procedimentalización de la información precontractual haya contribuido efectivamente a un reequilibrio de las relaciones y de las posiciones entre las partes⁴¹.

Estas consideraciones imponen un cambio de perspectiva, que transite desde la generalidad y abstracción de las condiciones de debilidad y asimetría⁴² hacia un enfoque que permita un examen caso por caso de la situación singular.

La vulnerabilidad digital, atendiendo a las posibles manipulaciones conductuales de los individuos, a menudo condicionados por sesgos cognitivos y psicológicos⁴³, presenta su naturaleza dinámica⁴⁴, vinculada a condiciones peculiares y específicas, variables de una vez a otra en razón de las características subjetivas de los usuarios involucrados, irreductibles a grupos o categorías predeterminados formalmente identificados y/o abstractamente identificables.

Estos cambios sociales y tecnológicos están induciendo a la doctrina a valorar la oportunidad de repensar la categoría conceptual del consumidor medio tal como ha sido configurada por la legislación de consumo, basada en la lógica de la transmisión obligatoria de información por obra del profesional, a fin de garantizar la transparencia de la actividad comercial y, en consecuencia, proteger la libertad de elección del consumidor⁴⁵. Tal enfoque, idóneo para colmar situaciones de

39 GALLI, F.: "La pubblicità mirata", cit., p. 940.

40 CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Vulnerabilità digitale", cit., p. 10; PERLINGIERI, G.: "I luoghi comuni del consenso", *Rass. dir. civ.*, núm. 1, 2024, pp. 96 ss.

41 BATTELLI, E.: "Vulnerabilità della persona", cit., p. 963.

42 PAGLIANTINI, S.: *Il consumatore "frastagliato" (Istantanee sull'asimmetria contrattuale tra vicende circolatorie e garanzie)*, Pisa, 2021, *passim*.

43 ROPPO, V.: "Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti", *Riv. dir. priv.*, 2013, núm. 3, pp. 167 ss.; SENIGAGLIA, R.: "Consumatore, vulnerabilità e principio di trasparenza tra razionalità e bias cognitivi", *Nuova giur. civ. comm.*, núm. 6, 2024, p. 1526; INCUTTI, E. M.: "Sistemi di riconoscimento delle emozioni e ruolo dell'autonomia privata: linee evolutive di un umanesimo digitale", *Giust. civ.*, núm. 2, 2022, pp. 523 ss.; BERTANI, M.: *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, Milano, 2016, p. 25.

44 BERNES, A.: "Persona vulnerabile, ambiente digitale e obblighi di protezione", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2025, núm. 1, pp. 166-167; CAMILLERI, E.: "Pratiche commerciali scorrette, safety net e nuove vulnerabilità: prospettive e limiti", *Nuove leggi civ. comm.*, núm. 1, 2024, p. 221.

45 SENIGAGLIA, R.: *Accesso alle informazioni e trasparenza. Profili della conoscenza nel diritto dei contratti*, Padova, 2007, p. 113; PAGLIANTINI, S.: "La trasparenza consumeristica tra "dottrina" della Corte ed equivoci interpretativi", *Eur. dir. priv.*, núm. 3, 2019, pp. 651 ss.; MINERVINI, E.: "La trasparenza contrattuale", *Contratti*, núm. 11, 2011, pp. 977 ss.; BERNES, A.: "Persona vulnerabile", cit., p. 176: "il meccanismo principale utilizzato per tutelare l'autodeterminazione del consumatore, l'informazione, è a sua volta costitutivo

asimetría informativa relativas a una condición de debilidad contractual entendida en sentido estático y abstracto, muestra, por el contrario, todos sus límites allí donde resulta necesario adoptar un enfoque dinámico y pormenorizado, que tenga en cuenta la complejidad del contexto social y económico⁴⁶, en función del reequilibrio de la asimetría digital que caracteriza la celebración de contratos de prestación de servicios en línea.

Por lo demás, el conocimiento previo de circunstancias relativas a las preferencias e intereses de los usuarios permite manipular, sin que estos lo sepan, su libertad de autodeterminación contractual, por ejemplo, mediante prácticas de publicidad dirigida idóneas para limitar la conciencia de las elecciones por parte de todos los consumidores⁴⁷. A este resultado se llega mediante el funcionamiento de mecanismos como el *targeting*⁴⁸ y la perfilación algorítmica⁴⁹, los cuales permiten seleccionar información relevante y conocer anticipadamente algunas características de los usuarios, con el fin de prever sus posibles elecciones contractuales sobre la base de sus preferencias⁵⁰. Este mecanismo parece situar a las plataformas en línea en una posición de mayor fuerza contractual, en razón de los datos así adquiridos, generando lo que puede definirse como una condición de asimetría digital.

Parece, pues, posible identificar una alteración en curso del equilibrio entre oferta y demanda, desde el momento en que los usuarios, inducidos inconscientemente a asumir conductas comerciales no racionales, realizan elecciones de consumo que no reflejan su auténtica autodeterminación contractual, lo que permitiría a las plataformas incrementar sus ganancias a causa del aumento en el uso del servicio provocado por la dependencia⁵¹.

di una vulnerabilità (sistemica), posto che la raccolta continuativa di dati degli utenti e la possibile personalizzazione "informativa" potrebbe ragionevolmente aggravare il rischio di produrre un fallimento analogo all'asimmetria che si vuole correggere".

46 BATELLI, E.: "Vulnerabilità della persona", cit., p. 965.

47 BERNES, A.: "Persona vulnerabile", cit., p. 172; GALLI, F.: "La pubblicità mirata", cit., p. 923; MONTINARO, R.: "Online platforms: new vulnerabilities to be addressed in the European legal framework. Platform to consumer relations", *European Journal of Privacy Law & Technologies*, núm. 2, 2020, p. 56; CALO, R.: "Digital Market Manipulation", *George Washington Law Review*, vol. 82, 2014, pp. 995 ss.

48 Por *targeting* se entiende "el acto de dirigir algo a un determinado grupo de personas o el acto de intentar atraer a una persona o a un grupo, o de influir en ellos de algún modo sobre la base de un conocimiento previo". Vid. la definición de *targeting* contenida en las Directrices 8/2020 sobre el *targeting* de los usuarios de redes sociales, adoptadas el 13 de abril de 2021 por el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD), disponibles en www.edpb.europa.eu.

49 De conformidad con el art. 4, n.º 4, RGPD, se define como "toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, la situación económica, la salud, las preferencias personales, los intereses, la fiabilidad, el comportamiento, la ubicación o los desplazamientos de dicha persona física".

50 GORGONI, A.: "La vulnerabilità nell'ambiente digitale", cit., pp. 923 ss.

51 CIANCIMINO, M.: "Dipendenze digitali", cit., p. 1515.

A la luz de tales consideraciones, en el contexto de los ecosistemas digitales no parece suficiente la mera predisposición de obligaciones informativas de transparencia *ex ante* incumbentes a las empresas y a las plataformas en línea, resultando necesaria la implementación de un sistema de obligaciones de conducta funcional a contrarrestar los potenciales efectos negativos sobre la salud y la libertad de autodeterminación de los usuarios, en una perspectiva de desarrollo de un entorno digital más seguro⁵².

A tal fin, parece oportuno replantear la perspectiva de protección exclusivamente patrimonial orientada a preservar y proteger la libertad de elección comercial del consumidor, situando en el centro la protección y la promoción de los derechos fundamentales de la persona y de su dignidad e integridad⁵³.

2. El contexto de referencia. Los deberes de conducta a cargo de los prestadores de servicios en línea. Prohibición de prácticas manipulativas de inteligencia artificial.

El legislador europeo, consciente de los riesgos conexos a los derechos fundamentales de los usuarios, ha intervenido mediante la introducción de un sistema de reglas de conducta más incisivas, orientadas a prevenir y contrarrestar los riesgos anteriormente mencionados, hasta llegar, en los supuestos más delicados y de alto riesgo, a la previsión de una prohibición de determinadas conductas manipulativas. Conviene, por tanto, intentar identificar las principales fuentes aquí relevantes, con el propósito de delinear el contexto normativo concretamente invocable en protección de los derechos fundamentales del usuario.

En el ámbito del discurso desarrollado hasta aquí, una precisión resulta obligada. La publicidad dirigida no está prohibida *tout court*, sino que queda sujeta a determinadas reglas que deberían prevenir los riesgos conexos a la salud y a los derechos fundamentales de los consumidores.

En este contexto se inserta el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo (denominado DSA), que disciplina la responsabilidad y el funcionamiento de las plataformas digitales, imponiendo obligaciones de transparencia, prevención de riesgos sistémicos y protección de los usuarios, con particular atención a determinadas categorías de personas especialmente vulnerables, por ejemplo los menores⁵⁴, a fin de garantizar un entorno en línea

52 CIANCIMINO, M.: "Private Law and Consumer Protection", cit., p. 825.

53 PERLINGIERI, P.: "La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo", *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, núm. 3, 1995, pp. 97 ss.; CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Vulnerabilità digitale", cit., p. 11.

54 La legislación en la materia pone de manifiesto la necesidad de un enfoque estructural, pero al mismo tiempo pormenorizado, respecto de la cuestión de la vulnerabilidad. A título ejemplificativo, merece una atención privilegiada la situación de los usuarios menores de edad en la red, particularmente más expuestos que la generalidad de los consumidores. En efecto, el art. 28 DSA dedica disposiciones específicas a la protección

más seguro, equitativo y respetuoso de los derechos fundamentales, también mediante medidas específicas dirigidas a contrarrestar los mecanismos susceptibles de alimentar fenómenos de dependencia digital.

Por ejemplo, el art. 25⁵⁵ disciplina el diseño y la organización de las interfaces en línea, estableciendo que “los prestadores de plataformas en línea no diseñarán, organizarán ni gestionarán sus interfaces en línea de manera que engañen o manipulen a los destinatarios de sus servicios o falseen materialmente o comprometan de otro modo la capacidad de los destinatarios de sus servicios para tomar decisiones libres e informadas”.

En la misma perspectiva se sitúa el art. 26, relativo a las modalidades de presentación de la publicidad en las interfaces en línea, exigiendo, respecto de cada publicidad dirigida a cada usuario, que los destinatarios del servicio estén en condiciones de identificar de manera clara, concisa, inequívoca y en tiempo real que se trata de publicidad, también mediante distintivos visibles.

En el plano de la identificación y la posterior mitigación de determinadas categorías de riesgos particularmente delicadas para los usuarios, asumen una importancia crucial los arts. 34 y 35 del DSA. Conforme al primero, los prestadores de plataformas en línea y de motores de búsqueda de muy gran tamaño identificarán, analizarán y evaluarán con diligencia los eventuales riesgos sistémicos en la Unión derivados del diseño o del funcionamiento de su servicio y de sus sistemas conexos, incluidos los sistemas algorítmicos, o del uso de sus servicios, comprendido cualquier efecto negativo, actual o previsible, en relación con la violencia de género, la protección de la salud pública y de los menores, y las graves consecuencias negativas para el bienestar físico y mental de la persona.

El segundo de los artículos recién citados prescribe, en cambio, a los operadores digitales la adopción de medidas de mitigación de riesgos actuando conforme a la diligencia profesional.

en línea de los menores. Una de carácter más general, en su apartado 1, establece que los prestadores de plataformas en línea accesibles a menores deberán adoptar “medidas adecuadas y proporcionadas para garantizar un elevado nivel de privacidad, seguridad y protección de los menores dentro de su servicio”; otra, de carácter más específico, en su apartado 2, prohíbe presentar en la interfaz publicidad basada en la elaboración de perfiles cuando se tenga la certeza razonable de que el destinatario del servicio es menor de edad. Como ulterior confirmación de la atención dispensada a la protección de los menores en la red, basta citar el procedimiento incoado por la Comisión Europea frente a Meta por infracción del DSA, sobre la base de que los sistemas algorítmicos en los que se fundamenta la difusión de contenidos en las redes sociales pueden alimentar insidiosas dependencias conductuales en los menores, generando un efecto semejante al de una “madriguera del conejo”. Desde esta perspectiva, CIANCIMINO, M.: “Dipendenze digitali”, cit., p. 1506.

55 Debe tenerse debidamente en cuenta, en todo caso, la cláusula de salvaguardia contenida en el apartado 2 del propio art. 25, conforme a la cual la prohibición de los *dark patterns* no resulta aplicable cuando la conducta ya se encuentre íntegramente regulada por la Directiva 2005/29 sobre las prácticas comerciales desleales o por el RGPD (Reglamento UE 2016/679).

Entre los riesgos mencionados por tales normas se incluye, a tenor del considerando n.º 83 del DSA, precisamente el diseño de interfaces en línea idóneas para estimular dependencias conductuales en los destinatarios del servicio.

Entre las fuentes relevantes, además, cabe invocar, en el plano de los criterios generales que deben informar la actividad interpretativa en este peculiar contexto, la disciplina de la inteligencia artificial.

El Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024 (AI Act), se centra, entre otros aspectos, en los sistemas de inteligencia artificial manipulativos y potencialmente idóneos para ocasionar daños a la salud, a la seguridad y a los derechos fundamentales de los usuarios, introduciendo una clasificación anclada en niveles de riesgo simétricos y proporcionales al impacto social de la tecnología, a fin de evitar que la introducción en el mercado de tales mecanismos provoque daños a la salud, a la seguridad y a los derechos fundamentales, y con la finalidad específica de garantizar que dichas tecnologías sean desarrolladas y utilizadas de modo ético y responsable⁵⁶.

En particular, en el ámbito de la lucha contra la explotación de peculiares condiciones de vulnerabilidad en línea, resulta emblemática la previsión contenida en el art. 5, apdo. I, letra b)⁵⁷, al prohibir aquellas prácticas manipulativas que explotan la vulnerabilidad de una persona o de un grupo de personas, más expuestas al riesgo en razón de condiciones específicas, mediante técnicas subliminales o engañosas que tengan por objeto o efecto distorsionar materialmente su comportamiento. Cuando los sistemas de inteligencia artificial utilicen técnicas de diseño que generan dependencia, menoscabando la autonomía personal y la libertad de elección mediante influencias que los individuos no están en condiciones de contrarrestar, tales sistemas resultarían potencialmente idóneos para causar daños a la salud física o psicológica, así como al bienestar económico⁵⁸. El art. 5, apdo. I, letra a)⁵⁹, del AI Act se refiere a la idoneidad general de los sistemas de

56 MORGANA CASCIONE, C.- VARDI, N.: "Intelligenza artificiale", cit., pp. 7 ss.

57 Según el cual "se prohíbe la introducción en el mercado, la puesta en servicio o el uso de un sistema de inteligencia artificial que explote las vulnerabilidades de una persona física o de un grupo específico de personas debidas a su edad, discapacidad o a una situación social o económica concreta, con el fin o el efecto de distorsionar sustancialmente el comportamiento de dicha persona o de una persona perteneciente a dicho grupo de una manera que provoque o pueda razonablemente provocar a esa persona o a otra un perjuicio considerable".

58 MORGANA CASCIONE, C.- VARDI, N.: "Intelligenza artificiale", cit., p. 15; LEISER, M.: "Psychological Patterns and Article 5 of the AI Act: AI-Powered Deceptive Design in the System Architecture and the User Interface", *Journal of AI Law and Regulation*, núm. 1, 2024, pp. 5 ss.; ORLANDO, S.: "Regole di immissione sul mercato e pratiche di intelligenza artificiale vietate", en AA.VV.: *La via europea per l'intelligenza artificiale* (coord. por C. CAMARDI), Milano, 2022, pp. 265 ss.; SPEZIALE, I.: "Le linee guida della Commissione europea in materia di pratiche vietate di intelligenza artificiale", *Contratto e impresa*, núm. 2, 2025, pp. 333 ss.

59 El texto de la norma prohíbe "la introducción en el mercado, la puesta en servicio o el uso de un sistema de IA que emplee técnicas subliminales que operen sin que una persona sea consciente de ello, o técnicas deliberadamente manipuladoras o engañosas, con el objetivo o el efecto de distorsionar de manera sustancial el comportamiento de una persona o de un grupo de personas, menoscabando de forma apreciable su capacidad para adoptar una decisión informada e induciéndolas así a tomar una decisión que,

inteligencia artificial para tornar vulnerables a todos los individuos, sancionando las técnicas subliminales y manipulativas capaces de orientar sus elecciones⁶⁰, mientras que la posterior letra b) pone, en cambio, el acento en determinadas condiciones de especial vulnerabilidad debidas a la edad, la discapacidad y otras específicas situaciones económicas y sociales, en una perspectiva de protección específica de categorías de usuarios más frágiles y expuestos a manipulación y explotación⁶¹.

Sentada esta esencial introducción al marco normativo de referencia, el DSA se ocupa principalmente de las modalidades de diseño, estructura y gestión de las plataformas y de las interfaces en línea, con el objetivo de garantizar un entorno digital más seguro y fiable, mientras que el AI Act, más específicamente, se refiere a las hipótesis en las que el uso de sistemas algorítmicos y de inteligencia artificial provoca una manipulación de la libertad volitiva de los usuarios y, en consecuencia, lesiones a sus derechos fundamentales.

En todo caso, las normas invocadas testimonian la atención dispensada al fenómeno de la manipulación y, por ende, una posible aplicación, en clave remedial, al fenómeno de las dependencias digitales. No obstante, cabría hipotetizar un ulterior desarrollo legislativo dotado de mayor unidad, promoviendo al mismo tiempo una adecuada política de alfabetización digital⁶².

La arquitectura de un derecho común de los sujetos vulnerables, en sus múltiples declinaciones, capaz de aproximarse con mayor ductilidad a los institutos de protección⁶³, constituiría un paso decisivo en orden a una protección más efectiva del usuario en línea.

En línea con esta perspectiva hermenéutica, el concepto de vulnerabilidad puede fungir como presupuesto justificativo/aplicativo de ulteriores obligaciones de

de otro modo, no habrían tomado, de una manera que provoque o pueda razonablemente provocar a esa persona, a otra persona o a un grupo de personas un perjuicio significativo”.

60 VEALE, M. y ZUIDERVEEN BORGESIU, F.: “Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act. Analysing the Good, the Bad, and the Unclear Elements of the Proposed Approach”, *Computer Law Review International*, núm. 4, 2021, pp. 97 ss.

61 MORGANA CASCIONE, C. - VARDI, N.: “Intelligenza artificiale”, cit., pp. 15-16; LEISER, M.: “Psychological Patterns”, cit., pp. 5 ss.

62 GORGONI, A.: “La vulnerabilità nell’ambiente digitale”, cit., p. 933; SENIGAGLIA, R.: “Consumatore, vulnerabilità e principio di trasparenza”, cit., pp. 1533-1534: “E allora, nel nostro ordine di discorsi, così come l’algoritmo sa conoscere la persona per profilare e collocarla in dei clusters a cui indirizzare determinate offerte commerciali di suo peculiare interesse, anche sapendo cogliere e “sfruttare” le sue fragilità ; queste sue stesse capacità possono essere impiegate in senso virtuoso per giungere a definire i contenuti e le forme dell’informazione in stretta aderenza alla condizione contestuale (ma finanche personale) del consumatore, conformando il livello di trasparenza della singola pratica commerciale in modo da farsi comprendere da quel gruppo di consumatori, anche particolarmente vulnerabili. È questa una delle possibili espressioni normative virtuose (efficaci) della tecnica e della tecnologia, quali congegni senz’altro idonei, almeno in codesti ambiti, a promuovere e implementare gli assetti assiologici del sistema ordinamentale”.

63 BATELLI, E.: “Vulnerabilità della persona”, cit., p. 967; CENDON, P.: “Verso un nuovo diritto dei soggetti deboli”, *Politica del diritto*, 1994, pp. 484 ss.

protección a las que estarían sujetos los profesionales y las plataformas⁶⁴. En otros términos, cabría hipotetizar a cargo de los operadores no solo una prohibición de abstenerse de explotar las debilidades de los individuos vulnerables, sino también un deber de asistencia positiva, calibrado sobre las específicas características de los individuos tal como se verifican en el caso concreto, de modo que puedan adoptar decisiones informadas y conscientes⁶⁵.

No debe, sin embargo, minimizarse el alcance de las innovaciones legislativas brevemente recordadas. La introducción de prohibiciones específicas de manipular al usuario en línea, de determinar dependencias conductuales, así como de explotar las particulares condiciones de vulnerabilidad conexas a un uso no ético de la tecnología por cuanto limita la libertad volitiva⁶⁶, representa un factor en absoluto desdeñable. En otros términos, se ha dado un decisivo paso adelante en clave de construcción de un ecosistema digital inspirado en una lógica de *digital fairness*.

Se va adquiriendo, así, progresivamente, la conciencia de que, en contextos caracterizados por asimetría informativa, la fragilidad del usuario no obedece exclusivamente a factores específicos tales como la edad o la presencia de una determinada patología psíquica, sino que concierne a la persona en cuanto expuesta al poder tecnológico mediante múltiples técnicas manipulativas⁶⁷.

III. LA PERSPECTIVA REMEDIAL DESDE LA ÓPTICA PRIVATISTA.

I. La anulabilidad del contrato por vicios del consentimiento.

Parece, en este punto, oportuno dirigir la mirada hacia las perspectivas de protección que, respecto del fenómeno de las dependencias digitales, ofrece el derecho privado, así como a las consecuencias de la celebración de contratos en el ámbito del suministro de servicios digitales.

Ciertamente, los remedios privatísticos no se sitúan en la óptica de una protección *ex ante* respecto de los riesgos de dependencia. Sin embargo, puede resultar útil una panorámica de los instrumentos jurídicos ejercitables *ex post* por

64 BERNES, A.: "Persona vulnerabile", cit., p. 179.

65 BERNES, A.: "Persona vulnerabile", cit., p. 179. En suma, debería promoverse el desarrollo de una auténtica educación digital. Sobre esta cuestión, GHIGLIA, A.: *Educazione civica digitale. Abbecedario essenziale*, Santarcangelo di Romagna, 2023; CELOT, P. - FRANCESCHETTI, R. - SALAMINI, E.: *Educare ai nuovi media. Percorsi di cittadinanza digitale per l'educazione civica*, Milano, 2021.

66 GORGONI, A.: "La vulnerabilità nell'ambiente digitale", cit., p. 933.

67 GORGONI, A.: "La vulnerabilità nell'ambiente digitale", cit., p. 932.

los usuarios, con el objetivo de proteger no solo el derecho fundamental a la salud, sino también la dignidad de la persona en la era digital⁶⁸.

La propia estructura del ecosistema digital y la circulación y selección de datos por medio de algoritmos, como se ha aclarado, provocan repercusiones sobre la libertad de autodeterminación contractual, no solo en lo atinente al contenido del reglamento contractual, sino ya desde la elección relativa a la conclusión del acuerdo⁶⁹.

La cadena negocial podría resultar viciada desde su origen, puesto que el usuario, aunque formalmente dotado de capacidad jurídica, presta un consentimiento alterado por dinámicas de influencia oculta que inciden en la plena conciencia del contenido y de los efectos de la prestación recibida. De este modo, la efectiva libertad contractual resulta comprometida, pues, de haber sido el usuario correctamente informado, habría podido renunciar al servicio o adherirse a él en condiciones distintas⁷⁰.

Para hipotetizar la configurabilidad de vicios del consentimiento en la fase genética del acuerdo, es preciso partir del presupuesto según el cual la asimetría informativa que caracteriza este tipo de relaciones contractuales puede desembocar en una verdadera y propia omisión informativa⁷¹.

El Código de Consumo prescribe suministrar información sobre las características principales de los bienes o servicios, entre las que se incluyen las peculiaridades conexas a la naturaleza digital⁷². Desde esta perspectiva, la presencia de un sistema idóneo para generar dependencia podría calificarse como característica esencial del servicio, cuya omisión integraría, por tanto, una violación de los deberes de información⁷³. En verdad, la cuestión relativa a las consecuencias derivadas de la infracción de las obligaciones informativas ha sido ampliamente debatida. Parte de la doctrina la argumenta en términos de violación del canon de conducta conforme a la buena fe, en clave de responsabilidad precontractual ex art. 1337 del Código Civil italiano. Sin embargo, el funcionamiento opaco de las interfaces en

68 PERLINGIERI, P.: "Note sul potenziamento cognitivo", cit., p. 214; CIANCIMINO, M.: "Private Law and Consumer Protection", cit., p. 821.

69 Un análisis de las implicaciones vinculadas a la celebración de contratos de servicios en línea ha sido realizado por CIANCIMINO, M.: "Private Law and Consumer Protection", cit., p. 822.: "Therefore, it is possible to identify two relevant problems at least: first, there is a defect of consent in the formation of the contract, due to the lack of information; then, there is a user's repeated request for the provision of the digital service, due to the addictive capability of the service itself".

70 CIANCIMINO, M.: "Dipendenze digitali", cit., p. 1511.

71 COSENTINO, C.: *Obblighi d'informazione e responsabilità*, Torino, 2020, pp. 75 ss.

72 Véase el art. 48, párrafo 1, letra a), y, más específicamente, la letra g), que hace referencia a la información relativa a la funcionalidad de los bienes con elementos digitales, del contenido digital y de los servicios digitales, incluidas las medidas aplicables de protección técnica.

73 CIANCIMINO, M.: "Dipendenze digitali", cit., p. 1512.

línea, potencialmente idóneo para incidir en la libertad de autodeterminación del usuario en la red, podría asumir una relevancia estructural capaz de condicionar genéticamente la formación del consentimiento, traducéndose en un defecto de transparencia material que se refleja sobre la propia validez del vínculo negocial⁷⁴.

En general, como ha puesto de relieve una autorizada doctrina, podría hipotetizarse la existencia de una cláusula general de información⁷⁵ que comprenda todo elemento esencial a efectos del correcto disfrute del servicio y que permita, por consiguiente, atribuir relevancia jurídica a la omisión de indicación de las características que inducen dependencia, viciando de este modo la formación de la voluntad contractual⁷⁶.

En línea con tal reconstrucción, podría hipotetizarse, pues, la invalidez de los contratos de servicios digitales que contengan elementos de diseño adictivo por la presencia de un vicio del consentimiento⁷⁷.

La falta de autonomía podría incidir sobre la validez del acuerdo, comprometiendo la conciencia del reiterado disfrute del servicio⁷⁸. Por consiguiente, allí donde la concreta existencia del vicio sea probada de manera eficaz, podría obtenerse una declaración de anulabilidad⁷⁹.

74 La relevancia de la omisión informativa varía en función de si se considera decisiva o no la distinción entre reglas de conducta y reglas de validez. Al adoptar el enfoque que pone en valor dicha distinción, el incumplimiento informativo generaría exclusivamente una obligación de indemnización de daños y perjuicios; por el contrario, desde una perspectiva que niega la autonomía de esta división, el incumplimiento bien puede incidir en la validez misma del contrato. Sobre este tema, PERLINGIERI, G.: *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, pp. 20 ss.; D'AMICO, G.: *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, pp. 297 ss.; SCOGNAMIGLIO, C.: "Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi", *Europa e diritto privato*, núm. 3, 2008, pp. 599 ss.; CASTRONOVO, C.: "Vaga 'colpa in contrahendo': invalidità responsabilità e la ricerca della 'chance' perduta", *Europa e diritto privato*, núm. 1, 2010, pp. 33 ss.; DE CRISTOFARO, G.: "After the Implementation of the Consumer Rights Directive in the Member States. Are the National Provisions on Consumer Sales Effectively Harmonised?", en AA.VV.: *Consumer Sales in Europe: After the Implementation of the Consumer Rights Directive* (coord. por G. DE CRISTOFARO y A. DE FRANCESCHI), Cambridge: Intersentia, 2016, pp. 11 ss.; GAROFALO, A.M.: "Towards a Unitary and Consistent System of Informational Defects in Consent and Pre-Contractual Liability Under Italian Law", *Italian Law Journal*, núm. 1, 2020, pp. 113 ss.

75 RUSSO, D.: *Sull'informazione nei contratti*, Napoli, 2016, pp. 45 ss.; Al respecto, véase la Guía de la Comisión Europea sobre prácticas comerciales desleales. COMISIÓN EUROPEA, *Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior*, 29 de diciembre de 2021, eur-lex.europa.eu, § 4.2.9.

76 CIANCIMINO, M.: "Dipendenze digitali", cit., p. 1512.

77 CIANCIMINO, M.: "Dipendenze digitali", cit., p. 1513; Podrían resultar relevantes el dolo o el error, en función del caso concreto. Con respecto al tema de la invalidez del contrato y de los vicios del consentimiento, FERRI, G.B.: "Introduzione al sistema dell'invalidità nel contratto", en AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (coord. por M. BESSONE), Torino, 2022, pp. 6 ss.; BIANCA, C. M.: "Diritto civile", *Il contratto*, vol. 3, Milano, 2000; TRABUCCHI, A.: *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, pp. 105 ss.; MENGONI, L.: "Sulla natura della responsabilità precontrattuale", *Rivista di diritto commerciale*, núm. 9-10, 1956, pp. 360 ss.

78 MALDONADO, R.- CALVÉ, P., GARCÍA-BLANCO, A., DOMINGO-RODRIGUEZ, L., SENABRE, E. y MARTÍN-GARCÍA, E.: "Vulnerability to addiction", *Neuropharmacology*, 2021, pp. 3 ss.; TORRES-RODRÍGUEZ, A., GRIFFITHS, M.D., CARBONELL, X. y OBERST, U.: "Internet gaming disorder in adolescence: Psychological characteristics of a clinical sample", *Journal of Behavioral Addictions*, núm. 3, 2018, pp. 707 ss.

79 IAMICELI, P.: "Invalidity of Contract under the Principles of European Contract Law and under Italian Law: A Question of "Dynamic Convergence?", *European Review of Private Law*, núm. 2, 2006, pp. 176 ss.; FUGLINSKY,

2. Nulidad del contrato y resarcimiento del daño. Principio de efectividad de la protección.

Las obligaciones de conducta a cargo de los gestores de las plataformas en línea se establecen en protección de un interés tanto privado como público.

El análisis de las referencias normativas anteriormente efectuado ha mostrado, en efecto, cómo el legislador europeo ha pretendido calificar la manipulación en línea como un desvalor superior al reconducible a los vicios del consentimiento y a las prácticas comerciales desleales que, aun prohibidas por el art. 5 de la Directiva 2005/29/CE y por el art. 20 del Código de Consumo, no inciden todas del mismo modo sobre la voluntad del consumidor, desencadenando una pluralidad de remedios⁸⁰.

La más reciente legislación europea no permite introducir en el mercado sistemas de inteligencia artificial idóneos para manipular o explotar las vulnerabilidades del usuario, o capaces de comprometer la libertad de autodeterminación del destinatario. Tales prohibiciones tutelan no solo el interés privado en la salvaguardia de la libertad de elección y de la capacidad de autodeterminación, sino, sobre todo, el interés general en la salud pública, en la protección de los derechos fundamentales y en la preservación de la democracia y del Estado de Derecho, con el específico fin de garantizar un entorno digital más seguro, previsible y fiable⁸¹.

Desde esta perspectiva, las normas invocadas podrían calificarse como imperativas⁸². Si así fuera, la violación de obligaciones o prohibiciones establecidas en protección de la autodeterminación del usuario podría, en los casos más graves y cuando incida sobre el contenido o la génesis de la relación contractual, plantear el problema de la compatibilidad del contrato con normas imperativas de protección; no obstante, sigue siendo necesario verificar, caso por caso, si el remedio invalidante resulta efectivamente coherente con la ratio de la norma vulnerada y con el sistema de remedios dispuesto por el derecho europeo⁸³.

A.: "Precontractual liability in the Civil Law", en AA.VV.: *International Sales Law. A Handbook* (coord. por L. A. DIMATTEO, A. JANSSEN, U. MAGNUS y R. SCHULZE), München-Oxford-Baden-Baden: Beck-Hart-Nomos, 2021, pp. 51 ss.

80 GORGONI, A.: "La vulnerabilità nell'ambiente digitale", cit., p. 938; En cuanto a la suerte del contrato celebrado con base en prácticas comerciales desleales, MARINO, G.: "Scorrettezza della pratica ed abusività della clausola nella disciplina del contratto del consumatore", *Contratto e impresa. Europa*, núm. 1, 2014, pp. 137 ss.; GRANELLI, C.: "Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della Dir. 2019/2161/UE", *Contratti*, núm. 5, 2021, pp. 493 ss.; FOTI, M.: "Pratiche commerciali scorrette, dolo determinante e annullamento del contratto", *Rassegna di diritto civile*, 2022, pp. 1130 ss.; MAUGERI, M. R.: "Invalidità del contratto stipulato a seguito di pratica commerciale sleale?", *Jus Civile*, núm. 2, 2022, pp. 316 ss.; GRANELLI, C.: "Pratiche commerciali scorrette; tutele individuali", *Nuova giur. civ. comm.*, núm. 5, 2019, pp. 1074 ss.

81 GORGONI, A.: "La vulnerabilità nell'ambiente digitale", cit., pp. 938-939.

82 ALBANESE, A.: *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, pp. 6 ss.; GORGONI, A.: "La vulnerabilità nell'ambiente digitale", cit., p. 940.

83 Sobre las nulidades de protección, GIROLAMI, M.: "Nullità di protezione", en AA.VV.: *Enc. dir. (I tematici)*, *Contratto* (coord. por G. D'AMICO), vol. I, Milano, 2021, p. 723; PASSAGNOLI, G.: *Nullità speciali*,

Sin embargo, no puede prescindirse de una interpretación sistemática que tenga en cuenta una valoración caso por caso respecto de la hipótesis de invalidez del contrato por violación de aquellas normas que imponen informar a los usuarios sobre los efectos de dependencia del servicio. Por tanto, en línea con la autorizada enseñanza que ha puesto de relieve la imprescindible exigencia de hallar un remedio especial capaz de ponderar los intereses y valores fundamentales efectivamente implicados en el caso concreto⁸⁴, podría hipotetizarse la nulidad del contrato celebrado a resultas de manipulación en línea por falta de libertad de la voluntad⁸⁵.

El usuario podría también accionar, de modo concurrente o autónomo, para obtener el resarcimiento de los daños eventualmente sufridos. La mayor parte de las veces el consumidor digital no tiene interés en ejercitar una impugnación contractual, resultando mucho más eficaz, en términos de satisfacción del interés lesionado, una compensación económica, solución que encuentra su fundamento y justificación a la luz del principio de efectividad de la protección jurisdiccional⁸⁶.

La autonomía entre el remedio resarcitorio y el invalidante, y, en consecuencia, la posibilidad de ejercitarlos cumulativamente, encuentra, en verdad, un válido fundamento normativo en el art. 11-bis de la Directiva n.º 29/2005⁸⁷, tal como fue incorporado en el art. 27, apdo. 15-bis, del Código de Consumo, que reconoce a los consumidores el derecho a remedios proporcionados y efectivos, entre los que cabe incluir el resarcimiento del daño, la reducción del precio y la resolución del contrato, en el supuesto de que se haya llevado a cabo una práctica comercial desleal⁸⁸.

Milano, 1995, pp. 25 ss.; POLIDORI, S.: *Discipline delle nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, pp. 75 ss.; PRISCO, I.: *La nullità di protezione*, Napoli, 2012, pp. 12 ss.; DI MARZIO, F.: "Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore", *Riv. dir. priv.*, núm. 4, 2005, pp. 837 ss.; GORASSINI, A.: "L'istituto codicistico della nullità del contratto e le variabili delle c.d. nullità speciali", *Obbligazioni e contratti*, núm. 3, 2007, pp. 199 ss.; D'ADDA, A.: *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, pp. 121 ss.; GENTILI, A.: "La nullità di protezione", *Eur. dir. priv.*, núm. 1, 2011, pp. 77 ss.; PERLINGIERI, G.: *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2011, pp. 97 ss.

84 PERLINGIERI, P.: "Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti", *Fonti e interpretazione*, vol. 2, Napoli, 2020, p. 399.

85 GORGONI, A.: "La vulnerabilità nell'ambiente digitale", cit., pp. 938 ss.

86 GORGONI, A.: "La vulnerabilità nell'ambiente digitale", cit., p. 941.

87 El cual dispone que "los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales deben tener acceso a remedios proporcionados y efectivos, incluida la indemnización por los daños sufridos por el consumidor y, si procede, la reducción del precio o la resolución del contrato".

88 Sobre las prácticas comerciales desleales y las consecuencias derivadas de su infracción, CAMILLERI, E.: "Pratiche commerciali scorrette", cit., pp. 206 ss.; DE CRISTOFARO, G.: "Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE", *Rass. dir. civ.*, núm. 3, 2010, pp. 880 ss.; CAMARDI, C.: "Pratiche commerciali scorrette e invalidità", *Obbl. contr.*, núm. 6, 2010, pp. 408 ss.; FEBBRAJO, T.: *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*, Napoli, 2018, *passim*; GRANELLI, C.: "L'art. 11-bis della direttiva 2005/29/CE: ratio, problemi interpretativi e margini di discrezionalità concessi agli Stati membri ai fini del recepimento", *Jus civile*, núm. 2, 2022, pp. 258 ss.; DE CRISTOFARO, G.: "Rimedi privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette. Il recepimento nel diritto italiano dell'art. 11-bis della direttiva 2005/29/CE (comma 15-bis, art. 27 C. Cons.)", *Nuove leggi civ. comm.*, núm. 2, 2023, pp. 441 ss.; VETTORI, G.: "Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi", *Persona e mercato*, núm. 4, 2013, pp. 279 ss.

Los sistemas de diseño adictivo y el empleo de interfaces manipulativas parecerían inscribirse en el ámbito de las prácticas comerciales desleales. El operador digital, al ocultar los efectos compulsivos de los servicios o las finalidades de perfilación predictiva subyacentes al algoritmo, despliega una conducta potencialmente subsumible en el ámbito de aplicación de los arts. 21 y 22 del Código de Consumo, que prohíben las prácticas comerciales engañosas, entre las cuales se incluyen las omisiones de información relevante⁸⁹. De ello se deriva la obligación de resarcir el daño en favor del usuario, que se añade así al abanico de remedios ejercitables, junto con las ya examinadas hipótesis de anulabilidad por vicios del consentimiento y de nulidad por manipulación y explotación de la vulnerabilidad⁹⁰.

3. Una perspectiva remedial proporcionada a la gravedad de la infracción. La solución del remedio justo y efectivo en el caso concreto.

El funcionamiento de los mecanismos de diseño adictivo plantea una delicada cuestión de ponderación entre las exigencias de regulación y la salvaguardia de la libertad de empresa. Surge el peligro de que la multiplicación de cargas normativas comprima excesivamente el mercado digital, ralentizando la innovación e imponiendo a las plataformas costes injustificadamente desproporcionados⁹¹. En este marco, parecería oportuno identificar una progresividad de las intervenciones regulatorias, proporcionadas a la gravedad del riesgo, a fin de reconducir las reglas privadas al ámbito de los valores constitucionales de protección de la persona y del mercado⁹².

Por ejemplo, las obligaciones de transparencia e información pueden favorecer la responsabilización de las empresas sin comprimir en exceso la innovación, mientras que la prohibición de específicas prácticas manipulativas o las sanciones para las infracciones más graves se adaptan mejor a los supuestos en los que se haya constatado un perjuicio evidente y sistemático para la salud o para la libertad contractual de los usuarios⁹³.

89 Desde otra perspectiva, la restricción estructural de la libertad de elección operada por el *scroll* infinito o por los sistemas de recompensa variable podría enmarcarse en el ámbito del condicionamiento indebido y configurar, por lo tanto, una práctica comercial agresiva incardinable en los arts. 24 y 25 del Código de Consumo.

90 GORGONI, A.: "La vulnerabilità nell'ambiente digitale", cit., p. 942; FINOCCHIARO, G.: *Intelligenza artificiale. Quali regole*, Bologna, 2024, pp. 60 ss.; DE MARI CASARETO DAL VERME, T.: *Intelligenza artificiale e responsabilità. Uno studio sui criteri di imputazione*, Napoli, 2024.

91 CIANCIMINO, M.: "Dipendenze digitali", cit., p. 1522.

92 PERLINGIERI, P.: "Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto. Dalla comunità economica europea all'unione europea", en AA.VV.: *Studi in onore di Giovanni Jacobbe* (coord. por. G. DALLA TORRE), vol. 2, Milano, 2010, p. 1377; CIANCIMINO, M.: "Dipendenze digitali", cit., p. 1523.

93 CIANCIMINO, M.: "Dipendenze digitali", cit., p. 1523.

En línea con este planteamiento, el remedio de la nulidad del contrato debería permanecer delimitado a las hipótesis de prácticas de inteligencia artificial manipulativas de la libertad de autodeterminación del usuario, mientras que en los demás casos parece preferible una solución que privilegie la anulabilidad o la protección resarcitoria.

Por lo demás, según la enseñanza de autorizada doctrina, no es el interés el que debe estructurarse y conformarse en función del remedio, sino, por el contrario, el remedio el que debe modularse a la luz de los intereses implicados por el supuesto concreto, abriéndose así el camino hacia una mayor flexibilidad del sistema remedial⁹⁴.

En conclusión, en el contexto de referencia propio del ecosistema digital, el principal desafío consiste en la elaboración de un sistema capaz de conjugar innovación tecnológica, competencia en el mercado y protección efectiva de los derechos fundamentales de los usuarios, desde una óptica de ponderación entre intereses contrapuestos⁹⁵.

94 PERLINGIERI, P.: "Il «giusto rimedio»", cit., pp. 4-5.

95 CIANCIMINO, M.: "Dipendenze digitali", cit., p. 1523; LUCHENA, G.: "Nuove tecnologie e regolazione del mercato", *Assicurazioni*, núm. 2, 2025, pp. 259 ss.

BIBLIOGRAFÍA

ALBANESE, A.: *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.

ALPA, G.:

- "Quale modello normativo europeo per l'intelligenza artificiale?", en AA.VV.: *Scritti in memoria di Rodolfo Sacco* (coord. por P.G. MONATERI), vol. I, Torino, 2024.
- *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006.

ANTONUCCI, A.: "Il mercato dei dati: dall'ecosistema separato alla regola trasversale", en AA.VV.: *Mercati regolati e nuove filiere di valore* (coord. por R. LENER y G. LUCHENA - C. ROBUSTELLA), Torino, 2021.

BARTOLOMUCCI, P.: "Le pratiche commerciali scorrette e il principio di trasparenza nei rapporti tra professionisti e consumatori", *Contratto e impresa*, núm. 6, 2007.

BATTELLI, E.:

- "I soggetti vulnerabili: prospettive di tutela della persona", *Diritto della famiglia e delle persone*, núm. 1, 2020.
- "Vulnerabilità della persona e debolezza del contraente", *Riv. dir. civ.*, núm. 5, 2022.

BELVISI, F.: "Dignità umana e diritti fondamentali: una questione di riconoscimento", en AA.VV.: *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie* (coord. por T. CASADEI), Torino, 2012.

BERNES, A.: "Persona vulnerabile, ambiente digitale e obblighi di protezione", *Diritto di famiglia e delle persone*, núm. 1, 2025.

BERTANI, M.: *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, Milano, 2016.

BERTI DE MARINIS, G.: "La tutela del cliente «vulnerabile»", *Banca, borsa, titoli di credito*, núm. 5, 2018.

BERTOLINI, A.- AIELLO, G.: "Robot companions: A legal and ethical analysis", *The Information Society*, núm. 3, 2018.

BIANCA, C. M.: "Diritto civile", *Il contratto*, vol. 3, Milano, 2000.

CALO, R.: "Digital Market Manipulation", *George Washington Law Review*, vol. 82, 2014.

CAMARDI, C.: "Pratiche commerciali scorrette e invalidità", *Obbl. contr.*, núm. 6, 2010.

CAMILLERI, E.: "Pratiche commerciali scorrette, safety net e nuove vulnerabilità: prospettive e limiti", *Nuove leggi civ. comm.*, núm. 1, 2024.

CARAPEZZA FIGLIA, G.:

- "Doppia transizione europea ed European Green Deal", *Tecnologie e diritto*, núm. 2, 2024.
- "Vulnerabilità digitale e post-modernità giuridica", *Diritto del mercato assicurativo e finanziario*, núm. 1, 2025.

CASTRONOVO, C.: "Vaga 'culpa in contrahendo':invalidità responsabilità e la ricerca della 'chance' perduta", *Europa e diritto privato*, núm. 1, 2010.

CELOT, P. - FRANCESCHETTI, R. - SALAMINI, E.: *Educare ai nuovi media. Percorsi di cittadinanza digitale per l'educazione civica*, Milano, 2021.

CENDON, P.: "Verso un nuovo diritto dei soggetti deboli", *Politica del diritto*, 1994.

CIANCIMINO, M.:

- "Private Law and Consumer Protection Paradigms facing (Digital) 'Addictions'. A Starting Point for Reflection", *European Review of Private Law*, núm. 5, 2024.
- "Dipendenze digitali e "cultura della profilazione". Spunti in chiave di digital fairness", in AA.VV.: *Diritto economia e governo dei mercati regolati. Liber amicorum Antonella Antonucci* (coord. por A. BROZZETTI - G. LUCHENA - M. PELLEGRINI - A. URBANI), Bari, 2026.

CORRIAS, P.: "Il mercato come risorsa della persona vulnerabile", *Rivista di diritto civile*, núm. 5, 2022.

COSENTINO, C.: *Obblighi d'informazione e responsabilità*, Torino, 2020.

D'ADDA, A.: *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008.

D'AMICO, G.: *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996.

DE CRISTOFARO, G.:

- "Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE", *Rass. dir. civ.*, núm. 3, 2010.
- "After the Implementation of the Consumer Rights Directive in the Member States. Are the National Provisions on Consumer Sales Effectively Harmonised?", en AA.VV.: *Consumer Sales in Europe: After the Implementation of the Consumer Rights Directive* (coord. por G. DE CRISTOFARO y A. DE FRANCESCHI), Cambridge: Intersentia, 2016.
- "Rimedi privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette. Il recepimento nel diritto italiano dell'art. II-bis della direttiva 2005/29/CE (comma 15-bis, art. 27 C. Cons.)", *Nuove leggi civ. comm.*, núm. 2, 2023.

DE MARI CASARETO DAL VERME, T.: *Intelligenza artificiale e responsabilità. Uno studio sui criteri di imputazione*, Napoli, 2024.

DI MARZIO, F.: "Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore", *Riv. dir. priv.*, núm. 4, 2005.

DI PORTO, F.- EGBERTS, A.: "The Collective Welfare Dimension of Dark Patterns Regulation", *European Law Journal*, vol. 29, 2023.

FEBBRAJO, T.: *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*, Napoli, 2018.

FERRI, G.B.: "Introduzione al sistema dell'invalidità nel contratto", en AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (coord. por M. BESSONE), Torino, 2022.

FINEMAN, M.: "The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition", *Yale Journal of Law and Feminism*, núm. 1, 2008.

FINOCCHIARO, G.: *Intelligenza artificiale. Quali regole*, Bologna, 2024.

FLORIDI, L.:

- *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017
- *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, Milano, 2022.

FOTI, M.: "Pratiche commerciali scorrette, dolo determinante e annullamento del contratto", *Rassegna di diritto civile*, 2022.

FUGLINSZKY, A.: "Precontractual liability in the Civil Law", en AA.VV.: *International Sales Law. A Handbook* (coord. por L.A. DIMATTEO, A. JANSSEN, U. MAGNIUS y R. SCHULZE), München-Oxford-Baden-Baden: Beck-Hart-Nomos, 2021.

GALLI, F.: "La pubblicità mirata al tempo dell'intelligenza artificiale: quali regole a tutela dei consumatori?", *Contratto e impresa*, núm. 3, 2022.

GAROFALO, A.M.: "Towards a Unitary and Consistent System of Informational Defects in Consent and Pre-Contractual Liability Under Italian Law", *Italian Law Journal*, núm. 1, 2020.

GENTILI, A.:

- "La nullità di protezione", *Eur. dir. priv.*, núm. 1, 2011.
- "La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale", *Rivista critica del diritto privato*, núm. 1, 2019.

GHIGLIA, A.: *Educazione civica digitale. Abbecedario essenziale*, Santarcangelo di Romagna, 2023.

GIROLAMI, M.: "Nullità di protezione", en AA.VV.: *Enc. dir. (I tematici)*, *Contratto* (coord. por G. D'AMICO), vol. 1, Milano, 2021.

GORASSINI, A.: "L'istituto codicistico della nullità del contratto e le variabili delle c.d. nullità speciali", *Obbligazioni e contratti*, núm. 3, 2007.

GORGONI, A.: "La vulnerabilità nell'ambiente digitale e la protezione della libertà del volere", *Persona e Mercato*, núm. 3, 2024.

GRANELLI, C.:

- "Pratiche commerciali scorrette; tutele individuali", *Nuova giur. civ. comm.*, núm. 5, 2019.
- "Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della Dir. 2019/2161/UE", *Contratti*, núm. 5, 2021.
- "L'art. 11-bis della direttiva 2005/29/CE: ratio, problemi interpretativi e margini di discrezionalità concessi agli Stati membri ai fini del recepimento", *Jus civile*, núm. 2, 2022.

GROCHOWSKI, M.: "Digital Vulnerability in a Post-Consumer Society. Subverting Paradigms?", en AA.VV.: *The New Shapes of Digital Vulnerability in European Private Law* (coord. por C. CREA y A. DE FRANCESCHI), Baden-Baden, 2024.

GROCHOWSKI, M., JABONOWSKA, A., LAGIOIA, F. y SARTOR, G.: "Algorithmic Transparency and Explainability for EU Consumer Protection: Unwrapping the Regulatory Premises", *Critical Analysis of Law*, núm. 1, 2021.

GUERRA, G.: "L'impatto dei dark patterns sul consenso dell'utente: la via europea per affrontare le nuove vulnerabilità", *Giustiziacivile.com*, 2022.

IAMICELI, P.: "Invalidity of Contract under the Principles of European Contract Law and under Italian Law: A Question of "Dynamic Convergence?", *European Review of Private Law*, núm. 2, 2006.

INCUTTI, E. M.: "Sistemi di riconoscimento delle emozioni e ruolo dell'autonomia privata: linee evolutive di un umanesimo digitale", *Giust. civ.*, núm. 2, 2022.

INFANTINO, M.: "Perspectiva personal de la vulnerabilidad digital en el Derecho Privado Europeo", en AA.VV.: *El Derecho civil ante los retos actuales de la vulnerabilidad personal* (coord. por M.V. MAYOR DEL HOYO y S. DE SALAS MURILLO), Navarra, 2024.

ISOLA, C. y ESPOSITO, F.: "A systematic literature review on dark patterns for the legal community: definitional clarity-and a legal classification based on the Unfair Commercial Practices Directive", *Computer Law & Security Review*, vol. 58, 2025.

KRAUT, R., PATTERSON, M., LUNDMARK, V., KIESLER, S., MUKOPHADHYAY, T. y SCHERLIS, W.: "Internet Paradox: A Social Technology that Reduces Social Involvement and Psychological Well-Being?", *American Psychologist*, núm. 9, 1998.

LAWRENCE, M.B.: "Addiction and Liberty", *Cornell Law Review*, núm. 2, 2023.

LEISER, M.: "Psychological Patterns and Article 5 of the AI Act: AI-Powered Deceptive Design in the System Architecture and the User Interface", *Journal of AI Law and Regulation*, núm. 1, 2024.

LEISER, M. y SANTOS, C.: "Dark Patterns, Enforcement, and the Emerging Digital Design Acquis: Manipulation beneath the Interface", *European Journal of Law and Technology*, núm. 1, 2024.

LUCHENA, G.: "Nuove tecnologie e regolazione del mercato", *Assicurazioni*, núm. 2, 2025.

LUNA, F.: "Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers not Labels", *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, núm. 1, 2009.

MALDONADO, R., CALVÉ, P., GARCÍA-BLANCO, A. y DOMINGO-RODRÍGUEZ, L., SENABRE, E. y MARTÍN-GARCÍA, E.: "Vulnerability to addiction", *Neuropharmacology*, 2021.

MANCALEONI, A.M.: "Articolo 2. Diritti dei consumatori", en AA.VV.: *Commentario Breve al Diritto dei Consumatori* (coord. por G. DE CRISTOFARO y A. ZACCARIA), Padova, 2013.

MARINO, G.: "Scorrettezza della pratica ed abusività della clausola nella disciplina del contratto del consumatore", *Contratto e impresa. Europa*, núm. 1, 2014.

MAUGERI, M.R.: "Invalidità del contratto stipulato a seguito di pratica commerciale sleale?", *Jus Civile*, núm. 2, 2022.

MENGONI, L.: "Sulla natura della responsabilità precontrattuale", *Rivista di diritto commerciale*, núm. 9-10, 1956.

MINERVINI, E.: "La trasparenza contrattuale", *Contratti*, núm. 11, 2011.

MONTINARO, R.: "Online platforms: new vulnerabilities to be addressed in the European legal framework. Platform to consumer relations", *European Journal of Privacy Law & Technologies*, núm. 2, 2020.

MORGANA CASCIONE, C.- VARDI, N.: "Intelligenza artificiale e soggetti vulnerabili. Le pratiche vietate e lo sfruttamento della vulnerabilità", en AA.VV.: *Fragilità e innovazione. Rischi e tutele per i soggetti vulnerabili nel diritto dell'intelligenza artificiale* (coord. por C. MORGANA CASCIONE y N. VARDI), Torino, 2025.

NICITA, A. y DELMASTRO, M.: *Big Data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, Bologna, 2019.

ORLANDO, S.:

- "Regole di immissione sul mercato e pratiche di intelligenza artificiale vietate", en AA.VV.: *La via europea per l'intelligenza artificiale* (coord. por C. CAMARDI), Milano, 2022.
- "Consenso al trattamento e liceità", *Persona e mercato*, núm. 2, 2024.

PAGLIANTINI, S.:

- "La trasparenza consumeristica tra "dottrina" della Corte ed equivoci interpretativi", *Eur. dir. priv.*, núm. 3, 2019.
- *Il consumatore "frastagliato" (Istantanee sull'asimmetria contrattuale tra vicende circolatorie e garanzie)*, Pisa, 2021.

PASSAGNOLI, G.: *Nullità speciali*, Milano, 1995.

PASTORE, B.:

- "Soggetti vulnerabili, orientamento sessuale, eguaglianza: note sulla logica di sviluppo del diritto", *GenIUS*, núm. 2, 2018.
- *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Torino, 2021.

PERLINGIERI, C.:

- *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014.
- "Intelligenza Artificiale tra principi e regole", en AA.VV.: *Innovazione tecnologica e diritto civile. Saggi* (coord. por C. PERLINGIERI), Napoli, 2025.

PERLINGIERI, G.:

- *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2011.
- *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013.
- "I luoghi comuni del consenso", *Rass. dir. civ.*, núm. 1, 2024.

PERLINGIERI, P:

- "La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo", *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, núm. 3, 1995.
- "Riflessioni sul «diritto contrattuale europeo» tra fonti e tecniche legislative", en AA.VV.: *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo* (coord. por P. PERLINGIERI y F. CASUCCI), Napoli, 2004.
- "Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto. Dalla comunità economica europea all'unione europea", en AA.VV.: *Studi in onore di Giovanni Giacobbe* (coord. por. G. DALLA TORRE), vol. 2, Milano, 2010.
- "Il «giusto rimedio» nel diritto civile", *Giusto procedimento civile*, núm. 1, 2011.
- "Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti", *Fonti e interpretazione*, vol. 2, 2020.
- "Note sul potenziamento cognitivo", *Tecnologie e diritto*, núm. 1, 2021.

- "Diritto civile e intelligenza artificiale", *Tecnologie e diritto*, núm. 1, 2025.

POLIDORI, S.: *Discipline delle nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001.

PRISCO, I.: *La nullità di protezione*, Napoli, 2012.

RICCIUTO, V.: "La persona e la vulnerabilità tecnologica: il diritto della tecnologia sostenibile", *Riv. dir. impr.*, núm. 3, 2023.

RODOTÀ, S.: *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.

ROPPA, V.: "Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti", *Riv. dir. priv.*, núm. 3, 2013.

ROSENQUIST, J.N., SCOTT MORTON, F.M. y WEINSTEIN, S.N.: "Addictive Technology and Its Implications for Antitrust Enforcement", *North Carolina Law Review*, núm. 5, 2022.

RUSSO, D.: *Sull'informazione nei contratti*, Napoli, 2016.

SCOGNAMIGLIO, C.: "Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi", *Europa e diritto privato*, núm. 3, 2008.

SENIGAGLIA, R.:

- *Accesso alle informazioni e trasparenza. Profili della conoscenza nel diritto dei contratti*, Padova, 2007.
- "Consumatore, vulnerabilità e principio di trasparenza tra razionalità e bias cognitivi", *Nuova giur. civ. comm.*, núm. 6, 2024.

SPEZIALE, I.: "Le linee guida della Commissione europea in materia di pratiche vietate di intelligenza artificiale", *Contratto e impresa*, núm. 2, 2025.

TORRES-RODRÍGUEZ, A.- GRIFFITHS, M-D. - CARBONELL, X. - OBERST, U.: "Internet gaming disorder in adolescence: Psychological characteristics of a clinical sample", *Journal of Behavioral Addictions*, núm. 3, 2018.

TRABUCCHI, A.: *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937.

VEALE, M. y ZUIDERVEEN BORGESIU, F.: "Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act. Analysing the Good, the Bad, and the Unclear Elements of the Proposed Approach", *Computer Law Review International*, núm. 4, 2021.

VENCHIARUTTI, A.: "Il consumatore medio e il consumatore vulnerabile in ragione dell'età", *Contratto e impresa*, núm. 3, 2024.

VETTORI, G.:

- "Persona e pluralismo", *Persona e mercato*, núm. 2, 2024.
- "Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi", *Persona e mercato*, núm. 4, 2013.

YANG, W.T. y LEISER, M.: "Illuminating Manipulative Design: From "Dark Patterns" to Information Asymmetry and the Repression of Free Choice Under the Unfair Commercial Practices Directive", *Loyola Consumer Law Review*, núm. 3, 2023.

ZULLO, S.: "Potenzialità e limiti della nozione di vulnerabilità nel dibattito bioetico-giuridico contemporaneo", en AA.VV.: *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto* (coord. por O. GIOLO y B. PASTORE), Roma, 2018.



PATENTES E IA EN MÉXICO: PERSPECTIVAS Y RETOS
LEGISLATIVOS

*PATENT AND AI: PERSPECTIVES AND LEGISLATIVE
CHALLENGES*

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 704-731

Paulina REZA
SERRANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de enero de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 31 de marzo de 2026

RESUMEN: La capacidad de la Inteligencia Artificial para generar invenciones de forma autónoma ha generado intensos debates en materia de patentes. Este estudio analiza su impacto en el Derecho de patentes mexicano, destacando la ausencia de una regulación específica, y realiza propuestas para un marco normativo que integre la IA como herramienta para la investigación y el desarrollo.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia Artificial (IA); Derecho de patentes mexicano; Propiedad industrial; IA en investigación y desarrollo.

ABSTRACT: The capacity of artificial intelligence to autonomously generate inventions has triggered an intense debate in the field of patent law. This study analyzes its impact on Mexican patent law, emphasizes the absence of specific regulation, and proposes a regulatory framework that incorporates AI as a tool for research and development.

KEY WORDS: Artificial intelligence (AI); Mexican patent legislation; Industrial Property; AI in research and development.

SUMARIO: I. LA IA COMO EJE DE CAMBIO.- II. IA: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL, APLICACIONES Y TENDENCIAS.- I. Análisis del concepto de IA.- 2. Aplicación de la IA en el mundo innovador.- 3. Tendencias en México.- III. RELACIÓN DE LAS PATENTES CON LA IA.- I. IA y desarrollo de invenciones patentables.- 2. Figura de inventor conforme a la legislación mexicana y sus límites frente a la IA.- 3. Distinción entre inventor y titular: alcance para el análisis de la IA. IV. PERSPECTIVAS PARA EL DESARROLLO NORMATIVO DE LA IA EN MÉXICO.- I. Un marco normativo en construcción.- 2. ¿Es deseable una reforma legal para reconocer las invenciones generadas por IA?- A) *Inventor*.- B) *Duración*.- C) *Riesgos*.- V. CONCLUSIONES.

I. LA IA COMO EJE DE CAMBIO.

En la actualidad resulta impensable concebir una sociedad sin un vínculo con la tecnología. No hace falta prueba alguna de la importancia de la innovación tecnológica, pues basta observar la creciente dependencia económica de los países hacia ella, sustentada por el poder económico de las ideas, del conocimiento y de la información. Con todo ello, este progreso tecnológico ha favorecido el surgimiento de la Cuarta Revolución Industrial¹, caracterizada por la convergencia de tecnologías como la Inteligencia Artificial (IA), la robótica o el internet de las cosas.

Como es sabido, la IA cuenta en la actualidad con un papel protagonista y sus aplicaciones no encuentran límites: optimizará la agricultura prediciendo cosechas y reduciendo el desperdicio, creará arte y música con un nivel de originalidad humano, gestionará redes energéticas para maximizar la sostenibilidad ambiental, e incluso asesorará en conflictos legales analizando millones de resoluciones judiciales en segundos². Hasta hace poco, sólo los seres humanos eran capaces de realizar estas tareas; sin embargo, la incesante evolución tecnológica ha hecho posible que dichas funciones sean ejecutadas de manera autónoma y rutinaria por las máquinas.

1 En esta línea, BARONA VILAR, S.: *Algoritmización del derecho y de la justicia. De la inteligencia artificial a la Smart Justice*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, p. 59, aborda las características de la Cuarta Revolución Industrial (4.0) y sus implicaciones de la siguiente manera: "En esta nueva etapa se ha producido la integración de los sistemas técnicos, cibernéticos, y la irrupción, entre otros, de los sistemas computacionales en la producción y en la logística, incorporando innovaciones científicas y tecnológicas que inciden no solo en la digitalización de las cadenas industriales de producción, sino también en la aparición del internet de las cosas —conexión de objetos cotidianos a internet—, el *big data*, y muchos otros más, planteando consecuencias y también problemas jurídicos y éticos, sin olvidar las transformaciones laborales indiscutibles y la afectación de derechos, y muy especialmente la libertad, la privacidad, en sus diversas manifestaciones".

2 Ante los beneficios potenciales de la IA en áreas como salud, movilidad sostenible, medio ambiente, educación y economía, la Unión Europea (UE) ha intensificado su respuesta estratégica. Esto incluye el diseño de políticas integrales —económicas, investigadoras, regulatorias y estructurales— para no solo fomentar el desarrollo tecnológico, sino también asegurar un liderazgo europeo en su aplicación ética y controlada. BARONA VILAR, S.: "Inteligencia Artificial o la Algoritmización de la vida y de la Justicia: ¿Solución o Problema?", *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 28, 2019, pp. 18-49.

Así, más que una herramienta, la IA emerge como un fenómeno para la innovación y a medida que deja atrás el ámbito teórico y transita al mercado global, la atención hacia su regulación es más necesaria. Por ello, se ha convertido en un tema central para las oficinas de propiedad industrial y por esto mismo, resulta necesario analizar en qué medida los avances en IA pueden orientar el desarrollo normativo del sistema mexicano de propiedad industrial.

II. IA: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL, APLICACIONES Y TENDENCIAS.

I. Análisis del concepto de IA.

Desde sus orígenes en la década de 1950, la IA se ha conceptualizado como un término amplio que comprende diversas aplicaciones como, por ejemplo, el aprendizaje automático, la robótica, la automatización el procesamiento de lenguaje y otras áreas afines³. Así, nos encontramos ante un fenómeno en constante evolución que, más allá de dotar a las máquinas de la capacidad para emular procesos cognitivos humanos como el aprendizaje, la percepción y el razonamiento, también avanza aceleradamente hacia la realización de tareas altamente especializadas en ámbitos que tradicionalmente requerían del conocimiento humano⁴. Para empezar, definir la "inteligencia artificial" es un desafío a los efectos jurídicos y, hasta el momento, no existe una definición generalizada⁵. El incesante desarrollo tecnológico y aplicabilidad ilimitada de la IA superan a los sistemas jurídicos para conceptualizarla y regularla con precisión.

Asimismo, la dificultad para definir la IA no reside en el concepto de artificialidad, sino en la ambigüedad conceptual de la inteligencia, dado que los humanos son las únicas entidades universalmente reconocidas como poseedoras de inteligencia⁶. Pese a estas limitaciones, establecer un marco jurídico claro es fundamental, debido a que la IA es potencialmente relevante para cualquier ámbito de la actividad humana y, solo así, es posible enfrentar las dificultades que presenta tanto su regulación como su aplicación en el ámbito jurídico⁷.

3 SÁNCHEZ GARCÍA, L.: "Las invenciones generadas por inteligencia artificial y sus implicaciones para el derecho de patentes", *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, núm. 5, 2018, pp. 49-79.

4 World Intellectual Property Organization.: "WIPO Technology Trends 2019 Artificial Intelligence", Geneva, 2019, p. 21.

5 MUÑOZ VILLARREAL, A. y GALLEGO CORCHERO, V.: "Inteligencia Artificial e Irrupción de una Nueva Personalidad en Nuestro Ordenamiento Jurídico ante la Imputación de Responsabilidad a los Robots", en AA.VV.: *Inteligencia artificial y riesgos cibernéticos: responsabilidades y aseguramiento* (dir. por E. MONTERROSO CASADO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 67-98.

6 SCHERER MATTHEW, U.: "Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies", *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 29, núm. 2, 2016, pp. 354-398. Disponible en: HeinOnline, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/hjlt29&i=368>.

7 ROBLES CARRILLO, M.: "La Gobernanza de la Inteligencia Artificial: Contexto y Parámetros Generales", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 39, 2020, pp. 44-62. Disponible en: <https://digibug.ugr.es/handle/10481/63035>.

El término Inteligencia Artificial fue acuñado a mediados de la década de 1950 por McCARTHY durante el Proyecto de Investigación de Verano de Dartmouth sobre Inteligencia Artificial, a su vez, describe la IA en los siguientes términos: “*la ciencia e ingeniería de hacer máquinas inteligentes*”⁸. No obstante, esta definición perdió vigencia, dando paso a nuevas conceptualizaciones que identificaron los rasgos fundamentales y habilidades operativas de estos sistemas. HLEG define a la IA como: “Los sistemas de inteligencia artificial (IA) son sistemas de software (y posiblemente también de hardware) diseñados por humanos que, dado un objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital percibiendo su entorno mediante la adquisición de datos, interpretando los datos recopilados, estructurados o no estructurados, razonando sobre el conocimiento o procesando la información derivada de estos datos y decidiendo las mejores acciones para alcanzar el objetivo. Los sistemas de IA pueden usar reglas simbólicas o aprender un modelo numérico, y también pueden adaptar su comportamiento analizando cómo sus acciones previas afectan al entorno”⁹. Teniendo en cuenta lo anterior, se puede definir a la IA como un agente autónomo diseñado por humanos que, mediante la percepción de su entorno, toma decisiones y ejecuta acciones orientadas a cumplir objetivos específicos¹⁰.

Junto a ello, desde una perspectiva estrictamente normativa en el sistema jurídico mexicano no existe una definición de “*inteligencia artificial*”. A estos efectos, es oportuno señalar que uno de los primeros marcos jurídicos a nivel mundial en incorporar una definición formal de la IA ha sido el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea (Reglamento UE 2024/1689), el cual establece criterios y directrices claras para su desarrollo y uso responsable¹¹. Así, en el corto plazo, México deberá emprender el necesario proceso de regulación de la IA, considerando sus múltiples implicaciones económicas y sociales. Esta regulación será especialmente relevante ante la creciente importancia de las

8 NILSSON, N. J.: *The Quest for Artificial Intelligence. A History of Ideas and Achievements*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 77.

9 SAMOILI, S.: *AI Watch. Defining Artificial Intelligence, Towards and operational definition and taxonomy of artificial intelligence*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020, p. 18.

10 En su informe, Diálogo de la OMPI sobre Propiedad Intelectual e Inteligencia Artificial, Segunda Sesión, 2020, p. 4, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual define la IA como “Una disciplina de la informática cuyo objeto es elaborar máquinas y sistemas que puedan llevar a cabo tareas que requieren inteligencia humana, con una intervención humana limitada o nula. A los fines del presente documento, IA equivale generalmente a “IA estrecha” —o “IA débil”—, esto es, técnicas y aplicaciones programadas para efectuar tareas puntuales. El aprendizaje automático y el aprendizaje profundo son dos ramas de la IA. Aunque el campo de la IA está evolucionando con gran rapidez, no está claro en qué momento la ciencia avanzará hacia niveles superiores de la inteligencia artificial general cuyo objeto ya no será solventar problemas específicos, sino operar en un amplio marco de contextos y tareas”.

11 En este sentido, el Reglamento de Inteligencia Artificial, define el concepto de «sistema de IA» como: un sistema basado en máquinas que está diseñado para funcionar con diversos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras su despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere, a partir de la entrada que recibe, cómo generar salidas tales como —predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones— que pueden influir en entornos físicos o virtuales.

patentes tecnológicas, indispensables para impulsar las actividades de investigación, desarrollo e innovación (I+D+i)¹².

2. Aplicación de la IA en el mundo innovador.

Más allá del entusiasmo que despierta la IA, su papel transversal en el avance científico, tecnológico e industrial es evidente¹³ y su interacción con los derechos de propiedad industrial está dando lugar a un escenario distinto al conocido hasta ahora. A efecto de esto, las solicitudes de patentes relacionadas con la IA están aumentando en todos los campos tecnológicos. En orden a tener una visión global de la evolución de la inteligencia artificial en el derecho de patentes, es necesario atender a los indicadores que reflejan su desarrollo¹⁴. En este sentido, el número de solicitudes de patente relacionadas con la IA comenzó a crecer a mediados de la década de 1990.

Ahora bien, entre 2013 y 2016, las áreas de aplicación de la IA que registraron el mayor crecimiento anual promedio fueron: Transporte (32.9 %), Agricultura (32.3 %), Computación en el sector gubernamental (30.3 %) y Banca y Finanzas (27.7 %), por tanto, este panorama evidencia una rápida expansión de la IA en sectores estratégicos¹⁵. Para el periodo comprendido entre 2000-2023, el campo de la IA mostró un crecimiento acelerado, con más de 713,000 publicaciones científicas y 338,000 solicitudes de patente, destacando la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América (USPTO) y la Administración Nacional de Propiedad Intelectual de China (CNIPA) como los principales líderes¹⁶.

En el ámbito global las distintas oficinas para la protección de los DPI han incorporado IA para sus procesos internos. Por ejemplo, IP Australia ha implementado una herramienta de clasificación automática de patentes, diseñada para analizar el contenido de las solicitudes y predecir a qué grupos tecnológicos pertenecen, lo que permite priorizar su tramitación y asignarlas a los examinadores

12 Constan datos de que la inversión en I+D fomenta el crecimiento económico mediante innovaciones reflejadas en patentes, vinculando directamente desarrollo tecnológico y progreso económico. BELTRÁN MORALES, L. F., ALMENDAREZ HERNÁNDEZ, M. A. y JEFFERSON D. J.: "El efecto de la innovación en el desarrollo y crecimiento de México: una aproximación usando las patentes", *Problemas del desarrollo*, vol. 49, núm. 195, 2018, pp. 55-76. Disponible en: <https://doi.org/10.22201/iiec.20078951e.2018.195.63191>.

13 XALABARDER, R.: "Inteligencia Artificial y Propiedad Intelectual", en AA.VV.: *Retos jurídicos de la inteligencia artificial* (coord. por A. CERRILLO I MARTÍNEZ, y M. PEGUERA POCH), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 205-222.

14 La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), en su informe sobre Tecnología e Innovación 2025, destaca la creciente importancia que está adquiriendo la inteligencia artificial, la cual puede ser abordada desde diversas perspectivas, tanto en lo que respecta al ámbito de las patentes como a su impacto en la transformación económica. UNCTAD, *Technology and Innovation Report 2025. Inclusive Artificial Intelligence for Development*, Geneva, UNCTAD, 2025. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/tir2025_en.pdf.

15 World Intellectual Property Organization.: "WIPO Technology Trends", cit., p. 51.

16 UNCTAD.: "Technology and Innovation", cit., p. 23.

correspondientes¹⁷. De igual forma, la Oficina Europea de Patentes (EPO) utiliza *Patent Translate* para traducciones asistidas por computadora, asimismo está desarrollando su propio sistema de aprendizaje automático de traducción. Esta herramienta se pone a disposición del público en la base de datos de patentes de la EPO y es utilizada por examinadores de patentes que han recibido formación especializada en la Oficina Sueca de Patentes y Registro y en la UKIPO¹⁸.

Igualmente, en Canadá, la Oficina Canadiense de Propiedad Intelectual (CIPO) explora el potencial de la IA para optimizar la gestión de servicios relacionados con la PI. Actualmente, emplea sistemas basados en IA, como herramientas de traducción automática y búsqueda de antecedentes tecnológicos, para agilizar los exámenes de patentes. Asimismo, mantiene una activa colaboración con oficinas internacionales, intercambiando información y buenas prácticas sobre la aplicación de la inteligencia artificial en la administración de los DPI. A nivel global, colabora con otros países para promover la creación de un Panel Internacional sobre Inteligencia Artificial, que oriente la adopción responsable de esta tecnología. Este panel busca garantizar que el desarrollo de la IA se mantenga centrado en el ser humano y se base en principios fundamentales como los derechos humanos, la inclusión, la diversidad, la innovación y el crecimiento económico¹⁹.

Además de todo lo anterior, las herramientas algorítmicas pueden resultar de gran utilidad en los procesos judiciales en materia de propiedad industrial, los cuales son por naturaleza complejos técnica y jurídicamente²⁰.

3. Tendencias en México.

En los últimos años, México y Brasil se habían posicionado como los países con mayor actividad en el desarrollo de IA, en América Latina. Teniendo en cuenta lo anterior, los datos del Índice Latinoamericano de Inteligencia Artificial muestran que ambos países concentran el 95% de las patentes de IA en la región²¹. Ahora bien, para evaluar las tendencias de la inteligencia artificial en el sistema de propiedad industrial, es indispensable examinar las solicitudes de patentes en el Sistema de Información de la Gaceta de la Propiedad Industrial (SIGA) del IMPI,

17 OMPI, *Índice de iniciativas de inteligencia artificial en las oficinas de PI*. Disponible en <https://www.wipo.int/es/web/ai-tools-services/ipos-initiatives>.

18 *Ibid.*

19 *Ibid.*

20 CANTOS PARDO, M.: "Algoritmización de los procesos judiciales sobre derechos de propiedad industrial", en AA.VV.: *Los nuevos horizontes y metas de la propiedad industrial* (dir. por M. I. CANDELARIO MACÍAS), Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 239-272.

21 Conviene señalar que el Índice Latinoamericano de Inteligencia Artificial de 2024, indica que México se posiciona con un desarrollo en IA (39.71) aproximadamente 20 puntos por encima del promedio regional. Aunque su puntaje en productividad *open source* es cercano a cero, el país supera ligeramente la media regional en calidad *open source*, y alcanza la máxima puntuación en cantidad de patentes, disponible en: <https://indicelatam.cl/wp-content/uploads/2024/11/Ficha-Mexico.pdf>.

analizando aquellas invenciones que integren *machine learning* o *deep learning* para su funcionamiento²².

Este enfoque será de utilidad para evaluar el grado de influencia de la IA en las solicitudes de patentes y en el proceso inventivo. En particular, en el caso de México, estas invenciones abarcan una amplia variedad de aplicaciones, desde sistemas de diagnóstico médico asistidos por IA y plataformas agrícolas inteligentes para optimización de cultivos, hasta tecnologías de seguridad con capacidades predictivas y sistemas industriales automatizados²³.

En primer lugar, en el ámbito de la seguridad y asistencia, destaca el *Método y Dispositivo Inteligente para la Detección de Sonidos de Emergencia* (MX/a/2019/007917), que utiliza algoritmos de IA para identificar alertas sonoras y generar alertas visuales, diseñado especialmente como una herramienta de apoyo para personas con discapacidad auditiva. Otro avance relevante es el sistema embebido que utiliza *Redes de Hidrocarburos Artificiales* (MX/a/2021/011861) y que emplea una arquitectura de redes neuronales innovadora para la identificación precisa de sonidos específicos como “clics”, con aplicaciones tanto en el monitoreo industrial como en sistemas de accesibilidad.

En esta línea, se puede mencionar en el sector agrícola que el IMPI registró el *Sistema Mesh Modular para Cultivo Hidropónico* (MX/a/2022/012771), una innovación que combina *IoT* con técnicas de *Transfer Learning* para optimizar automáticamente las condiciones de crecimiento de los cultivos. En robótica, la *Prótesis de Mano Controlada por Visión Computarizada* (MX/a/2022/003919) es un dispositivo que mediante algoritmos de aprendizaje automático interpreta señales visuales para proporcionar movimientos precisos y naturales a usuarios con amputaciones.

En el campo de la automatización industria, destaca el *Sistema de Control Inteligente para el Tratamiento de Vestimentas* (MX/a/2021/009897), que integra *machine learning* con *IoT* para optimizar procesos en las industrias textil y papelera. En movilidad urbana, el *Sistema Predictivo, Integrado e Inteligente para el Control de Tiempos en Semáforos de Tránsito* (MX/a/2018/008872) utiliza algoritmos de IA para procesar datos de tráfico en tiempo real, mejorando la fluidez vehicular.

Por otro lado, en el ámbito del mantenimiento industrial, el *Sistema Supervisor de Motores Eléctricos en Tiempo Real* (MX/a/2016/016261) implementa técnicas de *machine learning* para la detección temprana de fallos en motores eléctricos

22 SIGA, Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial. Búsqueda especializada del Sistema de Información, Gaceta de la Propiedad Industrial, para más información véase la página oficial <https://siga.impi.gob.mx/>.

23 Las invenciones descritas constituyen solicitudes de patente publicadas por el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI) en el periodo 2018-2024. La información completa sobre estos registros se encuentra disponible para consulta pública en el Sistema de Información de Gestión de la Propiedad Industrial (SIGA), plataforma digital oficial del IMPI accesible mediante: <https://siga.impi.gob.mx>.

mediante el análisis de patrones de vibración y temperatura. Finalmente, en el sector de servicios, sobresale el sistema de *Sugerencias entre Clientes y Vendedores* (MX/a/2024/008863), modelos de *deep learning* para analizar patrones de comportamiento y preferencias, permitiendo la conexión automatizada entre compradores y vendedores con intereses afines.

Por último, en el sector de la salud, se ha solicitado el registro ante el IMPI de una invención denominada *Predictor Metabólico de la Respuesta a la Terapia Neoadyuvante para Pacientes con Cáncer de Mama* (MX/a/2024/007194), la cual utiliza aprendizaje automático para predecir la respuesta de los pacientes al tratamiento y terapia. Junto a ello, el *Sistema de Detección de Caídas Para Diferentes Regiones* (MX/a/2021/010800), integra sensores móviles y tecnología de visión computarizada con *machine learning* para monitorear la seguridad en entornos domésticos, especialmente para la seguridad de adultos mayores en sus hogares.

Muchas de estas invenciones sanitarias tienen su origen en 2020, cuando la crisis sanitaria puso de manifiesto la importancia de la innovación tecnológica y científica, lo que propició un aumento en la cantidad de solicitudes de patentes para las vacunas contra la SARS-CoV-2²⁴. En este sentido, la pandemia de la COVID-19 aceleró la incorporación de tecnologías basadas en inteligencia artificial en la investigación médica²⁵. Además, su aplicación ha permitido avanzar en la detección temprana de enfermedades y mejorar el acceso a servicios de salud en comunidades marginadas²⁶. Un ejemplo de estas aplicaciones son *NanoLuci* y *Pablo AI*, tecnologías desarrolladas por empresas mexicanas que realizan diagnósticos moleculares rápidos de COVID-19 y otras enfermedades respiratorias. En concreto, *Pablo AI* utiliza inteligencia artificial para realizar vigilancia epidemiológica en tiempo real, analizando grandes volúmenes de datos —como publicaciones en redes sociales y registros oficiales— con el objetivo de predecir brotes y apoyar la toma de decisiones en salud pública. Estos dispositivos son ideales para facilitar la atención médica en zonas rurales²⁷.

24 LIANG, V.: “Las tecnologías patentadas de Baidu en el ámbito de la inteligencia artificial: el combate contra la COVID-19”, *WIPO Magazine*, 2020, disponible en: <https://www.wipo.int/es/web/wipo-magazine/articles/baidus-ai-related-patented-technologies-doing-battle-with-covid-19-41413>.

25 Conforme al *Informe sobre el Índice de Inteligencia Artificial 2025*, elaborado por la Universidad de Stanford, el 56 % de los mexicanos considera que la IA aportará beneficios significativos en el ámbito sanitario durante 2024. *Stanford University Human-Centered Artificial Intelligence Index Report 2025*. Disponible en: <https://hai.stanford.edu/ai-index/2025-ai-index-report>.

26 Según datos del Índice Latinoamericano de Inteligencia Artificial (ILIA), en 2023, la Medicina Clínica se posicionaba como la segunda disciplina más relevante, lo que subraya la creciente importancia de la IA como motor de cambio en el sector económico del país. Índice Latinoamericano de Inteligencia Artificial. ILIA, *Índice Latinoamericano de Inteligencia Artificial, Ficha-México*, p. 358. Disponible en: <https://indicelatam.cl/wp-content/uploads/2024/11/Ficha-Mexico.pdf>.

27 Sobre éstos, véase <https://www.medicinadigital.com/index.php/ciencia/biotecs/item/39982-pablo-ai-y-nano-luci-el-uso-adecuado-de-la-inteligencia-artificial-en-salud>.

Ahora bien, estos indicadores del progreso de la IA en México reflejan su carácter transversal como tecnología de propósito general, con aplicaciones desde la salud hasta el comercio y la movilidad urbana. Sin embargo, no puede obviarse que esta tendencia apenas comienza a consolidarse en México, por lo que requiere de investigación continua y un debate sostenido para definir con mayor precisión el papel de la IA en el proceso inventivo y su regulación legal. En cualquier caso, resulta necesario prever los incentivos adecuados para la innovación y el desarrollo tecnológico, de forma coherente con el valor económico que representan. Junto a todo ello, México debe afrontar los retos derivados del cambio global si el propósito es integrarse entre los países desarrollados, lo que requiere de la activación coordinada de políticas, incentivos y marcos regulatorios que faciliten el cumplimiento de dicho objetivo²⁸.

III. RELACIÓN DE LAS PATENTES CON LA IA.

A lo largo de la historia, las personas han mantenido un vínculo estrecho con el uso de herramientas tecnológicas para la creación de invenciones. Hasta el momento, el dominio sobre las etapas del proceso inventivo —desde la formulación de la idea hasta el desarrollo de una invención— se había reservado en exclusiva al ser humano reconocido por el ordenamiento jurídico como el único titular de la invención. Es por ello que los derechos de propiedad industrial —como las patentes— se concibieron para recompensar económicamente el esfuerzo creativo de los inventores (personas físicas), otorgándoles un monopolio de explotación durante un tiempo limitado a cambio de la divulgación de su conocimiento con la sociedad²⁹.

Hoy en día, fruto de una realidad técnica y tecnológica los sistemas de IA han evolucionado hasta convertirse en herramientas que contribuyen de manera significativa al proceso inventivo. Esta situación ha llevado, en primer lugar, a cuestionar la capacidad de la IA para generar invenciones que, si bien pueden cumplir con los requisitos de patentabilidad (novedad, actividad inventiva y aplicación industrial), actualmente no pueden protegerse mediante el Derecho de patentes ni otros derechos de propiedad industrial. En segundo lugar, ha venido a cuestionar si los conceptos legales actuales diseñados para proteger invenciones pueden regular eficazmente las creaciones generadas por sistemas no humanos³⁰.

28 CASADO CERVIÑO, A.: “El papel de la propiedad industrial en la sociedad del conocimiento. Presente y futuro”, *ICADE, Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 83-84, 2012, pp. 81-95. Disponible en: <https://revistas.comillas.edu/index.php/revistaicade/article/view/118>.

29 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: “Protección de la libre competencia”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: *Apuntes de Derecho Mercantil*, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2021, pp. 278 y 279.

30 En este sentido, señala ABBOTT, R.: *Research Handbook on Intellectual Property and Artificial Intelligence*, Forthcoming, UK, 2022, p. 20, que, si el sistema de patentes busca promover la innovación, debe permitirse que el mercado determine si las personas o la inteligencia artificial inventan con mayor eficiencia, especialmente considerando que ya se ha demostrado la capacidad de la IA para generar resultados relevantes para la sociedad.

Un ejemplo que ilustra esta tensión entre el avance tecnológico y los derechos de propiedad industrial es DABUS (Device for Autonomus Bootstrapping of Unified Sentience), un caso que ha planteado abiertamente la posibilidad de reconocer a una IA como inventora en múltiples solicitudes de patente a nivel internacional³¹.

I. IA y desarrollo de invenciones patentables.

En los últimos años, las solicitudes de patentes relacionadas con la IA han aumentado de manera significativa. Sin embargo, este tema cobró especial relevancia a partir de las solicitudes presentadas por Artificial Inventor Project en nombre del sistema de IA DABUS, en las cuales se argumentó que las invenciones habían sido generadas de forma autónoma por el propio sistema³².

DABUS opera mediante la integración de dos tipos de redes neuronales artificiales interconectadas que funcionan a través de un proceso de aprendizaje no supervisado. La primera red genera resultados a partir de las señales de entrada —los datos utilizados para entrenar la IA—, mientras que la segunda clasifica y evalúa dichas señales de forma jerárquica en función de su novedad. De modo que es posible identificar su novedad frente al conocimiento existente y evaluar su potencial aplicación práctica y como resultado el sistema es capaz de producir nuevas creaciones mediante un proceso que guarda similitud con la dinámica de interacción que hay en el cerebro humano³³.

Junto a todo ello, las solicitudes correspondientes fueron tramitadas ante diversas oficinas de propiedad industrial, entre ellas la Oficina Europea de Patentes (EPO), la Oficina de Propiedad Intelectual del Reino Unido (UKIPO), la Oficina de Patentes y Marcas de Estados Unidos (USPTO), así como las de Australia y Sudáfrica. No obstante, la mayoría de estas oficinas —como la EPO, la UKIPO y la USPTO— rechazaron las solicitudes al considerar que, conforme a la legislación vigente la condición de inventor está reservada exclusivamente a personas físicas³⁴. En consecuencia, mientras no se reconozca a DABUS como inventor la invención generada por este sistema de IA no puede ser objeto de protección mediante una patente³⁵.

31 CURREY, J. y OWEN, J.: “En tribunales: un tribunal australiano determina que los sistemas de IA pueden considerarse inventores”, *Revista de la OMPI*, 2021, disponible en: <https://www.wipo.int/es/web/wipo-magazine/articles/in-the-courts-australian-court-finds-ai-systems-can-be-inventors-42195>.

32 ABBOTT, R.: “The Artificial Inventor Project.”, *WIPO Magazine*, 2019. Disponible en: https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2019/06/article_0002.html.

33 KANNA, R. Y PALLAVI, S.: “Thaler v Commissioner of Patents [2021] FCA 879: DABUS - An ‘Inventor?’”, *Indian Journal of Artificial Intelligence and Law*, núm. 2, 2022, pp. 7-20. Disponible en: https://www.isail.in/_files/ugd/f0525d_be0523a94c0d4a48aed2933f1ec96b9e.pdf?index=true.

34 CASAMAYOR DE BLAS, A.: “El reto de una industria textil competitiva y sostenible a través de la Inteligencia Artificial”, en AA.VV.: *Los nuevos horizontes y metas de la propiedad Industrial* (dir. por M. I. CANDELARIO MACÍAS), Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 287-332.

35 Para un análisis del fenómeno del inventor artificial véase, SÁNCHEZ GARCÍA, L.: “Retos actuales del sistema de patentes en la era de la inteligencia artificial”, *Economía industrial*, 2024, núm. 433, pp. 151-163, YANISKY

2. Figura de inventor conforme a la legislación mexicana y sus límites frente a la IA.

Significativamente, DABUS ha colocado en el centro del debate la pregunta de si las IA pueden ser consideradas inventoras. Aunque la mayoría de las oficinas de propiedad industrial rechazaron esta posibilidad, el caso abre un precedente para México y obliga a examinar la suficiencia del marco normativo actual frente a la innovación generada mediante IA.

En el caso mexicano, la regulación en materia de propiedad industrial está contenida en la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial (LFPPI). El primer hecho a destacar de la ley es la ausencia de una definición para el concepto de “inventor”. Ahondado en este punto, a pesar de esta ausencia de definición, la LFPPI conduce a la interpretación de que bajo el régimen vigente el inventor debe ser una persona física. Lo anterior, puede desprenderse de los siguientes aspectos: a) la LFPPI establece que el derecho exclusivo y temporal de explotación de una invención corresponde a la persona física que la realiza³⁶; b) los titulares de patentes solo pueden ser personas físicas o morales³⁷; c) la obligación de indicar el nombre y el domicilio en la solicitud de patente presupone la identificación de una persona natural, lo que refuerza la interpretación de que, conforme al marco legal vigente, el inventor debe ser necesariamente una persona física³⁸; d) la definición de la LFPPI para “invención” “creación humana”, refuerza la intención del legislador de limitar la capacidad de ser inventor a personas físicas³⁹.

En conjunto, estos elementos excluyen la posibilidad de atribuir la capacidad inventiva a las máquinas o programas informáticos conforme a la legislación mexicana actual, dejando así un vacío frente a la innovación realizada por una IA.

3. Distinción entre inventor y titular: alcance para el análisis de la IA.

La LFPPI distingue entre la persona que realiza la invención (inventor) y la persona en quien recaen los derechos patrimoniales (titular de la patente). Esta flexibilidad normativa contempla, por ejemplo, que el titular sea un causahabiente,

RAVID, S. Y XIAOQIONG, J. L.: “When Artificial Intelligence Systems Produce Inventions: The 3A Era and an Alternative Model for Patent Law”, *Cardozo Law Review*, vol. 39, 2018, pp. 2215-2263.

36 Art. 36 LFPPI.

37 Art. 37 LFPPI.

38 El art. 94 LFPPI, establece los requisitos formales de la solicitud de patente, disponiendo en sus fracciones I y II lo siguiente: “I.- El nombre, nacionalidad, domicilio y correo electrónico del solicitante; II.- El nombre y domicilio del inventor, cuando éste no sea el solicitante”. Estos elementos, que solo pueden corresponder a personas físicas, configuran un requisito esencial que excluye la posibilidad de reconocer como inventor a sistemas de IA.

39 Art. 46 LFPPI: “Se considera invención toda creación humana que permita transformar la materia o la energía que existe en la naturaleza, para su aprovechamiento por el hombre y satisfacer sus necesidades concretas”.

entendido, como aquella persona que ha adquirido los derechos sobre la invención mediante cesión, contrato laboral u otro acto jurídico⁴⁰. Esta distinción orientada a garantizar el reconocimiento formal del inventor y la distribución de derechos, es un elemento que ha de tenerse en cuenta para analizar el papel de la IA en la actividad inventiva.

Así, dada la separación entre el Derecho moral del inventor y la titularidad, podría defenderse que la IA sea considerada como inventor en la LFPPI, sin atribuirle la titularidad de la patente. En este esquema, las invenciones generadas por la IA podrían ser propiedad de las personas físicas que desarrollan y programan los algoritmos⁴¹. Ahondado en este punto, se insiste en la idea que contar con un régimen adecuado de normas en materia de propiedad industrial en México que contemplen esta posibilidad, permitiría una distribución equitativa de beneficios en el proceso creativo. Por ejemplo, se podría reconocer el aporte específico y relevante tanto del titular de los datos utilizados para el entrenamiento como del desarrollador del sistema de IA⁴².

Por lo tanto, considerando que la IA en un futuro pueda volverse más autónoma y menos dependiente de la intervención humana, surgirán implicaciones jurídicas, éticas y prácticas, que convertirán en retos que el legislador ineludiblemente deberá abordar. Por ejemplo, en relación con la atribución de responsabilidad, la transparencia del proceso inventivo y la trazabilidad de las decisiones algorítmicas⁴³.

IV. PERSPECTIVAS PARA EL DESARROLLO NORMATIVO DE LA IA EN MÉXICO.

Tal y como ha sucedido a lo largo de la historia con cada revolución industrial y con otras tecnologías vinculadas a los derechos morales y patrimoniales —por disruptivas que fueran— estas terminaron integrándose en los marcos legales⁴⁴. La gobernanza de la IA requiere la participación de todos los actores del Estado y es prioritario establecer mecanismos que coordinen su desarrollo de manera integral con los objetivos de las políticas públicas nacionales. Por ello, la toma de decisiones en esta materia no debe realizarse de forma unilateral, sino conviene

40 SOLORIO PÉREZ, O. J.: *Derecho de la propiedad intelectual*, Oxford University Press, México, 2010, p. 178.

41 VIDAL CORREA, L.E.: "Propiedad intelectual e inteligencia artificial: el cadáver exquisito", *Revista Especializada en Investigación Jurídica*, núm. 26, 2025, pp. 1-15. Disponible en: <https://erevistas.uacj.mx/ojs/index.php/reij/article/view/6794>.

42 ABOY M., LIDDELL, K. Y LATH, A.: "Inventorship in" cit., pp. 495-502.

43 CASADO CERVIÑO, A.: "El papel", cit., pp. 81-95.

44 Como afirma LUNA RAMOS, «el reconocimiento de estos derechos tiene dos aspectos fundamentales: uno desde la perspectiva del derecho moral y otro desde el punto de vista del derecho patrimonial. El primero se refiere a aquellas cuestiones directamente relacionadas con la persona del autor, enfocadas en el reconocimiento del vínculo que lo une con su obra; mientras que los derechos patrimoniales abarcaban todos los aspectos económicos relacionados con la explotación de la obra». GARCÍA CORONA, S.: *Crónica Temática sobre Propiedad Intelectual*, SCJN, Ciudad de México, 2008, pp. 4-5.

que surja de la interacción constante entre el gobierno, la academia, la industria y la sociedad civil.

I. Un marco normativo en construcción.

En el caso de México, el desarrollo de políticas públicas en materia de IA es aún incipiente. Hasta ahora, los esfuerzos regulatorios se han limitado a iniciativas legislativas y dictámenes presentados en el Congreso, los cuales se abordarán más adelante. Entre los principales desafíos se encuentra la complejidad de regular tecnologías altamente sofisticadas y sujetas a una incesante evolución, lo que conlleva el riesgo de que la norma quede superada rápidamente.

Instituciones públicas y privadas han promovido acciones estratégicas con un enfoque integral y equilibrado. De todo ello, destacan las propuestas legislativas que buscan establecer principios operativos, como la gestión de riesgos, la neutralidad tecnológica y la supervisión de sistemas de IA de alto impacto. Asimismo, las políticas públicas nacionales priorizan la creación de lineamientos éticos, como la transparencia algorítmica, la rendición de cuentas y la protección de datos personales. Así, se toma como punto de partida el papel clave de esta tecnología para el desarrollo económico, la innovación y la productividad⁴⁵. Junto a ello, el avance y adopción responsable de la IA en el país emergen como una oportunidad para dinamizar la economía nacional y posicionar a México como un actor destacado en el escenario tecnológico global⁴⁶.

La primera iniciativa legislativa relacionada con la IA apareció el 23 de abril de 2023; la denominada “Ley para la regulación ética de la IA y la robótica”, mediante la cual se pretendía crear el Consejo Mexicano de Ética para la IA y la Robótica⁴⁷. En el año de 2024, se presentaron iniciativas legislativas para expedir la “Ley Federal que regula la Inteligencia Artificial”, que hacía referencia al nivel de riesgo de la IA y tenía como objetivo desarrollar un marco normativo para controlar el uso de la IA en todas las actividades digitales⁴⁸.

45 Especialmente en relación con este hecho según el Índice Latinoamericano de Inteligencia Artificial 2024 (ILIA), México se sitúa en el puntaje máximo a nivel regional, destacando como líder en cantidad de patentes. ILIA, *Índice Latinoamericano de Inteligencia Artificial, Ficha-México*, disponible en <https://indicelatam.cl/wp-content/uploads/2024/11/Ficha-Mexico.pdf>.

46 ANIA, *Propuesta de Agenda Nacional de Inteligencia Artificial para México 2024–2030*. Disponible en: https://www.ania.org.mx/_files/ugd/447d95_ae0e425d83644651bd19ab4acd9007.pdf.

47 El proyecto de ley responde a la Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial, redactada por la UNESCO en 2021 a la cual México se adhirió con el objetivo de establecer un marco normativo que asegure que la IA genere resultados justos, sostenibles e inclusivos. Su fundamento radica en la protección y promoción de los derechos humanos, la dignidad humana y la sostenibilidad ambiental. Disponible en: <https://articles.unesco.org/sites/default/files/medias/fichiers/2024/07/M%C3%A9xico.%20Evaluaci%C3%B3n%20del%20estado%20de%20preparaci%C3%B3n%20de%20la%20inteligencia%20artificial.pdf>.

48 Esta propuesta de ley toma como referencia el Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio de 2024, en materia de inteligencia artificial (DOUE-L-2024-81079). El enfoque normativo de la UE se basa en un modelo de regulación por riesgos: a mayor nivel de riesgo, mayor número de obligaciones.

Más tarde, el 22 de abril de 2025 legisladoras y legisladores de diversos grupos parlamentarios presentaron la iniciativa de reforma que pretende sentar las bases con carácter general para la creación de una *Ley Federal para el Desarrollo Ético, Soberano e Inclusivo de la Inteligencia Artificial*. Esta propuesta tiene como objetivo establecer principios que garanticen el desarrollo y uso de la inteligencia artificial de manera ética y responsable, con el fin de prevenir el mal uso de estas tecnologías en México⁴⁹.

Sin embargo, desarrollar una estrategia donde la inteligencia artificial se consolide como una herramienta de uso ético y responsable es un reto que México está abordando de forma pausada y fragmentada. A pesar de haber tenido una participación destacada desde 2018 en el debate internacional —colaborando en la formación de grupos de trabajo de la ONU y liderando iniciativas dentro de la Red de América Latina y el Caribe para el Desarrollo de Gobiernos Digitales—, el país aún no cuenta con un marco jurídico sólido para enfrentar con eficacia la diversidad de desafíos que trae consigo esta revolución tecnológica. Esto evidencia que un alto nivel de desarrollo tecnológico y un elevado número de solicitudes de patentes no se traducen necesariamente en una posición de liderazgo en materia de regulación de la IA, un ámbito en que México se ha quedado rezagado, perdiendo el papel pionero que en su momento llegó a desempeñar junto a Brasil⁵⁰.

Por otro lado, ante los retos asociados al desarrollo de la inteligencia artificial en 2023, el Senado de la República, a través de su Comisión de Ciencia y Tecnología, estableció la *Alianza Nacional de Inteligencia Artificial (ANIA)*. Su propósito fue consolidar un ecosistema robusto para la IA en México, priorizando estándares éticos y soluciones técnicas adaptadas al contexto nacional y con la colaboración de actores públicos, privados y académicos.

Junto con ello, durante 2024 ANIA, publicó la *Propuesta de Estrategia Nacional de la Inteligencia Artificial para México 2024-2030*⁵¹ que define tres líneas estratégicas para la IA. 1) Regulación ética: Basada en neutralidad tecnológica, competencia económica y protección de derechos digitales; 2) IA para el bien común: Orientada a reducir brechas sociales y promover sostenibilidad ambiental;

49 CÁMARA DE DIPUTADOS, Notas/Agencia de Noticias, Nota núm. 1884. Disponible en: <https://comunicacionsocial.diputados.gob.mx/index.php/notilegis/diputadas-y-diputados-de-morena-y-pvem-impulsan-la-creacion-de-la-ley-federal-para-el-desarrollo-etico-soberano-e-inclusivo-de-la-inteligencia-artificial-en-mexico>.

50 De acuerdo con el *Índice de Inteligencia Artificial para América Latina y el Caribe (ILIA 2024)*, los países que encabezan la región en preparación para implementar inteligencia artificial son Chile, Brasil y Uruguay. Por otro lado, México se ubica en el grupo de «adaptadores» de IA, lo que refleja un avance moderado en comparación con los líderes regionales.

51 Los documentos e informes elaborados por la Alianza se encuentran disponibles en: <https://www.ania.org.mx/>.

3) Innovación con equidad: Centrada en salvaguardar a poblaciones vulnerables y evitar sesgos algorítmicos⁵².

De forma que la futura regulación sobre IA previsiblemente tomará como referencia el Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial (en adelante RIA), por ser el primer estándar normativo enfocado en el desarrollo responsable de la IA⁵³, al tiempo que busca aprovechar las oportunidades que ofrece esta tecnología⁵⁴. Cabe ahora precisar que el legislador mexicano deberá considerar uno de los principales avances de este instrumento, esto es, la clasificación de los sistemas de IA según el nivel de riesgo que representan, estableciendo obligaciones y mecanismos específicos de control. Este enfoque permite equilibrar la innovación con la protección de los derechos fundamentales, a la vez que fomenta entornos seguros para el desarrollo tecnológico.

Asimismo, el RIA introduce herramientas como los *sandboxes* regulatorios, dirigidos a facilitar la experimentación supervisada de sistemas de IA en contextos reales⁵⁵. Además, este instrumento promueve la alfabetización digital con el fin de fortalecer las capacidades institucionales y sociales frente a estas tecnologías.

Por tanto, sería necesario que el legislador mexicano considere la creación de entornos regulatorios de prueba para la experimentación de tecnologías de IA, bajo la supervisión de la Secretaría de Ciencia, Humanidades, Tecnología e Innovación (Secihti). Asimismo, esta iniciativa fomentará la cooperación entre diversos actores — academia, gobierno, iniciativa privada —, para impulsar proyectos de IA, lo que contribuiría al fortalecimiento de un ecosistema de innovación sostenible y alineado con estándares internacionales.

2. ¿Es deseable una reforma legal que reconozca las invenciones generadas por IA?

Numerosas y, posiblemente, también difíciles de contabilizar son las aplicaciones de IA, que marcan una tendencia generalizada para contribuir a la mejora de la

52 *Ibid.* p. 23.

53 Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 300/2008, (UE) núm. 167/2013, (UE) núm. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial). DOUE-L-2024/1689 de 12 de julio de 2024.

54 PALAO MORENO, G.: "Inteligencia Artificial y propiedad intelectual: avances en su ordenación en la Unión Europea", en AA.VV.: *Justicia algorítmica y neuroderecho: una mirada multidisciplinar* (ed. por S. BARONA VILAR), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 633-652.

55 En este sentido, las normas sobre espacios controlados de pruebas, también conocidos como *sandboxes* regulatorios, establecen un marco concreto que proporciona un contexto estructurado para la experimentación. Estos permiten ensayar tecnologías, productos, servicios o enfoques innovadores en situaciones reales, durante un periodo y sector delimitados, y bajo supervisión regulatoria. De esta forma, se garantizan las salvaguardias adecuadas y se reducen los riesgos inherentes al proceso de innovación. Sobre estos véase TECHFRIENDLY S.L. *Sandbox: Entender e implementar. Guía para entornos controlados de pruebas*. Disponible en: <https://www.ciencia.gob.es/Innovar/SandBoxes.html>.

calidad de vida de las personas y favorecer el crecimiento económico⁵⁶. Si bien, la evolución de la IA en el contexto mexicano aún es incierta tanto para los desarrolladores como para los legisladores, el caso DABUS es un indicio de los posibles desarrollos futuros de esta tecnología.

Por ello, el análisis de este apartado se llevará a cabo considerando un escenario en el que la IA reunirá un conjunto de características que le permitirán crear e inventar, alcanzando soluciones que, de haber sido desarrolladas por seres humanos, serían susceptibles de protección mediante patente⁵⁷.

Como se vio a lo largo de este trabajo, las patentes que integran IA suelen tratarse de la misma forma que otras patentes convencionales. En concreto, una de las principales deficiencias estructurales del sistema de propiedad industrial mexicano radica en su limitación frente a la IA generativa⁵⁸. Así con todo, esta omisión normativa genera un escenario de incertidumbre jurídica frente a la naturaleza autónoma de la IA, lo que en el futuro podría derivar en importantes implicaciones legales y éticas asociadas a su uso⁵⁹.

Del análisis de la legislación mexicana se desprende que el acceso y la participación en el progreso científico y tecnológico constituyen un derecho de todos los mexicanos. Así como el disfrute de los beneficios sociales que de dicho progreso se deriven. En consecuencia, el Estado tiene la obligación de fomentar el desarrollo tecnológico y la innovación orientados a contribuir al bienestar de la población⁶⁰. Por esto mismo, son diversos los aspectos legislativos que convendría reconsiderar y, en su caso, reformar dentro del marco jurídico mexicano en busca de una mayor garantía de los derechos. En primer lugar, se deberán establecer garantías para mitigar el impacto negativo que pueda ocasionar la IA. En segundo

56 KIM, D.: "Artificial Intelligence", cit., pp. 1-10.

57 Al respecto, se prevé que, entre 2045-2050, los sistemas de IA reunirán características tales como la capacidad de aprender y operar, la inteligencia racional, la creatividad, la impredecibilidad de sus resultados, la independencia y autonomía en su evolución, la eficiencia y precisión, así como la capacidad de tomar decisiones de manera autónoma. Esta proyección permite afirmar que dichos agentes no solo serán capaces de desarrollar actividad inventiva para generar soluciones prácticas a problemas técnicos. SÁNCHEZ GARCÍA, L.: *El Inventor Artificial Un reto para el Derecho de Patentes*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 99-100.

58 Debe puntualizarse que los sistemas de IA se utilizan principalmente para analizar datos y hacer predicciones. En cambio, la IA generativa amplía estas capacidades, ya que crea nuevos datos similares a los datos con los que ha sido entrenada. Este avance permite crear diversas formas de contenido nuevo, como audio código, texto. Por lo que se denomina IA generativa a cualquier modelo de aprendizaje automático capaz de crear productos de forma dinámica después de haber sido entrenado. WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (2024): "Generative AI", *World Intellectual Property Organization*. Disponible en: <https://doi.org/10.34667/TIND.49599>.

59 SCHUETT, J.: "Three lines of defense against risks from AI", *AI & SOCIETY*, vol. 40, 2025, pp. 493-507. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s00146-023-01811-0>.

60 Art. 2 LGMHCTI.

lugar, es necesario para el país una legislación que fortalezca el ecosistema de innovación que proporcione los incentivos necesarios para el desarrollo de la IA⁶¹.

A) Inventor.

Como ya se adelantaba anteriormente, la creciente intervención de sistemas de IA en la investigación y el desarrollo de nuevas tecnologías ha ampliado el conjunto de actores que intervienen de forma significativa en la generación de invenciones. Programadores, entrenadores, operadores y demás colaboradores técnicos contribuyen de manera diversa, pero esencial, al proceso creativo y técnico que culmina en un resultado patentable⁶².

Por lo que, es necesario avanzar hacia un modelo de propiedad industrial que establezca con claridad quién debe ser reconocido como inventor cuando una invención se ha desarrollado con asistencia de sistemas de IA. A partir de lo expuesto, se identifican algunas líneas de mejora que podrían tener efectos positivos para la innovación en el país.

Una primera medida consistiría en incorporar en la LFPPI una definición expresa del concepto de inventor; dado que la legislación vigente en su redacción actual no lo prevé. Esta omisión podría generar incertidumbre jurídica en aquellos casos en los que la IA actúe como instrumento que facilita el desarrollo de la invención.

Bajo este enfoque, se propone reconocer como inventor a la persona física que realice la contribución intelectual necesaria para la concepción de la invención, aun cuando en el proceso inventivo intervengan sistemas de IA, sin que ello implique el reconocimiento de personalidad jurídica a dichos sistemas. En particular, conviene mencionar que atribuir derechos a la propia IA carece de fundamento legal, dado que estos sistemas no requieren incentivos para innovar y tampoco pueden ser titulares de derechos por falta de personalidad jurídica⁶³. Se trata, más bien de reconocer que, en un futuro cercano, la IA estará integrada en el proceso inventivo.

La incorporación de esta categoría en la LFPPI permitiría dotar al IMPI de criterios normativos claros para la identificación y valoración de las aportaciones humanas relevantes en invenciones desarrolladas con apoyo de IA, reconociendo que únicamente la persona física posee la creatividad y contribución intelectual, mientras que la IA es un recurso en el proceso inventivo.

61 UNESCO, *México Evaluación del estado de preparación de la inteligencia artificial*. Disponible en: <https://articles.unesco.org/sites/default/files/medias/fichiers/2024/07/M%C3%A9xico.%20Evaluaci%C3%B3n%20del%20estad%C3%ADo%20de%20preparaci%C3%B3n%20de%20la%20inteligencia%20artificial.pdf>.

62 BAYINDIR, A.S. y DANAHER, J.: "Why We Should Recognize AI as an Inventor", *Bioethical Inquiry*, vol. 22, 2025, pp. 515–525. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s11673-025-10429-4>.

63 YANISKY RAVID, S. Y XIAOQIONG, J. L.: "When Artificial", cit., pp. 2215-2263.

De igual forma, debería contemplarse la creación de un registro, que tenga como propósito identificar a quienes hayan realizado aportaciones técnicas o científicas esenciales para el desarrollo y funcionamiento del sistema de IA involucrado. Así con todo la LFPPI reflejaría la realidad del proceso inventivo y podría ofrecer la posibilidad de generar incentivos adecuados para quienes contribuyen de forma sustancial al mismo⁶⁴. Dicha categoría no tendría como finalidad conferir la calidad de inventor a cada sujeto que interviene, sino reconocer formalmente su aportación, lo que permitiría delimitar responsabilidades, incentivar la innovación tecnológica y aportar mayor certeza jurídica en materia de titularidad de derechos de propiedad industrial.

B) Duración.

En México, el art. 53 de la LFPPI establece que las patentes tienen una vigencia de veinte años improrrogables. Esta duración de protección es la misma para todas las invenciones independientemente de los costos de investigación y desarrollo. No obstante, este modelo plantea algunas cuestiones en relación con las invenciones de la IA generativa.

En primer lugar, al considerar aspectos como la velocidad a la que evolucionan los productos tecnológicos y la IA, así como su obsolescencia, conviene destacar que otorgar un derecho de exclusión de veinte años podría, por un lado, favorecer a empresas con mayores recursos financieros para innovar y, por otro, limitar la participación de aquellos que no pueden hacerlo al mismo ritmo⁶⁵. Esta situación podría dar lugar a monopolios que fragmenten el ecosistema de innovación⁶⁶.

Por lo que, la LFPPI podría modificarse para establecer un periodo de protección de diez años para las invenciones de la IA generativa⁶⁷. Asimismo, se podría realizar una revisión intermedia de uso a los cinco años, que permitiera evaluar de forma periódica estas invenciones, asegurando que se mantengan alienadas con criterios éticos y sean seguras para los usuarios⁶⁸. Estos criterios podrían incluir: 1) transparencia y trazabilidad en los algoritmos empleados; 2) ausencia de sesgos discriminatorios en los resultados generados; 3) protección de datos personales; y 4) mitigación de riesgos de seguridad, entendidos como

64 DE RASSENFOSSE, G., JAFFE, A. Y WASSERMAN, M.: "AI-Generated Inventions: Implications for the Patent System", *Southern California Law Review*, vol. 96, núm. 6, 2023, pp. 101-126. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4434054>.

65 *Ibid.*

66 ARCHIBUGI, D., MARIELLA, V. y VEZZANI, A.: "What next? Nations in the technological race through the 2030", *Technological Forecasting and Social Change*, vol. 212, 2025, pp. 1-14. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.techfore.2025.123987>.

67 Art. 53 LFPPI.

68 Por su relación, se puede hacer referencia a lo establecido en el art. 233 y Décimo Primero Transitorio de la LFPPI, que establecen la obligación del titular de una marca de presentar ante el IMPI la declaración de uso real y efectivo, a partir de que se cumpla el tercer año de haberse otorgado el registro.

la prevención de daños a los usuarios, fallas en el funcionamiento del sistema o vulnerabilidades que puedan ser explotadas maliciosamente. Este enfoque podría evitar que la explotación de estas invenciones de lugar a vulneraciones de derechos, de modo que se concediese una regulación proporcional que proteja derechos fundamentales y fomente la innovación tecnológica responsable.

En concreto, esta medida se fundamenta en que el ciclo de vida de estas tecnologías es generalmente corto y que el uso de herramientas de IA reduce de manera significativa el esfuerzo humano requerido, lo que justificaría una vigencia de protección menor. Asimismo, esta medida podría favorecer la competencia y el desarrollo de invenciones que conduzcan a un crecimiento sostenible a largo plazo.

C) Riesgos.

No puede pasar inadvertido que los usuarios de sistemas de IA no siempre pueden anticipar el comportamiento de estas tecnologías, lo que incrementa los riesgos derivados de su autonomía. Asimismo, el entrenamiento de estos sistemas requiere el uso de diferentes tipos de datos —incluidos datos biométricos, obras protegidas por derechos de autor e información confidencial—⁶⁹. Por ello, es necesario implementar acciones que permitan de minimizar los riesgos asociados a su uso⁷⁰.

Aunque no es posible mitigar por completo estos riesgos, considerar la creación de un Registro Nacional de Sistemas de Inteligencia Artificial permitiría garantizar la seguridad y el control sobre estos sistemas. Este organismo tendría como propósito recopilar información técnica sobre los sistemas de IA, proporcionado información detallada sobre su diseño, funcionamiento, datos personales involucrados, nivel de riesgos, posible sesgos y medidas de control⁷¹.

69 Al respecto, se ha identificado que la base de datos *DataComp* emplea un amplio conjunto de documentos de identidad extraídos de la web —como pasaportes, tarjetas de crédito, certificados de nacimiento y otros que contienen información de identificación personal— para el entrenamiento de modelos generativos. SANCHEZ, J.: “Un importante conjunto de datos para el entrenamiento de IA contiene millones de ejemplos de datos personales”, *MIT Technology Review*, 2025. Disponible en: <https://technologyreview.es/article/un-importante-conjunto-de-datos-para-el-entrenamiento-de-ia-contiene-millones-de-ejemplos-de-datos-personales/>.

70 El desarrollo de IA ha permitido que los robots sean capaces de resolver problemas con mayor eficiencia, lo que ha impulsado su integración en ámbitos como la cirugía. Por ejemplo, el sistema quirúrgico *Da Vinci* es utilizado por su precisión y por la capacidad que tiene para realizar cirugías mínimamente invasivas; se estima que se empleó en aproximadamente 1,5 millones de cirugías durante el año 2021. No obstante, a pesar de requerir supervisión humana constante y no operar de manera autónoma, su uso también ha estado relacionado con incidentes graves. Entre los casos documentados se encuentran una cirugía renal fallida y un fallecimiento ocurrido en 2015, provocado por una lesión cardíaca durante la operación. Estos hechos evidencian que, aunque la IA mejora las capacidades técnicas de los robots, su implementación en entornos clínicos conlleva riesgos importantes. ELDAKAK, A., ALREMEITHI, A. Y DAHIYAT, E: “Civil liability for the actions of autonomous AI in healthcare: an invitation to further contemplation”, *Humanit Soc Sci Commun*, núm. 11, 2024, pp. 1-8. Disponible en: <https://doi.org/10.1057/s41599-024-02806-y>.

71 En relación con esto, se puede destacar el art. 71 del Reglamento (UE) 2024/1689, que prevé un registro de los sistemas de IA, medida necesaria para garantizar su trazabilidad, supervisar su funcionamiento y llevar

En concreto, los sistemas inscritos recibirían una certificación oficial, que acreditase su calidad, seguridad y confiabilidad. Por lo que este reconocimiento proporcionaría incentivos a proveedores, desarrolladores y entrenadores de IA, al generar confianza frente a clientes y usuarios y avalar que el sistema cumple con estándares oficiales. Por último, facilitaría el acceso a mercados donde contar con una certificación es un requisito obligatorio⁷².

Particularmente, por lo que se refiere a los daños y perjuicios ocasionados por el uso de los sistemas de IA, se podría considerar la incorporación de un estatuto sobre el uso indebido de sistemas de IA generativa en el Código Penal Federal. Con ello, se establecerían medias para la asignación de responsabilidad frente a conductas que impliquen manipulación, fraude o perjuicio a terceros. Asimismo, si la IA llegara a representar un riesgo significativo, se podría adoptar un enfoque de control riguroso para proteger la seguridad, la integridad y tutelar los derechos de las personas. De este modo, en un entorno controlado, se podría estimular la innovación y desarrollo de la IA a nivel nacional⁷³.

V. CONCLUSIONES.

En México el uso de IA está adquiriendo relevancia como herramienta para la innovación con efectos que podrían generar beneficios sociales y económicos a nivel global. No obstante, a medida que esta tecnología participe más activamente en la creación de invenciones, surgirán con frecuencia cuestiones relacionadas con riesgos éticos y jurídicos asociadas a la IA generativa, lo que pone en evidencia la necesidad de una reforma integral del sistema nacional de patentes. Por ello, es necesario formular un conjunto de propuestas *lege ferenda* que contribuirían al establecimiento de normas claras y oportunas acordes a la era digital:

1. Aprobación de una ley o reglamento específico sobre IA, o bien una reforma sustancial de la LFPPi, que regule el desarrollo y uso ético de la IA y sobre todo que garantice la protección de derechos fundamentales. Esta reforma debería establecer mecanismos de supervisión y control para fomentar la innovación y el desarrollo tecnológico.

2. Incorporación en la LFPPi de un estatuto de IA generativa que regule su contribución directa en la concepción de invenciones. Este estatuto permitiría

a cabo la vigilancia después de su comercialización. El registro deberá realizarlo el proveedor o, en su caso, el representante autorizado, quienes se registran a sí mismos y a su sistema en la base de datos de la UE.

72 VEGA IRACELAY, J.: "Inteligencia Artificial y Derecho: Principios y Propuestas para una gobernanza eficaz", *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, núm. 5, 2018, pp. 13-47. Disponible en: https://docs.wixstatic.com/ugd/fe8db5_7781fc969f9d40a6893d9b9f38fefa25.pdf.

73 ABOY, M., LIDDELL, K. y LATH, A.: "Inventorship in the age of AI: examining the USPTO Guidance on AI-assisted inventions", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 20, núm. 7, 2025, pp. 495-502. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpaf019>.

delimitar responsabilidades, establecer criterios para la atribución de autoría y la asignación de derechos sobre invenciones generadas o asistidas por IA. Esta medida garantizaría una distribución equitativa de los beneficios en el proceso inventivo, reconociendo tanto al titular de los datos utilizados para el entrenamiento como al desarrollador del sistema de IA.

3. Regulación expresa de la figura del inventor y titular en la LFPPI, reconociendo al inventor como creador de la invención independientemente de que sea una persona física o una IA. La propuesta buscaría aportar claridad y certeza jurídica en la atribución de derechos sobre invenciones, especialmente en contextos donde los sistemas de IA participen en el proceso creativo.

4. Para reducir el posible efecto negativo de la autonomía de las invenciones de IA, podría ser necesaria una mayor supervisión humana. Por ello, la implementación de revisiones periódicas de estas invenciones garantizaría un funcionamiento seguro y confiable, reduciendo los posibles incidentes para los usuarios. Este enfoque promovería una innovación tecnológica responsable sin comprometer los derechos fundamentales.

5. Creación de un Registro Nacional de Sistemas de Inteligencia Artificial, permitirá ordenar la información técnica de los sistemas de IA a lo largo de todo su ciclo de vida. Este registro garantizará la trazabilidad desde las primeras fases de creación de los sistemas de IA, fortaleciendo la supervisión, la transparencia y la seguridad en su implementación.

6. Establecimiento de entornos regulatorios de pruebas que proporcionen un contexto estructurado para la experimentación de tecnologías de IA generativa en situaciones reales, bajo supervisión regulatoria de la Secretaría de Ciencia, Humanidades, Tecnología e Innovación (Secihti). Esta iniciativa garantizaría incentivos para que empresas, instituciones académicas e investigadores desarrollen y participen en proyectos seguros que impulsen la innovación generada por IA. Asimismo, reduciría los riesgos inherentes a todo proceso de innovación. En conjunto, estas medidas permitirán optimizar los beneficios de la innovación tecnológica de manera segura y responsable.

A partir de lo expuesto, el legislador no puede ignorar la necesaria revisión del marco jurídico vigente. México tiene la oportunidad para competir en el futuro cercano, en sectores como, automatización industrial, tecnologías de la información, manufactura o energías renovables. Esto estará condicionado, en gran medida, por el diseño de políticas públicas que le permitirán afrontar los próximos desafíos de la carrera tecnológica global, la cual podría transformar de manera significativa el desarrollo tecnológico en los próximos años. Antes de promulgar nuevas normas, es esencial plantear: ¿A quién deben dirigirse estas políticas? ¿Deberían enfocarse

en las personas, los fabricantes de IA, en sus desarrolladores, o en promover un desarrollo sostenible?

BIBLIOGRAFÍA

ABBOTT, R.:

Research Handbook on Intellectual Property and Artificial Intelligence, Forthcoming, UK, 2022.

- "The Artificial Inventor Project.", *WIPO Magazine*, 2019.
- ABOY, M., LIDDELL, K. Y LATH, A.: "Inventorship in the age of AI: examining the USPTO Guidance on AI-assisted inventions", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 20, núm. 7, 2025.

ARCHIBUGI, D., MARIELLA, V. Y VEZZANI, A.: "What next? Nations in the technological race through the 2030", *Technological Forecasting and Social Change*, vol. 212, 2025.

BARONA VILAR, S.:

- *Algoritmización del derecho y de la justicia. De la inteligencia artificial a la Smart Justice*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- "Inteligencia Artificial o la Algoritmización de la vida y de la Justicia: ¿Solución o Problema?", *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 28, 2019.

BAYINDIR, A.S. Y DANAHER, J.: "Why We Should Recognize AI as an Inventor", *Bioethical Inquiry*, vol. 22, 2025.

BECERRA RAMÍREZ, M.: *La pandemia COVID-19 y la propiedad intelectual en el orden mundial*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2023.

BELTRÁN MORALES, L.F., ALMENDAREZ HERNÁNDEZ, M.A. y JEFFERSON D. J.: "El efecto de la innovación en el desarrollo y crecimiento de México: una aproximación usando las patentes", *Problemas del desarrollo*, vol. 49, núm. 195, 2018.

CANTOS PARDO, M.: "Algoritmización de los procesos judiciales sobre derechos de propiedad industrial", en AA.VV.: *Los nuevos horizontes y metas de la propiedad industrial* (dir. por M. I. CANDELARIO MACÍAS), Aranzadi, Madrid, 2024.

CASADO CERVIÑO, A.: "El papel de la propiedad industrial en la sociedad del conocimiento. Presente y futuro", *ICADE, Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 83-84, 2012.

CASAMAYOR DE BLAS, A.: "El reto de una industria textil competitiva y sostenible a través de la Inteligencia Artificial", en AA.VV.: *Los nuevos horizontes y metas de la propiedad Industrial* (dir. por M. I. CANDELARIO MACÍAS), Aranzadi, Madrid, 2024.

DE RASSENFOSSE, G., JAFFE, A. Y WASSERMAN, M.: "AI-Generated Inventions: Implications for the Patent System", *Southern California Law Review*, vol. 96, núm. 6, 2023.

ELDAKAK, A., ALREMEITHI, A. Y DAHIYAT, E.: "Civil liability for the actions of autonomous AI in healthcare: an invitation to further contemplation", *Humanit Soc Sci Commun*, núm. 11, 2024.

GARCÍA CORONA, S.: *Crónica Temática sobre Propiedad Intelectual*, SCJN, Ciudad de México, 2008.

JALIFE DAHER, M.: *Derecho mexicano de la propiedad industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

KANNA, R. Y PALLAVI, S.: "Thaler v Commissioner of Patents [2021] FCA 879: DABUS - An 'Inventor'?", *Indian Journal of Artificial Intelligence and Law*, núm. 2, 2022.

KIM, D.:

- "Artificial Intelligence Systems as Inventors? A Position Statement of 7 September 2021 in View of the Evolving Case-Law Worldwide", *SSRN Electronic Journal*, núm. 21-20, 2021.
- "Clarifying Assumptions About Artificial Intelligence Before Revolutionising Patent Law", *GRUR International*, núm. 71, 2022.

KURCZYN, P. Y VILLANUEVA, F.: "Las invenciones de los investigadores asalariados en las entidades públicas de investigación y desarrollo en México", *Boletín mexicano de derecho comparado*, núm. 42, 2009.

MAROÑO GARGALLO, M. DEL M.: "El concepto de inventor en el derecho de patentes y los sistemas de inteligencia artificial", *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 12, núm. 2, 2020.

MUÑOZ VILLARREAL, A. Y GALLEGU CORCHERO, V.: "Inteligencia Artificial e Irrupción de una Nueva Personalidad en Nuestro Ordenamiento Jurídico ante la Imputación de Responsabilidad a los Robots", en AA.VV.: *Inteligencia artificial y riesgos cibernéticos: responsabilidades y aseguramiento* (dir. por E. MONTERROSO CASADO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

NILSSON, N.J.: *The Quest for Artificial Intelligence. A History of Ideas and Achievements*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

PALAO MORENO, G.: "Inteligencia Artificial y propiedad intelectual: avances en su ordenación en la Unión Europea", en AA.VV.: *Justicia algorítmica y neuroderecho: una mirada multidisciplinar* (ed. por S. BARONA VILAR), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

ROBLES CARRILLO, M.: "La Gobernanza de la Inteligencia Artificial: Contexto y Parámetros Generales", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 39, 2020.

SAMOILI, S.: *AI Watch. Defining Artificial Intelligence, Towards and operational definition and taxonomy of artificial intelligence*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020.

SÁNCHEZ GARCÍA, L.:

- *El Inventor Artificial Un reto para el Derecho de Patentes*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2020.
- "Las invenciones generadas por inteligencia artificial y sus implicaciones para el derecho de patentes", *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, núm. 5, 2018.
- "Retos actuales del sistema de patentes en la era de la inteligencia artificial", *Economía industrial*, núm. 433, 2024.

SCHERER MATTHEW, U.: "Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies", *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 29, núm. 2, 2016.

SCHUETT, J.: "Three lines of defense against risks from AI", *AI & SOCIETY*, vol. 40, 2025.

SOLORIO PÉREZ, O. J.: *Derecho de la propiedad intelectual*, Oxford University Press, México, 2010.

VEGA IRACELAY, J.: "Inteligencia Artificial y Derecho: Principios y Propuestas para una gobernanza eficaz", *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, núm. 5, 2018.

VIDAL CORREA, L.E.: "Propiedad intelectual e inteligencia artificial: el cadáver exquisito", *Revista Especializada en Investigación Jurídica*, núm. 26, 2025.

YANISKY RAVID, S. Y XIAOQIONG, J. L.: "When Artificial Intelligence Systems Produce Inventions: The 3A Era and an Alternative Model for Patent Law", *Cardozo Law Review*, vol. 39, 2018.

XIN-SHE, Y.: *Artificial Intelligence, Evolutionary Computing and Metaheuristics in the Footsteps of Alan Turing*, Springer, UK, 2013.

XALABARDER, R.: "Inteligencia Artificial y Propiedad Intelectual", en AA.VV.: *Retos jurídicos de la inteligencia artificial* (coord. por A. CERRILLO I MARTÍNEZ, y M. PEGUERA POCH), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.



CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO



EL DESPERDICIO DE ALIMENTOS Y LAS OBLIGACIONES
DE LA CADENA ALIMENTARIA

FOOD WASTE AND THE OBLIGATIONS OF THE FOOD CHAIN

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 734-753

Jorge
REQUENA
y Francisca
RAMÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de mayo de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2026

RESUMEN: El desperdicio alimentario se ha consolidado como uno de los principales desafíos contemporáneos en materia de sostenibilidad ambiental, eficiencia económica y justicia social. El presente artículo analiza las obligaciones establecidas en el Capítulo II de la Ley 1/2025, de prevención de las pérdidas y el desperdicio alimentario, prestando atención a los sujetos afectados por la nueva normativa, los principios de prevención, sistemas de medición y control del desperdicio, donación de alimentos y los planes de prevención exigidos a los operadores económicos. Además, se examinarán las obligaciones para cada uno de los eslabones de la cadena. se abordarán igualmente los diversos retos y limitaciones a los que se enfrentará la Ley 1/2025 en su implementación práctica, entre los que podemos encontrar dificultad en la medición del desperdicio, la carga administrativa a determinados operadores económicos y el riesgo de un traslado excesivo de la responsabilidad a los consumidores y pequeños agentes de la cadena que impide una comprensión completa del problema. Finalmente se concluye con que la Ley 1/2025 constituye un avance relevante en el ámbito jurídico de la prevención del desperdicio de alimentos, aunque su eficacia dependerá de la capacidad de integración de las nuevas obligaciones en la industria.

PALABRAS CLAVE: Desperdicio de alimentos; obligaciones; limitaciones; cadena alimentaria; Ley 1/2025.

ABSTRACT: Food waste has become one of the main contemporary challenges in terms of environmental sustainability, economic efficiency and social justice. This article analyses the obligations established in Chapter II of the Law 1/2025 on the prevention of food loss and waste, paying particular attention to the subjects affected by the new legislation, the principles of prevention, food waste measurement and control systems, food donation and the prevention plans required from economic operators. In addition, the obligations applicable to each stage of the food supply chain will also be examined. The article will also address the various challenges and limitations that Law 1/2025 will face in its practical implementation, including difficulties in measuring food waste, the administrative burden imposed on certain economic operators and the risk of an excessive transfer of responsibility to consumers and small agents within the supply chain, which prevents a complete understanding of the problem. Finally, it is concluded that Law 1/2025 constitutes a significant advance in the legal field of food waste prevention, although its effectiveness will depend on the capacity to integrate the new obligations within the industry.

KEY WORDS: Food waste; obligations, limitations, food chain, Law 1/2025.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL DESPERDICIO DE ALIMENTOS, UN PROBLEMA SOCIAL, AMBIENTAL Y JURÍDICO.- II. INTERVENCIÓN JURÍDICA EN LA PREVENCIÓN DEL DESPERDICIO DE ALIMENTOS.- 1. Antecedentes normativos en España: más alimento, menos desperdicio (Ley 7/2022).- 2. Objetivos de la Ley 1/2025. 3. Estrategias voluntarias: recomendaciones y acuerdos voluntarios.- III. OBLIGACIONES GENERALES DE LA CADENA ALIMENTARIA.- 1. Sujetos obligados.- 2. Principios de la prevención.- 3. Medición y control de desperdicios.- 4. Donación de alimentos.- 5. Jerarquía de prioridades.- 6. Planes de prevención del desperdicio.- IV. OBLIGACIONES SEGÚN EL ESLABÓN DE LA CADENA ALIMENTARIA.- 1. Producción primaria.- 2. Industria alimentaria.- 3. Distribución y comercio minorista.- 4. Hostelería y restauración.- V. APLICACIÓN Y CONTROL.- 1. Plan estratégico contra el desperdicio.- 2. Gobernanza multinivel.- 3. Autorregulación y buenas prácticas.- VI. RETOS Y LIMITACIONES DE LAS OBLIGACIONES.- 1. Problemas en la medición del desperdicio.- 2. Dificultades para las empresas.- 3. Riesgo del traslado de la responsabilidad.- 4. Eficacia real de la regulación.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: EL DESPERDICIO DE ALIMENTOS, UN PROBLEMA SOCIAL, AMBIENTAL Y JURÍDICO¹.

Uno de los grandes desafíos de la humanidad, hoy en día, no es otro que el desperdicio alimentario, un problema ya no solo en lo que se refiere a sostenibilidad, sino también en un ámbito económico y de justicia social. Pese a que la industria agroalimentaria del mundo desarrollado posee la capacidad de abastecer con alimentos en cantidad y calidad suficientes a la mayoría de la población todavía hoy millones de personas sufren situaciones de inseguridad alimentaria y dificultades de acceso a una alimentación adecuada, pese a la enorme capacidad productiva del sistema agroalimentario actual². Esta contradicción pone en evidencia importantísimas carencias estructurales en las cadenas de producción y distribución de alimentos.

La Organización de las Naciones Unidas para la alimentación y la agricultura (FAO) ya advirtió en su estudio “Pérdidas y desperdicio de alimentos en el mundo. Alcance, causas y prevención” que la devastadora cantidad de un tercio de los alimentos que son producidos para consumo humano se desperdician cada año, esto supone la pérdida de 1300 millones de toneladas de alimentos aptos para

1 Esta investigación se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D+i Derechos y garantías públicas frente a las decisiones automatizadas y el sesgo y discriminación algorítmicas [2023-2026] (PID2022-136439OB-I00), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y “FEDER Una manera de hacer Europa, y en el Grupo de Investigación de Excelencia de la Generalitat Valenciana (Proyecto Prometeo Algorithmic Law CIPROM 2024 (2025-2029).

2 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS: The State of Food and Agriculture 2019: Moving forward on food loss and waste reduction, 2019.

• Jorge Requena Cases

Grado en Biotecnología. Universitat Politècnica de València. Correo electrónico: jreqcas@upv.edu.es.

• Francisca Ramón Fernández

Catedrática de Derecho civil de la Universitat Politècnica de València. Correo electrónico: frarafer@urb.upv.es.

el consumo anuales³. La doctora Eva Blasco Hedo, responsable de la Unidad de Investigación y Formación del Centro Internacional de Estudios de Derecho ambiental (CIEDA-CIEMAT) menciona que este desperdicio constituye una manifestación de “un funcionamiento ineficiente de los sistemas alimentarios y de una falta de concienciación social”⁴, además destaca que solo en las fases de postcosecha y venta minorista se llega a perder hasta un 14% de los alimentos producidos a nivel mundial.

En lo que respecta a una Unión Europea (UE) ha habido iniciativas que han puesto en manifiesto una preocupación creciente por el desperdicio alimentario. Según los datos aportados por la doctora Blasco Hedo en la UE hasta un 40% del desperdicio se concentra en el consumidor final, otro tanto en las fases de transformación y fabricación, por su parte un 15% corresponde a la restauración y otro 5% a la distribución de los alimentos. Con estas cifras vemos como el problema impacta sobre todos y cada uno de los eslabones de la cadena alimentaria y, en consecuencia, necesita una respuesta capaz de actuar sobre todos ellos⁵.

Más allá de su aplastante apartado cuantitativo el desperdicio de alimentos presenta grandes implicaciones sociales y éticas. La pérdida de alimentos aptos para el consumo humano constituyen una gran contradicción social. Algunos autores llegan a calificar la situación de “vejación”⁶ hacia las personas en situaciones de vulnerabilidad, al coexistir excedentes de alimentos que son desperdiciados con dificultades al acceso de alimentos básicos.

Junto a todo esto llegan las consecuencias ambientales derivadas del desperdicio de alimentos, las cuales adquieren una gran relevancia en el emergente mundo de las políticas climáticas y de economía circular. Según el informe de Emisiones de gases de efecto invernadero en el sistema agroalimentario y huella de carbono de la alimentación en España, el desperdicio de alimentos provoca una cuarta parte de las emisiones totales del sistema agroalimentario español⁷. El desperdicio no es solo la pérdida de alimentos, también el de los recursos naturales y energéticos que se han utilizado a lo largo de su producción.

La concienciación sobre esta problemática ha motivado la aparición de iniciativas a nivel internacional para tratar de reducir estas pérdidas, entre estas podemos destacar el objetivo de desarrollo sostenible (ODS) 12.3 de la Agenda

3 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS: *Global food losses and food waste: Extent, causes and prevention*, 2011.

4 BLASCO HEDO, E.: “Ley 1/2025, de 1 de abril, de prevención de las pérdidas y el desperdicio alimentario”, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 80, de 2 de abril de 2025.

5 BLASCO HEDO, E.: “Ley 1/2025”, cit.

6 CHICA ARELLANO, F.: “El desperdicio de alimentos: una grave vejación a los pobres y al planeta”, *Scripta Fulgentina*, vol. 35, núm. 69-70, 2025, pp. 62 y ss.

7 BLASCO HEDO, E.: “Ley 1/2025”, cit.

2030, este establece como objetivo reducir a la mitad el desperdicio alimentario per cápita en la venta a minorista y entre los consumidores, además de reducir también las pérdidas de alimentos a lo largo de toda la cadena antes del año 2030⁸.

A nivel nacional en España la aprobación de la Ley 1/2025, de 1 de abril, de prevención de las pérdidas y el desperdicio alimentario ha sido un avance en la lucha frente al desperdicio. El doctor Jordi Gascón Gutiérrez señala en su artículo “¿Agua de borraja? Una exploración etnográfica de la Ley 1/2025 de prevención de las pérdidas y el desperdicio alimentario del estado español”⁹ que las estrategias que únicamente se basan en recomendaciones y acciones voluntarias son insuficientes para hacer frente a este problema. Para poner solución a esto la nueva ley establece unas obligaciones jurídicas a todos los agentes de la cadena contando con sanciones en el caso de no cumplir estas pasando de una autorregulación que claramente ha fallado a una normativa más firme.

El presente trabajo cuenta con el objetivo de analizar precisamente esas obligaciones mencionadas en el capítulo II de la Ley 1/2025, además de las principales dificultades y retos a la hora de su aplicación.

II. INTERVENCIÓN JURÍDICA EN LA PREVENCIÓN DEL DESPERDICIO DE ALIMENTOS.

Tradicionalmente la problemática del desperdicio alimentario había sido tratada mediante la sensibilización, sin embargo, el aumento de la preocupación a nivel, económico, social y ambiental han impulsado una implementación de una regulación jurídica sobre el desperdicio, tanto a nivel nacional como europeo e incluso internacional.

I. Antecedentes normativos en España: más alimento, menos desperdicio (Ley 7/2022).

En el caso de España una de las primeras medidas fue la estrategia “Más alimento, menos desperdicio”, impulsada por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente en 2013¹⁰. Esta estrategia se pone sobre la mesa con el objetivo de generar una conciencia social teniendo esto como consecuencia una buena gestión de los recursos alimenticios por parte de todos los miembros de la cadena alimentaria de una forma natural.

8 NACIONES UNIDAS: *Objetivos de Desarrollo Sostenible*, 2015.

9 GASCÓN GUTIÉRREZ, A.: “¿Agua de borraja? Una exploración etnográfica de la Ley 1/2025 de prevención de las pérdidas y el desperdicio alimentario del Estado español, *Archives on Food, Culture and Nutrition*, vol. 3, núm. 2, 2025, pp. 229 y ss.

10 MINISTERIO DE AGRICULTURA, PESCA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE: *Estrategia Más alimento, menos desperdicio. Memoria de Actuaciones llevadas a cabo en el primer periodo de la Estrategia 2013-2016*, Madrid, 2013.

Esta estrategia era de carácter voluntario, basándose en recomendaciones, acuerdos y autorregulación. El objetivo era obtener una cooperación mediante la sensibilización sin la necesidad de implementar obligaciones ni sanciones.

Con el paso del tiempo se dio una evolución de esta medida, insistiendo más en la divulgación de conocimiento, investigación y formación de los ciudadanos, además de seguir buscando incrementar la sensibilización y las buenas prácticas. Sin embargo, la opinión de diversos autores es que los resultados de estas medidas quedaron lejos de lo que se hubiera considerado suficiente¹¹.

Otra medida pionera además de la previamente mencionada fue la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular; esta trajo grandes avances, introduciendo, esta vez sí, obligaciones. Estas dirigidas a reducir la generación de residuos alimentarios en varias fases de la cadena de producción. Además, estableció un protocolo para la separación biorresiduos y conectó las políticas contra el desperdicio con la economía circular.

Esta Ley 7/2022 supuso en su momento un paso hacia la incorporación del problema de los residuos de alimentos en la regulación jurídica. No obstante, esta tampoco fue suficiente, y evidencio la necesidad de la implantación de una medida más específica para este problema.

2. Objetivos de la Ley 1/2025.

Bajo todo el contexto previo se aprueba la Ley 1/2025, de 1 de abril, de prevención de las pérdidas y el desperdicio alimentario, con el objetivo de prevenir y reducir todas estas pérdidas y desperdicio en cada eslabón de la cadena de una forma más eficaz que sus predecesoras.

Darío Dongo en su artículo "Spain's pioneering law on food loss and waste prevention" para Food Times¹² analiza como esta normativa busca superar las a todas las medidas anteriores estableciendo así un marco regulatorio que abarque todas las fases del sistema alimentario. Como sus objetivos principales podemos destacar la reducción del desperdicio de alimentos per cápita en la venta minorista y el consumo, la bajada de las pérdidas de alimentos en cadenas de producción y suministro, la donación y redistribución de excedentes además de la mejora de los sistemas de control del desperdicio. Se destaca el control y cuantificación de

11 FERREIRA TELES, É. M.: "Notas a la nueva Ley 1/2025, de 1 de abril, de prevención de las pérdidas y el desperdicio alimentario", *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 159, 2025.

12 DONGO, D.: "Spain's pioneering law on food loss and waste prevention", *Food Times*, 2025.

los excedentes como uno de los principales desafíos en el diseño y evaluación de este tipo de medidas¹³.

La Ley se encuentra muy relacionada con los compromisos asumidos por España en relación con la Agenda 2030 y las políticas europeas de economía circular y sostenibilidad. En particular, incorpora los objetivos de reducción del 50 % del desperdicio alimentario en el ámbito del consumo y la venta minorista, así como la reducción de un 20 % de las pérdidas alimentarias en las cadenas de producción y suministro antes del año 2030.

Además de sus objetivos ambientales y sociales la ley también cuenta con una finalidad económica. En este ámbito Blasco Hedo¹⁴ señala como a nivel internacional el desperdicio genera pérdidas cercanas a los 936 miles de millones al año por esto la Ley 1/2025 busca reforzar el aprovechamiento de alimentos siempre que sean aptos para el consumo y favorece la redistribución de estos mismos con el objetivo de reducir las ineficiencias económicas derivadas del desperdicio.

3. Estrategias voluntarias: recomendaciones y acuerdos voluntarios

Un elemento muy recurrente y relevante en la regulación del desperdicio alimentario a lo largo de todas sus medidas han sido las estrategias basadas en actos y medidas de carácter voluntario.

Durante años las estrategias de lucha frente al desperdicio se han basado en sensibilización, buenas prácticas y gestos voluntarios buscando reconducir la situación mediante una responsabilidad ciudadana colectiva.

Sin embargo, los resultados de estas medidas han puesto en evidencia sus carencias. Gascón Gutiérrez¹⁵ defiende que este tipo de medidas, pese a necesarias, son insuficientes en el actual modelo agroalimentario. Desde esta perspectiva el problema del desperdicio no viene únicamente del comportamiento individual o colectivo de la ciudadanía, también de la estructura y funcionamiento del propio sistema.

La aprobación de la Ley 1/2025 significa una nueva visión del desperdicio alimentario, siendo ya no solo una cuestión ética sino como un problema de interés público que requiere de medidas específicas y vinculantes para su correcta gestión, suponiendo esto un cambio respecto a etapas anteriores basadas únicamente en recomendaciones y acuerdos voluntarios.

13 FERNÁNDEZ-ZAMUDIO, M. A., y BARCO, H.: "Planteamientos para avanzar en el diagnóstico de las pérdidas y el desperdicio alimentario generado en un territorio: aplicación en la Comunitat Valenciana", *Economía Agraria y Recursos Naturales*, vol. 25, núm. 2, 2025, pp. 219 y ss.

14 BLASCO HEDO, E.: "Ley 1/2025", cit.

15 GASCÓN GUTIÉRREZ, A.: "¿Agua de borraja?", cit., pp. 229 y ss.

III. OBLIGACIONES GENERALES DE LA CADENA ALIMENTARIA.

En el capítulo II de la Ley 1/2025 es donde podemos encontrar el núcleo en lo que respecta a normativa, puesto que es en este dónde se encuentran las obligaciones de cada uno de los miembros de la cadena con el objetivo de prevenir y reducir en pérdidas y desperdicio de alimentos. A diferencia de anteriores estrategias basadas, como ya hemos mencionado, en autorregulación, recomendaciones y acciones voluntarias aquí podemos encontrar un auténtico sistema de deberes jurídicos haciendo así notorio el cambio de rumbo respecto al pasado dándole un carácter vinculante a esta Ley.

Esta nueva normativa presenta un enfoque completo del problema, asignando obligaciones a todos los niveles de la cadena alimentaria, desde el sector primario hasta la distribución de los alimentos. Con esto se consigue ver el desperdicio alimentario como un fenómeno transversal que afecta a todos los eslabones de la cadena, motivo que pone en evidencia la necesidad de que las diferentes medidas se apliquen de una forma coordinada.

I. Sujetos obligados.

Una de las características que más se pueden destacar de la Ley 1/2025 es la amplitud de su ámbito de aplicación, las obligaciones de esta se dirigen a todos los niveles de la cadena, desde la producción primaria, pasando por la transformación y fabricación hasta llegar a la distribución y restauración. Además, también ejerce sobre diferentes entidades sociales asociadas a la redistribución y donación de alimentos.

La Ley 1/2025 adopta la visión que se ha venido impulsando desde Europa en los últimos años mediante políticas de sostenibilidad, esta tiene una visión amplia de la cadena alimentaria, el enfoque “de la granja a la mesa”. Darío Dongo¹⁶ en su artículo previamente mencionado también destaca como el objetivo consiste en evitar que la prevención del desperdicio se reduzca únicamente al consumidor y que la responsabilidad sea extendida a todos los operadores de la cadena.

Sin embargo, la norma tiene en cuenta la exclusión y modulación de sí misma respecto a ciertos operadores con determinadas características. Varias obligaciones quedan por no resultar aplicables a microempresas y/o pequeños establecimientos, especialmente aquellas relacionadas con planes de prevención y acuerdos de donación de excedentes. Con esto se busca una proporcionalidad evitando de tal forma cargas excesivas a operadores con menores capacidades logísticas y económicas.

16 DONGO, D.: “Spain's pioneering”, cit.

2. Principios de la prevención.

El marco jurídico creado con la Ley 1/2025 se basa en principios orientados a la garantía de un uso eficiente y sostenible de los alimentos. Entre estos podemos encontrar la prevención del desperdicio, el aprovechamiento de alimentos aptos para el consumo humano, eficiencia del uso de recursos y la economía circular.

Entre todos estos la prevención se impone como el principal objetivo de la nueva normativa, priorizándose el evitar la generación de excedentes frente a la gestión de los residuos derivados de estos. Desde esta perspectiva la Ley 1/2025 no solo busca reducir el impacto ambiental, sino intervenir en su generación.

Además, la norma cuenta con una dimensión social muy importante, busca potenciar la donación y redistribución de los alimentos aptos para el consumo humano, estableciendo un orden de prioridades para esta actividad. Esta parte de la ley nos muestra, como ya mencionan varios autores, que el alimento no es visto únicamente como un recurso económico, también se le da una fuerte función social.

3. Medición y control de desperdicios.

Uno de los grandes retos a los que se enfrenta la Ley 1/2025 es la enorme dificultad que supone la cuantificación de las pérdidas generadas a lo largo de toda la cadena. Diversos estudios han manifestado la ausencia de un método homogéneo de medición, además de las importantes diferencias en los criterios de identificación y contabilización del desperdicio.

Especialmente relevante resulta el artículo “Advanced food waste quantification at municipal level to strengthen the assessment of prevention actions”¹⁷ ya que este subraya la cuantificación como el gran desafío para el diseño y la evaluación de políticas eficaces en la prevención del desperdicio. En este se destaca como esa falta de datos comparables entre ellos hace una tarea complicada una evaluación real del impacto de estas medidas, limitando la capacidad de que estas puedan ser puestas a prueba y optimizadas.

La Ley 1/2025 trata de superar este reto mediante la implantación de mecanismos de seguimiento, control y cuantificación de los desperdicios de alimentos. Previendo la norma la necesidad de estas medidas para la correcta evaluación de los resultados tras la aplicación de la norma.

17 UNTZIZU OLANO-OTEIZA, B., AMADOR-CERVERA, M., VARGAS-VIEDMA, M. V. y ALONSO-VICARIO, A.: “Advanced food waste quantification at municipal level to strengthen the assessment of prevention actions”, *Scientific Reports*, núm. 15, 2025.

Toda esta preocupación debida a la medición del desperdicio nos muestra la creciente tendencia de las políticas alimenticias hacia modelos basados en la toma de datos y evaluación constantes. La eficacia de las medidas dependerán en gran medida de la capacidad de las instituciones competentes de obtener información fiable y de calidad.

4. Donación de alimentos.

La donación y redistribución de alimentos es uno de los principales puntos a tratar en la Ley 1/2025. La norma insiste en la necesidad de aprovechar los alimentos que aun sean aptos para el consumo humano frene a su eliminación, impulsando acuerdos entre operadores alimentarios y entidades sociales que se encarguen de la gestión de los excedentes aptos para el consumo.

La Ley busca facilitar la donación de excedentes mediante mecanismos organizativos que refuercen la redistribución de alimentos. Con este objetivo se buscan acuerdos con bancos de alimentos y entidades similares dedicadas a la asistencia alimentaria. No obstante, Martínez Navarro advierte que la donación de alimentos no puede sustituir de forma total a las políticas de protección social¹⁸.

Asimismo, la Ley incorpora una serie de obligaciones en relación con la trazabilidad y seguridad alimentaria de los productos donados, esto con el objetivo de garantizar que la redistribución siga unos principios de seguridad y protección de las personas consumidoras y no acabe por transformarse en un problema de salud pública.

5. Jerarquía de prioridades.

La Ley 1/2025 establece una clara y estricta jerarquía de prioridades en la gestión de los excedentes alimentarios, basada en los principios de la economía circular y en la propia lógica de prevención de la normativa de residuos.

En primer lugar, se establece como prioridad absoluta la prevención de pérdidas y desperdicio alimentario, promoviendo medidas para evitar la generación de esos excedentes en un primer lugar a lo largo de toda la cadena. Si esta tarea no fuera posible entonces se prioriza el aprovechamiento de alimentos que sean aptos para el consumo humano mediante mecanismos de reutilización, transformación y/o donación.

Además, en aquellos casos en los que los alimentos no sean aprovechables para el consumo humano será el único caso en el que estos podrán ser utilizados

18 MARTÍNEZ NAVARRO, J. A.: "Análisis jurídico del desperdicio alimentario: desafíos regulatorios y consideraciones bioéticas", *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 66, 2026, pp. 191 y ss.

para otras finalidades, como la alimentación animal o el compostaje. Con esto se incorpora un modelo escalonado con niveles de prioridad de gestión de los residuos que busca maximizar el valor de los alimentos y reducir los residuos.

Una vez más podemos ver cómo la Ley 1/2025 no trata los alimentos como recursos meramente económicos, les da también un tinte ambiental y social que implica que la eliminación de estos debe de ser siempre el último recurso para utilizar.

6. Planes de prevención del desperdicio.

Una de las principales obligaciones que introduce la Ley 1/2025 es la elaboración de planes de prevención de los desperdicios por parte de los diferentes operadores de la cadena alimenticia. Siendo estos planes uno de los principales elementos de control por parte de la nueva normativa.

La finalidad de estos no es otra que identificar las fuentes de desperdicio dentro de cada miembro de la cadena, establecer mecanismos para reducir los excedentes e implementar protocolos internos para aprovechar y redistribuir estos residuos.

Es decir, la Ley 1/2025 busca que se incorpore la prevención del desperdicio en la gestión diaria de las actividades empresariales vinculadas a la alimentación, integrándose de esta forma de una manera progresiva diversos criterios de sostenibilidad en el funcionamiento de diferentes operadores económicos.

Sin embargo, determinados autores y revistas advierten que la aplicación de estos planes puede suponer dificultades extra para los operadores, esto en relación con los costos de implementación, la adaptación a estos planes y las exigencias de control. Precisamente por estas problemáticas es que la norma prevé esas excepciones mencionadas a microempresas y pequeños establecimientos.

La incorporación de estos planes demuestra la transición hacia un modelo estructurado, coordinado e integrado en el funcionamiento de la cadena alimenticia, superando así las limitaciones de algunos de los modelos anteriores.

IV. OBLIGACIONES SEGÚN EL ESLABÓN DE LA CADENA ALIMENTARIA.

La Ley 1/2025 establece ciertas obligaciones a los distintos miembros que forman parte de la cadena alimentaria, con esto se forma un modelo de responsabilidad compartida que debe actuar sobre las distintas fases en las que se generan pérdidas y desperdicio. Una vez más vemos cómo la Ley 1/2025 ve la problemática del desperdicio como transversal, cuyas causas varían en función

del punto de esta en el que nos encontremos por lo que las medidas requeridas deberán adaptarse a cada momento y actividad.

Las pérdidas alimentarias pueden originarse por diversos motivos, en función de si nos encontramos en producción primaria, transformación, distribución o consumo final. Por esto, la eficacia de las políticas va a depender en gran medida de la capacidad de la normativa para adaptarse a cada sector.

I. Producción primaria.

La producción primaria constituye uno de los primeros ámbitos en los que se pueden generar pérdidas alimentarias. Factores como, las exigencias estéticas del mercado, volatilidad de los precios, problemas en la recolección entre otros pueden ser los causantes de que muchos alimentos se eliminen antes de siquiera introducirse en la cadena.

La Ley 1/2025 busca intervenir en esta problemática fomentando el aprovechamiento de productos aptos para el consumo humano incorporando mecanismos alternativos de redistribución. En este punto adquiere una gran importancia el espigueo, que consiste en una segunda recogida de alimentos para recolectar aquellos que han quedado en el campo tras la cosecha por diversos motivos con el fin de aprovechar estos mismos.

Además, la norma busca reforzar la sostenibilidad económica del sector primario, reduciendo las pérdidas consecuencia del desperdicio de productos y favoreciendo el uso más eficiente de estos.

2. Industria alimentaria.

Este punto abarca las fases de transformación y fabricación de alimentos, aquí el desperdicio puede llegar como consecuencia de procesos industriales: descartes de producción, problemas de logística o exigencias de estandarización. En el ámbito europeo se ha señalado que una parte importante del desperdicio se concentra en este punto.

La Ley 1/2025 impone a los operadores obligaciones dirigidas a la mejora de la planificación, la optimización del aprovechamiento de las materias primas y el desarrollo de sistemas internos de prevención y gestión de excedentes.

La elaboración de los planes de prevención que han sido mencionados previamente adquiere una especial importancia en este ámbito industrial, esto debido a que es lo que permite identificar las fuentes de pérdidas y establecer mecanismos para minimizar estas.

Asimismo, la norma favorece la reutilización y redistribución de productos los cuales debido a las exigencias estéticas de la industria alimentaria no puedan comercializarse por los canales tradicionales siempre y cuando estos pasen los controles de seguridad alimenticia, reduciendo así la destrucción de alimentos aptos simplemente por cuestiones comerciales.

3. Distribución y comercio minorista.

En el ámbito de la distribución y venta minorista la Ley I/2025 ha implantado una enorme cantidad de medidas. La proximidad de productos a sus fechas de caducidad o consumo preferente, el sobreabastecimiento y los ya mencionados criterios estéticos hacen que este sector focalice una gran cantidad de todo el desperdicio.

Entre las principales obligaciones para este sector están, la elaboración de planes de prevención de residuos, el establecimiento de acuerdos con entidades sociales para la donación de excedentes y la adopción de medidas para evitar la destrucción de alimentos aptos para el consumo.

Asimismo, la norma incita a la comercialización de productos cuya fecha de caducidad o consumo preferente sea próxima y de los productos imperfectos desde un punto de vista estético siempre que sean aptos para el consumo humano. Evitando así el descarte de alimentos por motivos ajenos a su calidad y seguridad.

Sin embargo, uno de los grandes problemas de la ley son los retos que van a surgir a raíz de la aplicación de esta normativa, los cuales son especialmente complejos en este sector.

4. Hostelería y restauración.

El sector de la hostelería y la restauración ocupa también un puesto elevado entre los sectores en los que se generan más desperdicios, por el elevadísimo volumen de residuos de alimentos que se generan al tratarse de una actividad en la que se da el consumo final de estos.

La Ley I/2025 presenta también diversas medidas orientadas a reducir el desperdicio de este sector; impulsando prácticas de consumo sostenible y de buen aprovechamiento de los excedentes.

Se puede destacar la obligación de facilitar a los consumidores la posibilidad de llevarse los alimentos no consumidos, fomentando de esta forma que se aprovechen los excedentes generados por raciones no finalizada por los consumidores. Además, se impulsan medidas relacionadas con la flexibilidad de los menús y raciones.

Además, autores como Darío Dongo¹⁹ destacan la importancia de las campañas de sensibilización tanto para consumidores como personal de hostelería y restauración. La prevención de los residuos no solo depende de obligaciones jurídicas, también de un cambio de hábitos por parte de los consumidores y personas asociadas a la alimentación

V. APLICACIÓN Y CONTROL.

El resultado de la aplicación de la Ley 1/2025 está en gran parte sujeto a la aplicación de mecanismos de planificación y control administrativo. Debido a esto se incorporan en la propia ley una serie de instrumentos que aseguran un seguimiento, evaluación y supervisión de las medidas demandadas por la ley en cada eslabón de la cadena alimentaria.

La norma no se limita a poner una serie de normas, busca un modelo público con el objetivo de integrar la prevención del desperdicio de alimentos en las políticas de economía circular y seguridad alimentaria.

I. Plan estratégico contra el desperdicio.

La elaboración de este tipo de planes es una de las principales armas de la Ley 1/2025 en su lucha contra el desperdicio, Eva Blasco Hedo²⁰ señala en su artículo cómo estos planes constituyen uno de los elementos centrales del sistema de aplicación y control diseñado por la norma.

El objetivo de estos planes es la correcta coordinación de las actuaciones públicas dirigidas a la reducción del desperdicio, esto mediante el establecimiento de una serie de objetivos, mecanismos de seguimiento y líneas de actuación comunes entre administraciones y operadores de la cadena alimentaria.

De este modo la ley prevé la elaboración de programas autonómicos y sistemas periódicos de revisión y evaluación, reforzando esto esa idea de planificación y coordinación de distintas entidades públicas. Los planes estratégicos de prevención refuerzan esta idea.

2. Gobernanza multinivel.

La prevención del desperdicio de alimentos gana mucha complejidad como resultado de la concurrencia de distintas competencias, agricultura, medio ambiente, sanidad y gestión de residuos entre otras. Para una correcta gestión la Ley 1/2025 busca esa ya mencionada cooperación entre distintos niveles de la administración pública.

¹⁹ DONGO, D.: "Spain's pioneering", cit.

²⁰ BLASCO HEDO, E.: "Ley 1/2025", cit.

La cooperación entre administración general del estado, comunidades autónomas y entidades locales es de lo más relevante en un correcto funcionamiento de la ley como destaca Eva Blasco Hedo en su artículo²¹. La cooperación de todas estas entidades es totalmente necesaria para evitar medidas con diferentes enfoques, respuestas contradictorias o fragmentadas y descoordinación.

La normativa estudiada asigna las funciones de coordinación, recopilación de información y seguimiento de las políticas públicas contra el desperdicio al ministerio de agricultura, pesca y alimentación, por su parte las comunidades autónomas cuentan con un papel clave en la planificación y el desarrollo de políticas de prevención adaptadas a cada territorio.

Esta complejidad organizativa es una muestra más de como el desperdicio es un problema transversal que afecta a diversos sectores y que requiere de una gestión acorde a la situación.

3. Autorregulación y buenas prácticas.

Pese a la implementación de una normativa jurídica vinculante mediante la Ley 1/2025 se sigue apostando por la autorregulación y las buenas prácticas empresariales, confiando en su papel relevante en la gestión del desperdicio.

La norma en sí fomenta los acuerdos sectoriales, códigos de conducta y la colaboración entre operadores económicos de la cadena y la administración pública con el objetivo de incentivar prácticas de prevención y la cooperación frente a este problema que es el desperdicio.

Sin embargo, como ya se ha visto en el pasado las estrategias basadas únicamente en actos voluntarios y autorregulación presentan resultados muy limitados frente a lo que se espera y necesita²².

Juntando estas dos visiones la Ley 1/2025 establece un modelo mixto en el que autorregulación y buenas prácticas tienen un papel complementario en un sistema de obligaciones y mecanismos de control por parte de la administración pública.

VI. RETOS Y LIMITACIONES DE LAS OBLIGACIONES.

La Ley 1/2025 representa un avance en materia de prevención del desperdicio de alimentos, sin embargo, existen retos y limitaciones de esta misma que pueden mermar su eficacia.

21 BLASCO HEDO, E.: "Ley 1/2025", cit.

22 GASCÓN GUTIÉRREZ, A.: "¿Agua de borraja?", cit., pp. 229 y ss.

Como se ha mencionado, la gestión del desperdicio cuenta con una complejidad enorme a nivel administrativo y judicial, el número de operadores implicados y dificultades técnicas de la medición plantean un enorme reto para una correcta aplicación de esta normativa. La eficacia de estas políticas no solo depende de la existencia de obligaciones adaptadas al problema, también de la capacidad de las diferentes administraciones y entidades para garantizar un cumplimiento real de estas.

1. Problemas en la medición del desperdicio.

Uno de los principales problemas como ya se ha mencionado es la gran dificultad que representa la correcta medición de las pérdidas y el desperdicio. Las diferencias entre los eslabones de la cadena complican en gran medida la obtención de unos datos homogéneos y comparables entre ellos. Además de que las pérdidas en las primeras etapas de la cadena se vuelven casi imposibles de identificar y cuantificar de manera óptima²³. Esta situación plantea importantes retos a la aplicación de la Ley 1/2025 ya que una correcta evaluación implica la existencia de unos sistemas de medición fiables.

2. Dificultades para las empresas.

Mediante la Ley 1/2025 se incorpora toda una nueva gama de obligaciones jurídicas dirigidas específicamente a cada operador de la cadena, obligaciones que pueden llegar a generar una importante presión económica y burocrática sobre algunos de los sectores empresariales afectados.

Entre las obligaciones podemos encontrar, planes de prevención, sistemas de control interno, gestión de excedentes o formalización de acuerdos de redistribución. La implantación de todas estas medidas requiere de unos recursos administrativos, logísticos y económicos de los que no todas las empresas disponen.

Cabe destacar que estas dificultades afectan especialmente a microempresas y pequeños establecimientos, por este motivo la ley contempla una excepción y modulación de cara a este tipo de establecimientos.

Sin embargo, pese a la aplicación de estas excepciones y modulaciones la aplicación de esta ley seguirá constituyendo un aumento en la carga administrativa especialmente relevante para algunos operadores. Por lo que parte de la eficacia de la norma se basará en aportar suplemento técnico, formación y acompañamiento a los sectores afectados²⁴.

23 ZHANG, Y., VAN HERPER, E. y VAN LOO, E. J.: "Sharing to prevent waste: the effectiveness of an intervention encouraging food sharing", *Resources, Conservation & Recycling*, vol. 222, 2025.

24 FERREIRA TELES, É. M.: "Notas", cit.

3. Riesgo del traslado de la responsabilidad.

Uno de los principales debates que plantean las políticas de prevención es respecto al reparto de responsabilidades entre los distintos miembros de la cadena.

Pese a que la Ley 1/2025 se proyecta sobre operadores económicos, distribuidores, empresas de restauración y consumidores ciertas estrategias tienden a focalizar la responsabilidad de una forma excesiva sobre el consumidor final.

Gascón Gutiérrez sostiene en su artículo que el desperdicio no se puede explicar únicamente por los hábitos inadecuados de los consumidores, también responde a problemas estructurales del modelo agroalimentario al completo. Actividades como la sobreproducción, estandarización estética, exigencias comerciales y prácticas relacionadas con el hiperconsumo son algunas de las actitudes problemáticas que se pueden destacar²⁵.

En consecuencia, la eficacia de las políticas de prevención también se verá sometida a la capacidad de estas de abordar estrategias que afecten al funcionamiento completo del sistema.

4. Eficacia real de la regulación.

La eficacia de la Ley 1/2025 dependerá, en última instancia, en la eficacia verdadera de las obligaciones que incorpora para reducir pérdidas y desperdicio.

Tomando un punto de vista algo más positivo la ley supone un avance importante en comparación a sus predecesores, toma el problema en serio introduciendo obligaciones jurídicas concretas, planificación y control de la administración.

Sin embargo, retos como la difícil medición de los resultados, los problemas para las empresas y el traslado de responsabilidades no cuentan con una solución clara y condicionan la visión de autores como Gascón Gutiérrez o Ferreira Teles²⁶ sobre si la ley conseguirá un avance real o se transformará únicamente en una carga burocrática extra para los operadores de la cadena alimentaria.

En consecuencia, la eficacia real de la Ley 1/2025 no puede predecirse, dependerá de muchos factores como la capacidad de control de las administraciones públicas, la implicación de los operadores económicos, un correcto sistema de medición y la evolución de los hábitos de los ciudadanos en la producción y consumo. La Ley

25 GASCÓN GUTIÉRREZ, A.: “¿Agua de borraja?”, cit., pp. 229 y ss.

26 FERREIRA TELES, É. M.: “Notas, cit.; GASCÓN GUTIÉRREZ, A.: “¿Agua de borraja?”, cit., pp. 229 y ss.

I/2025 representa un avance jurídico enorme, pero dependerá de su capacidad de integrarse en el sistema.

VII. CONCLUSIONES

La aprobación de la Ley I/2025, de prevención de las pérdidas y el desperdicio alimentario, supone un gran avance en la incorporación del desperdicio de alimentos a las obligaciones jurídicas de los ciudadanos. Además, frente a las estrategias anteriores, únicamente basadas en autorregulación, recomendaciones y actos voluntarios esta nueva norma es un indicativo de como esta problemática cada vez se tiene más en cuenta.

Las obligaciones establecidas en el capítulo II muestran una intención de intervenir de una manera más profunda y completa en todas las fases de la cadena, cosa que nos hace ver la nueva interpretación del desperdicio, una que ya no solo culpa a consumidores finales.

Sin embargo, son dignos de una gran preocupación los retos a los que esta ley se ha de enfrentar, que pueden sintetizarse en la capacidad del modelo de integrarse de una forma eficaz en el día a día de la industria.

BIBLIOGRAFÍA

BLASCO HEDO, E.: "Ley 1/2025, de 1 de abril, de prevención de las pérdidas y el desperdicio alimentario", *Boletín Oficial del Estado*, núm. 80, de 2 de abril de 2025.

CHICA ARELLANO, F.: "El desperdicio de alimentos: una grave vejación a los pobres y al planeta", *Scripta Fulgentina*, vol. 35, núm. 69-70, 2025.

DONGO, D.: "Spain's pioneering law on food loss and waste prevention", *Food Times*, 2025.

FERNÁNDEZ-ZAMUDIO, M. A., y BARCO, H.: "Planteamientos para avanzar en el diagnóstico de las pérdidas y el desperdicio alimentario generado en un territorio: aplicación en la Comunitat Valenciana", *Economía Agraria y Recursos Naturales*, vol. 25, núm. 2, 2025.

FERREIRA TELES, É. M.: "Notas a la nueva Ley 1/2025, de 1 de abril, de prevención de las pérdidas y el desperdicio alimentario", *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 159, 2025.

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS:

- *Global food losses and food waste: Extent, causes and prevention*, 2011.
- *The State of Food and Agriculture 2019: Moving forward on food loss and waste reduction*, 2019.

GASCÓN GUTIÉRREZ, A.: "¿Agua de borraja? Una exploración etnográfica de la Ley 1/2025 de prevención de las pérdidas y el desperdicio alimentario del Estado español, *Archives on Food, Culture and Nutrition*, vol. 3, núm. 2, 2025.

MINISTERIO DE AGRICULTURA, PESCA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE: *Estrategia Más alimento, menos desperdicio. Memoria de Actuaciones llevadas a cabo en el primer periodo de la Estrategia 2013-2016*, Madrid, 2013.

NACIONES UNIDAS: *Objetivos de Desarrollo Sostenible*, 2015.

MARTÍNEZ NAVARRO, J. A.: "Análisis jurídico del desperdicio alimentario: desafíos regulatorios y consideraciones bioéticas", *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 66, 2026.

UNTZIZU OLANO-OTEIZA, B., AMADOR-CERVERA, M., VARGAS-VIEDMA, M. V. y ALONSO-VICARIO, A.: "Advanced food waste quantification at municipal level to strengthen the assessment of prevention actions", *Scientific Reports*, núm. 15, 2025.

ZHANG, Y., VAN HERPER, E. y VAN LOO, E. J.: "Sharing to prevent waste: the effectiveness of an intervention encouraging food sharing", *Resources, Conservation & Recycling*, vol. 222, 2025.

EMPRENDIMIENTO Y AUTOEMPLEO DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD: INCLUSIÓN LABORAL Y
POLÍTICAS PÚBLICAS EN EL CASO ESPAÑOL

*ENTREPRENEURSHIP AND SELF-EMPLOYMENT FOR PEOPLE
WITH DISABILITIES: LABOR INCLUSION AND PUBLIC POLICIES
IN THE SPANISH CASE*

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 754-773

Rafael PARDO
GABALDÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de mayo de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2026

RESUMEN: Cuando hablamos de políticas públicas de fomento del empleo, tradicionalmente se ha venido poniendo el foco en las medidas de fomento del trabajo por cuenta ajena, dejando al margen el trabajo por cuenta propia. Debido a las grandes posibilidades de autoorganización y conciliación que permite el trabajo desarrollado por cuenta propia, el fomento del autoempleo debería constituir una línea de acción prioritaria para las diferentes Administraciones Públicas. El estudio se estructura en varios apartados. En primer lugar, se analiza el estado de la cuestión actual en general en relación a las actuales políticas públicas en materia de fomento del empleo de las personas con discapacidad y más específicamente en materia de fomento del autoempleo. En segundo lugar, se abordan las principales medidas de fomento del autoempleo existentes en este momento. Y, por último, se cierra con un apartado de conclusiones y una batería de propuestas de mejora, donde se plantean diecisiete propuestas, que pretenden mejorar de manera clara los incentivos ya existentes, así como la aprobación de toda una serie de nuevas medidas.

PALABRAS CLAVE: Fomento empleo; discapacidad; emprendimiento; inclusión laboral.

ABSTRACT: When discussing public policies to promote employment, the focus has traditionally been on measures to encourage salaried work, neglecting self-employment. Given the significant opportunities for self-organization and work-life balance offered by self-employment, promoting it should be a priority for public administrations. This study is structured in several sections. First, it analyzes the current state of affairs regarding public policies to promote employment for people with disabilities, and more specifically, to promote self-employment. Second, it addresses the main measures currently in place to promote self-employment. Finally, it concludes with a section of conclusions and proposals for improvement, presenting seventeen suggestions aimed at significantly enhancing existing incentives and implementing a series of new measures.

KEY WORDS: Employment promotion; disability; entrepreneurship; labor inclusion.

SUMARIO: I. ESTADO DE LA CUESTIÓN.- II. MEDIDAS DE FOMENTO DEL AUTOEMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- 1. Capitalización por desempleo o pago único.- 2. Subvenciones de cuotas de Seguridad Social.- 3. Bonificaciones y reducciones de cuota de seguridad social.- 4. Subvenciones de promoción del trabajo autónomo.- A) *Subvención por establecimiento como trabajador autónomo.*- B) *Subvención financiera para inversiones vinculadas a la creación del negocio.*- C) *Subvención para asistencia técnica.*- D) *Subvención para formación en dirección y gestión.*- III. SUBVENCIÓN PARA ADAPTACIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO EN CASOS DE DISCAPACIDAD.- IV. BREVE CONCLUSIÓN Y PROPUESTAS DE MEJORA.

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN.

Sin lugar a dudas, en los últimos tiempos el fomento del autoempleo está adquiriendo un creciente auge dentro de las políticas públicas de empleo españolas dirigidas a las personas con discapacidad. Aunque como se analiza a lo largo de la presente investigación, con un grado de intensidad claramente insuficiente.

“La Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social”¹ define legalmente la discapacidad como aquella “situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. En relación al citado concepto legal, dos serían las características principales que a priori debe reunir toda personas con discapacidad y que en la práctica harían necesaria la existencia de una política específica de fomento de acceso al empleo en favor del colectivo:

- 1) Situación permanente.
- 2) Existencia de barreras que dificultan su integración social.

Aunque a pesar de la existencia de un concepto legal común, ciertamente las personas con discapacidad en modo alguno constituyen un grupo homogéneo, teniendo en cuenta que sus afectaciones pueden ser más o menos graves, congénitas o adquiridas, así como también de tipo físico o cognitivo².

¹ Art. 2.a) Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE núm. 289, de 03 de diciembre de 2013).

² VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos*, en VALDÉS DAL-RÉ, F. (dir.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2013, p. 368.

• Rafael Pardo Gabaldón

Profesor Doctor Derecho del Trabajo y Seguridad Social en Universidad Internacional de Valencia (España).
Correo electrónico: rafaelpardo@icav.es.

Con base a todo ello, nuestra la carta magna española³, exige al legislador dotar al colectivo de una protección especial adecuada, a través de la puesta en marcha de políticas públicas que garanticen la autonomía plena personal y su inclusión en la sociedad, en la que, sin lugar a dudas, el factor trabajo ocupa un foco central. Cabe destacar que el citado precepto legal fue reformado recientemente en el año 2024 -con buen criterio- con el objetivo primordial de sustituir el término anterior “disminuidos” por el de “personas con discapacidad”, en una de las escasísimas reformas constitucionales (tres en total) emprendidas en España, desde su aprobación en el año 1978, A nivel interno, la reforma del art. 49 de la Constitución Española, aprobada en 2024 y que elevaría al máximo rango la inclusión social de las personas con discapacidad a través del empleo⁴.

Reforma que contaría con una abrumadora e insólita mayoría parlamentaria, en los actuales tiempos de polarización y fragmentación parlamentaria. Concretamente con 312 votos a favor y únicamente 32 en contra. En concreto, los correspondientes a los diputados del Grupo Parlamentario VOX, bajo el argumento de que el proyecto legal, además del cambio de denominación (con el cual coincidían), de manera expresa ponía el foco de en las necesidades específicas de “mujeres y menores con discapacidad”. Distinción con la que no estaban de acuerdo.

Atendiendo al citado mandato constitucional, la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social⁵ (mencionada anteriormente) contempla la existencia de toda una serie de ayudas a la generación de empleo, en sentido amplio, dirigidas a las personas con discapacidad, no solamente en materia de fomento de la contratación por cuenta ajena, sino también específicamente en materia de fomento del autoempleo, así como también para fomentar el acceso a cooperativas y sociedades laborales. En las que, por cierto, en el caso español, existe la opción de poder desempeñar la actividad cooperativa, tanto a través del régimen general, como también a través del régimen especial de los trabajadores

3 Art. 49. Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978) -modificado por art. único de reforma de 15 de febrero de 2024-: 1. “Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio. 2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad”.

4 TURTURRO PÉREZ DE LOS COBOS, S.: “El modelo social de discapacidad: un cambio de paradigma y la reforma del artículo 49 CE”, *Lex Social*, núm. 12 (I), 2022, pp. 37 y ss.

5 Artículo 39. 1. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, cit. “Se fomentará el empleo de las personas con discapacidad mediante el establecimiento de ayudas que faciliten su inclusión laboral. 2. Estas ayudas podrán consistir en subvenciones o préstamos para la contratación, la adaptación de los puestos de trabajo, la eliminación de todo tipo de barreras que dificulten su acceso, movilidad, comunicación o comprensión en los centros de producción, la posibilidad de establecerse como trabajadores autónomos, bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social y cuantas otras se consideran adecuadas para promover la colocación de las personas con discapacidad, especialmente la promoción de cooperativas y otras entidades de la economía social”.

autónomos (en adelante RETA), en función de la elección de la Cooperativa y que en todo caso deberá constar en los Estatutos Sociales de la misma.

En cuanto al fomento del trabajo autónomo en concreto, la norma legal de referencia en la materia (el estatuto del trabajo autónomo) de manera particular contempla la adopción por parte de los poderes públicos de políticas de fomento del emprendimiento dirigidas a personas con discapacidad⁶. Asimismo, cabe destacar, como uno de los grandes retos de la “Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030”, aprobada por el Consejo de Ministros en mayo de 2022, precisamente ponía el foco en “Promover y apoyar nuevas oportunidades de negocio, emprendimiento y autoempleo de las personas con discapacidad”⁷.

Pero a pesar de su previsión legal, lo cierto es que las políticas públicas de fomento del empleo de las personas con discapacidad, están resultando claramente insuficientes a nivel general y más especialmente cuando nos referimos al fomento del emprendimiento, como se comenta en este trabajo de investigación.

El “Informe del Mercado de Trabajo de las Personas con discapacidad”⁸, refleja que la afiliación a la seguridad social del colectivo, únicamente representa el 1,59% sobre el total de afiliados al sistema, a pesar de representar el 6,21% sobre el total de la población. La tasa de actividad se sitúa en el 35,5%, frente al 75,8% de población general y la tasa de empleo en el 28,5% -reduciéndose hasta el 21% en el caso de las personas con discapacidad intelectual⁹, las cuales en muchos de los casos ni siquiera buscan trabajo, lo cual denota una importante autoexclusión¹⁰- frente al 69% del conjunto de la población, permaneciendo, por tanto, como desempleada la mayoría del colectivo. Y por si esto no fuera poco, la tasa de riesgo de pobreza¹¹, dentro del colectivo de personas con discapacidad, se sitúa en el 33% (un 10% superior a la media europea situada en el 29,7%).

6 Art. 47. Ley 20/2007 de Estatuto del Trabajo Autónomo (BOE núm. 166 de 12 de julio de 2007): “Los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, adoptarán políticas de fomento del trabajo autónomo de personas con discapacidad dirigidas al establecimiento y desarrollo de iniciativas económicas y profesionales por cuenta propia, o a través de entidades de la economía social, de acuerdo con la normativa reguladora de la materia.”

7 Reto estratégico 17. Estrategia Española Sobre Discapacidad 2022-2030 para el acceso, goce y disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad (aprobada por Consejo de ministros de 3 de mayo de 2022). “Promover y apoyar nuevas oportunidades de negocio, emprendimiento y autoempleo de las personas con discapacidad. Entre otras, en la economía de cuidados, profesiones tradicionales que no van a desaparecer, actividades económicas emergentes vinculadas al desarrollo de entornos rurales, oportunidades de la economía digital y del conocimiento y de la transformación ecológica”.

8 Informe del Mercado de Trabajo 2025 de las Personas con Discapacidad. Datos diciembre 2024. Catálogo general de publicaciones oficiales realizada por el Servicio Público de Empleo Estatal.

9 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La empleabilidad de las personas con discapacidad intelectual: claves jurídicas, puntos críticos y propuestas”, en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y ÁLVAREZ CUESTA, H. (dirs.): *Sostenibilidad social y territorial: oportunidades de empleo desde la economía social*, Colex, A Coruña, 2026, p. 47.

10 CANDELA AGULLÓ, C.: “Causas de la renuncia al trabajo de las personas con discapacidad intelectual”, en FERNÁNDEZ ORRICO F. J. (dir.): *La discapacidad intelectual en el ámbito laboral. Hacia la accesibilidad universal*, Laborum, Murcia 2023, pp. 377 y ss.

11 ROMERO RÓDENAS, M. J.: “El empleo de las personas con discapacidad”, en *Libro blanco sobre empleo y discapacidad*, Real patronato sobre discapacidad, Madrid, 2023, p. 27.

Por otro lado, del total de afiliados a la seguridad social de las personas con discapacidad (336.073 en total), únicamente el 7,68% lo hace en el RETA, frente al más del 92% que se decanta por el régimen general. Lo cual, contrasta con el conjunto de trabajadores, donde el número de afiliados de trabajadores por cuenta propia, se eleva hasta el 16%.

Los citados indicadores resultan claramente negativos a nivel general, pero sin lugar a dudas, manifiestamente mejores en el caso del régimen general, lo cual sugiere como diferentes medidas implementadas en España desde hace tiempo, como: la obligatoriedad empresarial (a partir de un determinado número de trabajadores en el caso del sector privado) de contratar a un determinado porcentaje de trabajadores con discapacidad, tanto para el sector público, como para el sector privado (la conocida como cuota de reserva) así como la propia existencia de bonificaciones en la cuota de seguridad social del régimen general, extendidas a toda la vida del contrato, por la contratación de personas con discapacidad (a diferencia del RETA), ciertamente están mostrando cierta efectividad.

A pesar de las actuales exiguas cifras, sin lugar a dudas, el trabajo por cuenta propia, se trata de una opción muy interesante, con enorme potencial, en el caso de las personas con discapacidad, y, por tanto, debería incentivarse mucho más por parte de las diferentes administraciones públicas. Y es que, por regla general, es el RETA, el régimen de seguridad social que mejor puede adaptarse a la situación específica de las personas con discapacidad. Al respecto cabe destacar que, una de las características fundamentales del trabajo autónomo, precisamente es la autonomía en la organización del trabajo. Lo cual, entre otras ventajas, se traduce en el poder de decisión sobre el propio horario a través de la auto distribución del tiempo de trabajo, con base a criterios organizativos propios. De tal modo, que, por lo general, en el caso del RETA (a diferencia de lo que sucede en el trabajo asalariado) será el autónomo quien decida libremente sobre su propio tiempo de trabajo y, por tanto, sobre el grado de conciliación de la vida profesional y personal del cual disponer. Conciliación que, en el caso de las personas con discapacidad, adquiere una vital importancia, al verse obligadas necesariamente en la inmensa mayoría de los casos, a tener que compatibilizar: trabajo, vida personal, familiar y tratamiento médico.

II. MEDIDAS DE FOMENTO DEL AUTOEMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

I. Capitalización por desempleo o pago único.

Una medida fundamental incentivadora del emprendimiento y el trabajo autónomo, existente en nuestro país desde la década de los años 80, y dirigida

tanto para las personas con discapacidad, como para la sociedad en general, es la capitalización por desempleo, también conocida como pago único¹².

Sin lugar a dudas, se trata de una medida histórica¹³, englobada dentro de las conocidas como políticas activas de empleo¹⁴. Y que, en el momento actual, tras la aprobación paulatina de diversas mejoras legales, permite a las personas beneficiarias de la prestación por desempleo (de carácter contributivo) poder destinar el importe del subsidio económico pendiente de percibir a montar un negocio por cuenta propia¹⁵.

Inicialmente, con la entrada en vigor del Real Decreto 1044/1985¹⁶, la medida se circunscribía exclusivamente al ejercicio de una actividad profesional por cuenta propia, bajo la figura del trabajador autónomo persona física, o también, a la incorporación como socio trabajador en entidades de la economía social, como es el caso de las cooperativas o sociedades laborales. Pero en este momento, tras la entrada en vigor de la Ley 31/2015, también se permite destinar el importe de la prestación pendiente de percibir al ingreso como socio en sociedades mercantiles, tanto de nueva creación, como constituidas en los doce meses anteriores. Aunque ello queda supeditado a que, además de desarrollar activamente la actividad profesional dentro de la sociedad, se ostente el control efectivo de la entidad en los términos que establece el art. 305.2 de la Ley General de la Seguridad Social y que como sabemos, determina la obligación de encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA)¹⁷.

Para tener derecho a la percepción del pago único o capitalización de desempleo, deberá cumplirse una serie de requisitos¹⁸. En primer lugar, es necesario ser beneficiario de la prestación contributiva de desempleo, quedando excluidos aquellos perceptores del subsidio no contributivo, lo cual considero discriminatorio y que debería replantearse. Además, se exige tener pendiente de percibir al menos tres mensualidades de prestación, lo que plantea dudas sobre la justificación de

12 Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por el valor actual de su importe, como medida de fomento del empleo (BOE núm. 157 de 02 de julio de 1985).

13 ALONSO OLEA, M, CASAS BAAMONDE, M. E.: *DERECHO DEL TRABAJO*, 26ª edición: Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2009, pp. 463-466.

14 POQUET CATALÁ, R.: *Comunicaciones del XXXIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (33º. 2023, Cuenca). Capitalización del desempleo, últimas líneas, p.105.

15 Art. 34. Ley 20/2007 de 11 de julio, cit.

16 Art. 34.1.b. Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social (BOE núm. 217 de 10 de septiembre de 2015).

17 ALFONSO MELLADO, C. L.: *Trabajo Autónomo, regulación jurídica y diferenciación del trabajo laboral en Jornada El Trabajo de los autónomos*. Cátedra ATA-Universitat de Valencia sobre trabajo autónomo, Valencia, 2015.

18 Art. 34. Ley 20/2007 de 11 de julio, cit.

Arts. 2 y 5 Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, cit.

esta limitación y si no sería más coherente con el fomento del emprendimiento, permitir el acceso a esta medida, aun con una o dos mensualidades pendientes.

En cuanto a las modalidades previstas, el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), puede abonar hasta el 100 % del importe pendiente de la prestación (contributiva) en determinados supuestos:

1. Constitución como trabajador autónomo persona física. En este caso, la cuantía se destina a cubrir la inversión inicial necesaria para el inicio de la actividad, donde se pueden incluir los gastos fiscales. Ahora bien, no podrán acogerse a esta opción quienes se constituyan como Trabajadores Autónomos Económicamente Dependientes (TRADE) mediante contrato mercantil formalizado con una empresa con la que hayan mantenido recientemente una relación laboral, o hasta incluso con empresas del mismo grupo. Esta exclusión, que a priori pudiera parecer exagerada, sin lugar a dudas, quedaría enmarcada dentro del principio tuitivo del Derecho del Trabajo y pretendería, que, en base a la clara desigualdad existente entre empresa y trabajador, ningún empresario tenga la tentación de instar a ningún trabajador a la conversión de una relación laboral en una relación mercantil. Lo cual como sabemos sería claramente ilegal.

2. Aportación al capital social de una sociedad mercantil de nueva creación o constituida en los doce meses anteriores, siempre que el solicitante ejerza una actividad profesional en la misma y ostente el control efectivo, en los términos ya comentados del art. 305.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RDL 8/2015). También en este supuesto se impide el acceso a la capitalización si ha existido una relación laboral previa con la sociedad en cuestión o con otras del mismo grupo empresarial. En relación a esta medida, si la finalidad última de misma, es fomentar el autoempleo y el emprendimiento, resulta poco comprensible que se limite únicamente a sociedades de reciente creación. Al respecto: cabría plantearse: ¿por qué no permitir también la incorporación a entidades mercantiles consolidadas, donde la viabilidad del proyecto empresarial podría ser mayor?

3. Aportación al capital de sociedades cooperativas o sociedades laborales, ya sean de nueva creación o ya existentes. En el caso de cooperativas recientemente constituidas, de manera acertada, también se permite destinar la prestación a cubrir los gastos asociados al inicio de la actividad. Sin embargo, si los estatutos sociales prevén un período de prueba obligatorio para los nuevos socios, el abono de la prestación quedaría condicionado a la presentación del acuerdo del consejo rector que acreditase de manera clara la superación de dicho período.

En definitiva, la capitalización por desempleo o pagó único se trata a de una medida especialmente interesante en materia de fomento del autoempleo a nivel

general, pero al mismo tiempo, con base al necesario -en este caso- principio de discriminación positiva, en el supuesto de las personas con discapacidad, la medida debería mejorarse claramente. En este sentido, cabe plantearse la posibilidad de que, las personas en situación de discapacidad pudieran obtener el 100% de la prestación por desempleo aun en caso de no necesitar la totalidad de la misma a la inversión inicial, de tal modo que el montante restante, lo pudieran destinar a cualquier gasto del día a día, al margen del abono de la cuota del RETA. Por otro lado, resulta claramente limitante el hecho de restringir la medida a los beneficiarios de la prestación contributiva por desempleo, dejando fuera de la misma a los perceptores de cualquier subsidio no contributivos de desempleo.

2. Subvenciones de cuotas de Seguridad Social.

Una medida, también relevante en el ámbito del fomento del trabajo autónomo, es la denominada subvención de cuotas a la Seguridad Social¹⁹. Esta permite al trabajador optar por destinar la prestación por desempleo (contributiva) a la cobertura de las cotizaciones al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), bien como alternativa al pago único, bien como complemento del mismo²⁰. En la práctica, esta opción faculta al beneficiario a aplicar total o parcialmente, el importe de la prestación a sufragar las cuotas mensuales que conlleva el alta en el sistema como trabajador por cuenta propia, ya sea por el inicio de una actividad individual, por su integración en una entidad mercantil o también por su incorporación a una entidad de economía social (cooperativa o sociedad laboral). El abono de estas cuotas se realiza de forma mensual, directamente por el SEPE, tras comprobar que el interesado continúa cumpliendo con el requisito de alta en el sistema de Seguridad Social²¹.

Esta modalidad, resulta especialmente útil cuando la cuantía pendiente de percibir de la prestación, excede el importe de la inversión inicial necesaria para el desarrollo de la actividad, al resultar compatible esta medida con la del pago único anteriormente analizada. Ahora bien, para ello resulta necesario que la solicitud de ambas medidas (capitalización y subvención de cuotas) se realice en el mismo acto, ya que el actual diseño legal impide que, una vez ejercida la opción exclusiva por la subvención de cuotas, el trabajador pudiera con posterioridad acogerse al pago único.

Esta restricción, no sólo carece de una justificación desde el punto de vista jurídico y económico, sino que además introduce un importante elemento de

19 CABALLERO PÉREZ, M. J.: "La capitalización del desempleo: su instrumentación como medida de empleo", en MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ BERNAT, J. A. y LÓPEZ INSÚA, B. (dir.): *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Aranzadi, Madrid, 2016, pp. 1011 y ss.

20 Art 4.2 Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, cit.

21 Art. 34.2 Ley 20/2007, de 11 de julio, cit.

rigidez en materia de fomento del emprendimiento. Ciertamente, impide que el nuevo autónomo, tras adquirir una visión más clara de las necesidades reales de su proyecto empresarial, pueda reorientar su estrategia de financiación solicitando el pago único si lo considerase necesario. Rigidez que se compadecería mal, con la necesaria flexibilidad, que, en buena lógica, siempre debería caracterizar a las políticas activas de empleo.

3. Bonificaciones y reducciones cuota RETA.

En el año 2013²², se ponía en marcha la “tarifa plana para los nuevos trabajadores autónomos”, convirtiéndose en uno de los mayores incentivos de los últimos tiempos al fomento del trabajo por cuenta propia y que además sería mejorada posteriormente en diversas ocasiones²³. El objetivo de esta medida, no es otro, que el fomento del autoempleo entre la población a nivel general y especialmente entre colectivos vulnerables, como es el caso de las personas con discapacidad, que aquí nos ocupa.

Este incentivo se mantuvo, incluso después de la aprobación de la reforma del sistema de cotización de los trabajadores autónomos (aprobado a través de la aprobación del RD ley 13/2022), en cuyo proceso negociador, el Gobierno central amagaría con la supresión de la medida, con el apoyo de los Sindicatos y hasta incluso de la organización de trabajadores por cuenta propia UPTA (vinculada a UGT). En la conservación de la medida, sin duda, tendría mucho que ver la presión ejercida por representantes de los trabajadores autónomos, como es el caso de ATA (vinculada a CEOE)²⁴.

La “tarifa plana” establece importantes bonificaciones de seguridad social para aquellos nuevos cotizantes al RETA²⁵. En concreto, los beneficios en la cotización que establece la “tarifa plana” son los siguientes²⁶.

Con carácter general, durante los primeros 12 meses de alta en el RETA, se establece una reducción de la cuota (por contingencias comunes y profesionales) hasta los 80 euros mensuales²⁷, la cual se extendería hasta los 24 meses, en el caso de las personas que se encuentren en una situación de discapacidad acreditada

22 RD Ley 4/2013 de 22 de febrero de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE núm. 47 de 24 de febrero de 2013).

23 Entre otras: ley 14/2013, ley 31/2015, y ley 6/2017.

24 ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: “La reforma de cotización de los autónomos en el RD. Ley 13/2022 de 26 de julio: La cotización por ingresos reales como regla general. Una aproximación a la norma”. *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, núm. 6, 2022, pp.101-136.

25 Art. 38. Ter. Ley 20/2007 de Estatuto del Trabajo Autónomo, cit.

26 *Ibid.*

27 Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2024. Ministerio de Hacienda y Función Pública. (BOE 29 diciembre de 2023).

de un mínimo del 33%. Así como también en el caso de víctimas de violencia de género o víctimas del terrorismo.

En relación a las coberturas por “cese de actividad” y por “formación profesional”, cabe precisar que los beneficiarios de este incentivo, están eximidos de la obligación de cotizar y, por tanto, no resultarían beneficiados de la acción protectora de dichas coberturas.

Para los supuestos, en los que el rendimiento económico neto anual del emprendedor en cuestión, resulte inferior al Salario Mínimo Interprofesional en cómputo anual (vigente en cada momento), el periodo de cuota reducida anteriormente citado, se elevaría durante 12 meses más con carácter general, y durante 36 meses más en el caso de personas con discapacidad, víctimas de violencia de género o víctimas del terrorismo. Por tanto, en la práctica el periodo la reducción de la cuota se podría elevar en total hasta los 24 meses con carácter general y hasta los 60 meses en el caso de las personas con discapacidad y otros colectivos vulnerables mencionados anteriormente.

La medida está dirigida a las altas iniciales en el RETA o también para aquellos casos en los que, habiendo sido autónomo con anterioridad, se permanezca de baja en el RETA un mínimo de dos años con carácter general y un mínimo de tres años, en caso de haberse beneficiado de la medida anteriormente.

En cuanto a los beneficiarios de la medida, en este momento se extiende también de manera expresa a los autónomos societarios, (aunque con carácter previo ya se les venía siendo reconocido por parte de la jurisprudencia²⁸) así como también a los autónomos: cooperativistas, miembros de sociedades laborales o pertenecientes al régimen especial de trabajadores del mar²⁹.

Entre los aspectos críticos, resulta importante mencionar que, para poder beneficiarse de la medida, las citadas reducciones deberán ser solicitadas expresamente con antelación por parte del beneficiario, lo cual en la práctica podrían mermar la efectividad de las mismas. En este sentido, cabría plantearse su aplicación de oficio por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Por otro lado, en el caso específico de las personas con discapacidad, caben abordar dos tradicionales problemáticas aparentemente discriminatorias en relación al Régimen General. De un lado, la discriminación en relación a la duración de la bonificación de la cotización a la seguridad social en las nuevas altas. Así, mientras que, en Régimen General, la bonificación existente por contratar

28 PARDO GABALDÓN, R.: “Tarifa plana y autónomos societarios”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 28, 2021, p. 122.

29 Art. 38. 9. Ley 20/2007 de Estatuto del Trabajo Autónomo, cit.

por cuenta ajena, se aplica de manera indefinida, (durante toda la vigencia del contrato) en cambio en el RETA, en caso de darse de alta como autónomo, como se ha podido analizar anteriormente, la misma se restringe únicamente hasta un máximo de los cinco primeros años de actividad. Lo cual claramente limitaría la efectividad de la medida.

Y discriminación histórica (recientemente corregida), de otro lado, en relación al momento en el que se puede disfrutar de la bonificación. Así, en el Régimen General, desde siempre se ha podido aplicar la bonificación desde el mismo momento en el que el trabajador obtuviera el reconocimiento del grado de minusvalía, con independencia de que el contrato se hubiese podido formalizar con anterioridad. Mientras que, en cambio, en el RETA, tal reconocimiento únicamente podía obtenerse antes del alta como autónomo. De tal modo, que si el trabajador obtenía el reconocimiento posteriormente al alta en el RETA, no podría beneficiarse de dicha bonificación³⁰. Afortunadamente esta discriminación sería corregida posteriormente. Así, desde el 01 de enero de 2019³¹, la bonificación de cuotas se aplica también en el caso de que el reconocimiento del grado de discapacidad igual o superior al 33%, se reconozca con posterioridad a su alta en el RETA, admitiéndose por tanto en este momento la conocida como discapacidad sobrevenida. En cuyo caso la aplicación de este incentivo se realizaría a partir del siguiente mes a partir de la fecha en el que sea solicitado por el interesado.

4. Subvenciones de promoción del trabajo autónomo.

El Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, regula las bases del Programa de Fomento del Empleo Autónomo³², cuyo objetivo es incentivar la incorporación de personas desempleadas al trabajo por cuenta propia, así como también el apoyo a la consolidación de iniciativas empresariales ya creadas. El programa queda enmarcado dentro de las políticas activas de empleo (en este caso a través del autoempleo) y está cofinanciado por el Fondo Social Europeo.

Como veremos a continuación, la norma contempla una serie de medidas reforzadas para colectivos vulnerables, entre los que expresamente se encuentran reconocidos, las personas con discapacidad. Lo cual claramente quedaría alineado

30 La tesis doctoral: PARDO GABALDÓN, R.: *La protección social de los autónomos: una propuesta de mejora*, Universitat de València 2018, de manera expresa en su p. 212 ya solicitaba la “aplicación de la bonificación de la cuota a la seguridad social establecida para los trabajadores autónomos con un grado mínimo de discapacidad del 33%, también en caso de adquirir dicha condición con carácter sobrevenido”.

31 Disposición adicional tercera. 4º. 10. Real Decreto-ley 28/2018, 28 diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social y laboral (BOE núm. 314 de 29 de diciembre de 2018): “Lo dispuesto en este artículo será también de aplicación, a opción de los interesados, en los supuestos de trabajadores autónomos que estando de alta en este régimen especial les sobrevenga una discapacidad en un grado igual o superior al 33 por ciento. En tal caso, la aplicación de las medidas previstas en este artículo se producirá a partir del día primero del mes siguiente al que tal elección se realice”.

32 Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo (BOE núm. 233 de 29 de septiembre de 2021).

con los principios de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 27) entre los que se encuentra la eliminación de barreras de acceso al empleo³³.

Esta iniciativa establece un marco regulatorio a nivel general para toda España, contemplando una variada línea de ayudas económicas (complementarias entre sí) para el fomento del autoempleo, especialmente entre las personas desempleadas. Medidas incentivadoras del trabajo por cuenta propia, que en todo caso compete aprobar a las respectivas comunidades autónomas. En este sentido, a pesar de que en cualquier caso las respectivas ordenes de subvenciones autonómicas, deberán respetar unos mínimos estatales establecidos, lo cierto es que se echa en falta una mayor homogeneidad normativa entre las diferentes comunidades autónomas, existiendo una elevada disparidad en la cuantía económica de las subvenciones de los diferentes programas que se analizan a continuación.

a) Subvención por establecimiento como trabajador autónomo.

La primera y más destacada medida, sin lugar a dudas, se trata de la ayuda económica a fondo perdido de hasta 7.500 euros, destinada a personas desempleadas que se den de alta como autónomas. La cuantía económica exacta de la subvención se gradúa en función del grado de dificultad de inserción laboral de los diferentes colectivos, como es el caso de las personas con discapacidad. Lo cual, en la práctica supone que las diferentes comunidades autónomas, establezcan ayudas económicas superiores para este colectivo (siempre con el tope de los 7.500 euros mencionados). Asimismo, en el caso de las mujeres emprendedoras (tengan o no discapacidad), el real decreto 818/2021, reconoce un incremento de 500 euros.

b) Subvención financiera para inversiones vinculadas a la creación del negocio.

El programa ofrece también un apoyo financiero inicial a través de dos modalidades alternativas a elección del interesado:

a) Reducción de hasta 4 puntos porcentuales en el tipo de interés del préstamo suscrito, con un límite máximo de 9.000 euros, lo cual ciertamente puede resultar determinante para que personas con escasa capacidad crediticia, puedan emprender un negocio por cuenta propia.

b) Ayuda directa para inversiones en la creación y puesta en marcha de la empresa, limitada en este caso al 50% del coste subvencionable, con un máximo también de 9.000 euros. Esta medida podría resultar especialmente útil en el caso

33 Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Naciones Unidas, New York, 2006.

de emprender en sectores que requieran de equipamiento específico o reformas estructurales.

c) Subvención para asistencia técnica.

Por otro lado, el programa marco establece también una ayuda de hasta el 75% del coste de servicios técnicos externos, como es el caso de: estudios de viabilidad o planes de negocio, así como también del asesoramiento jurídico específico para el inicio de actividad. Siempre, eso sí, con un tope máximo de 2.000 euros.

Esta medida que a priori pudiera pasar desapercibida, resulta fundamental para incentivar que muchos emprendedores con carácter previo al inicio de actividad, puedan realizar un plan de empresa con la ayuda de una asesoría especializada y así reducir las altas tasas de fracaso emprendedor.

d) Subvención para formación en dirección y gestión.

Se ofrece igualmente una subvención formativa que cubre hasta el 75% del coste de actividades de capacitación en dirección y gestión empresarial, con un límite máximo de 2.400 euros, lo cual iría en la línea de poder aumentar la cualificación profesional del emprendedor en cuestión, y todo ello en el marco del impulso de las políticas públicas dirigidas a poder aumentar el número de personas emprendedoras³⁴.

Por tanto, al igual que en el supuesto anterior, la medida respondería a una cruda realidad, con base a la cual muchas iniciativas emprendedoras fracasan por deficiencias en la gestión empresarial, ausencia de conocimientos financieros, escasa capacidad de planificación estratégica o desconocimiento en el acceso a redes de comercialización y digitalización. En la práctica, este interesante incentivo permitiría realizar cursos de formación específicos subvencionados en áreas tan diversas como: gestión administrativa y contable, planificación estratégica y diseño del plan de empresa, liderazgo y gestión de equipos o marketing digital y comercio electrónico.

III. SUBVENCIÓN PARA ADAPTACIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO EN CASOS DE DISCAPACIDAD.

Una medida también incluida en el RD 818/2021, anteriormente analizado, y que merece capítulo aparte por su especial trascendencia entre el colectivo objeto del presente estudio, es la subvención específica de hasta 1.800 euros para nuevos autónomos con una discapacidad mínima del 33%.

34 MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: "Políticas de incentivo del emprendimiento femenino y promoción de la igualdad de género en el trabajo autónomo", *Temas Laborales*, núm. 179, 2025, p. 253.

La iniciativa tiene como objeto la financiación de las modificaciones o ajustes razonables (en caso necesario) para poder garantizar el acceso al puesto de trabajo como autónomo en condiciones de total seguridad. En concreto: “dicha adaptación incluye medidas de accesibilidad universal, cognitiva y de comunicación, dotación de medios de protección para evitar riesgos laborales y eliminación de barreras arquitectónicas u obstáculos que impidan o dificulten su trabajo”³⁵.

Sin lugar a dudas, esta iniciativa, constituye una herramienta esencial para hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades en el marco del autoempleo.

Por poner algunos ejemplos, sobre su utilidad práctica en las diferentes ramas de actividad: en el sector comercial, se podrían financiar mostradores adaptados para atender al público desde una silla de ruedas; en el sector de servicios profesionales, la adquisición de software de lectura de pantalla, en la artesanía y oficios manuales, herramientas ergonómicas que reduzcan la sobrecarga física; en el transporte, la adaptación de vehículos para autónomos conductores; o en el sector agrícola, la instalación de maquinaria con mandos accesibles.

Se trata, en definitiva, de una ayuda que va más allá de lo meramente económico, al tratar de asegurar la participación efectiva de las personas con discapacidad en el mundo empresarial y en el trabajo por cuenta propia. No obstante, considero que el carácter fijo de la ayuda puede quedarse corta en relación a determinadas adaptaciones, lo cual debería invitarnos a estudiar una posible reforma que pudiera transformar la actual ayuda tasada, en una proporcional al gasto real.

IV. BREVE CONCLUSIÓN Y PROPUESTAS DE MEJORA.

Como se ha podido analizar de manera pormenorizada a lo largo del presente estudio, las políticas públicas en materia de fomento del empleo relativas a las personas con discapacidad, resultan claramente insuficientes, sobre todo cuando nos referimos específicamente a las medidas de fomento del autoempleo. Esta insuficiente atención por parte de los poderes públicos: provoca en primer lugar, que la afiliación a la seguridad social por parte de las personas que integran el colectivo sea muy escasa (28,5%) y que, dentro de estos, exista una enorme desproporción entre quienes optan por el régimen general (92%) y quienes optan lo hacen por el RETA (poco menos del 8% frente al 16% del conjunto de trabajadores).

Las personas con discapacidad debido, a sus especiales dificultades de acceso al empleo, necesitan del apoyo de las administraciones públicas y más específicamente -tal y como exigen las diferentes normas legales analizadas- de la implementación de medidas públicas de fomento del empleo. Dichas medidas

35 Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, cit.

resultan necesarias especialmente en el caso del fomento del trabajo autónomo, donde el número de cotizantes está claramente infrarrepresentado, a pesar de que el trabajo por cuenta propia ciertamente se trata de una salida profesional idónea en muchos casos para las personas con discapacidad. En este sentido, unas de las grandes ventajas del autoempleo es la autoorganización del propio tiempo de trabajo, la cual permite una mejor conciliación entre trabajo, vida personal y tratamiento médico.

Para ello resulta imprescindible, de un lado, la mejora de las medidas ya existentes y de otro lado, la implementación de toda una serie de nuevas medidas.

Propuestas de mejora

PRIMERA. Aprobación de un plan estatal específico de fomento del autoempleo para personas con discapacidad, con la participación de las diferentes administraciones públicas (estatal, autonómica y local) y las organizaciones representativas propias, tanto de las personas con discapacidad, como de los trabajadores autónomos.

SEGUNDA. Aplicación directa de oficio por parte de la TGSS de las reducciones y bonificaciones de seguridad social para nuevos afiliados al RETA, sin necesidad de tener que solicitarse expresamente con antelación a su incorporación como trabajadores autónomos.

TERCERA. Existencia de mayor homogeneidad entre las diferentes comunidades autónomas en relación la cuantía económica de las diferentes ayudas que integran el programa estatal de fomento empleo autónomo, especialmente en el caso de las ayudas para personas con discapacidad.

CUARTA. Aplicación indefinida de la bonificación de la cuota a la seguridad social para los trabajadores autónomos con discapacidad, ya que en este momento únicamente se puede disfrutar durante un máximo de 5 años, en contraste con el régimen general donde se puede disfrutar durante toda la vida del contrato.

QUINTA. Aprobación de la cotización parcial al RETA para las personas con discapacidad. En este sentido, cabe recordar que actualmente en el régimen de seguridad social de los trabajadores por cuenta propia, únicamente cabe la opción de la cotización a tiempo completo, lo cual claramente en el caso de determinados colectivos, como es el caso de las personas con discapacidad, representa un claro desincentivo a su incorporación a este régimen de la Seguridad Social.

SEXTA. Aprobación de un criterio específico en los pliegos de contratación pública, en materia de contratas y subcontratas de la Administración Pública con

el sector privado, que otorgue mayor puntuación a las ofertas presentadas por personas trabajadoras autónomas con discapacidad, ya se trate de autónomos persona o de autónomos societarios.

SÉPTIMA. Posibilidad de acceso al 100% de la prestación por desempleo para las personas con discapacidad, en relación al pago único o capitalización por desempleo, aun en caso de no necesitar la totalidad de la misma para inversión inicial, de tal modo que el montante restante, se pudiera destinar a cualquier gasto del día a día, al margen del abono de la cuota del RETA.

OCTAVA. Posibilidad de obtención de la capitalización por desempleo o pago único, también en caso de ser beneficiario de una prestación no contributiva de desempleo. En este sentido, resulta claramente limitante la restricción de la medida exclusivamente a los beneficiarios de la prestación contributiva por desempleo, dejando fuera de la misma a los perceptores de cualquier subsidio no contributivos de desempleo.

NOVENA. Eliminar la actual restricción en relación a la posibilidad de compatibilizar la medida de subvención de cuotas de seguridad social con la del pago único o capitalización por desempleo, con base a la cual necesariamente la solicitud de ambas medidas, deba realizarse en el mismo acto. De tal forma que resulte posible solicitar en un primer momento la subvención de cuotas y posteriormente el pago único por el importante restante.

DÉCIMA. Sustitución de la actual ayuda económica tasada de “hasta 1.800 euros” por una ayuda proporcional del “50% del coste total”, en la subvención para adaptación del puesto de trabajo para autónomos con discapacidad.

UNDÉCIMA. Aprobación de un incremento mínimo específico de 3.000 euros para las personas con discapacidad, en la subvención por establecimiento como trabajador autónomo

DUODÉCIMA. Aprobación de una reducción específica de hasta 6 puntos para las personas con discapacidad, frente a los 4 puntos actuales a nivel general, en la subvención financiera para inversiones vinculadas a la creación del negocio.

DECIMOTERCERA. Aprobación de una ayuda económica específica de hasta 4.000 euros para las personas con discapacidad (actualmente la ayuda asciende a nivel general hasta los 2.000 euros) en relación a la subvención para asistencia técnica.

DECIMOCUARTA. Aprobación de una ayuda económica específica de hasta 4.800 euros para las personas con discapacidad (actualmente la ayuda asciende a

nivel general hasta los 2.400 euros) en relación a la subvención para formación en dirección y gestión.

DECIMOQUINTA. Incorporación expresa del enfoque de discapacidad en los programas de formación para el emprendimiento que estén financiados con fondos públicos, y así asegurar la existencia de módulos específicos, que fundamentalmente se centren en la accesibilidad del colectivo.

DECIMOSEXTA. Creación de un servicio específico de asesoramiento técnico para el emprendimiento de personas con discapacidad, gestionado por los servicios públicos de empleo en colaboración con las organizaciones representativas del colectivo y de los trabajadores autónomos, con el objetivo de proporcione un acompañamiento durante las distintas fases del proyecto empresarial.

BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO MELLADO, C. L.: *Trabajo Autónomo, regulación jurídica y diferenciación del trabajo laboral en Jornada El Trabajo de los autónomos*, Cátedra ATA-Universitat de Valencia sobre trabajo autónomo, Valencia, 2015.

ALONSO OLEA, M, CASAS BAAMONDE, M. E.: *DERECHO DEL TRABAJO*, 26ª edición: Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2009.

ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: "La reforma de cotización de los autónomos en el RD. Ley 13/2022 de 26 de julio: La cotización por ingresos reales como regla general. Una aproximación a la norma", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, núm. 6, 2022.

CABALLERO PÉREZ, M. J.: La capitalización del desempleo: su instrumentación como medida de empleo, en MONEREO PÉREZ, J. L, FERNÁNDEZ BERNAT, J. A. y LÓPEZ INSÚA, B. (dir.): *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Aranzadi, Madrid, 2016.

CANDELA AGULLÓ, C.: "Causas de la renuncia al trabajo de las personas con discapacidad intelectual" en FERNÁNDEZ ORRICO F. J. (dir.): *La discapacidad intelectual en el ámbito laboral. Hacia la accesibilidad universal*, Laborum, Murcia, 2023

MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: "Políticas de incentivo del emprendimiento femenino y promoción de la igualdad de género en el trabajo autónomo", *Temas Laborales*, núm. 179/2025.

PARDO GABALDÓN, R.: *La protección social de los autónomos: una propuesta de mejora*, Universitat de València, 2018.

POQUET CATALÁ, R.: *Comunicaciones del XXXIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (33º. 2023, Cuenca)*. Capitalización del desempleo, últimas líneas.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: La empleabilidad de las personas con discapacidad intelectual: claves jurídicas, puntos críticos y propuestas en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y ÁLVAREZ CUESTA, H. (dir.): *Sostenibilidad social y territorial: oportunidades de empleo desde la economía social*, Colex, A Coruña, 2026.

ROMERO RÓDENAS, M. J.: "El empleo de las personas con discapacidad", en *Libro blanco sobre empleo y discapacidad*. Real patronato sobre discapacidad, Madrid, 2023.

TURTURRO PÉREZ DE LOS COBOS, S.: "El modelo social de discapacidad: un cambio de paradigma y la reforma del artículo 49 CE", *Lex Social*, núm. 12 (I), 2022.

VALDÉS DAL-RE, F.: “Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos”, en VALDÉS DAL-RE, F. (dir.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2013.

DECISIONES RELEVANTES EN INTERVENCIÓN DE
LA FAMILIA EN ARAGÓN: EL CASO DE LA JUNTA DE
PARIENTES A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TSJ
ARAGÓN DE 19 DE MARZO DE 2025

*RELEVANT DECISIONS REGARDING FAMILY INTERVENTION IN
ARAGON: THE CASE OF THE FAMILY COUNCIL IN RELATION
TO THE RULING OF THE HIGH COURT OF JUSTICE OF
ARAGON OF 19 MARCH 2025*

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 774-791

Mario DÍEZ
ROYO

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de junio de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2026

RESUMEN: La Junta de Parientes es una institución tradicional del Derecho foral aragonés, de origen consuetudinario y vinculada históricamente a la “casa” altoaragonesa, cuyo fin es resolver conflictos internos sin acudir a los tribunales. El entero funcionamiento de la Junta lo podemos ver reflejado en la STSJ Aragón de 19 de marzo de 2025, una institución con fuertes rasgos consuetudinarios que prioriza la realidad de las relaciones familiares.

PALABRAS CLAVE: Junta de parientes; llamamiento; costumbre; acto jurídico; criterio de proximidad.

ABSTRACT: The Family Council is a traditional institution under Aragonese regional law, with customary origins and historically linked to the Upper Aragonese 'house', whose purpose is to resolve internal disputes without resorting to the courts. The entire functioning of the Family Council is reflected in the Supreme Court of Justice of Aragon ruling of 19 March 2025. It is an institution with strong customary features that prioritises the reality of family relationships.

KEY WORDS: Family council; notice; tradition; legal act; proximity principle.

SUMARIO: I. LA JUNTA DE PARIENTES EN EL CÓDIGO DE DERECHO FORAL DE ARAGÓN.- 1. Qué es la Junta de parientes y cómo funciona su llamamiento.- 2. La composición de la Junta de Parientes.- 3. Constitución de la junta.- II. CELEBRACIÓN Y DESARROLLO DE LA JUNTA DE PARIENTES.- III. ESQUEMA DE LAS FUNCIONES LEGALES DE INTERVENCIÓN DE LA JUNTA DE PARIENTES.- IV. LA SENTENCIA 1/2025 DE 19 DE MARZO DEL TSJ DE ARAGÓN.- 1. Introducción al Supuesto de Hecho.- 2. En lo que respecta al llamamiento y las funciones de la Junta.- 3. Los intervinientes de la Junta de Parientes.- V. CONCLUSIÓN.

I. LA JUNTA DE PARIENTES EN EL CÓDIGO DE DERECHO FORAL DE ARAGÓN.

I. Qué es la Junta de parientes y cómo funciona su llamamiento.

En Aragón existe la posibilidad de invocar una institución especial en caso de discrepancias familiares, la Junta de Parientes. La Junta de Parientes es una figura de origen consuetudinario¹, vinculada a la institución de la “casa” altoaragonesa. Con la finalidad de servir la continuidad de la Casa, salvando así los infortunios que surgen de las discrepancias entre familiares, como por ejemplo en el reparto sucesorio. La Junta de Parientes es una figura de carácter paccionado, siguiendo la línea más pura del Derecho Aragonés que nace al amparo de la costumbre y en el principio *standum est chartae*.

La Junta de Parientes es una institución que toma decisiones de carácter familiar, cuando hay una oposición de intereses entre familiares que tienen que decidir sobre un acto concreto, regulada en los arts. 170 a 182 CDFA, es una alternativa del Código Foral a la intervención judicial como explica LACRUZ MANTECÓN².

La Junta de Parientes inicia con el “llamamiento”. Con el término “llamamiento” se hace referencia a los supuestos de intervención de la Junta, al *cuándo* es necesaria su actuación³. El llamamiento se divide en legal y voluntario o paccionado, el art. 170 CDFA establece que ciertos parientes actuarán reunidos en Junta en virtud de disposiciones legales, de la costumbre o de acto jurídico.

Si bien es cierto, existen determinados asuntos a los que no se puede llamar a la Junta, como en todo lo relativo a la capacidad de las personas, que es una cuestión

1 SAPENA TOMÁS, J.: “La Junta de Parientes”, *Actas de los Segundos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés: Zaragoza 10, 17 y 24 de noviembre y 1 de diciembre de 1992*.

2 LACRUZ MANTECÓN, M. L.: “Junta de Parientes”, en AA.VV.: *Manual de derecho foral aragonés* (coords. M. C. BAYOD LÓPEZ, y J.A. SERRANO GARCÍA), El Justicia de Aragón, 2020, p. 306.

3 LACRUZ MANTECÓN, M. L.: “Junta”, cit. pp. 307 y ss.

• Mario Díez Royo

Doctorando en Derecho en la Universidad de Zaragoza. Correo electrónico: @unizar.es.

de orden público⁴. La APZ ha considerado que no existe una constitución de la Junta de Parientes para evaluar la situación de incapacidad de un familiar, porque es ajeno al poder de disposición de las personas (AAP de Zaragoza 680/2011 de 27 de diciembre 2011⁵).

A) En primer lugar, el llamamiento puede realizarse en *virtud de disposiciones legales*: Se produce el llamamiento de la Junta de Parientes para los asuntos sobre cuestiones sucesorias o familiares. La Exposición de Motivos nos hace una breve enumeración de los supuestos:

1. La autorización para disponer de bienes de menores de catorce años por sus representantes legales.

2. La prestación de asistencia a los menores que han cumplido dicha edad, en los casos y formas que las leyes prevén.

3. Dirimir divergencias entre los padres en el ejercicio de la autoridad familiar (art. 74 CDFA).

4. Las divergencias sobre la titularidad de la autoridad familiar de personas distintas de los padres (art. 89 CDFA),

5. En la organización y funcionamiento de la tutela y en la guarda de hecho.

Sin embargo, más adelante lo veremos en profundidad.

B) En segundo lugar se realiza el *Llamamiento en virtud de costumbre*: La invocación de una costumbre para justificar el llamamiento a la Junta de Parientes debe realizarse con observancia de las normas contenidas en el art. 2 CDFA que exponen que la costumbre no puede ser contraria al Derecho imperativo, en este caso, la Constitución y el CDFA.

C) La tercera posibilidad es realizar el *Llamamiento en virtud de acto jurídico*: El llamamiento por acto jurídico más frecuentes son los capítulos matrimoniales, heredamiento, testamento y pacto sucesorio⁶. Este llamamiento no exige forma pública si no implica un acuerdo de los interesados, por lo que se puede realizar vía

4 SERRANO GARCIA, J. A. y BAYOD LÓPEZ, M.C.: *Lecciones de Derecho Civil: Familia*, Kronos editorial, Zaragoza, 4ª ed., 2025, pp. 538 y ss.

5 AAP Zaragoza 27 diciembre 2011 (ECLI:ES:APZ:2011:2541^a). En este supuesto, se solicitaba convocatoria judicial de Junta de parientes para acordar sobre instar incapacidad o el nombramiento de guardador de hecho de una señora.

6 AGUSTIN BONAGA, F.: "La Junta de parientes en la nueva regulación de la ley del derecho de la persona: Composición y funcionamiento", en *Actas de los Decimoséptimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés: Zaragoza, 6, 13 y 20 de noviembre de 2007*, Teruel, 27 de noviembre de 2007, El Justicia de Aragón, 2008, p. 38.

testamento privado. Advierte PARRA LUCÁN que las reglas del CDFA son supletorias respecto de las establecidas por el o los particulares que hayan efectuado el llamamiento a la intervención de la Junta (art. 171.1 CDFA)⁷. Así ocurre con los capítulos matrimoniales (art. 195.2 CDFA⁸), o con los pactos sucesorios (art. 377 CDFA⁹). Además, en este tipo de llamamiento por acto jurídico pueden formar parte de la Junta personas que no sean parientes como establece el art. 182 CDFA.

La Junta es un instrumento infrautilizado y desconocido por la mayoría de particulares. Diferentes autores han propuesto la ampliación de sus competencias, como funciones de albaceazgo o de contador partidos. En las funciones de albaceazgo la Junta ayuda al disponente a nombrar en pacto sucesorio o testamento uno o más albaceas y establecer con entera libertad las determinaciones que tenga por conveniente. Además, la Junta podría asumir funciones de contador-partidor siendo designada en testamento, pacto sucesorio o acto inter vivos para tal fin, siempre y cuando ningún miembro fuese uno los coherederos, así se evitaría un conflicto de intereses entre los implicados¹⁰. O a las situaciones derivadas del envejecimiento y mayor longevidad de la población, aceptación de donaciones, y a decidir los bienes sobre los que se extendería el usufructo de viudedad¹¹.

2. La composición de la Junta de Parientes.

El número de componentes de la junta se puede establecer de dos maneras:

Junta Voluntaria: serán los parientes que estén determinados previa constitución de la junta, en el acto jurídico que reclame su intervención. En el acto jurídico en el que se determine la junta, esta podrá componerse por el número de personas que se estime oportuno y de diferente grado y rama familiar.

Junta Indeterminada: Según el art. 172.1. CDFA, cuando la junta no está determinada la formarán los dos parientes más próximos uno por cada línea, que sean mayores de edad con capacidad jurídica plena, y sin estar incurso en una causa de inidoneidad (art. 173 CDFA)¹². El criterio de proximidad se puede

7 PARRA LUCÁN, M. A.: "Junta de Parientes", en AA.VV.: *Manual de derecho foral aragonés* (dir. J. DELGADO ECHEVARRÍA), 4ª ed., El Justicia de Aragón, 2014, p. 307 y ss.

8 El art. 195.2 CDFA los capítulos matrimoniales y sus modificaciones requieren, para su validez, el otorgamiento en escritura pública

9 El art. 377 CDFA Son válidos los pactos que sobre la propia sucesión se convengan en escritura pública, así como los que en relación con dicha sucesión otorguen otras personas en el mismo acto.

10 BERNAD MAINAR, R.: "La Junta de Parientes en la nueva legislación aragonesa", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, XI-XII; *Institución Fernando El Católico, Excma. Diputación Provincial de Zaragoza, Zaragoza, 2006*, p. 217.

11 BERNAD MAINAR, R.: "La Junta", cit., p. 217.

12 Son causas de idoneidad: la exclusión mediante documento público o testamento, los que tengan intereses opuestos, enemistad manifiesta y quienes estén suspendidos de la autoridad familiar, cargo tutelar o medida de apoyo. Como dice PARRA LUCÁN, algunas de estas causas coinciden con las causas de inhabilidad del art.

sobrepasar ya que el notario o el LAJ pueden realizarlo motivadamente gracias a la reforma de la Ley 3/2024. Además, el art. 182 CDFA establece la posibilidad de realizar el llamamiento a los no parientes.

3. Constitución de la Junta.

La constitución de la Junta de Parientes se puede establecer de dos formas:

1. *Constitución fe notarial*, (art.174CDFA) establece que, “Sin necesidad de ninguna formalidad previa, podrá reunirse y acordar válidamente la Junta de Parientes cada vez que, hallándose juntos sus miembros, decidan por unanimidad bajo fe notarial para asunto o asuntos determinados”. Es norma similar a la contenida en el primer inciso del art. 20-5 de la Compilación 1967. Para ARGUDO PÉRIZ, la notarial es y ha sido la modalidad de Junta más habitual en la práctica, por eso ya la LDP y el CDFA alteran el orden de la Compilación¹³.

El notario deberá también comprobar la legalidad de la composición de la Junta (conviene por tanto aportar las certificaciones del Registro civil que acrediten la proximidad del parentesco) así como advertir de las causas de inidoneidad a los junteros (para lo cual deberá atenerse a las manifestaciones que le hagan, salvo que le conste otra cosa),¹⁴ como nos muestra la Sentencia de la AP de Zaragoza (Secc. 5ª) 737/2002 de 8 de junio¹⁵. El notario deberá conocer de las excusas para el desempeño del cargo que se le presenten, sustituyendo si es necesario al que se excuse por otro pariente¹⁶. Si no es posible celebrar Junta notarial, se acudirá a la precisa su constitución judicial, (art. 175.I CDFA).

La SAP de Zaragoza 737/2022 de 8 de junio¹⁷, presenta perfectamente como la Junta de Parientes bajo fe notarial tiene una constitución aformal, dice el tribunal que, “la Junta de Parientes bajo fe notarial tenga una convocatoria y constitución ‘aformal’ no significa que no precisa de la comprobación de la idoneidad formal e intencional de sus miembros. (art. 174 CDFA). Pero, además, la doctrina autorizada interpreta que la deliberación previa a la decisión haya de ser “conjunta”, lo que supone la reunión y participación (art 177 CDFA). Pero, en todo caso, estamos ante una decisión con trascendencia patrimonial con la fuerza obligatoria de un

125 CDFA, porque el art. 171.3 CDFA establece de aplicación supletoria las normas para el desempeño de funciones tutelares. PARRA LUCÁN, M. A.: “Junta”, cit., p. 271. Explica SERRANO GARCÍA que aparte las causas de inhabilidad de los cargos tutelares (art. 14CDFA) hay que tener en cuenta las allí previstas, pero también las posibilidades de excusarse de las funciones tutelares (art. 125 CDFA) SERRANO GARCÍA, J.A.: *Lecciones de, cit., p.550*

13 AGUSTÍN BONAGA, F.: “La Junta”, cit., p. 38.

14 LACRUZ MANTECÓN, M. L.: “Junta” cit., p. 308

15 SAP Zaragoza 8 junio 2002 (ECLI:ES:APZ:2022:1459).

16 LACRUZ MANTECÓN, M. L.: “Junta”, cit., p. 308. Después de la composición de la Junta, si un vocal de la Junta resulta inidóneo, el acuerdo será impugnabile (art. 179.2 CDFA).

17 SAP Zaragoza 8 junio 2022 (ECLI:ES:APZ:2022:1459).

contrato (art. 178-3 CDFA). Como señala la Sr. Registradora, una decisión con la fuerza del '*Standum est chartae*'. Y cuya invalidez no obedece sólo a vicios materiales, sino también a los formales en la constitución o funcionamiento (art. 179 CDFA)".

Esta sentencia, se presenta con el supuesto de hecho, como consecuencia de la venta de una finca perteneciente a dos hermanas menores de edad, bajo fe notarial donde interviene la Junta de Parientes prestando asistencia a los progenitores los progenitores (art. 23 CDF y art 15 CDFA). En la escritura el Notario da fe de la correcta composición de la Junta, de la idoneidad de las personas que comparecen por cada línea y de su postura favorable al otorgamiento de la compraventa. La controversia en este pleito viene porque la Sra. Registradora de la Propiedad califica negativamente la solicitud de inscripción mediante ya que considera que la dación de fe del Sr. Notario no acredita el requisito de autorización de la Junta de Pariente exigido por el Art 15 CDFA, porque no muestra en el documento público la identidad de las personas que declaran su voluntad como integrantes dela Junta de Parientes, ya que no se hace constar ni nombre y apellidos, ni circunstancias personales delos mismos, ni su relación de parentesco con la menor de edad. Por lo que no puede verificarse que la manifestación de la idoneidad y correcta composición de la Junta corresponde a esas personas, puesto que en la escritura no consta quienes son. El Notario, se defienden presentando que se ampara en la agilidad y ausencia de formalidades previas de la Junta de Parientes constituida bajo fe notarial, (art. 174 CDFA. Para el Tribunal la dación de fe del Notario respecto a la celebración y contenido de la Junta de Parientes resultaría suficiente y bastante para la inscripción de la escritura de compraventa. La Audiencia Provincial determina que la Junta de Parientes recogida en un Acta de Notoriedad, tiene entidad suficiente para que la Registradora pueda ejercer el control de legalidad. La Audiencia termina entendiendo que, "sin demérito alguno del alcance de la fe notarial. Sino como distribución de competencias entre ambas instancias jurídicas (Notario y Registrador). Cuyo diseño es de naturaleza contingente y discutible u opinable (no necesariamente ha de ser así). Pero, a juicio de este tribunal es así".

El procedimiento de la Junta bajo fe notarial. La constitución y el funcionamiento para un acto concreto coinciden en un mismo acto. El art. 174 no impone formalidad alguna, si bien PARRA LUCÁN explica que no es raro que en la práctica el interesado requiera a los llamados por las disposiciones voluntarias¹⁸.

Una vez elegida la Junta notarial el art 178.2 excluye otros medios alternativos de resolución del caso, ya que la decisión de la Junta impedirá someter el mismo asunto a otro órgano de decisión. Sin embargo, lo decidido podrá ser sometido nuevamente a la Junta o al Juez cuando con posterioridad ocurriese o se conociese

18 PARRA LUCÁN, M. A.: "Junta", cit., p. 271.

algún hecho de relevancia para la decisión, pues el descubrimiento de nuevos hechos o documentos no está autorizando la revisión de lo ya decidido en Junta, sino configurando un nuevo asunto o caso, respecto del cual se abren todas las vías posibles.

2. *Constitución judicial y funcionamiento de esta Junta.* La constitución de la Junta judicial es reformada por la Ley 3/2024. La Reforma otorga al LAJ las funciones que antaño tenía el Juez.

El art. 175 CDFA establece dos vías alternativas de resolución, con procedimientos distintos, y cuyos resultados no tienen por qué coincidir, pues ambas toman en consideración criterios diferentes a la hora de resolver¹⁹.

Primero, cuando en documento público se haya configurado como órgano permanente, es decir, si en el acto voluntario de llamamiento a la Junta se constituye con tal carácter porque tiene que tomar decisiones continuadas a lo largo del tiempo.

En segundo lugar, si no se logra la constitución notarial o se deniega ésta por el notario. En estos casos, el Juez del domicilio de la persona o familia de cuya Junta se trate ordenará, a instancia de parte interesada, su constitución en expediente de jurisdicción, voluntaria.

Procedimiento de la Junta de Parientes judicial. El art 175 CDFA establece que, cuando se haya establecido por documento público (o no se quiera constituir bajo fe notarial) el LAJ ordenará, a instancia de parte interesada, su constitución en expediente de jurisdicción voluntaria. Además, el LAJ podrá cubrir las vacantes que se produzcan por fallecimiento, renuncia, pérdida de idoneidad o incumplimiento de los deberes propios, previa remoción del cargo en los dos últimos supuestos.

Según art. 175.3 CDFA permite el funcionamiento que los vocales nombrados decidan tomando sus acuerdos por unanimidad de quienes la integran. De los acuerdos se levantará acta, que firmarán todos los intervinientes de la Junta.

II. CELEBRACIÓN Y DESARROLLO DE LA JUNTA DE PARIENTES.

La Junta de Parientes debe reunirse personalmente para deliberar y adoptar decisiones sobre los asuntos sometidos a su consideración. Conforme al art. 176 CDFA, los miembros deben asistir a la reunión, respondiendo de los daños y perjuicios quien falte sin causa justificada, mientras que el organizador asume los gastos derivados de la convocatoria. Las decisiones se adoptan tras una deliberación conjunta y libre, según el leal saber y entender de los integrantes (art. 177 CDFA).

¹⁹ AGUSTÍN BONAGA, F.: "La Junta", cit., p. 38.

Además, dichas decisiones se presumen válidas y eficaces mientras no se declare judicialmente su invalidez (art. 178 CDFA), tratándose de una presunción *iuris tantum* que obliga a quien cuestione el acuerdo a impugnarlo judicialmente.

No obstante, las decisiones pueden ser invalidadas cuando concurren determinados vicios o defectos (art. 179 CDFA). Por un lado, los vicios materiales comprenden supuestos como el exceso respecto de los límites legales o convencionales del llamamiento o la existencia de vicios de la voluntad, lo que puede dar lugar a nulidad absoluta o anulabilidad. Por otro lado, los defectos formales en la constitución o funcionamiento de la Junta —como su incorrecta composición, la ausencia de intervención judicial o notarial cuando sea exigida, o la participación de vocales incapaces o no preferentes— pueden provocar la nulidad de pleno derecho de los acuerdos.

La declaración judicial de invalidez de los acuerdos se tramita por el procedimiento de juicio verbal (art. 180 CDFA y art. 753 LEC). Para interponer la demanda resulta necesario aportar la escritura pública o el acta donde conste el acuerdo adoptado. Finalmente, cuando la Junta no logra alcanzar un acuerdo, el art. 181 CDFA permite acudir al órgano judicial o solicitar el nombramiento de un defensor judicial para resolver la cuestión, ofreciendo así una vía alternativa en caso de inactividad o bloqueo en la toma de decisiones.

III. ESQUEMA DE LAS FUNCIONES LEGALES DE INTERVENCIÓN DE LA JUNTA DE PARIENTES.

¿Cuáles son los ámbitos de intervención de la Junta de Parientes?, la Junta de Parientes ha visto incrementado su uso desde su plasmación en la Compilación de 1967, una excelente aceptación social como una alternativa a la resolución judicial. El resto de las leyes civiles promulgadas desde entonces han ido añadiendo nuevos casos susceptibles de resolverse mediante la Junta de Parientes, especialmente en los ámbitos de protección de menores y personas con la capacidad modificada judicialmente, con el fin de velar por la gestión de los intereses del menor de edad.

I. Gestión de los intereses de los menores y sus representantes: Hay determinados actos que, aun correspondiendo la actuación a los sujetos que representan al menor en los actos de disposición y administración, el legislador, para salvaguardar los intereses de aquél, exige para la validez y eficacia de los mismos la autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez. A estos actos se refieren los arts. 14 CDFA (atribuciones gratuitas), 15 CDFA (actos de disposición) y 16 CDFA (adicionalmente para actos del tutor).

Oposición de intereses (art. 13 CDFA), Autoriza o asume la representación cuando existe conflicto entre el menor y sus padres o tutores. Lo más normal

será que la oposición de intereses entre el menor y sus representantes legales se produzca en el ámbito patrimonial:

a) Para rechazar o recibir atribuciones gratuitas (14 CDFA). Autoriza al representante para aceptar o repudiar donaciones o atribuciones a favor del menor.

b) Para autorizar actos de disposición sobre bienes del menor; (art. 15 CDFA) Autoriza enajenaciones, préstamos, renunciaciones de derechos, arrendamientos prolongados y otros actos patrimoniales relevantes.

c) La Junta de Parientes debe aprobar la división de un patrimonio o cosa común, según el art. 17 CDFA, si se ha realizado por el tutor (salvo si ha actuado autorizado por la Junta o el Juez).

d) La obligación de rendir las cuentas del menor (art. 99.4 CDFA). La Junta de Parientes asiste o autoriza la aprobación de cuentas de administración de bienes del menor.

Los actos de administración de los bienes del mayor de 14 años, ya sean realizados por el menor o por el representante, se regulan en el art. 26 CDFA, sin la necesidad de la autorización de la Junta de Parientes. Con la excepción del caso en el que exista oposición de intereses entre el menor y la persona que presta asistencia a ese menor de 14 años.

En el caso de las personas con discapacidad y la administración de su patrimonio, en 2024 se reformó el CDFA, por Ley 3/2024, de 13 de junio, de modificación del Código de Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas. La reforma añadió el art. 42.I. CDFA que presenta la oposición de intereses entre la persona con discapacidad y quienes hayan de prestarle apoyo, tanto en apoyo asistencial o apoyo representativo. Si existe oposición de intereses con las personas que pueden prestarle la asistencia, la actuación requiere autorización de la Junta de Parientes.

2. Auxilio en el ejercicio de la autoridad familiar:

a) Ejercicio de la autoridad familiar de menores y personas con discapacidad por los padres (art. 73 CDFA) Interviene para resolver desacuerdos en decisiones sobre crianza y educación.

b) En caso de divergencias entre los padres sobre el ejercicio de la autoridad familiar los padres podrán acudir a la Junta de Parientes, en caso de que no quieran acudir a la vía judicial (art. 74 CDFA).

c) La Junta decidirá el ejercicio de la autoridad familiar por otra persona (abuelos o hermanos). Se ocupa el art. 89 CDFA de las divergencias en el ejercicio de la autoridad familiar por parte de abuelos o hermanos. Para los hermanos, cualquiera de ...los interesados en ella pueden solicitar al Juez que resuelva la cuestión, si no prefieren todos acudir a la Junta de Parientes del menor con el mismo fin.

d) La Junta puede prestar asistencia solicitada por el mayor de 14 (art. 23.2 CDFA). Puede prestar asistencia cuando los titulares de la autoridad familiar no puedan o no quieran hacerlo.

3. Intervenciones en apoyo a instituciones tutelares:

a) Actos de disposición del tutor (art. 16 y 17 CDFA), Autoriza al tutor para actos extraordinarios, demandas, cesiones de crédito o autocontrato.

b) Para la remuneración del que desempeña el cargo tutelar, (art. 109 CDFA). Fija o modifica la remuneración del cargo tutelar.

c) Elegir en interés de menor en caso de pluralidad de disposiciones tutelares (118.3 CDFA), elige tutor o curador cuando existen varias designaciones.

d) Prestación de fianza e intervenir en la formación de inventario, (el art. 106.2 CDFA). Puede exigir fianza al tutor e intervenir en la formación y control del inventario

e) Fijar la contribución de los tutores personal y real a las cargas (art 140.2 CDFA). Determina la proporción de contribución entre administradores.

f) Justificación de actos del guardador de hecho y, la actuación representativa (169-II CDFA). Declara y controla los actos necesarios realizados por el guardador de hecho.

4. Intervenciones en la gestión de régimen económico matrimonial: La disposición de determinados bienes, será suficiente la declaración de la Junta de Parientes del otro cónyuge (según el art. 230.d CDFA) para justificar la necesidad del acto de disposición necesario para satisfacer las atenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge, incluso crianza y educación de los hijos. La Junta puede intervenir en la fijación del domicilio familiar. Aquel donde los progenitores conviven habitualmente o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia, el Código configura la vivienda como domicilio familiar, y la fijación de este dependerá del acuerdo de los progenitores o, en su defecto, del acuerdo de la Junta de Parientes según prevé el art. 184 CDFA.

5. Actuaciones en el ámbito sucesorio. Hay intervenciones puntuales, donde la Junta presta autorización al titular de la autoridad familiar o tutor art. 346.2 CDFA: para repudiar las atribuciones diferidas de los menores de catorce años (o personas con discapacidad). La Junta de Parientes deberá aprobar, en el caso de mayores de 14, que tiene capacidad jurídica para solicitar la participación de la herencia.

El curador requiere la aprobación de la Junta de Parientes para la división de la cosa común del curatelado (art. 169-24. 2 CDFA) y para la partición de la herencia (art. 367.2 CDFA).

Fiducia sucesoria: (art. 454 CDFA) La Junta autoriza actos de disposición cuando los legitimarios son menores o incapaces.

También interviene para la liquidación y división del patrimonio consorcial (art. 259.3 CDFA). Autorizando al cónyuge viudo fiduciario si hay legitimarios menores.

6. La representación del ausente (51 CDFA). La Junta puede autorizar a sus representantes en actos equiparables a los del tutor.

7. Intervención voluntaria. La Junta puede intervenir por llamamiento voluntario o analógico para resolver conflictos familiares

IV. LA SENTENCIA 1/2025 DE 19 DE MARZO DEL TSJ DE ARAGÓN.

I. Introducción al supuesto de hecho.

A continuación, expondremos la STSJA 19 de marzo de 2025 ²⁰. Inicia con dos hermanas: Noemí y Sonsoles. El 9 de febrero de 2006, Sonsoles instituye como heredera a Noemí mediante escritura pública, en la que ambas comparecen y acuerdan lo siguiente: “La instituida heredera (Noemí) tendrá la obligación de cuidar, prestar respeto y alimento a la instituyente (Sonsoles) mientras convivan. En caso de incumplimiento de esta obligación podrá la instituyente revocar la presente institución en su totalidad para designar nuevo heredero. Para acreditar este incumplimiento bastará que así lo manifieste ante Notario la Junta de Parientes”.

De los tres supuestos que establece el art. 170 CDFA que establece cuando se puede realizar el llamamiento a la Junta de Parientes: *en virtud de una disposición legal, la costumbre o un acto jurídico*, el presente supuesto se trata de el último, puesto que Sonsoles solicitará el llamamiento a la Junta de Parientes para

²⁰ STSJ Aragón 19 marzo de 2025 (ECLI:ES:TSJAR:2025:407).

manifestar el incumplimiento de las obligaciones de su hermana. Se trata de uno de los supuestos típicos de llamamiento a la junta, por pacto sucesorio²¹.

Posteriormente, el día 6 de septiembre de 2010 Sonsoles otorgó escritura pública de revocación de la institución de heredera, con intervención de la Junta de Parientes con la composición que en ella se justificaba, y en ella se hizo constar que la causa de revocación era que Noemi no había cumplido con la obligación de cuidar, prestar respeto y alimentos, conforme al art. 86 Ley de sucesiones (Actual 401 CDFA). Esta Junta de Parientes se constituyó bajo fe notarial cuando se realizó la escritura pública.

Se realizó el llamamiento a la Junta de Parientes ante notario y revocaron la institución de heredera.

Posteriormente, en noviembre 2010 D^a Sonsoles otorga un nuevo testamento mediante escritura pública en la que instituye como nuevos herederos a sus sobrinos, con inclusión de la cláusula testamentaria de cuidar, respetar y alimentar a la instituyente mientras fuese necesario (la misma que había tenido su hermana). Sonsoles falleció el día 16 de marzo de 2016.

2. En lo que respecta al llamamiento y las funciones de la Junta.

Posteriormente a la muerte, presenta demanda Noemí alegando la vulneración del art. 86 Ley 1/1999 de sucesiones de Aragón, en relación con el art. 165 Ley 13/2006 del derecho de la persona en Aragón y del art. 1256 CC. La demandante, entiende que la disposición sucesoria fue revocada unilateralmente en contra de lo dispuesto en ella, debido a que se llevó a cabo sin que la causa de revocación fuera declarada probada por la Junta de Parientes debidamente constituida.

Sin embargo, el tribunal entiende la revocación unilateral no precisaba la intervención de la Junta de Parientes para acreditar la veracidad de la causa de revocación invocada por la instituyente, afirma que su intervención era precisa por así resultar de pacto sucesorio. La intervención de la Junta de Parientes no era esencial, ni afectaba al acto de revocación sino a la prueba de la causa que el pacto sucesorio invoca. Además, la junta tampoco adoptó acuerdos, ya que la revocación se produce por la voluntad exclusiva del testador expresada en escritura pública con fundamento en una causa legal. El TSJ concluye que la intervención de la Junta de Parientes no era necesaria para acreditar la causa de revocación invocada, pues la locución “basta” utilizada en la escritura en ningún modo evoca la noción de medio o procedimiento necesario a que se aferra el recurrente.

21 PARRA LUCÁN, M.A.: “Junta”, cit., p. 307.

El principal problema que surge de esta sentencia es la interpretación de la cláusula que atribuye las competencias a la Junta de Parientes para acreditar el incumplimiento de las obligaciones que se imponen a Noemí. Es verdad que para realizar una revocación unilateral según el actual art. 401.I.b CDFA no es necesaria la intervención de la Junta, pero en la escritura pública las partes habían pactado la intervención de esta. En la Sentencia el Tribunal realiza una separación, se desliga de lo pactado por las partes y realiza una interpretación de la cláusula testamentaria.

De la redacción original del texto: *Para acreditar este incumplimiento bastará que así lo manifieste ante Notario la Junta de Parientes*, se establece un protagonismo a la Junta que no tenemos muy claro de donde procede, puesto que no entra en ninguno de los supuestos establecidos por el CDFA, por lo que podríamos estar ante un llamamiento en función de la costumbre. Esta costumbre es en la que se basa la función de la Junta de Parientes, refleja su principal objetivo, la vigilancia y el control de las actuaciones representativas.

Si bien es cierto no podemos descartar una mala redacción de la cláusula por parte del notario, cuando quiso decir *bastará que así lo manifieste ante Notario la Junta de Parientes*, pudiéramos entender que hace referencia a que es necesaria la intervención de la Junta de Parientes para acreditar la situación en la que se encontraba Sonsoles, en caso de encontrarse en una situación en la que no se pudiera valer por sí misma, y necesitase la asistencia de la Junta.

La interpretación correcta de la cláusula testamentaria es conferir a la Junta la vigilancia de una carga modal si la interesada no puede hacerlo por sí mismo. Una mejor redacción del texto hubiera sido preferible.

3. Los intervinientes de la Junta de Parientes.

Los intervinientes de esa Junta fueron los Sres. Pascual primos hermanos de Sonsoles y Victorio sobrino segundo, que vivía en el mismo pueblo que Sonsoles y tenía una relación cercana con ésta.

La presencia de todos ellos en el otorgamiento de la escritura corroboró el incumplimiento de las funciones de Noemí, la ausencia de convivencia entre las hermanas, y la ausencia de una conducta proactiva para estar pendiente y de prestarle asistencia.

La recurrente entiende que los parientes que intervienen en el acto no deberían haber sido los correctos por el llamamiento legal, sin embargo el tribunal entiende que “los parientes que intervinieron en la escritura de revocación pueden considerarse testigos y por tanto prueba de la realidad manifestada por Sonsoles,

ya que los parientes no necesitaban deliberar sobre si la causa de revocación concurría o no, porque era un dato objetivo y debían conocer con antelación para qué se constituían ante notario". Los comparecientes en el acto, servían perfectamente como testigos de los hechos, mucho más que los hipotéticos parientes que hubieran debido, en su caso, formar la Junta de Parientes, ya que apenas tenían relación con Sonsoles. La Junta de Parientes en este caso la formarían dos parientes sin estrecha relación, cuánto más valía la acreditación de la causa mediante tres testigos, de distintas ramas familiares que tenían relación directa y cotidiana con Sonsoles, y que habían comparecido voluntariamente a petición de Sonsoles para tal fin.

En la escritura pública de 9 de febrero de 2006 se produce lo que denominas como llamamiento según los art. 170 y ss. CDFA, ahora bien, en la redacción de las cláusulas que respectan a la intervención de la Junta, no se establece, ni cuando tiene que intervenir, ni quien tiene que intervenir, esto hace que Noemí entiende que los intervinientes en esta Junta de Parientes no son los establecidos según el art. 172.I CDFA. Ahora bien, siguiendo con la línea de que es una Junta de Parientes constituida según la costumbre, nos podremos desligar del principio de proximidad, y mantener el principio de idoneidad. ¿Quiénes son más idóneos para constituirse en la Junta, dos familiares desligados de la realidad diaria de Sonsoles, o dos familiares que tienen relación directa y cotidiana con ella?

En el presente supuesto podemos ver cómo se pueden apartar del principio de proximidad para el llamamiento a la Junta:

La reforma del CDFA con la Ley 3/2024²² otorga al Notario y al LAJ la posibilidad de evadir el principio de proximidad y de edad: "No obstante, el Notario y el LAJ podrán, motivadamente, apartarse del principio de proximidad de parentesco y de la preferencia por razón de edad". Ya no es necesario que compongan la Junta los dos parientes más próximos en grado, se produce una ampliación del criterio de proximidad. Este criterio ha sido sobrepasado anteriormente en diferentes sentencias antes de ser añadido en la reforma de 2024. LACRUZ MANTECÓN explica que el concepto de la composición de los intervinientes de la Junta en función del grado de proximidad ha sido uno de los elementos más matizados por los tribunales en Aragón²³. Comenzando desde la Sentencia de la AP de Huesca de 30 de julio de 1994²⁴, donde se amplía la composición de la Junta a otras "casas" también familiares.

22 Ley 3/2024, de 13 de junio, de modificación del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas.

23 LACRUZ MANTECÓN, M. L.: "De la Junta de Parientes", en AA.VV.: *25 años de Jurisprudencia Aragonesa. El Derecho civil aragonés aplicado por los tribunales (1999-2019)* (coords. M. C. BAYOD LÓPEZ, y J.A. SERRANO GARCÍA), Tiran lo Blanch, 2020, pp. 620-624.

24 SAP Huesca 30 julio 1994 (ECLI:ES:APHU:1994:334).

La sentencia del TSJA 13 de febrero 2006²⁵ amplía la idea del “contacto” con la familia, entendido como conocimiento de la realidad familiar por parte del pariente más cercano, aunque residiese en el extranjero. En la sentencia menciona que serán fiduciarios los parientes más próximos del causante, en el presente caso nos encontramos con un hermano del instituyente, pariente en más próximo grado a él cuya llamada ha sido omitida, no teniendo constancia de que haya fallecido, haya renunciado al cargo o se halle incapacitado, porque vivía en Argentina y tenía 90 años. Según la sentencia, esta interpretación es la más acorde con la tradición jurídica aragonesa respecto del sentido de las relaciones personales y patrimoniales entre los miembros integrantes de “la casa”. La búsqueda de una correcta composición de la Junta llevó a requerir la opinión del familiar de mejor grado que había emigrado a Argentina, quien fue considerado como un miembro válido ya que este hecho no implicaba una desafección con el solar familiar.

Lo importante es que en ese último ejemplo el pariente que vivía en Argentina seguía muy ligado a la familia, al contrario de lo que sucedía con Noemí quien había tenido diferentes problemas con Sonsoles y los intervinientes de la Junta como recoge la sentencia; Existía una ausencia de una conducta proactiva por parte de Noemí, que tenía la obligación de estar pendiente de su hermana Sonsoles y de prestarle asistencia. Eran otras personas las que en el día a día estaban pendientes de Sonsoles, entre otras los intervinientes de la Junta. Existía una real desafección, sumado a la ausencia de convivencia entre las hermanas. Por lo que podemos entender que el llamamiento de los intervinientes de la Junta de Parientes que conocían de la situación en la que se encontraba Sonsoles es correcto, y el tribunal actúa bien desligándose del principio de proximidad, aunque haga referencia a estos como testigos.

V. CONCLUSIÓN.

La Junta de Parientes es un instrumento infrautilizado, que puede servir como elemento de apoyo a nivel decisonal cuando exista un conflicto de interés en el ámbito familiar aragonés, se presenta como una institución muy interesante para resolver las cuestiones intrafamiliares, como un organismo mediador.

En lo que respecta a la sentencia, el TSJA entendió que la revocación realizada por era válida y no consideró esencial la intervención de la Junta de Parientes para la revocación, aunque en la cláusula del pacto sucesorio se preveía que la Junta de Parientes pudiera manifestar ante notario el incumplimiento, el tribunal interpretó que era un medio de prueba de la causa alegada. El principal problema del caso radica en cómo debe interpretarse la cláusula que atribuía ciertas funciones a la Junta de Parientes. El Tribunal optó por una interpretación que separa lo

²⁵ STSJ Aragón 13 febrero 1994 (ECLI:ES:TSJAR:2006:73).

pactado por las partes de la necesidad jurídica real según el derecho aragonés. La cláusula otorga a la Junta un protagonismo que no encaja claramente en los supuestos previstos por el CDFA, por lo que podría responder a una práctica consuetudinaria vinculada a la vigilancia o control de determinadas actuaciones familiares. Es posible que la formulación utilizada en la escritura pública no reflejara con precisión la intención de las partes. Una redacción más clara habría evitado dudas sobre si la intervención de la Junta era obligatoria o simplemente un mecanismo de acreditación del incumplimiento.

En el supuesto de hecho presentado sirve para mostrar cómo va más allá del grado formal de parentesco, y se valora especialmente el conocimiento real y efectivo de la situación familiar y la vinculación con la instituyente. En este caso, los parientes comparecientes mantenían una relación cercana y cotidiana con Sonsoles, lo que reforzaba su idoneidad como testigos de la realidad del incumplimiento alegado. Frente a ello, Noemí presentaba una situación de distanciamiento y ausencia de convivencia que evidenciaba una ruptura en la relación personal y asistencial exigida en el pacto. La Sentencia del TSJ de Aragón muestra el funcionamiento de una Junta de Parientes consuetudinaria, se muestra un fin de control y vigilancia de las obligaciones familiares, y llama a los parientes que están más relacionados en función del contacto y no de la relación de proximidad familiar.

Así, el caso refleja cómo en el Derecho foral aragonés prevalece una interpretación funcional y material de las instituciones tradicionales, priorizando la realidad de las relaciones familiares sobre criterios estrictamente formales.

BIBLIOGRAFÍA

AGUSTÍN BONAGA, F.: "La Junta de Parientes en la nueva regulación de la ley del derecho de la persona: Composición y funcionamiento", *In Actas de los Decimoséptimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés: Zaragoza, 6, 13 y 20 de noviembre de 2007*, Teruel, 27 de noviembre de 2007, El Justicia de Aragón, 2008.

BERNAD MAINAR, R.: "La Junta de Parientes en la nueva legislación aragonesa", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, XI-XII; *Institución Fernando El Católico*, Excma. Diputación Provincial de Zaragoza, Zaragoza, 2006.

LACRUZ MANTECÓN, M. L.:

- "De la Junta de Parientes", en AA.VV.: *25 años de Jurisprudencia Aragonesa. El Derecho civil aragonés aplicado por los tribunales (1999-2019)* (coords. M. C. BAYOD LÓPEZ, y J.A. SERRANO GARCÍA), Tiran lo Blanch, 2020.
- "Junta de Parientes", en AA.VV.: *Manual de derecho foral aragonés* (coords. M. C. BAYOD LÓPEZ, y J.A. SERRANO GARCÍA), El Justicia de Aragón, 2020.

PARRA LUCÁN, M. A.: "Junta de Parientes", en AA.VV.: *Manual de derecho foral aragonés* (dir. J. DELGADO ECHEVARRÍA), 4ª ed., El Justicia de Aragón, 2014.

SAPENA TOMÁS, J.: "La Junta de Parientes", *Actas de los Segundos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés: Zaragoza 10, 17 y 24 de noviembre y 1 de diciembre de 1992*

SERRANO GARCÍA, J. A. y BAYOD LÓPEZ, M. C.: *Lecciones de Derecho Civil: Familia*, Kronos editorial, Zaragoza, 4ª ed., 2025.

CUIDADO Y CAPTACIÓN DE LA VOLUNTAD: LA
INFLUENCIA DEL HIJO CUIDADOR EN LAS DECISIONES
PATRIMONIALES DE LA PERSONA MAYOR

*CARE AND UNDUE INFLUENCE: THE ROLE OF THE
CAREGIVING CHILD IN THE PROPERTY DECISIONS OF OLDER
PERSONS*

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 792-805

Sonia María
JORDÁN
ALMEIDA

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de junio de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2026

RESUMEN: El progresivo envejecimiento de la población y el incremento de situaciones de dependencia han intensificado la necesidad de revisar los mecanismos de protección de las personas mayores en el ámbito del Derecho civil. En este contexto, el cuidado cotidiano recae con frecuencia en uno de los hijos, generándose una relación de proximidad que, si bien resulta esencial para garantizar el bienestar del progenitor, puede proyectarse también sobre la formación de su voluntad en el ámbito patrimonial. La cuestión que se plantea es especialmente relevante tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, que sustituyó el modelo de sustitución en la toma de decisiones por otro basado en el apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica. La ausencia de mecanismos específicos de control sobre los apoyos informales puede favorecer situaciones de influencia indebida en decisiones patrimoniales relevantes, como testamentos, donaciones u otros actos de disposición. El trabajo aborda esta problemática desde la perspectiva de la vulnerabilidad relacional y analiza las respuestas que ofrece el ordenamiento jurídico, tanto en sede de invalidez de los negocios jurídicos como en el ámbito sucesorio. Finalmente, propone reforzar las garantías en la formación de la voluntad de las personas mayores sin desincentivar el cuidado familiar.

PALABRAS CLAVE: Vulnerabilidad; hijo cuidador; influencia indebida; voluntad; envejecimiento; protección jurídica.

ABSTRACT: *The progressive aging of the population and the increase in situations of dependency have intensified the need to review the mechanisms for protecting older people within the framework of civil law. In this context, daily care often falls to one of the children, generating a close relationship that, while essential to guaranteeing the parent's well-being, can also influence their decision-making regarding property matters. The issue raised is especially relevant following the reform introduced by Law 8/2021, of June 2, which replaced the model of substitute decision-making with one based on supporting the exercise of legal capacity. The absence of specific mechanisms for controlling informal support can foster situations of undue influence on significant property decisions, such as wills, donations, or other acts of disposition. This paper addresses this problem from the perspective of relational vulnerability and analyzes the responses offered by the legal system, both in terms of the invalidity of legal transactions and in the area of inheritance. Finally, it proposes strengthening the guarantees in the formation of the will of older people without discouraging family care.*

KEY WORDS: Vulnerability; caregiving child; undue influence; autonomy; ageing; legal protection.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.- II. ENVEJECIMIENTO, DEPENDENCIA Y VULNERABILIDAD RELACIONAL.- III. EL HIJO CUIDADOR COMO APOYO DE HECHO TRAS LA LEY 8/2021.- IV. INFLUENCIA DEBIDA Y CAPTACIÓN DE VOLUNTAD EN DECISIONES PATRIMONIALES.- V. RESPUESTAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO: LÍMITES Y CARENCIAS.- VI. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*.- VII. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO.

El progresivo envejecimiento de la población constituye uno de los fenómenos sociales y jurídicos más relevantes de las últimas décadas. El aumento de la esperanza de vida y la creciente presencia de situaciones de dependencia han generado nuevas necesidades de protección en relación con las personas mayores, especialmente en aquellos supuestos en los que precisan apoyo para el desarrollo de las actividades esenciales de la vida diaria. En este contexto, el cuidado cotidiano suele recaer frecuentemente en uno de los hijos, originándose una relación de proximidad, confianza y dependencia que puede proyectarse sobre la formación de la voluntad de la persona mayor. La cuestión adquiere una especial relevancia en el ámbito patrimonial, donde determinadas decisiones —como la realización de donaciones, la modificación de testamentos o el otorgamiento de poderes— pueden verse condicionadas por dinámicas de dependencia emocional o afectiva. En muchos casos no concurren formas explícitas de coacción o intimidación, sino mecanismos más sutiles de influencia derivados de la convivencia, la confianza o el temor al abandono, lo que dificulta la identificación y prueba de situaciones de captación de voluntad.

La reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, ha supuesto un importante cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad y de la capacidad jurídica, sustituyendo el tradicional modelo de sustitución por un sistema basado en el respeto a la autonomía y en los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica.

Sin embargo, este nuevo modelo también plantea importantes interrogantes respecto de los apoyos informales o de hecho, especialmente cuando el principal apoyo es precisamente la persona que podría resultar beneficiada por determinadas decisiones patrimoniales de la persona mayor.

A partir de esta problemática, el presente trabajo tiene por objeto analizar el papel del hijo cuidador como posible fuente de influencia indebida en la toma de decisiones patrimoniales de la persona mayor, examinando las limitaciones

• **Sonia María Jordán Almeida**

Profesora Asociada de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Correo electrónico: soniamaria.jordan@ulpgc.es.

que presenta actualmente el ordenamiento jurídico español para dar respuesta a estas situaciones. Asimismo, se abordarán las posibles medidas de protección y las propuestas de mejora orientadas a garantizar un equilibrio adecuado entre la protección de las personas vulnerables y el respeto a su autonomía personal.

II. EL ENVEJECIMIENTO, DEPENDENCIA Y VULNERABILIDAD RELACIONAL.

El envejecimiento de la población constituye una realidad demográfica de gran impacto en las sociedades contemporáneas. El incremento de la esperanza de vida y la disminución de las tasas de natalidad han provocado un aumento progresivo del número de personas mayores, muchas de las cuales se encuentran en situaciones de dependencia física, cognitiva o emocional. Esta circunstancia no sólo plantea importantes desafíos desde el punto de vista asistencial y sanitario, sino también en el ámbito jurídico, especialmente en relación con la protección de la autonomía y la libertad de decisión de las personas mayores.

La dependencia puede manifestarse de múltiples formas. El envejecimiento no debe contemplarse exclusivamente desde una perspectiva asistencial, sino desde el reconocimiento efectivo de los derechos fundamentales y de la autonomía de las personas mayores. Tradicionalmente, la atención se ha centrado en la dependencia física o económica; sin embargo, en los últimos años ha adquirido especial relevancia la denominada vulnerabilidad relacional. Este concepto hace referencia a aquellas situaciones en las que la persona mayor desarrolla una relación de especial dependencia emocional o afectiva respecto de quien le presta cuidados cotidianos. En muchos casos, dicha figura coincide con uno de los hijos, quien asume funciones de atención diaria, acompañamiento y apoyo personal.

La convivencia continuada y la intensa relación de confianza que suele generarse entre la persona mayor y el hijo cuidador pueden provocar una situación de influencia especialmente significativa sobre la formación de la voluntad. La persona mayor puede llegar a experimentar sentimientos de gratitud, miedo a la soledad, temor al abandono o necesidad de mantener el vínculo afectivo con quien garantiza su bienestar cotidiano. Aunque estas circunstancias no implican necesariamente la existencia de conductas ilícitas, sí crean un contexto de especial vulnerabilidad que puede afectar a la libertad real en la adopción de determinadas decisiones patrimoniales. Es importante destacar que el legislador establece un nexo que vincula la avanzada edad de un sujeto con una situación de vulnerabilidad que hay

I MARTÍNEZ QUES, Á. A.: "La protección jurídica de las personas mayores desde la perspectiva de los derechos humanos", *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, pp.1069-1071.

que atender. Incluso cuando se incluyen en una misma persona más de un factor determinante de su vulnerabilidad, la avanzada edad y la discapacidad psíquica².

En este sentido, la vulnerabilidad relacional presenta características propias que dificultan su identificación jurídica. A diferencia de los supuestos clásicos de violencia, intimidación o engaño, la influencia indebida suele manifestarse de forma gradual y sutil, sin necesidad de presiones explícitas. Precisamente por ello, resulta especialmente complejo determinar cuándo una decisión patrimonial responde verdaderamente a la voluntad libre de la persona mayor y cuándo se encuentra condicionada por una situación de dependencia emocional.

Valga como claro ejemplo la reciente STSJ de Castilla León de 10 de septiembre de 2025 que trata de dos hermanos que actuando en connivencia movidos por el ánimo de hacerse con la propiedad de los bienes de su padre D. José, fueron condenados por estafa agravada, conocedores del estado de salud que presentaba su padre, con graves dolencias médicas que le hacían vulnerable, padecía de esclerosis lateral amiotrófica (ELA) que, aunque fue diagnosticada en febrero de 2022, ya presentaba síntomas importantes a esa fecha. Padecía de una insuficiencia renal con necesidad de diálisis desde octubre de 2018. Había sufrido infartos, aneurismas cerebrales que requirieron su embolización en marzo de 2021, entre otros, que le impedían ser conocedor de las operaciones que se llevaron a cabo. No tenía capacidad de decidir libremente, ni de entender la operación económica llevada a cabo por sus hijos, ni sus consecuencias. Por lo tanto, los acusados aprovecharon esta situación, así como la confianza que tenía depositada en ellos³.

III. EL HIJO CUIDADOR COMO APOYO DE HECHO TRAS LA LEY 8/2021.

La aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, supuso una profunda transformación del sistema español de protección de las personas con discapacidad y de aquellas que precisan apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. La reforma abandonó el tradicional modelo basado en la sustitución en la toma de decisiones —característico de instituciones como la tutela— para adoptar un sistema centrado en el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, de conformidad con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

2 MARTÍN BRICEÑO, M. R.: “Vulnerabilidad de las personas mayores y riesgos que asumen en el afianzamiento de un préstamo hipotecario”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 2 2025 pp.5-6.

3 STSJ de Castilla León 10 septiembre de 2025. (ROJ STSJ CL 3653/2025). ECLI:ES:TSJCL:2025:3653.

La Ley abandona definitivamente el modelo tradicional para construir un sistema centrado en los apoyos y el respeto a la autonomía de la persona⁴.

Este nuevo paradigma parte de la idea de que toda persona conserva su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, debiendo recibir únicamente los apoyos necesarios para ejercerla de manera efectiva. En consecuencia, la intervención de terceros deja de orientarse a sustituir la voluntad de la persona y pasa a configurarse como un mecanismo de acompañamiento y asistencia destinado a favorecer su autonomía personal.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 exige abandonar los modelos sustitutivos tradicionales y reconocer plenamente la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás⁵.

Dentro de este sistema adquiere especial relevancia la figura del apoyo de hecho, entendida como aquella ayuda prestada de manera informal y continuada por personas del entorno cercano, normalmente familiares, sin necesidad de nombramiento judicial. Las medidas judiciales de apoyo mantienen un carácter subsidiario respecto de la guarda de hecho cuando ésta resulta suficiente y adecuada.⁶ Adquiere relevancia la guarda de hecho tras la reforma, especialmente en el ámbito familiar, donde el apoyo se presta por las personas más próximas⁷. En la generalidad de las ocasiones suele ser un familiar o pariente "...la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables..."⁸. En la práctica, uno de los supuestos más frecuentes es el del hijo cuidador, quien asume tareas de asistencia cotidiana, gestión doméstica, acompañamiento médico y apoyo emocional respecto de la persona mayor dependiente.

La figura del hijo cuidador presenta indudables aspectos positivos, pues permite que muchas personas mayores permanezcan en su entorno familiar y mantengan una vida más digna y autónoma. Además, el apoyo familiar suele caracterizarse por la proximidad afectiva y por una atención más personalizada que la ofrecida por mecanismos institucionales. Sin embargo, esta misma cercanía puede generar

4 DE LAS HERAS GARCÍA, M. A.: "Apoyo y discapacidad tras año y medio de la Ley 8/2021", *Revista de Direito da ULP*, vol. 16, núm. 1-2, 2022, pp.18-20.

5 GARCÍA RUBIO, M. P.: "La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. LVIII, 2018, pp.144-145.

6 VIVAS TESÓN, I.: "Hitos relevantes en la doctrina jurisprudencial y registral en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio: luces y sombras en sus tres años de vigencia", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 32, 2024, p.21.

7 DE LAS HERAS GARCÍA, M. A.: "Apoyo y discapacidad", cit., pp. 30-32.

8 DE LAS HERAS GARCÍA, M. A.: "Apoyo y discapacidad", cit., p. 33.

situaciones de desequilibrio o dependencia que incrementen el riesgo de influencia indebida en la toma de decisiones patrimoniales.

En muchos casos, el hijo cuidador se convierte en la persona de mayor confianza de la persona mayor, controlando aspectos esenciales de su vida cotidiana e incluso actuando como intermediario en sus relaciones sociales, médicas o económicas. Esta posición puede favorecer una influencia especialmente intensa sobre la formación de la voluntad, sobre todo cuando concurren factores como el aislamiento social, el deterioro físico o cognitivo, o el miedo al abandono. Precisamente, esto es lo que se pretende evitar, por eso el art. 250.7 CC advierte que se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia debida.

El problema radica en que el apoyo de hecho carece, en numerosas ocasiones, de mecanismos específicos de control o supervisión. A diferencia de otras medidas formales de apoyo, no existe necesariamente intervención judicial ni seguimiento institucional, lo que dificulta detectar posibles situaciones de abuso o captación de voluntad. Precisamente por ello, la figura del hijo cuidador se sitúa en una posición especialmente delicada: puede constituir un elemento esencial de protección y bienestar para la persona mayor, pero también un posible foco de influencia indebida cuando la relación de dependencia afecta a la libertad real de decisión.

Siendo la influencia debida la captación de voluntad de la persona con discapacidad para que ejerza su capacidad legal en beneficio de quien ejerce la influencia⁹.

Portanto, la reforma introducida por la Ley 8/2021, aun representando un avance significativo en la protección de la autonomía personal, también plantea nuevos desafíos en relación con los apoyos informales y las situaciones de vulnerabilidad relacional. El principal reto consiste en garantizar que el sistema de apoyos respete efectivamente la voluntad de la persona mayor sin dejarla desprotegida frente a posibles abusos derivados de relaciones de dependencia familiar.

IV. INFLUENCIA INDEBIDA Y CAPTACIÓN DE VOLUNTAD EN DECISIONES PATRIMONIALES.

Las decisiones patrimoniales adoptadas por personas mayores en contextos de dependencia constituyen uno de los ámbitos más sensibles desde el punto de vista jurídico. La existencia de relaciones de confianza intensas y de dependencia

9 VAQUER ALOY, A.: "El sistema de apoyo como elemento para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad", 2022.
https://www.academia.edu/127227774/Cap_III_sistema_de_apoyos_antoni_vaquer?auto=download, p.12.

afectiva respecto del hijo cuidador puede influir de manera significativa en la formación de la voluntad, especialmente cuando se trata de actos con trascendencia económica o sucesoria, como testamentos, donaciones, poderes o transmisiones patrimoniales. Sucede que las personas mayores a medida que envejecen van siendo despojadas de decidir por sí mismas, convirtiéndose en dependientes¹⁰. La mayor parte de estas personas ya presentan algún tipo de discapacidad y reciben apoyo de su entorno más cercano, generalmente por parte de algún familiar¹¹.

La influencia indebida no suele manifestarse mediante formas evidentes de violencia, intimidación o engaño. Por el contrario, normalmente opera de manera progresiva y sutil, a través de mecanismos psicológicos o emocionales derivados de la convivencia y de la dependencia cotidiana. La persona mayor puede sentirse moralmente obligada a beneficiar al hijo que le presta cuidados, experimentar miedo al abandono o considerar que determinadas atribuciones patrimoniales constituyen una forma de compensación o agradecimiento por la atención recibida. En este contexto, la captación de voluntad aparece como una forma especialmente compleja de afectación de la libertad de decisión. No se trata necesariamente de anular completamente la voluntad de la persona mayor, sino de condicionarla de forma indirecta mediante presiones emocionales, aislamiento o generación de vínculos de dependencia que limitan su capacidad real de decisión autónoma. Precisamente por ello, estos supuestos resultan difíciles de encajar dentro de las categorías tradicionales de los vicios del consentimiento previstas por el ordenamiento jurídico.

Las decisiones patrimoniales adoptadas en estas circunstancias presentan una especial relevancia en el ámbito sucesorio. Es frecuente que surjan conflictos familiares cuando uno de los hijos —normalmente quien ha asumido el cuidado cotidiano— resulta especialmente favorecido en un testamento o recibe importantes donaciones en vida. Aunque tales decisiones pueden responder legítimamente a la voluntad libre de la persona mayor, también pueden ser consecuencia de situaciones de influencia indebida difíciles de acreditar judicialmente.

La principal dificultad reside en la prueba. A diferencia de otros supuestos de coacción o fraude, la influencia indebida suele desarrollarse en el ámbito privado y familiar, sin testigos ni manifestaciones explícitas. Además, la persona mayor puede mantener formalmente intactas sus capacidades cognitivas, lo que complica demostrar que su voluntad se encontraba condicionada por factores emocionales o relacionales. En consecuencia, los tribunales deben valorar indicios tales como el aislamiento de la persona, la dependencia respecto del cuidador, los cambios

10 MARTÍNEZ QUES, Á. A.: "La protección jurídica", cit., p. 1078.

11 VIVAS TESÓN, I.: "Hitos relevantes", cit., p.21.

repentinos en decisiones patrimoniales anteriores o la existencia de una relación de subordinación emocional.

Por otra parte, tampoco puede presumirse automáticamente que toda atribución patrimonial realizada en favor del hijo cuidador responda a una situación de abuso. En muchos casos, dichas decisiones constituyen una manifestación legítima de agradecimiento o reconocimiento hacia quien ha asumido importantes responsabilidades de cuidado. Por ello, el análisis jurídico debe realizarse de manera individualizada, evitando soluciones excesivamente paternalistas que limiten injustificadamente la autonomía de la persona mayor.

En definitiva, la influencia indebida y la captación de voluntad representan fenómenos especialmente complejos debido a la dificultad de delimitar la frontera entre la libre decisión y la voluntad condicionada por relaciones de dependencia afectiva. Esta problemática evidencia la necesidad de desarrollar mecanismos jurídicos más sensibles a las situaciones de vulnerabilidad relacional, capaces de ofrecer protección sin menoscabar el derecho de las personas mayores a decidir libremente sobre su patrimonio.

V. RESPUESTAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO: LÍMITES Y CARENCIAS.

El ordenamiento jurídico español dispone de diversos mecanismos destinados a proteger la libertad de decisión de las personas en el ámbito patrimonial. Sin embargo, dichas herramientas fueron diseñadas fundamentalmente para responder a supuestos clásicos de falta de capacidad o vicios del consentimiento, lo que plantea importantes dificultades cuando se trata de situaciones de influencia indebida derivadas de relaciones de dependencia afectiva o vulnerabilidad relacional. Uno de los principales problemas consiste en compatibilizar el respeto a la autonomía de la persona vulnerable con la necesidad de establecer mecanismos de protección frente a posibles abusos¹².

Tradicionalmente, la protección frente a decisiones patrimoniales condicionadas se ha articulado a través de instituciones como la nulidad por error, dolo o intimidación, así como mediante la impugnación de actos realizados por personas que carecen de capacidad suficiente para comprender el alcance de sus decisiones. No obstante, la captación de voluntad rara vez encaja plenamente en estas categorías jurídicas, ya que normalmente no existe una coacción directa ni una anulación absoluta de las facultades cognitivas de la persona mayor.

En el ámbito sucesorio, los conflictos suelen plantearse especialmente en relación con la validez de testamentos otorgados en favor del hijo cuidador. La

12 PARRA LUCÁN, M. A.: *La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisión en asuntos personales*, Ramón Areces, Madrid, 2015.

jurisprudencia ha señalado reiteradamente la necesidad de respetar la voluntad del testador mientras conserve capacidad suficiente para decidir libremente. Sin embargo, demostrar que dicha voluntad se encontraba condicionada por una situación de dependencia emocional resulta extraordinariamente complejo, debido al carácter íntimo y privado de las relaciones familiares.

La intervención notarial constituye uno de los principales mecanismos preventivos existentes en nuestro sistema jurídico. El notario desempeña una función esencial al comprobar la capacidad y libertad del otorgante en actos como testamentos o donaciones. No obstante, la captación de voluntad puede resultar difícilmente detectable incluso para los profesionales jurídicos, especialmente cuando la persona mayor mantiene aparentemente intactas sus capacidades cognitivas y expresa de manera formal una voluntad coherente.

Además, la regulación actual presenta ciertas carencias respecto de los apoyos de hecho introducidos tras la Ley 8/2021. Aunque la reforma refuerza la autonomía personal y prioriza las medidas menos restrictivas, no establece mecanismos suficientemente precisos de supervisión o control sobre quienes ejercen apoyos informales de manera continuada. Esta ausencia de control puede generar espacios de vulnerabilidad en los que determinadas influencias resulten difíciles de identificar y corregir jurídicamente.

Por otro lado, el sistema jurídico debe evitar respuestas excesivamente paternalistas que limiten injustificadamente la capacidad de decisión de las personas mayores. La mera existencia de dependencia o vulnerabilidad no puede traducirse automáticamente en una presunción de incapacidad ni en la invalidez de las decisiones patrimoniales adoptadas. Precisamente por ello, el principal desafío consiste en encontrar mecanismos que permitan detectar situaciones de abuso sin sacrificar el respeto a la autonomía individual. Como viene a ser la creación de un marco jurídico que tenga en cuenta las circunstancias y características de las personas mayores y sea eficaz en la lucha contra la discriminación por edad¹³.

En consecuencia, las limitaciones actuales del ordenamiento jurídico evidencian la necesidad de desarrollar instrumentos más adecuados para afrontar los supuestos de vulnerabilidad relacional. Resulta necesario avanzar hacia modelos de protección más sensibles a las dinámicas familiares y emocionales que caracterizan la influencia indebida, reforzando especialmente los mecanismos preventivos y probatorios en aquellos actos patrimoniales realizados por personas mayores en contextos de dependencia.

13 MARTÍNEZ QUES, Á. A.: "La protección jurídica", cit., p. 1072.

VI. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA.

Las dificultades que presenta actualmente el ordenamiento jurídico para detectar y afrontar situaciones de influencia indebida sobre personas mayores evidencian la necesidad de impulsar reformas orientadas a reforzar su protección sin menoscabar su autonomía personal. El principal reto consiste en desarrollar mecanismos preventivos y de supervisión que permitan identificar contextos de vulnerabilidad relacional antes de que se produzcan consecuencias patrimoniales difíciles de revertir.

Una de las posibles líneas de mejora se encuentra en el fortalecimiento de la función preventiva notarial. Dado que numerosos actos patrimoniales relevantes — como testamentos, donaciones o poderes — requieren intervención notarial, este ámbito constituye un espacio especialmente adecuado para detectar situaciones de posible captación de voluntad. En este sentido, podrían implantarse protocolos específicos de valoración de vulnerabilidad, dirigidos a identificar indicadores de dependencia emocional, aislamiento o presión familiar.

Asimismo, resultaría conveniente reforzar las entrevistas reservadas entre el notario y la persona mayor, evitando la presencia constante de familiares o cuidadores durante el otorgamiento de determinados actos jurídicos. Estas entrevistas permitirían valorar con mayor precisión la espontaneidad y libertad de la voluntad manifestada, así como detectar posibles situaciones de condicionamiento emocional.

Otra medida relevante podría consistir en promover una mayor formación especializada de jueces, fiscales, notarios y profesionales sociosanitarios en materia de vulnerabilidad relacional y captación de voluntad. La influencia indebida en personas mayores no suele manifestarse mediante signos evidentes, por lo que su detección requiere conocimientos específicos sobre dinámicas de dependencia emocional, aislamiento y manipulación afectiva.

Igualmente, podrían desarrollarse mecanismos de evaluación interdisciplinar en aquellos supuestos especialmente complejos o conflictivos. La intervención coordinada de profesionales del ámbito jurídico, psicológico y social permitiría obtener una visión más completa de la situación real de la persona mayor y de las relaciones de dependencia existentes en su entorno familiar.

En el ámbito probatorio, algunos sectores doctrinales defienden la conveniencia de flexibilizar ciertos criterios de valoración judicial cuando concurren indicios relevantes de vulnerabilidad relacional. Así, circunstancias como el aislamiento de la persona mayor, cambios patrimoniales repentinos, dependencia exclusiva respecto de un cuidador o la exclusión injustificada de otros familiares podrían

ser valoradas como elementos significativos para apreciar posibles situaciones de influencia indebida.

No obstante, cualquier reforma debe evitar caer en planteamientos excesivamente paternalistas. El hecho de que una persona mayor se encuentre en situación de dependencia o decida beneficiar patrimonialmente a quien le presta cuidados no implica necesariamente la existencia de abuso. Por ello, las medidas de protección deben diseñarse desde el respeto al derecho de toda persona a tomar decisiones libres sobre su patrimonio, incluso cuando dichas decisiones no coincidan con las expectativas familiares o sociales.

En definitiva, las propuestas de lege ferenda deben orientarse a construir un sistema jurídico capaz de compatibilizar dos principios esenciales: la protección efectiva frente a situaciones de abuso y el pleno respeto a la autonomía y dignidad de las personas mayores. Sólo mediante mecanismos preventivos adecuados y una mayor sensibilidad hacia la vulnerabilidad relacional será posible garantizar una tutela jurídica verdaderamente equilibrada.

VII. CONCLUSIONES.

El análisis de la influencia del hijo cuidador en las decisiones patrimoniales de las personas mayores pone de manifiesto la creciente relevancia jurídica de las situaciones de vulnerabilidad relacional en una sociedad marcada por el envejecimiento y la dependencia. La convivencia y el cuidado cotidiano generan vínculos afectivos y relaciones de confianza que, aunque en la mayoría de los casos responden a dinámicas legítimas de apoyo familiar, también pueden convertirse en contextos propicios para la aparición de formas sutiles de influencia indebida.

La reforma introducida por la Ley 8/2021 ha supuesto un importante avance en la protección de la autonomía personal, al sustituir el modelo tradicional de incapacitación por un sistema de apoyos basado en el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona. Sin embargo, este nuevo paradigma también ha evidenciado ciertas carencias en relación con los apoyos de hecho y con la falta de mecanismos específicos de supervisión sobre quienes ejercen funciones de cuidado de manera continuada.

A lo largo del trabajo se ha observado que la captación de voluntad presenta importantes dificultades desde el punto de vista jurídico y probatorio. A diferencia de otros vicios del consentimiento, la influencia indebida suele desarrollarse en el ámbito íntimo y familiar, mediante mecanismos emocionales difíciles de identificar y acreditar judicialmente. Ello provoca que muchos supuestos queden fuera de las categorías tradicionales de protección previstas por el ordenamiento jurídico.

No obstante, la respuesta frente a estas situaciones no puede construirse desde planteamientos excesivamente paternalistas. La dependencia o vulnerabilidad de una persona mayor no implica automáticamente una falta de capacidad para decidir libremente sobre su patrimonio. Del mismo modo, tampoco puede presumirse que toda atribución patrimonial realizada en favor del hijo cuidador responda a una situación de abuso o manipulación. Resulta esencial preservar el derecho de las personas mayores a adoptar decisiones autónomas conforme a sus propios criterios y vínculos afectivos.

Por ello, el principal desafío del ordenamiento jurídico consiste en alcanzar un equilibrio adecuado entre autonomía y protección. En este sentido, resulta necesario reforzar los mecanismos preventivos de detección de vulnerabilidad, mejorar la formación especializada de los operadores jurídicos y desarrollar herramientas más eficaces para valorar situaciones de dependencia emocional o influencia indebida.

En definitiva, la problemática analizada refleja la necesidad de adaptar el Derecho a nuevas formas de vulnerabilidad que no siempre se manifiestan mediante conductas abiertamente coercitivas, sino a través de relaciones afectivas complejas construidas en el entorno familiar. Sólo mediante una protección jurídica sensible a estas realidades será posible garantizar simultáneamente la dignidad, libertad y seguridad de las personas mayores.

BIBLIOGRAFÍA

DE LAS HERAS GARCÍA, M. A.: “Apoyo y discapacidad tras año y medio de la Ley 8/2021”, *Revista de Direito da ULP*, vol. 16, núm. 1-2, 2022.

GARCÍA RUBIO, M. P.: “La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. LVIII, 2018.

MARTÍN BRICEÑO, M. R.: “Vulnerabilidad de las personas mayores y riesgos que asumen en el afianzamiento de un préstamo hipotecario”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 2, 2025.

MARTÍNEZ QUES, Á. A.: “La protección jurídica de las personas mayores desde la perspectiva de los derechos humanos”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015.

PARRA LUCÁN, M. A.: *La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisión en asuntos personales*, Ramón Areces, Madrid, 2015.

VÁQUER ALOY, A.: “El sistema de apoyo como elemento para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad”, 2022. Disponible en https://www.academia.edu/127227774/Cap_III_sistema_de_apoyos_antoni_vaquer?auto=download.

VIVAS TESÓN, I.: “Hitos relevantes en la doctrina jurisprudencial y registral en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio: luces y sombras en sus tres años de vigencia”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 32, 2024.

PROCEDIMIENTO INSPECTOR TRIBUTARIO EN ESPAÑA
E ITALIA: ANÁLISIS COMPARATIVO NORMATIVO,
DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

*TAX INSPECTION PROCEDURE IN SPAIN AND ITALY: A
COMPARATIVE ANALYSIS OF REGULATIONS, DOCTRINAL AND
JURISPRUDENTIAL ELEMENTS*

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 806-833

Eva María
GETINO
CALAMA

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de junio de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2026

RESUMEN: El presente artículo examina de forma comparativa el procedimiento de inspección tributaria en España y el correspondiente procedimiento tributario en Italia. Se analizan críticamente sus marcos normativos, la evolución histórica y las garantías que ofrecen, con especial atención al equilibrio entre las facultades de la Administración tributaria y los derechos de defensa del contribuyente. El estudio contrasta la doctrina y jurisprudencia clave de ambos países en la última década, incluyendo sentencias recientes del Tribunal Supremo español y sentencias de la Corte di Cassazione italiana relativas al principio del *contraddittorio* y la llamada *prova di resistenza* en los procedimientos de *accertamento*. Finalmente, se ofrecen conclusiones críticas sobre las convergencias y divergencias de ambos modelos, evaluando sus fortalezas y debilidades en la protección de los derechos del contribuyente y la eficacia de la actuación inspectora.

PALABRAS CLAVE: Procedimiento inspector; inspección tributaria; *accertamento* tributario; *contraddittorio*; *prova di resistenza*; Corte di Cassazione; jurisprudencia tributaria comparada.

ABSTRACT: This article provides a comparative analysis of the tax inspection procedure in Spain and the corresponding tax assessment procedure in Italy. It critically examines the legal frameworks, historical evolution, and safeguards of each system, with special focus on balancing the powers of the Tax Administration and taxpayers' rights of defense. The study contrasts key doctrinal perspectives and jurisprudence from both countries over the past decade, including recent Spanish Supreme Court rulings and Italian Corte di Cassazione decisions regarding the principle of *audi alteram partem* (*contraddittorio*) and the so-called "resistance test" (*prova di resistenza*) in tax assessment proceedings. Finally, critical conclusions are offered regarding the convergences and divergences of both models, assessing their strengths and weaknesses in protecting taxpayer rights and ensuring effective tax enforcement.

KEY WORDS: Inspection procedure; tax inspection; tax *accertamento*; *contraddittorio*; *prova di resistenza*; Corte di Cassazione; comparative tax jurisprudence.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. MARCO NORMATIVO DEL PROCEDIMIENTO INSPECTOR: ESPAÑA VS. ITALIA.- I. Marco normativo en España: Ley General Tributaria y Reglamentos de Desarrollo.- 2. Marco normativo en Italia: del *accertamento* tributario al Estatuto del Contribuyente.- 3. Poderes de instrucción: acceso, inspección y verificación.- 4. Metodologías de determinación de la renta: entre la realidad documental y la presunción.- III. DESARROLLO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL: ESPAÑA E ITALIA ANTE EL PROCEDIMIENTO INSPECTOR.- I. Jurisprudencia y doctrina en España.- 2. Jurisprudencia y doctrina en Italia.- IV. ANÁLISIS COMPARATIVO SISTEMÁTICO: DIFERENCIAS Y SIMILITUDES.- I. Diferencias estructurales e institucionales.- 2. Diferencias funcionales y de garantías.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El procedimiento de inspección tributaria constituye una pieza fundamental en la aplicación de los tributos y el control del cumplimiento de las obligaciones fiscales. Se trata del proceso mediante el cual la Administración tributaria verifica la correcta determinación de las obligaciones tributarias de los contribuyentes, ejerciendo facultades de comprobación e investigación. Tanto en España como en Italia este procedimiento ha sido objeto de detallada regulación legal y de desarrollo jurisprudencial, reflejando las particulares tradiciones administrativas de cada país y la influencia de principios comunes, incluidos los derivados del Derecho de la Unión Europea.

En España, la Ley 58/2003, General Tributaria (LGT) define las funciones de la inspección de los tributos y establece un procedimiento inspector reglado, con garantías específicas para el contribuyente y límites temporales a la actuación administrativa. Italia, por su parte, carece de un procedimiento unitario de “inspección” en términos exactamente equivalentes; en su lugar, la actividad de control fiscal se desarrolla a través del procedimiento de *accertamento tributario*, que culmina con la emisión de un *avviso di accertamento* (acto de liquidación) por parte de la Administración financiera. Este procedimiento italiano se caracteriza tradicionalmente por una menor formalidad procedimental durante la fase de instrucción (especialmente en los llamados *controlli a tavolino* o verificaciones de oficina), lo que ha suscitado intensos debates doctrinales y jurisprudenciales en torno a la necesidad de garantizar el principio del *contraddittorio* (derecho de audiencia o contradicción) previo a la emisión de la liquidación.

El objetivo de este trabajo es realizar un análisis comparativo exhaustivo de ambos sistemas, abordando: (1) el marco normativo que regula el procedimiento inspector en España y el procedimiento de *accertamento* en Italia, destacando su origen histórico y reformas recientes; (2) el desarrollo doctrinal y jurisprudencial en

• **Eva María Getino Calama**

Doctora en Derecho, Profesora asociada del Área de Derecho Financiero y Tributario y Coordinadora Académica del Grado de Derecho en de la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR).

cada país, incorporando las decisiones más relevantes de los Tribunales Supremos nacionales en la última década que han interpretado dichas normas (en España, con especial énfasis en las sentencias relativas a los arts. 117 y 141 LGT, y en Italia, las sentencias sobre el principio del *contraddittorio* y la *prova di resistenza*); y (3) un análisis comparativo sistemático de las diferencias estructurales, funcionales y procesales entre ambos sistemas, incluyendo la consideración de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) en materia de garantías procedimentales (derecho de defensa, contradicción y tutela judicial). Finalmente, se presentan conclusiones críticas que valoran las convergencias y divergencias identificadas, así como los desafíos que enfrentan ambos ordenamientos para conjugar la eficacia de la inspección tributaria con el respeto a los derechos del contribuyente en un contexto cada vez más influenciado por estándares europeos comunes.

La relevancia práctica y académica de este estudio radica en que, pese a compartir un trasfondo cultural jurídico europeo, España e Italia han seguido aproximaciones distintas en la regulación del procedimiento de control tributario. Mientras España ha tendido a normativizar detalladamente el procedimiento inspector dentro de la LGT y sus reglamentos, Italia ha confiado en gran medida en la jurisprudencia (especialmente de la *Corte di Cassazione* y el Tribunal Constitucional) para imponer límites y garantías como el derecho de audiencia, en ausencia durante mucho tiempo de una previsión legal general al respecto. Sin embargo, reformas muy recientes en ambos países parecen marcar una tendencia hacia la convergencia: España ajustó su normativa en 2022 para clarificar la distribución de competencias entre gestión e inspección tributaria, y Italia introdujo en 2023 un *contraddittorio* preventivo obligatorio generalizado antes de todo acto impositivo impugnabile¹. Estas novedades hacen oportuno un estudio comparado actualizado a 2025.

A continuación, se desarrolla el marco normativo de cada país (Sección II), seguido del examen doctrinal y jurisprudencial por jurisdicción (Sección III), para posteriormente realizar el análisis comparativo sistemático (Sección IV) y las conclusiones.

II. MARCO NORMATIVO DEL PROCEDIMIENTO INSPECTOR: ESPAÑA VS. ITALIA.

En esta sección se expone el marco legal que configura el procedimiento de control tributario en España y en Italia, sentando las bases para entender sus similitudes y diferencias. Se abordarán, por separado, la normativa española – principalmente la LGT y disposiciones reglamentarias – y la normativa italiana –

¹ La cuestión puede consultarse digitalmente a través del Dipartimento per il Programma di Governo, “D.lgs. Statuto dei diritti del contribuente” de la Presidenza dei Ministri para el año 2024.

dispersa entre leyes tributarias específicas y el Estatuto del Contribuyente–, con referencias a la evolución histórica y a las últimas reformas en cada ordenamiento.

I. Marco normativo en España: Ley General Tributaria y reglamentos de desarrollo.

El procedimiento de inspección tributaria español se encuentra regulado de manera exhaustiva en la Ley 58/2003, General Tributaria (LGT) y en sus normas reglamentarias. La LGT dedica el Capítulo IV del Título III a las “Actuaciones y procedimiento de inspección” y define claramente las funciones de la Inspección de los Tributos en su art. 141, distinguiéndolas de las funciones de la gestión tributaria enumeradas en el art. 117. Esta separación normativa entre gestión e inspección es clave para delimitar qué tipo de actuaciones puede realizar cada órgano y bajo qué procedimiento.

Según el art. 141 LGT, la inspección tributaria consiste en el ejercicio de funciones administrativas dirigidas, entre otras, a: investigar hechos imponible no declarados, comprobar la veracidad de las declaraciones, obtener información de terceros, comprobar valores y, notablemente, “la comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos para la obtención de beneficios o incentivos fiscales y devoluciones tributarias, así como para la aplicación de regímenes tributarios especiales”. Esta función específica, recogida en el apartado e) del art. 141 LGT, ha generado debates interpretativos sobre si es de competencia exclusiva de la Inspección. Adicionalmente, el art. 141 incluye en su apartado h) la comprobación limitada como función posible de la inspección, evidenciando que ciertos actos de verificación pueden ser realizados tanto por órganos de inspección como de gestión. Por su parte, el art. 117 LGT define la gestión tributaria como las funciones administrativas de recepción de declaraciones y autoliquidaciones, tramitación de devoluciones, reconocimiento y comprobación de beneficios fiscales, control formal de declaraciones, verificación de datos, comprobación limitada, entre otras. En particular, el art. 117.l.c) LGT menciona la “comprobación de la procedencia de los beneficios fiscales” dentro de las funciones de gestión tributaria, lo que originó una posible colisión competencial con el citado art. 141.e) LGT (propio de inspección) respecto a la fiscalización de beneficios fiscales y regímenes especiales.

La LGT de 2003 supuso una actualización integral respecto a la antigua LGT de 1963, introduciendo mayores garantías procedimentales. Se estableció, por ejemplo, una detallada regulación del plazo de duración del procedimiento inspector y los efectos de su incumplimiento. El plazo máximo general para las actuaciones inspectoras se fijó inicialmente en 18 meses, con posibilidad de ampliación hasta 27 meses en supuestos de especial complejidad (por cuestiones de casos de mayor cuantía o mayor complejidad) y con causales de interrupción justificada. Si la Inspección incumple el plazo máximo sin finalizar el procedimiento,

la ley prevé que el procedimiento continúe (no se anula por caducidad) pero con consecuencias: no se devengan intereses de demora por el retraso y, según jurisprudencia, ciertas actuaciones posteriores podrían no interrumpir la prescripción a menos que se formalice la reanudación conforme a la normativa. La documentación de las actuaciones inspectoras también está estrictamente regulada: las actas de inspección son documentos públicos que recogen el resultado de las comprobaciones y la propuesta de regularización, pudiendo ser actas con acuerdo, actas de conformidad o actas en disconformidad, con distintos efectos y reducciones de sanciones en su caso.

Un aspecto esencial del procedimiento inspector español es que prevé un trámite de audiencia o alegaciones al final de las actuaciones, antes de dictar la liquidación definitiva, cuando el obligado tributario no está de acuerdo con la propuesta de la Inspección. En la práctica, esto se instrumenta mediante el ofrecimiento al contribuyente de firmar el acta (con o sin conformidad) y la posibilidad de presentar alegaciones en un plazo (generalmente 15 días) cuando el acta es de disconformidad. Aunque este trámite final no es exactamente equivalente a un *contraddittorio* preventivo al estilo italiano, sí supone que el contribuyente pueda hacer valer su postura antes de que la Inspección eleve sus conclusiones a definitivas. Además, la resolución del procedimiento inspector debe ser motivada y se notifica al contribuyente, quien puede impugnarla en vía económico-administrativa y contencioso-administrativa, asegurándose así la tutela judicial efectiva.

En cuanto a normativa reglamentaria, el desarrollo de las actuaciones inspectoras se recoge principalmente en el Real Decreto 1065/2007 (Reglamento de Gestión e Inspección Tributaria), que detalla aspectos operativos: cómo se inician las actuaciones inspectoras (normalmente mediante comunicación de inicio que delimita el alcance, tributos y períodos a comprobar), las posibles ampliaciones del alcance, la suspensión de plazos por causa imputable al contribuyente, la forma de documentar requerimientos, diligencias, etc. Este reglamento y sus posteriores modificaciones han afinado el equilibrio entre eficacia inspectora y garantías. Por ejemplo, existe obligación de informar al contribuyente sobre sus derechos y deberes en el inicio de la inspección (art. 142.2 LGT impone a la Inspección informar al contribuyente de sus derechos durante la inspección), reflejo del principio de transparencia y de colaboración obligatoria del contribuyente (art. 142.3 LGT).

Una reforma normativa reciente en España que merece destacarse es la introducida por el Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio. Este RDL modificó el art. 117.l.c) LGT con efectos desde 1 de enero de 2023, añadiendo explícitamente la comprobación de los regímenes tributarios especiales entre las funciones

de la gestión tributaria. Con ello se pretendió resolver la controversia surgida tras ciertas sentencias del Tribunal Supremo de 2021 (analizadas en la siguiente sección) que habían interpretado que la comprobación de regímenes especiales correspondía exclusivamente a la Inspección (art. 141.e LGT) y no podía realizarse mediante procedimientos de gestión. La reforma legal, *de lege ferenda*, vino a “corregir” la ley para dejar claro que, en adelante, también por vía de gestión se pueden comprobar los requisitos de regímenes especiales, dotando de mayor flexibilidad a la Administración tributaria para utilizar procedimientos más ágiles (como la comprobación limitada) en lugar de siempre recurrir a un procedimiento inspector formal en estos supuestos. Esta modificación normativa en España refleja la capacidad del legislador de ajustar el marco normativo en respuesta a criterios jurisprudenciales y a necesidades prácticas de la administración tributaria.

En síntesis, el marco normativo español del procedimiento inspector se caracteriza por:

La codificación legal detallada en la LGT y reglamentos, que delimita funciones de gestión vs. inspección (arts. 117 y 141 LGT) y establece formalidades del procedimiento (inicio, documentación, duración máxima, trámite de alegaciones, terminación mediante acta y liquidación).

Las garantías específicas al contribuyente, como el derecho a ser informado, el respeto al domicilio constitucional (art. 113 LGT para entradas con autorización judicial, aplicable también a la Inspección según art. 142.2 LGT), límite temporal a la duración de las actuaciones y posibilidad de audiencia previa a la liquidación.

La convivencia de distintos procedimientos de comprobación: la Inspección puede llevar a cabo tanto procedimientos inspectores formales como procedimientos más simplificados de comprobación limitada (que usualmente son del ámbito de gestión, pero a los que la Inspección también está autorizada, art. 141.h LGT). Cada procedimiento tiene su ámbito: por ejemplo, la comprobación limitada no permite revisar la contabilidad mercantil ni ciertos actos que requieren inspección, lo que jurídicamente delimita cuándo debe usarse uno u otro.

Y, finalmente, la evolución normativa reciente para clarificar competencias (reforma de 2022 al art. 117 LGT) y facilitar que ciertas comprobaciones (beneficios fiscales, regímenes especiales) puedan realizarse por gestión sin necesidad de un procedimiento inspector, siempre dentro del respeto a las garantías legales.

2. Marco normativo en Italia: del *accertamento* tributario al Estatuto del Contribuyente.

A diferencia de España, Italia no cuenta con un código tributario unificado equivalente a la LGT que regule de manera omnicomprensiva el procedimiento

de control fiscal. La normativa italiana en materia de *accertamento* tributario se encuentra dispersa en diversas leyes y reglamentos referentes a cada tributo (por ejemplo, el DPR 600/1973 para impuestos directos, el DPR 633/1972 para IVA, etc.), así como en la Ley 212/2000 –conocida como “Statuto dei Diritti del Contribuyente” (Estatuto de los Derechos del Contribuyente)– que introduce una serie de principios generales y garantías procedimentales aplicables a todos los ámbitos tributarios.

En Italia, el término *procedimento di accertamento* abarca el conjunto de actuaciones de control y verificación que pueden concluir con un *avviso di accertamento* (liquidación de tributos y sanciones). No existe una distinción formal entre gestión e inspección como en España; más bien, coexisten diferentes modalidades de control.

En primer lugar, la llamada *Controlli formali o automatizzati*, son verificaciones de oficina (*a tavolino*) basadas en contrastes documentales o información cruzada (p.ej., controles automatizados de declaraciones, liquidaciones provisionales tipo *avviso bonario*). Estas se realizan por los *uffici* de la *Agenzia dell'Entrate* sin interacción personal con el contribuyente, hasta que se emite una comunicación de irregularidades o liquidación.

En segundo lugar, las *Verifiche fiscali in loco*, son inspecciones *in situ*, a cargo de la Guardia di Finanza (policía fiscal) o de funcionarios de la *Agenzia dell'Entrate*, que se llevan a cabo en el domicilio fiscal o locales de negocio del contribuyente. Estas verificaciones suelen documentarse en un *Processo Verbal de Constatazione* (PVC), que es un informe detallado de los hallazgos.

Y, por último, los *accertamenti parziali* o investigaciones específicas, que constituyen actuaciones puntuales sobre uno o varios aspectos (por ejemplo, investigaciones bancarias) que pueden realizarse sin un examen general pero que igualmente desembocan en un acto de liquidación.

Históricamente, Italia no contempló un derecho general a ser oído del contribuyente antes de la emisión del *avviso di accertamento*, salvo en situaciones tasadas por la ley. Una garantía importante introducida por el “Statuto del Contribuyente” es el art. 12, 7, de la Ley 212/2000, que establece que cuando se realiza una inspección *in loco* (acceso, inspección o verificación en las instalaciones del contribuyente), los órganos de control deben entregar al contribuyente, al finalizar las actuaciones, una copia del PVC, y no puede emitirse el *avviso di accertamento* antes de que transcurran 60 días desde la entrega del PVC, plazo durante el cual el contribuyente puede presentar observaciones o *memorie* por escrito. Solo en casos de especial urgencia debidamente motivada se puede eludir esta espera de 60 días. Esta previsión consagra un *contraddittorio endoprocedimentale* (audiencia

previa) ex lege, pero limitado a los casos de inspección con acceso al domicilio del contribuyente. Quedan fuera de este ámbito las *verifiche a tavolino* (controles de oficina sin visita), para las cuales la ley no exigía –hasta fechas recientes– un diálogo previo con el contribuyente. No obstante, ciertas leyes especiales sí previeron mecanismos de audiencia en supuestos concretos: por ejemplo, el art. 38.7 del DPR 600/1973 (en la versión aplicable antes de 2020) establecía un derecho *a contraddittorio* para los *accertamenti sintetici* de renta (determinación presuntiva del IRPF en base a indicios de riqueza), y el art. 10.3-bis de la Ley 146/1998 hizo lo propio para los estudios de sector (parámetros e indicadores económicos)². En general, sin embargo, hasta 2023 la regla fue que no existía un deber legal general de la Administración tributaria de iniciar un *contraddittorio* antes de dictar una liquidación, a menos que una norma lo previera expresamente³.

La ausencia de un mandato legal amplio sobre el *contraddittorio* llevó a que la *Corte di Cassazione* –máximo tribunal de lo civil y tributario en Italia– desarrollara dicho principio a través de su jurisprudencia, especialmente a partir de influencias del Derecho de la UE (principios de buena administración y derecho de defensa). Un hito normativo importante fue la inclusión en el Decreto Legislativo 218/1997 del *accertamento con adesione*⁴, que es un procedimiento alternativo posterior al *avviso di accertamento*: tras notificar un *avviso* (o incluso antes, mediante invitación al *contraddittorio* en ciertas circunstancias), el contribuyente y el fisco pueden entablar negociaciones para llegar a un acuerdo sobre la deuda tributaria, con reducción de sanciones. Sin embargo, este *accertamento con adesione* es potestativo y ocurre después de iniciado el procedimiento de liquidación, por lo que no suple un verdadero derecho de audiencia previo a la decisión administrativa, sino más bien es un mecanismo transaccional para evitar litigios.

Otros límites normativos a la actuación de control en Italia incluyen el tiempo máximo de permanencia de la inspección en el domicilio del contribuyente: el art. 12, 5, del “Statuto del Contribuyente” dispone que las verificaciones fiscales en locales de negocio no pueden exceder 30 días hábiles (prorrogables a 60 en casos complejos) dentro de un mismo año, salvo excepciones. Esta disposición pretende evitar inspecciones excesivamente prolongadas o gravosas, aunque no establece un plazo máximo para concluir el procedimiento de *accertamento* en sí (que está regido por los plazos de prescripción tributaria o caducidad para emitir el *avviso*). En efecto, Italia fija plazos de caducidad para notificar los *avvisi di accertamento* (por ejemplo, para IRPEF e IVA, normalmente el 31 de diciembre del quinto año posterior al año objeto de declaración, tras las reformas de 2015), pero no hay un

2 *Ibidem*, p. 7.

3 LITA CORRADO, L.: “Cass., sez. unite civ., 9 dicembre 2015, n. 24823(testo)”, 2015.

4 SUCCIO, F.: “La ‘prova di resistenza’ resiste?”, *Rivista di Diritto Tributario*, (Comentario a Cass. ord. 7829/2024 y riforma fiscale, (2024).

concepto de “caducidad del procedimiento inspector” equivalente al español; la Administración puede recabar información durante varios meses o años, siempre que el acto final se notifique en plazo legal.

Una transformación reciente fundamental en el marco normativo italiano ha sobrevenido con la Reforma Tributaria de 2023. En ejercicio de la delegación otorgada por el Parlamento, el Gobierno aprobó el Decreto Legislativo 30 diciembre 2023, n. 219, que modifica el “Statuto del Contribuyente” introduciendo, entre otras novedades, un art. 6-*bis*. Este nuevo precepto establece, en síntesis, la obligatoriedad general del *contraddittorio* preventivo antes de la emisión de todos los actos tributarios impugnables, salvo casos excepcionados por la ley. A partir del 1 de enero de 2024 (con aplicación efectiva desde el 30 de abril de 2024, tras la *vacatio* prevista), la Agencia de Entrate y demás entes impositores deben notificar al contribuyente un *invito al contraddittorio* (invitación a comparecer o formular observaciones) y esperar su resultado antes de dictar el acto de liquidación definitivo, siempre que se trate de tributos cuyo acto final sea impugnante ante la justicia tributaria. Solo se exceptúan de esta obligación general aquellos actos o supuestos que un Decreto del Ministro de Economía y Finanzas declare expresamente excluidos por razones de urgencia, simplicidad o bajo importe (por ejemplo, podría excluirse la liquidación puramente automatizada de pequeños ajustes). En todo caso, el principio general adoptado por el D.Lgs. 219/2023 es claro: el *contraddittorio* se vuelve regla en el procedimiento tributario italiano, y no la excepción.

Esta reforma italiana de 2023 representa un giro importante, equiparando la legislación nacional con la exigencia que desde hace años emanaba del Derecho de la UE en materia de tributos armonizados (IVA, derechos aduaneros) y con las recomendaciones de la doctrina. Previamente, la falta de una norma general llevó a situaciones en que la legalidad de un *avviso di accertamento* por tributos internos no requería audiencia previa, lo cual fue convalidado por la *Cassazione* en múltiples ocasiones hasta 2015, generando disparidades con el tratamiento de tributos armonizados (como veremos en la sección jurisprudencial).

En resumen, el marco normativo italiano se caracteriza por:

La disciplina del *accertamento* en el ordenamiento tributario italiano se ha caracterizado históricamente por una notable dispersión normativa. No existe un código unificado que sistematice de forma coherente las reglas aplicables al control administrativo, sino un mosaico de disposiciones repartidas en distintas leyes y cuerpos normativos. Tampoco se articula una distinción nítida entre funciones de gestión y funciones de inspección, como ocurre en otros ordenamientos, sino que el sistema se estructura a partir de una pluralidad de modalidades de *accertamento*, fundamentalmente diferenciadas entre aquellas de carácter oficioso

y las que implican una verificación presencial directa sobre el contribuyente. Esta fragmentación ha generado una práctica administrativa poco homogénea y una dogmática jurídica construida más por acumulación que por diseño sistemático.

En este contexto, durante décadas ha predominado una concepción marcadamente dispositivo-administrativa del procedimiento tributario. Hasta fechas muy recientes, la Administración gozaba de amplios márgenes para determinar la base imponible sin la necesidad de oír previamente al contribuyente, salvo en los supuestos expresamente previstos por la ley. La audiencia previa no se concebía como una garantía general inherente al procedimiento, sino como una excepción vinculada a determinadas actuaciones, como las inspecciones in loco, en las que se reconocía al contribuyente un plazo específico para formular observaciones o memorias. Las garantías existían, pero de manera fragmentaria y sectorial, sin configurarse como un verdadero estatuto unitario de defensa “preprocedimental”.

A esta configuración se sumaba una regulación de los plazos claramente orientada a la prescripción de la potestad administrativa para notificar el acto de liquidación, más que a la delimitación temporal del propio procedimiento de control. El eje no era la duración razonable de la actividad inspectora o de comprobación, sino el respeto al término final para la notificación válida del acto. Ello permitía que los procedimientos de control se prolongasen en el tiempo de forma considerable, siempre que la Administración actuase dentro del límite temporal legal para dictar y notificar la resolución definitiva, con el consiguiente impacto en la seguridad jurídica del contribuyente.

La reforma introducida en 2023 supone, en este panorama, un punto de inflexión relevante. La generalización del *contraddittorio* preventivo viene a colmar un vacío histórico del sistema italiano, al reconocer de manera expresa un espacio de interlocución previa entre la Administración y el contribuyente antes de la adopción del acto lesivo. Con esta opción legislativa, el ordenamiento italiano avanza hacia la consagración de un auténtico derecho de defensa en fase “preprocedimental”, aproximándose a los principios de buena administración y a una concepción más garantista del procedimiento tributario. Se trata de una evolución que acerca el modelo italiano a tendencias ya consolidadas en otros sistemas europeos, en particular aquellos que han hecho de la audiencia previa y de la contradicción un elemento estructural del ejercicio de la potestad administrativa.

3. Poderes de instrucción: acceso, inspección y verificación.

La fase de instrucción es el núcleo de la actividad inspectora y se caracteriza por el ejercicio de poderes autoritativos reales. El “poder de acceso” se define

como la facultad de entrar y permanecer en locales, incluso contra la voluntad del poseedor, para realizar operaciones útiles para el *accertamento* de los impuestos y la represión de la evasión. Este poder es uno de los más incisivos y está sujeto a una disciplina rigurosa que varía según la naturaleza de los locales objeto de la intervención.

En cuanto a la clasificación de los Locales y el Régimen de Autorizaciones, cabe apreciar la siguiente clasificación:

El ordenamiento italiano, en consonancia con el art. 14 CE sobre la inviolabilidad del domicilio, establece una tutela graduada para los accesos inspectores. El ordenamiento italiano articula una tutela graduada de los accesos inspectores que encuentra su fundamento constitucional en el principio de inviolabilidad del domicilio proclamado por el art. 14 CE. Esta garantía no opera de forma homogénea, sino que se modula en función de la naturaleza y del destino de los locales objeto de control, atendiendo a la diferente intensidad con la que la actividad inspectora incide sobre la esfera privada del contribuyente.

En el caso de los locales destinados al desarrollo de actividades comerciales o agrícolas, el acceso puede ser autorizado directamente por el jefe de la oficina procedente. No se exige una habilitación judicial previa, pero sí la concurrencia de exigencias efectivas de indagación y control que justifiquen la intervención en el lugar. La normativa y la práctica administrativa imponen, además, que la verificación se realice preferentemente durante el horario de ejercicio de la actividad, como manifestación de un criterio de proporcionalidad y de mínima injerencia en la organización empresarial.

Un nivel más intenso de protección se reconoce respecto de los locales destinados al ejercicio de artes o profesiones. En estos supuestos, el acceso inspector presupone la presencia del titular del despacho profesional o de una persona debidamente delegada. La intervención se ve reforzada cuando la actuación inspectora implica la apertura coactiva de muebles, archivos o cajas fuertes, o cuando el profesional invoca la existencia de secreto profesional. En tales circunstancias, la ley exige de manera expresa la autorización del Procurador de la República, como garantía adicional frente a la posible afectación de derechos fundamentales vinculados al ejercicio de la profesión⁵.

Particular atención merecen los locales de uso promiscuo, en los que coexisten espacios destinados a la actividad económica y a la habitación. Aquí, el acceso inspector requiere igualmente la autorización del Procurador de la República, si bien el umbral de justificación es menos exigente que en el domicilio exclusivamente

5 Rocco, B.: "Le modalità di accertamento del reddito d'impresa", *Giustizia Tributaria*, 2020, pp 5-15.

residencial. No es necesaria la acreditación de graves indicios de evasión fiscal, bastando la necesidad objetiva de realizar el control en el ámbito del ejercicio de la actividad económica. La razón de esta solución reside en la dificultad de trazar una frontera material clara entre esfera privada y esfera profesional, lo que obliga a un equilibrio intermedio entre eficacia del control y protección del domicilio.

La máxima intensidad de tutela se reserva a los locales destinados exclusivamente a la habitación. En estos casos, el acceso inspector tiene carácter excepcional y queda subordinado a la concurrencia de graves indicios de violaciones de la normativa tributaria, así como a la obtención de una autorización motivada del Procurador de la República. La exigencia acumulativa de indicios cualificados y de control judicial previo refleja la voluntad del legislador de preservar el núcleo más sensible de la vida privada frente a injerencias administrativas de carácter ordinario.

Con carácter transversal a todas estas modalidades de acceso, resulta imperativo que el contribuyente sea informado desde el inicio de la verificación acerca de sus derechos y obligaciones, incluida la facultad de contar con la asistencia de un profesional habilitado. Esta información inicial constituye un presupuesto esencial de la regularidad del procedimiento. La ausencia de una autorización válida o la falta de motivación suficiente en la orden de servicio pueden determinar la inutilidad de las pruebas obtenidas durante la inspección, aunque la jurisprudencia no ha mantenido una posición unívoca sobre la gravedad y las consecuencias de estos vicios procedimentales. La oscilación jurisprudencial pone de relieve, una vez más, la tensión estructural entre la eficacia de la potestad de control tributario y la tutela efectiva de los derechos fundamentales del contribuyente.

4. Metodologías de determinación de la renta: entre la realidad documental y la presunción.

Una vez recabada la información, la Administración debe proceder a la rectificación de la declaración mediante metodologías que se adaptan a la calidad de la contabilidad del contribuyente⁶.

La tipología de los métodos de *accertamento* en el ordenamiento tributario italiano responde a una lógica de progresiva intensificación de la potestad administrativa, en función del grado de fiabilidad de la contabilidad y del comportamiento declarativo del contribuyente. Cada modalidad expresa un equilibrio distinto entre respeto a las escrituras contables y recurso a técnicas presuntivas para la reconstrucción de la base imponible.

6 *Ibid.*

El *accertamento* analítico se configura como el modelo ordinario de control cuando la contabilidad es considerada globalmente fiable. En estos supuestos, la Administración no cuestiona el sistema contable en su conjunto, sino que identifica errores concretos en la aplicación de las normas fiscales o discrepancias puntuales entre los datos declarados y los resultados que se desprenden del balance. La intervención administrativa mantiene así un carácter corrector y limitado, centrado en ajustes específicos y apoyado en elementos directamente verificables.

Un escalón intermedio lo ocupa el *accertamento* analítico-inductivo. Este método se activa cuando, aun existiendo elementos contables ciertos, estos resultan incompletos o insuficientes para reflejar de manera adecuada la realidad económica del contribuyente. En tales casos, la Administración puede recurrir a presunciones cualificadas, siempre que sean graves, precisas y concordantes, para reconstruir ingresos o gastos no declarados. La técnica inductiva no sustituye por completo a la contabilidad, sino que la integra y corrige, utilizando inferencias probatorias que deben mantener un estándar elevado de coherencia y racionalidad.

El grado máximo de intervención se alcanza con el *accertamento* inductivo puro, también denominado extracontable. Se trata del método más incisivo y se reserva para situaciones en las que la contabilidad resulta totalmente inatendible o, directamente, cuando el contribuyente ha omitido la presentación de la declaración. En este escenario, la oficina puede prescindir de las escrituras contables y basar la determinación de la base imponible en presunciones de carácter muy amplio, calificadas por la propia normativa como “presunciones sencillísimas”. El rigor probatorio se ve notablemente relajado, desplazándose el centro de gravedad hacia una reconstrucción lógica y global de la capacidad económica, con el consiguiente refuerzo de la discrecionalidad administrativa y un correlativo debilitamiento de las garantías defensivas del contribuyente.

La jurisprudencia de la Casación ha enfatizado que para adoptar el método extracontable, la Administración debe primero probar de forma fehaciente la inaccesibilidad de las escrituras, antes de proceder a la reconstrucción del rédito.

III. DESARROLLO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL: ESPAÑA E ITALIA ANTE EL PROCEDIMIENTO INSPECTOR.

Tras delinear el marco normativo, pasamos a examinar cómo la doctrina y, principalmente, la jurisprudencia ha interpretado y moldeado la aplicación práctica de estos procedimientos en cada país. Se abordarán por separado las líneas jurisprudenciales relevantes del Tribunal Supremo español y de la *Corte di Cassazione* italiana, así como la interacción con la jurisprudencia europea del TJUE en aquellos aspectos transversales (principios generales) que inciden en ambos sistemas.

I. Jurisprudencia y doctrina en España.

En España, el Tribunal Supremo (TS) ha emitido en la última década numerosas sentencias que definen aspectos cruciales del procedimiento inspector. Muchas de estas resoluciones surgen de litigios sobre los límites de las facultades de inspección y la correcta interpretación de la LGT, a veces ante vacíos reglamentarios o conflictos normativos. A continuación, se destacan tres temas jurisprudenciales principales: (1) la distribución competencial entre procedimientos de gestión e inspección (arts. 117 y 141 LGT); (2) el respeto de los plazos y efectos del incumplimiento en las actuaciones inspectoras; y (3) las garantías de defensa del contribuyente en el procedimiento (principio de contradicción y derecho a alegar).

Respecto a la competencia para la comprobación de beneficios fiscales y regímenes especiales – interpretación de arts. 117.c) y 141.e) LGT: Este fue uno de los debates más candentes en años recientes. Como ya se mencionó, el art. 141.e) LGT atribuye a la inspección la comprobación de requisitos para beneficios fiscales y regímenes tributarios especiales. Sin embargo, el art. 117.l.c) LGT simultáneamente reconocía, dentro de la gestión, la comprobación de la procedencia de beneficios fiscales. ¿Podían los órganos de gestión tributaria comprobar por sí mismos la correcta aplicación de un beneficio fiscal o de un régimen especial (como, por ejemplo, un régimen especial de IVA o de entidades parcialmente exentas en el Impuesto sobre Sociedades), o debían necesariamente remitir ese asunto a un procedimiento inspector formal llevado por la Inspección?

La cuestión fue resuelta por el Tribunal Supremo en dos sentencias de 23 de marzo de 2021⁷. En estos fallos, el TS concluyó que, de la dicción legal entonces vigente, se desprendía una reserva legal a favor del procedimiento inspector: la comprobación de los requisitos para disfrutar de regímenes tributarios especiales (y por analogía, de ciertos beneficios e incentivos fiscales complejos) debía realizarse por los órganos de inspección mediante un procedimiento inspector, no siendo válida su realización a través de un procedimiento de gestión (como la comprobación limitada). En palabras del TS, el art. 141.e) LGT constituía una *lex specialis* de preferente aplicación, de modo que esas comprobaciones estaban exclusivamente atribuidas a la Inspección. Esta doctrina –conocida como el “principio de especialidad” de la Inspección– implicó anular liquidaciones tributarias practicadas por órganos de gestión que habían revocado beneficios fiscales sin seguir el cauce inspector. No obstante, el propio TS reconoció en aquellas sentencias que los argumentos de la Administración (Abogacía del Estado) sobre la conveniencia de permitir comprobaciones vía gestión podían ser razonables de lege ferenda, sugiriendo que la ley quizás requería ajustes.

7 STS 23 marzo 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1206).

Y así ocurrió: en 2022 el legislador modificó el art. 117.l.c) LGT para incluir expresamente los regímenes especiales entre las funciones de gestión, eliminando la contradicción normativa. A raíz de este cambio y de nuevos litigios, el TS volvió a pronunciarse recientemente. Dos sentencias de 2024 han aportado claridad adicional:

La STS 5 febrero 2024⁸, confirmó que ciertas actuaciones de control realizadas en comprobación limitada son válidas siempre que no versen sobre un concepto reservado a Inspección. En el caso examinado, se trataba de sacar a un contribuyente del método de estimación objetiva en IRPF al detectar que no cumplía requisitos, para recalcular su base imponible por estimación directa. El TS señaló que tal situación no era un “régimen especial” propiamente dicho, por lo que los órganos de gestión podían efectuar ese ajuste dentro del procedimiento de comprobación limitada, sin invadir competencias de la Inspección. Con esta sentencia, el TS enfatiza que no deben extenderse analógicamente las restricciones: si la ley reserva a Inspección unos supuestos tasados (regímenes especiales), no se debe prohibir a la gestión que actúe en otros campos no incluidos en esa reserva.

La STS 21 marzo 2024⁹, abordó directamente la cuestión de la compatibilidad competencial tras la reforma legal. En un caso relativo a comprobación de deducciones fiscales por un órgano de gestión, el contribuyente alegaba la imposibilidad de hacerlo por gestión citando la jurisprudencia de 2021 y el hecho de que esa función figuraba en art. 141.e) LGT. El Tribunal Supremo desestimó el recurso, subrayando que incluso antes de la reforma de 2022, el reconocimiento y comprobación de beneficios e incentivos fiscales figuraba también en el art. 117.l.c) LGT, de modo que legalmente existía compatibilidad entre las actuaciones de gestión e inspección para ese tipo de comprobaciones. Es decir, el TS matiza su mensaje en el sentido de que en 2021 vio una reserva rigurosa para regímenes especiales; pero tratándose de beneficios o incentivos fiscales en general, la ley ya autorizaba a la gestión. Con la reforma, en todo caso, desde 2023 queda claro que ambos tipos de órganos (gestores o inspectores) pueden comprobar regímenes especiales o beneficios fiscales, sin exclusividad absoluta de la Inspección.

Estas sentencias de 2024 son importantes porque “cierran el círculo” interpretativo tras la reforma, evitando que la jurisprudencia de 2021 quede descontextualizada. En conclusión, tras la evolución normativa y jurisprudencial: hoy en España la comprobación de beneficios fiscales y regímenes especiales puede canalizarse por procedimiento de gestión o de inspección, según decida la Administración en función de la complejidad del caso, puesto que los arts. 117 y 141 LGT (en su redacción vigente) así lo permiten armónicamente. No obstante, debe respetarse que ciertas actuaciones (p.ej. examen de la contabilidad

⁸ STS 5 febrero 2024 (ECLI:ES:TS:2024:487).

⁹ STS 21 marzo 2024 (ECLI:ES:TS:2024:1656).

mercantil completa, o investigación de hechos ocultos) solo son posibles dentro de un procedimiento inspector formal, mientras que la comprobación limitada tiene límites legales (no puede implicar requerir libros de contabilidad, etc., salvo que voluntariamente el contribuyente los aporte).

Respecto a los plazos del procedimiento inspector y efectos del incumplimiento: El Tribunal Supremo también ha garantizado, vía jurisprudencia, que las consecuencias previstas en la LGT por exceder el plazo de duración del procedimiento inspector se apliquen estrictamente en favor del contribuyente. Como se mencionó, la LGT no considera “caducado” el procedimiento por exceder el plazo de 18 meses, pero impide que el retraso perjudique al contribuyente en términos de devengo de intereses de demora y, en la interpretación del TS, en términos de interrupción de la prescripción.

Un caso ilustrativo es la STS 12 julio 2017,¹⁰ complementada por otras de 2016, en la que el Tribunal Supremo estableció que si la Inspección reanuda las actuaciones tras haber superado el plazo máximo sin notificar liquidación, para que esas actuaciones posteriores tengan eficacia interruptiva de la prescripción fiscal se deben cumplir ciertos requisitos formales: emitir un acuerdo formal de reanudación del procedimiento inspector; notificarlo al contribuyente haciendo constar que el procedimiento anterior perdió efecto interruptivo por el incumplimiento del plazo, e indicar expresamente qué conceptos y periodos serán objeto de las actuaciones adicionales. En el caso analizado por el TS, la Inspección, tras exceder el plazo, simplemente continuó actuando y emitió un acta de inspección fuera de plazo sin ese acuerdo formal de reanudación; el TS concluyó que tal acta no podía interrumpir la prescripción. En consecuencia, si al computar el plazo de 4 años desde la fecha en que debió finalizar el procedimiento inicial resulta que la liquidación definitiva se notificó tarde, la deuda estaría prescrita. Esta doctrina fue luego asumida por el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) cambiando su criterio previo para alinearse con el TS.

El mensaje jurisprudencial es claro: la Administración no puede eludir los límites temporales del procedimiento inspector sin consecuencias. Si bien no se anula el procedimiento por sí mismo, cualquier actuación fuera de plazo tiene “vicios” que impiden considerar que han mantenido la suspensión/interrupción de la prescripción, y además el contribuyente no pagará intereses de demora por ese período de exceso (art. 150.3 LGT). En cierto modo, el TS busca equilibrar la falta de una caducidad automática con medidas que incentivan a la Inspección a respetar los plazos y que protegen al contribuyente de dilaciones indebidas.

Respecto al principio de contradicción y derecho de defensa en la inspección: En el contexto español, el derecho de defensa del contribuyente durante el

¹⁰ STS 12 julio 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2977).

procedimiento inspector se manifiesta principalmente a través del trámite de alegaciones previo a la liquidación y del acceso al expediente administrativo. No existe un equivalente directo a la figura italiana del *contraddittorio anticipato* porque, como se comentó, la LGT y el procedimiento inspector ya incorporan de serie una última fase en la que el contribuyente conoce la propuesta de acta (con detalles de hechos y fundamentos) y puede asentir o discrepar.

La jurisprudencia del TS ha sido consistente en exigir que se respeten esos trámites. Por ejemplo, si la Administración omitiera otorgar el trámite de audiencia cuando es preceptivo, la liquidación resultante podría ser anulada por vulneración del derecho a ser oído (art. 24 CE, derecho a la defensa). No obstante, no se han observado en España litigios tan profusos sobre este punto como en Italia, ya que la normativa tributaria española prevé claramente la audiencia pre-decisorio en la inspección (y en otros procedimientos como la comprobación limitada también hay trámite de alegaciones antes de resolver).

Un aspecto interesante donde confluyen el derecho de defensa y la actividad inspectora es la posibilidad de que el contribuyente aporte pruebas o documentos extemporáneamente durante la inspección o incluso después, en vía de recurso. La doctrina del TS –en línea con el principio de búsqueda de la verdad material– tiende a admitir que el contribuyente presente documentación mientras el procedimiento no haya concluido, y los tribunales económico-administrativos deben valorarla incluso si la Administración la ignoró.

En conclusión, la jurisprudencia española ha consolidado un procedimiento inspector garantista dentro del marco legislativo existente: interpretando estrictamente las competencias (evitando vacíos que generen indefensión), haciendo cumplir los límites temporales y confirmando la necesidad de trámite de alegaciones y motivación suficiente. Los conflictos que en Italia han sido objeto de fuerte litigio (como la necesidad misma de un *contraddittorio*) en España han estado en gran medida resueltos por la legislación; por ende, el rol del TS ha sido más el de afinar detalles y asegurar la correcta aplicación de la LGT que el de establecer principios generales ex novo.

2. Jurisprudencia y doctrina en Italia.

En Italia, la *Corte Suprema di Cassazione* ha sido protagonista en el delineamiento de las garantías del contribuyente en el procedimiento de *accertamento*, particularmente mediante la elaboración del principio del *contraddittorio endoprocedimentale* en ausencia de una norma general expresa. La jurisprudencia tributaria italiana en la última década ha girado en torno a dos ejes principales: (1) la distinción entre *tributi armonizzati* y no *armonizzati* respecto a la obligatoriedad del *contraddittorio*, y (2) la exigencia de la *prova di resistenza* o prueba de perjuicio

para anular un acto dictado sin audiencia previa. Asimismo, la *Cassazione* ha tenido que compatibilizar sus criterios con las directrices emanadas del Tribunal de Justicia de la UE, que reclamaban una mayor protección del derecho de defensa en procedimientos tributarios con base en el Derecho de la Unión.

La cuestión relativa a la obligatoriedad del *contraddittorio* previo ha constituido durante años uno de los puntos más controvertidos del Derecho tributario italiano, especialmente en la distinción entre tributos armonizados y no armonizados. El verdadero punto de inflexión se produjo con la sentencia de las *Sezioni Unite* de la Corte di Cassazione n° 24823, de 9 de diciembre de 2015, que puso fin a una prolongada etapa de incertidumbre jurisprudencial marcada por pronunciamientos contradictorios.

En esta decisión plenaria, la *Cassazione* procedió a unificar doctrina y estableció una diferenciación clara y sistemática. En relación con los tributos no armonizados, esto es, la mayor parte de los impuestos internos como el IRPEF, el IRES, el IRAP o los tributos locales, afirmó que no existe un deber general de la Administración de entablar un *contraddittorio* con el contribuyente antes de la emisión del *avviso di accertamento*, salvo que una norma legal nacional lo imponga expresamente para el supuesto concreto. En consecuencia, la ausencia de un trámite de audiencia previa no determina la nulidad del acto cuando se trata de impuestos internos y el legislador italiano no ha previsto tal garantía de manera específica. Con ello, las *Sezioni Unite* consolidaron la orientación mayoritaria que negaba la existencia de un principio general implícito de contradicción en materia de tributos internos, descartando que el art. 12, apartado 7, del “Statuto dei diritti del contribuente” pudiera ser interpretado como consagración de un derecho general de audiencia más allá de los casos expresamente regulados.

El planteamiento es sensiblemente distinto respecto de los tributos armonizados por el Derecho de la Unión, fundamentalmente el impuesto sobre el valor añadido y los derechos aduaneros. En este ámbito, la *Cassazione* reconoció la existencia de una obligación general de *contraddittorio endoprocedimentale* que no deriva del Derecho interno, sino directamente del ordenamiento europeo. Apoyándose de forma expresa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en particular en decisiones como *Sopropé* y *Kamino*, las *Sezioni Unite* afirmaron que, en materia de IVA y demás impuestos armonizados, la Administración financiera italiana está obligada a ofrecer al contribuyente la posibilidad de ser oído antes de adoptar un acto de liquidación definitivo, incluso cuando la normativa nacional guarde silencio al respecto.

La consecuencia jurídica de la vulneración de este derecho de audiencia en el ámbito de los tributos armonizados es la nulidad del acto administrativo resultante, si bien condicionada al cumplimiento de la denominada *prova di resistenza*. Esto

implica que el contribuyente debe demostrar que la falta de contradicción previa no fue un mero vicio formal inofensivo, sino que le privó efectivamente de la posibilidad de aportar elementos o argumentos que habrían podido influir en el contenido final del acto. De este modo, la sentencia articula un modelo diferenciado y matizado, en el que la intensidad de las garantías procedimentales depende no solo del tipo de tributo, sino también de la fuente normativa que lo rige y del grado de incidencia del Derecho de la Unión en la configuración del procedimiento administrativo tributario.

En cuanto a la *prova di resistenza*¹¹, esto es, la necesidad de demostrar perjuicio, las *Sezioni Unite* 24823/015, no obstante, añadieron un importante matiz: incluso en tributos armonizados donde rige la obligatoriedad del *contraddittorio*, la anulación del acto por falta de audiencia no es automática, sino que depende de que se cumpla un criterio de relevancia de la violación. En concreto, recogiendo la propia doctrina del TJUE, señalaron que la nulidad del acto solo procede si “en ausencia de tal irregularidad, el procedimiento podría haber conducido a un resultado distinto”. Esta es la formulación italiana de la *prova di resistenza*: en juicio, debe valorarse si la falta de *contraddittorio* privó al contribuyente de la posibilidad de aportar elementos que pudieran haber influido en la decisión administrativa. No se exige certeza de que la decisión habría sido diferente, sino la mera potencialidad no descartada de un resultado diferente. Dicho de otro modo, el contribuyente no tiene que probar que de haber sido oído definitivamente se le habría dado la razón (no debe demostrar que la decisión habría sido distinta, sino solo que no puede excluirse que hubiese podido defenderse más eficazmente). Pero sí debe al menos indicar qué alegaciones o pruebas le hubiera gustado presentar y que podrían no ser totalmente baladíos para el caso.

La *Cassazione* adoptó esta posición para evitar que la nulidad por falta de audiencia se convirtiera en un formalismo vacío o en un incentivo a estrategias dilatorias. Con la *prova di resistenza*, se pretendía que solo se anulen aquellos *avvisi* dictados sin escuchar cuando ello haya causado una concreta lesión de defensa para el contribuyente. Si, por ejemplo, el contribuyente en juicio no es capaz de señalar ningún argumento nuevo que habría presentado de haber sido oído (es decir, si su defensa es igual ahora que la que hubiera hecho antes), entonces la ausencia de *contraddittorio* se considera inofensiva y el acto puede confirmarse.

Tras la sentencia de 2015, la jurisprudencia de la *Cassazione* fue en general aplicando estos principios. Por ejemplo, en la sentencia n. 701/2019 (Sez. Trib., 15/01/2019), la Corte reafirmó la necesidad de realizar la *prova di resistenza* para determinar la relevancia de la falta de *contraddittorio*, especialmente en IVA. También ordenanzas posteriores, como la n. 19394/2022 (16/06/2022), reiteraron que para

¹¹ Succio, F.: “La ‘prova di’, cit., p.7.

tributos no armonizados (caso típico: IRPEF) no existe obligación de activar el *contraddittorio* previo salvo disposición expresa, de acuerdo con la doctrina de las SS.UU. 2015¹². Por tanto, hasta fechas muy recientes, el panorama era estable: la mayoría de los impuestos (no armonizados) no daban derecho a audiencia previa salvo inspección con acceso (por art. 12.7 Statuto) u otros casos particulares; en IVA y aduanas sí, pero con la *prova di resistenza* evaluada caso por caso¹³.

Esto panorama dio un giro con dos desarrollos en los años 2023 y 2024.

Por un lado, la *Cassazione*, ante nuevas cuestiones, se mostró dispuesta a revisar la doctrina de la *prova di resistenza*. La *Sezione Tributaria* planteó en la *Ordinanza* interlocutoria n. 7829 de 22/3/2024 remitir a las *Sezioni Unite* la cuestión de si los criterios fijados en 2015 seguían siendo válidos y plenamente alineados con los principios de la UE. En esa ordenanza se señalaron posibles “desalineamientos entre los principios de la Unión y los fijados por la jurisprudencia nacional” sobre la eficacia del *contraddittorio*, sugiriendo la necesidad de clarificar el contenido y límites de la prueba de resistencia. Básicamente, la *Cassazione* se pregunta si debería suavizarse o eliminarse la carga de demostrar perjuicio, a la luz de la jurisprudencia más reciente del TJUE que enfatiza fuertemente el derecho a ser oído. Este desarrollo indica una evolución jurisprudencial hacia una mayor protección del contribuyente, probablemente influida por que ahora el ordenamiento interno (con el D.Lgs. 219/2023) también ha reconocido el *contraddittorio* como obligatorio en general.

Por otro lado, y quizás de mayor impacto, como ya mencionamos, entró en vigor el D.Lgs. 219/2023 que introdujo el art. 6-bis en la Ley 212/2000, haciendo obligatorio el *contraddittorio* previo para todos los *avvisi di accertamento* impugnables desde abril de 2024¹⁴. Esta reforma legislativa en cierto modo supera el debate jurisprudencial: al haber ahora una norma general, la distinción armonizada/no armonizado pierde relevancia para el futuro, ya que todas las liquidaciones deberán ir precedidas de un aviso y oportunidad de alegaciones, salvo contadas excepciones. Asimismo, cabe esperar que, habiendo una obligación legal explícita, si se incumple el *contraddittorio*, la sanción de nulidad del acto sea directa sin necesidad de exigir al contribuyente que demuestre el perjuicio (porque la falta de un requisito procedimental obligatorio por ley se considerará suficiente vicio de forma invalidante). De hecho, la literatura reciente apunta que con el “nuevo

12 Sez. Trib. ordinanza n. 21873 del 2 agosto 2024 (ECLI:IT:CASS:2024:21873CIV).

13 TESAURIO, F.: “Il contraddittorio endoprocedimentale dopo le Sezioni Unite 2015”, *Rassegna Tributaria*, (2016). Vol. LX, p.15.

14 Dipartimento per il Programma di Governo, “D.lgs. Statuto”, cit., p. 3.

sistema no sirve ya ninguna *prova di resistenza*¹⁵, al menos para actos sujetos al nuevo régimen.

En cuanto a otras facetas jurisprudenciales, también hay que destacar la actuación de la *Corte Costituzionale* italiana en este campo. Por ejemplo, la Sentencia núm. 132/2020 del Tribunal Constitucional declaró inconstitucional una norma que impedía siempre impugnar un acto por vicios formales si no se alegaron en sede administrativa, reconociendo la importancia de las garantías procedimentales. Aunque no se pronunció directamente sobre el *contraddittorio* general (que no estaba en la ley entonces), envió señales favorables a la tutela del derecho de defensa en vía administrativa¹⁶.

La doctrina italiana ha jugado un rol crítico, con numerosos estudios que abogaban por la introducción de un principio general de contradicción. Autores como Tesauro, Falsitta, y Pistone argumentaron que el derecho de defensa debía permear todo el procedimiento tributario, citando principios constitucionales (arts. 24 y III de la Constitución italiana) y la influencia europea. Estas voces, junto con la comparativa con otros ordenamientos (incluido el español), presionaron para la reforma legal que finalmente llegó en 2023.

IV. ANÁLISIS COMPARATIVO SISTEMÁTICO: DIFERENCIAS Y SIMILITUDES.

Sobre la base de lo expuesto, resulta posible comparar de forma sistemática el modelo español de procedimiento inspector y el modelo italiano de *accertamento*. La comparación no es meramente descriptiva. Permite identificar diferencias de arquitectura institucional, de técnica procedimental y, sobre todo, de cultura garantista. También deja entrever, a partir de la reforma de 2023, una tendencia de convergencia que no debe exagerarse, pero tampoco minimizarse.

I. Diferencias estructurales e institucionales.

En España, las actuaciones de inspección tributaria se encuadran, con carácter general, en la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sin perjuicio de las competencias autonómicas en tributos cedidos u otros ámbitos específicos. Los órganos de Inspección actúan mediante unidades internas especializadas por impuestos o sectores, y sus funcionarios ostentan la condición de agentes de la autoridad. El esquema es predominantemente integrado. La misma unidad suele investigar, documentar, proponer y, en definitiva, conducir el itinerario que culmina en la liquidación administrativa derivada de las actuaciones.

15 CISELLO, A.: “*Prova di resistenza in concreto per il contraddittorio preventivo*”, EutekneINfo, Il Quotidiano del commercialista, 2025.

16 TESAURO, F.: “Il contraddittorio”, cit., p. 15.

Italia ofrece una distribución orgánica distinta. La función de control se reparte entre la *Agenzia delle Entrate*, que asume con frecuencia controles de escritorio y la emisión de los *avvisi*, y la Guardia di Finanza, con perfil de policía tributaria, que interviene de modo especialmente relevante en verificaciones de campo. Lo característico es la relativa separación entre quien realiza la actividad de auditoría o constatación fáctica y quien formaliza el acto “liquidatorio”. Los informes y actas de verificación, singularmente el *processo verbale di constatazione*, se elevan a la Agencia, y es esta quien adopta el *avviso di accertamento*. Estructuralmente, ello aproxima el modelo italiano a una lógica bifásica, mientras que el español tiende a la continuidad orgánica dentro del mismo circuito inspector.

Esta divergencia se proyecta también sobre la técnica normativa. España dispone de una ley marco general, la Ley General Tributaria, y de un desarrollo reglamentario que proporcionan coherencia sistémica a las actuaciones inspectoras, con principios comunes y reglas uniformes, entre ellas un régimen general de duración del procedimiento. Italia, en cambio, ha operado durante largos años sin un auténtico código procedimental tributario unificado. La disciplina se encontraba dispersa entre el “Statuto dei diritti del contribuente” y múltiples disposiciones sectoriales según el tributo o el tipo de verificación. Esa fragmentación generaba un mapa desigual de garantías. El *contraddittorio* podía resultar obligatorio en el IVA por derivación del Derecho de la Unión, pero no en impuestos internos, y la duración de verificaciones presenciales tenía límites estatutarios sin que existiera una regla equivalente para controles de escritorio. La reforma de 2023, con la introducción del art. 6-bis en la Ley 212/2000, supone un avance hacia la homogeneización, al menos en lo relativo al *contraddittorio*, y dibuja un marco más coherente que el precedente, aunque todavía lejos de la sistematicidad española.

Existe, además, una diferencia conceptual importante. El ordenamiento español separa con nitidez la esfera de gestión y la esfera de inspección, y articula procedimientos diferenciados como la verificación de datos, la comprobación limitada y la inspección propiamente dicha, cada uno con su régimen y límites. Esa compartimentación convierte la elección del procedimiento en un elemento jurídico relevante, a menudo litigioso, pero permite calibrar la intensidad del control y anclarla en presupuestos normativos predeterminados. Italia, por su parte, utiliza el término amplio *accertamento* como paraguas, sin tipologías procedimentales tan delimitadas. Ello concede flexibilidad a la Administración, pero reduce la previsibilidad del contribuyente, que no siempre dispone de una “etiqueta procedimental” clara que le anticipe el alcance, el estándar probatorio o las garantías aplicables.

También difiere el modo de culminación formal del control. En España, el documento central es el acta de inspección, con su tipología de conformidad,

disconformidad o acuerdo, que ordena el cierre de actuaciones y estructura la dialéctica con el obligado tributario. Tras el acta, la Inspección dicta la liquidación, que es el acto impugnabile. En Italia, el *avviso di accertamento* es el propio acto final, unilateral, motivado y notificado, que incorpora hechos, fundamentos y cuantificación de impuesto y sanciones. Si hubo verificación, el PVC antecede como documento de constatación, pero no es, por regla general, un acto impugnabile, ni exige respuesta inmediata, salvo la posibilidad de presentar *memorie* en el plazo previsto. La firma del contribuyente, tan significativa en el diseño español para fijar conformidad o disconformidad, carece de equivalente funcional en el *avviso*, que se configura como manifestación unilateral de la potestad "liquidatoria".

2. Diferencias funcionales y de garantías.

La diferencia tradicional más visible ha sido el derecho de audiencia previa. En España, el trámite de audiencia se inserta en el procedimiento inspector como una pieza estructural que precede a la resolución y permite al contribuyente conocer, rebatir y completar el material fáctico y jurídico antes de que se dicte la liquidación. El sistema está construido sobre la premisa de que el contradictorio integra la regularidad del procedimiento. Italia, hasta 2023, no reconocía un derecho general de audiencia previa en sentido fuerte para los tributos internos, salvo supuestos específicos, destacadamente tras verificaciones presenciales por la vía del art. 12.7 del Statuto, o en procedimientos concretos previstos por ley. La reforma de 2023 altera este panorama y llena un vacío de gran densidad garantista. Desde el punto de vista funcional, no es un ajuste menor. Es una modificación de cultura procedimental, porque obliga a reordenar los tiempos de decisión y a institucionalizar un espacio de interlocución que antes era excepcional o sectorial.

La cuestión se conecta con otra divergencia especialmente expresiva, la carga de alegar y acreditar la indefensión. En España, como regla, no se exige al contribuyente demostrar qué habría alegado si no se le hubiera escuchado, porque el sistema presupone que se le escucha. Si se omitiera el trámite de audiencia en un caso en que resulta exigible, el vicio se encuadra típicamente en la indefensión procedimental y conduce a la anulación sin necesidad de un juicio adicional sobre la hipotética utilidad de las alegaciones. Italia, en cambio, ha desarrollado la conocida *prova di resistenza*, que exige al contribuyente, en sede contenciosa, mostrar que la falta de *contraddittorio* no fue un formalismo inocuo, sino que le privó de aportar elementos capaces de influir en el contenido del acto. Esta técnica ha permitido que, incluso constatada la vulneración del derecho de audiencia en ámbitos como el IVA, el juez mantenga la validez del *avviso* si entiende que las defensas omitidas eran irrelevantes o puramente dilatorias. La distancia entre ambos enfoques revela dos modelos de garantía distintos. Uno considera la audiencia parte indisoluble de la regularidad procedimental. El otro, al menos en su construcción jurisprudencial

clásica, tiende a valorar el contradictorio también en términos de eficacia causal sobre el resultado.

Los plazos y la duración de las actuaciones muestran igualmente una tensión distinta entre eficiencia y seguridad jurídica. España establece una duración limitada del procedimiento inspector, con un régimen general y modulaciones para supuestos complejos, y prevé consecuencias jurídicas por exceder el plazo. El objetivo es reducir la incertidumbre del contribuyente y evitar procedimientos indefinidos. Italia ha orientado históricamente su sistema más hacia los plazos de caducidad o prescripción para notificar el acto, de modo que el control podía prolongarse mientras el *avviso* se notificase dentro del límite legal. La contrapartida italiana ha sido, en cambio, la limitación del tiempo de presencia física de los verificadores en el domicilio empresarial, con la finalidad de minimizar la interferencia en la actividad económica. España no computa, por regla general, días de visita con ese detalle, aunque en la práctica alterna requerimientos, comparecencias y periodos de análisis documental.

Por último, la motivación del acto y el acceso al expediente operan como garantías comunes, aunque con matices relevantes. Ambos ordenamientos exigen motivación suficiente. En España, el acta y la liquidación deben recoger hechos y fundamentos jurídicos de manera que el contribuyente pueda comprender la razón de la regularización y articular defensa. En Italia, el *avviso* ha de exponer los presupuestos fácticos y las razones jurídicas, y la jurisprudencia ha enfatizado la motivación con especial intensidad precisamente en escenarios de ausencia o debilidad del *contraddittorio*. También se aprecian diferencias prácticas en el acceso a determinados elementos del expediente, particularmente cuando la Administración se apoya en datos de terceros. El esquema español tiende a integrar la contradicción probatoria en el propio procedimiento, comunicando los elementos utilizados para que puedan ser discutidos. En Italia, no siempre existe un deber equivalente de comunicación en fase administrativa, lo que ha reforzado el papel del proceso tributario como espacio principal de contradicción.

En conjunto, el contraste muestra dos tradiciones procedimentales. La española, más codificada y compartimentada, con un procedimiento inspector fuertemente estructurado y con garantías integradas de forma estable. La italiana, históricamente más fragmentaria, con una administración dotada de mayor elasticidad en los modos de control y con garantías que, durante años, han dependido en gran medida del tipo de tributo, de la modalidad de verificación y de la fuente normativa aplicable. La reforma de 2023 introduce un elemento de convergencia innegable, pero la convergencia real dependerá de cómo se aplique el *contraddittorio* generalizado, de su traducción en prácticas administrativas consistentes y del modo en que la jurisprudencia module, o no, la lógica de la *prova di resistenza* en el nuevo escenario.

V. CONCLUSIONES.

Del análisis realizado emergen varias conclusiones críticas sobre el procedimiento inspector tributario en España e Italia.

En primer lugar, modelos históricamente divergentes, pero en los últimos años debido a las reformas que han hecho los dos países, sobre todo Italia, son más similares: España adoptó un modelo con garantías procedimentales explícitas en la ley (trámite de alegaciones, plazo máximo, etc.), reflejando la influencia del derecho administrativo general español. Italia, en cambio, tuvo un modelo más flexible y fragmentario, confiando en la *ex post* corrección judicial de posibles abusos (lo cual se vio en las sentencias de *Cassazione* desarrollando principios supletoriamente). Italia ha introducido reformas que la acercan al estándar español (*contraddittorio* preventivo generalizado, límites a permanencia en inspección, etc.). Ambos países están hoy más alineados en cuanto a reconocer que el derecho de contradicción y la buena administración son esenciales en materia tributaria.

En segundo lugar, importancia de la jurisprudencia en la garantía de los derechos: Tanto el Tribunal Supremo español como la *Corte di Cassazione* italiana han jugado roles determinantes. En España, el TS ha afinado la interpretación de la LGT para asegurar que ni la Administración ni los contribuyentes excedan sus facultades: por ejemplo, delimitando qué puede hacer la gestión vs. inspección, o evitando que la Inspección se eternice sin consecuencias. En Italia, la *Cassazione* impuso la regla del *contraddittorio* en IVA antes de que el legislador actuara, y ahora cuestiona la *prova di resistenza* porque percibe que puede ser contraria a la efectividad del derecho de defensa. Esto demuestra que la jurisprudencia actúa como guardián de la legalidad y de los derechos fundamentales, impulsando incluso cambios legislativos cuando detecta desajustes.

En tercer lugar, balance entre eficacia recaudatoria y derechos del contribuyente: Un tema crítico en cualquier sistema tributario es encontrar el punto de equilibrio entre permitir que la Hacienda Pública ejerza un control efectivo contra el fraude y errores, y al mismo tiempo no vulnerar garantías básicas del contribuyente ni obstaculizar la actividad económica con burocracia excesiva. Del estudio comparativo se desprende que: - España tiene tendencia ligeramente a favor de la seguridad jurídica del contribuyente (con plazos perentorios, trámites garantizados), lo cual a veces se ha criticado por dar demasiado margen a posibles conductas dilatorias. No obstante, España ha dotado a la Inspección de amplias facultades de investigación (acceso a documentación, inspecciones domiciliarias con autorización, etc.) y herramientas como la prescripción del delito fiscal separada de la tributaria para casos graves buscando eficacia por otras vías. - Italia, tradicionalmente, privilegiaba la eficacia recaudatoria, permitiendo a la Administración actuar con menos formalidades previas, confiando en que

cualquier extralimitación se corregiría en sede judicial. Esto pudo suponer cargas procesales fuertes a contribuyentes (tener que litigar para hacer valer derechos que en otros países se reconocían en sede administrativa). La evolución actual indica que Italia reconoce que proteger desde el inicio al contribuyente no está reñido con la eficacia, sino que puede mejorar la legitimidad y aceptación del sistema tributario, disminuyendo litigios y aumentando la cooperación voluntaria.

En cuarto lugar, persistencia de diferencias formales y culturales: Pese a la convergencia normativa, seguirán existiendo diferencias derivadas de la idiosincrasia jurídica y administrativa:

- España mantiene una separación institucional entre gestión e inspección, con cultura de especialización técnica en Inspección. Italia funciona más por casos integrales llevados en combo por "GdF" y *uffici*. Esto puede hacer que la experiencia del contribuyente frente a una inspección sea distinta: en España, se dialoga con el inspector que luego propone la liquidación; en Italia, se trata con auditores que luego pasan el caso a la oficina que notifica el acto.

- Los plazos de prescripción y caducidad difieren: la mentalidad española es de 4 años de prescripción con carácter general; la italiana es de 5 años y no hay "caducidad" del procedimiento interno. Esto incide en la estrategia de cierre de casos (en España la administración se apura a terminar antes de 18 meses; en Italia puede espaciar la actividad).

En conclusión, el estudio comparativo revela que, aunque España e Italia partieron de enfoques diferentes en la gestión de sus procedimientos de inspección tributaria, la evolución doctrinal, jurisprudencial y normativa reciente los está llevando a un terreno común donde priman los principios del Estado de Derecho: legalidad, seguridad jurídica, derecho de defensa y tutela judicial. Cada sistema mantiene sus peculiaridades, pero las diferencias estructurales y procesales tienden a reducirse bajo la influencia de valores compartidos a nivel europeo. Este proceso de convergencia refuerza la protección de los derechos de los contribuyentes sin menoscabar la capacidad de los Estados para controlar y recaudar los tributos debidos, lo que en última instancia redundará en un sistema tributario más justo, equilibrado y legítimo ante los ojos de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

ANDOLINA, E.: "Tutela giurisdizionale in caso di accesso fiscale al domicilio", *Processo Penale e Giustizia*, 2025.

BARGAGLI, M.: "Segreto Professionale: normativa e profili procedurali", *FiscalFocus*, 15 ottobre 2025.

GROSSI, G.: "Accesi, ispezioni, verifiche", *Fondazione per la promozione della cultura professionale e dello sviluppo economico*, 2020.

GRUPO 24 ORE/ LEX 24.: "Accesi, ispezioni, verifiche", *Gazzeta Ufficiale Repubblica Italiana*, de 11 de noviembre de 1972, núm. 292.

INGRAO, G.: "Le invalidità degli atti dell'Amministrazione finanziaria alla luce delle nuove previsioni introdotte dalla riforma tributaria del 2023", *Giurisprudenza delle imposte*, Fascicolo 2/2024 - Vol. XCVII.

PISTONE, P., "Tax Procedures and Taxpayer's Rights in EU and International Law." *IBFD*, Amsterdam, 2019.

ROCCO, B.: "Le modalità di accertamento del reddito d'impresa", *Giustizia Tributaria*, 2020.

ROSSI, M.: "Le recenti modifiche alla procedura ispettiva: il contraddittorio necessario e l'incidenza della giurisprudenza CEDU", *Rivista di Diritto Tributario*, 2024, núm. 3(2).

SUCCIO, F.: "La 'prova di resistenza' resiste?", *Rivista di Diritto Tributario*, (Comentario a Cass. ord. 7829/2024 y riforma fiscale, 2024.

TESAURO, F.: "Il contraddittorio endoprocedimentale dopo le Sezioni Unite 2015", *Rassegna Tributaria*, 2016, Vol. LX.

TOVILLA MORÁN, J. M.: "El principio de especialidad atribuye en exclusiva al procedimiento de inspección, (Comentario a STS 412/2021)", *Taxlandia*, 2021.

TOZZI, M. y ANTICO, G.: "Accertamento e Contenzioso", *Euroconference editoria*, 2021, núm. 69.

VILLANI, M y ATTANASI, F.: "Gli Accertamenti tributari e la tutela del segreto professionale", *Studio Legale Tributario Adv. Maurizio Villani*, 3 de junio de 2016.

VILLANI, M y ZIZZARI.S.: "Verifiche fiscali italiane e violazione dell'Art. 8 della CEDU: La Corte di Strasburgo, il legislatore nazionale e la Cassazi", *Studio Legale Tributario Adv. Maurizio Villani*, 2015.

COMENTARIOS DE SENTENCIAS



RESPONSABILIDAD CIVIL DEL TUTOR POR DAÑOS
CAUSADOS POR PERSONA CON DISCAPACIDAD: EL
IMPACTO DE LA CONVENCION DE NUEVA YORK Y
LA LEY 8/2021. COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA,
NÚM. 560/2026, DE 13 DE ABRIL (ROJ: STS 1534/2026 –
ECLI:ES:TS:2026:1534)

*LIABILITY OF THE GUARDIAN FOR DAMAGES CAUSED BY A
PERSON WITH DISABILITY: THE IMPACT OF THE NEW YORK
CONVENTION AND LAW 8/2021. COMMENT ON SPANISH
STS NO. 560/2026, OF APRIL 13 (ROJ: STS 1534/2026 –
ECLI:ES:TS:2026:1534)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 836-847

Carlos
BELLIDO
GONZÁLEZ
DEL CAMPO

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de mayo de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2026

RESUMEN: El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que absolvió al Instituto Tutelar de Bizkaia de responder por los daños causados por una persona incapacitada que arrojó una televisión desde un piso tutelado. La Sala fija doctrina sobre la responsabilidad del tutor bajo el art. 1903 CC en su redacción anterior a la Ley 8/2021, interpretándola conforme a la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad, y establece que la responsabilidad por culpa presunta requiere la acreditación de una conducta alternativa exigible que, atendiendo al canon de autonomía de la persona con discapacidad, no puede suponer una vigilancia incompatible con sus derechos.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil; tutor; persona con discapacidad; art. 1903 CC; culpa presunta; convención de Nueva York.

ABSTRACT: *The Supreme Court dismisses the appeal filed against the judgment that absolved the Bizkaia Guardianship Institute from liability for damages caused by an incapacitated person who threw a television from a supervised apartment. The Court establishes doctrine on the responsibility of the guardian under article 1903 of the Civil Code in its version prior to Law 8/2021, interpreting it in accordance with the New York Convention on the rights of persons with disabilities, and states that liability based on presumed fault requires proof of an alternative conduct that, considering the autonomy of the person with disability, cannot imply surveillance incompatible with their rights.*

KEY WORDS: *Civil liability; guardian; person with disability; article 1903 of the civil code; presumed fault; New York Convention; personal autonomy; foreseeability of damage.*

SUMARIO: SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.- COMENTARIO.- I. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL TUTOR ANTES DE LA LEY 8/2021.- II. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK COMO CANON INTERPRETATIVO DE LA RESPONSABILIDAD DEL TUTOR.- III. LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA PRESUNTA.- 1. El requisito de la convivencia en la responsabilidad de personas jurídicas.- 2. La inversión de la carga de la prueba y la diligencia exigible.- 3. La previsibilidad del daño y el canon de autonomía.- IV. LA RESPONSABILIDAD DEL TUTOR TRAS LA LEY 8/2021.- V. VALORACIÓN CRÍTICA.

SUPUESTO DE HECHO

El Juzgado de Primera Instancia número 14 de Bilbao declaró en 2004 la incapacidad absoluta de Samuel, nacido en 1971, afecto de esquizofrenia paranoide, nombrando tutor al Instituto Tutelar de Bizkaia ante la negativa de sus familiares a asumir el cargo.

El 1 de octubre de 2013, Samuel residía en un piso tutelado de la Fundación Argia, entidad con la que la Diputación Foral de Bizkaia tenía suscrito un convenio para la prestación del servicio de residencia sin atención diurna a personas con discapacidad psíquica y enfermedad mental. Ese día, hacia las 14:30 horas, Samuel arrojó por la ventana del piso una televisión de 22 pulgadas que cayó muy cerca de Eulalio, jardinero que se encontraba trabajando en los exteriores. Previamente, Samuel había acudido al servicio de urgencias del Hospital de Cruces solicitando un ingreso que le fue denegado por el psiquiatra de guardia, quien lo vio enfadado, pero con discurso coherente y sin ideas autolíticas.

Se siguió procedimiento penal por delito de lesiones contra Samuel, que fue archivado. Eulalio formuló reserva de acciones civiles. El 13 de septiembre de 2018 interpuso demanda civil contra el Instituto Tutelar de Bizkaia reclamando 9.454,93 euros por daños personales, fundamentándose en los arts. 1902 y 1903 CC.

El Juzgado de Primera Instancia número 11 de Bilbao estimó parcialmente la demanda y condenó al Instituto Tutelar a abonar 7.846,20 euros. La sentencia consideró que concurría el requisito de convivencia porque el tutelado vivía en un centro concertado bajo el ámbito de control y cuidado del organismo público, y que la entidad tutelar no había acreditado haber empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, pues no bastaba con delegar en la Fundación Argia sino que debería haber hecho un seguimiento activo mediante informes periódicos, contacto con médicos y establecimiento de protocolos de actuación.

• **Carlos Bellido González del Campo**

Abogado. Doctorando en Derecho en la Universitat Jaume I. Correo electrónico: al346452@uji.es.

La Audiencia Provincial de Bizkaia, sección 5.ª, estimó el recurso de apelación del Instituto Tutelar y desestimó la demanda. La sentencia, de 25 de febrero de 2021, consideró que Samuel se encontraba bajo la dependencia directa de la Fundación Argia, que actuaba como guardadora de hecho ejerciendo funciones de vigilancia y control de las pautas de comportamiento y horarios del tutelado, de modo que, no habiendo sido demandada la Fundación, la cuestión de fondo quedaba imprejuizada.

Eulalio interpuso recurso de casación articulado en tres motivos, infracción del art. 1903 CC por incorrecta interpretación de la diligencia exigida al tutor; infracción del art. 217 LECiv. en cuanto a la inversión de la carga de la prueba; e infracción del art. 1903 CC por no apreciar responsabilidad solidaria del tutor con la Fundación Argia por culpa in eligendo o in vigilando.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

1º) El art. 1903 CC establecía una responsabilidad por culpa presunta del tutor por los perjuicios causados por las personas incapacitadas bajo su autoridad y convivencia, no una responsabilidad objetiva. Tras la Ley 8/2021, este artículo mantiene la responsabilidad por culpa presunta de los curadores con facultades de representación plena que convivan con la persona con discapacidad, quien responderá conforme a las reglas generales de responsabilidad civil (art. 299 CC).

2º) La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York, 2006) forma parte del ordenamiento jurídico español desde 2008 y constituye el criterio interpretativo para delimitar las funciones del tutor y la diligencia exigible. El canon de diligencia debe conjugar la autonomía de la persona con discapacidad y las concretas funciones encomendadas judicialmente, sin que el control del tutor pueda alcanzar el nivel admisible con arreglo al derecho anterior a la Convención. No cabe identificar discapacidad con peligrosidad.

3º) Para apreciar la conducta exigible al tutor es preciso partir de las funciones asumidas conforme al contenido legal de la tutela y lo dispuesto en la sentencia de incapacitación, atendiendo a las circunstancias de cada caso. El requisito de convivencia no se impone con carácter general, debe valorarse el nivel de autonomía de la persona con discapacidad y las concretas funciones asumidas por el tutor.

4º) No existe responsabilidad cuando, la elección del centro residencial fue adecuada, cumple requisitos legales y la decisión corresponde a comisión técnica de la Administración (culpa *in eligendo*); no se acredita que la actuación fuera previsible ni que el tutor asumiera funciones de vigilancia permanente (culpa *in vigilando*); los profesionales sanitarios no apreciaron situación que justificara internamiento el mismo día de los hechos.

COMENTARIO

I. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL TUTOR ANTES DE LA LEY 8/2021.

La sentencia comentada aborda una cuestión clásica del Derecho civil de daños, la responsabilidad por hecho ajeno del tutor de una persona con la capacidad modificada judicialmente. El supuesto se sitúa en un momento de transición entre el régimen anterior a la reforma de la discapacidad y el nuevo sistema introducido por la Ley 8/2021. Los hechos se produjeron en 2013, bajo la vigencia del Código Civil en su redacción originaria, que en el párrafo tercero del art. 1903 establecía que “los tutores lo son (responsables) de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía”.

La sentencia confirma que este régimen configuraba una responsabilidad por culpa presunta, no objetiva. Se trata de una distinción capital que el Tribunal Supremo ha reiterado en múltiples ocasiones (STS 1183/2025, de 8 de septiembre, ECLI:ES:TS:2025:3788). La responsabilidad por culpa presunta invierte la carga de la prueba, una vez acreditado el daño causado materialmente por la persona incapacitada, nace la presunción *iuris tantum* de que el tutor ha infringido los deberes que le incumben, pero este puede exonerarse demostrando haber empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. Esta construcción se apoya en el último párrafo del art. 1903 CC, común a todos los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno que regula el precepto.

II. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK COMO CANON INTERPRETATIVO DE LA RESPONSABILIDAD DEL TUTOR.

La aportación más relevante de la sentencia reside en la interpretación del régimen de responsabilidad del tutor conforme a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. El Tribunal Supremo subraya que la Convención forma parte del ordenamiento jurídico español desde el 3 de mayo de 2008, y que estaba ya en vigor cuando sucedieron los hechos objeto de enjuiciamiento. Por tanto, aunque el Código Civil no se había reformado todavía, la interpretación de sus normas debía realizarse conforme a los principios de la Convención.

Este planteamiento metodológico no es nuevo. El Tribunal Supremo viene aplicando la Convención de Nueva York como parámetro interpretativo desde hace más de una década, especialmente en materia de tutela y curatela. Así, en la STS 118/2020, de 10 de febrero, (ECLI:ES:TS:2020:494) la Sala afirmó que “la tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia,

ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas”, mientras que “en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten”. La jurisprudencia ha venido descartando que el procedimiento de modificación de la capacidad y la constitución de tutela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención (STS 269/2021, de 6 de mayo, ECLI:ES:TS:2021:1894).

En el ámbito específico de la responsabilidad civil, la Convención impone una relectura del canon de diligencia exigible al tutor. La sentencia proclama que el control del antiguo tutor o del actual curador sobre la persona con discapacidad no puede alcanzar el nivel que hubiera resultado admisible con arreglo al derecho anterior a la Convención. Esta afirmación resulta crucial, el deber de vigilancia que tradicionalmente fundamentaba la responsabilidad del tutor debe modularse atendiendo al principio de autonomía de la persona con discapacidad.

El art. 3.a) de la Convención establece como principio general “el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”. Este mandato impide concebir la tutela como una institución que convierte a la persona con discapacidad en objeto de protección paternalista, para configurarla como un sistema de apoyos que respeta su voluntad, deseos y preferencias. La sentencia cita expresamente la STS 304/2021, de 19 de mayo, (ECLI:ES:TS:2021:1783) que proclamó que la actuación del tutor debe ser respetuosa con la voluntad y preferencias del tutelado que resulten de la configuración que este hubiera dado a su patrimonio, conforme a la filosofía que preconiza el art. 12.4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

III. LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA PRESUNTA.

I. El requisito de la convivencia en la responsabilidad de personas jurídicas.

El párrafo tercero del art. 1903 CC en su redacción anterior a la Ley 8/2021 exigía que los incapacitados “estén bajo su autoridad y habiten en su compañía”. El requisito de la convivencia plantea particulares dificultades cuando el tutor es una persona jurídica, como en el caso del Instituto Tutelar de Bizkaia.

La sentencia recuerda que la jurisprudencia ha venido moderando este requisito cuando el tutor es una entidad pública. Cita en este punto la STS de la Sala Segunda número 16/2015, de 20 de enero, que afirmó que el requisito de convivencia no puede ser literalmente interpretado en forma análoga a la que tendría lugar con respecto a las personas físicas, sino que debería ser analizada como una situación de residencia bajo el control y cuidado del organismo público

competente. Esta interpretación extensiva se justifica para evitar que la restricción literal del requisito pudiera dejar vacía de contenido la responsabilidad del tutor, en detrimento de la víctima.

No obstante, la sentencia introduce un importante matiz, aunque se flexibilice el requisito de convivencia, ello no puede llevar a prescindir en cada caso de las particulares circunstancias concurrentes. La convivencia apunta a la posibilidad de una vigilancia directa que permita adoptar medidas de prevención, pero su valoración debe tomar en consideración el nivel de autonomía de la persona con discapacidad y las concretas funciones asumidas por el tutor conforme a la sentencia de incapacitación.

En el caso enjuiciado, Samuel residía en un piso tutelado de la Fundación Argia. El convenio suscrito entre la Diputación Foral y la Fundación establecía que el servicio se destinaba a personas que no requirieran atención veinticuatro horas, que siguieran tratamiento psiquiátrico, que su situación fuera estable y que no presentaran patrones de comportamiento agresivo. La Audiencia Provincial concluyó que Samuel se encontraba bajo la dependencia directa de la Fundación Argia, que actuaba como guardadora de hecho ejerciendo las funciones de vigilancia y control de las pautas de comportamiento, horarios y actuaciones cotidianas del tutelado.

2. La inversión de la carga de la prueba y la diligencia exigible.

La responsabilidad por culpa presunta invierte la carga de la prueba, acreditado el daño causado materialmente por la persona incapacitada, corresponde al tutor probar que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. El recurrente alegó que procedía esta inversión probatoria por tratarse de una situación anormalmente peligrosa, dada la enfermedad mental del tutelado y la alta probabilidad de causar daños.

La sentencia rechaza este planteamiento por confundir dos cuestiones distintas. Una cosa es la inversión de la carga de la prueba derivada del propio art. 1903 CC, y otra distinta la pretendida equiparación entre discapacidad y peligrosidad. El Tribunal Supremo proclama rotundamente que no cabe identificar discapacidad con peligrosidad. Esta afirmación se alinea plenamente con la Convención de Nueva York y con el modelo social de la discapacidad que informa la reforma de 2021.

El estándar de diligencia exigible al tutor se determina conforme al art. 1104 CC, que establece que “la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. La sentencia aplica este canon para apreciar si el tutor actuó diligentemente es preciso partir de las

funciones que hubiera asumido de acuerdo con el contenido legal de la tutela y lo dispuesto en la sentencia de incapacitación, atendiendo a las circunstancias de cada caso.

En el supuesto enjuiciado, la sentencia de incapacitación de 2004 tuvo en cuenta la esquizofrenia paranoide de Samuel y valoró que pudiera ser víctima fácil de personas poco escrupulosas moralmente por su ludopatía. No resultaba de la sentencia que el tutor asumiera una labor de vigilancia y control de una persona violenta o peligrosa. Tampoco constaba que en los años siguientes Samuel se hubiera comportado de manera violenta. Su reacción de enfado desproporcionado frente a la negativa médica no resultaba previsible.

3. La previsibilidad del daño y el canon de autonomía.

La sentencia introduce un elemento decisivo para valorar la diligencia del tutor, la previsibilidad del daño. En un régimen de responsabilidad por culpa, solo cabe exigir responsabilidad cuando existe un modelo alternativo de conducta que, de haberse seguido, hubiera evitado el daño. Pero para que esa conducta alternativa sea exigible es preciso que el daño fuera previsible.

En el caso de Samuel, el Tribunal Supremo destaca varios elementos que excluyen la previsibilidad, no existían antecedentes de conductas violentas; el día de los hechos acudió por iniciativa propia al servicio de urgencias psiquiátricas del Hospital de Cruces; los médicos especialistas no apreciaron una situación que justificara el internamiento; su psiquiatra, que lo veía tres días a la semana en el hospital de día, consideró que debía continuar con tratamiento ambulatorio; y cumplía los requisitos del convenio de la Fundación Argia, que excluía a personas que requirieran atención permanente o presentaran patrones agresivos.

Estos elementos acreditaban que ni su psiquiatra ni los médicos de urgencias apreciaron una situación que justificara un internamiento. Difícilmente puede mantenerse, contra lo que sostiene el recurrente, que hubiera debido adoptarse un sistema de vigilancia o un protocolo sobre cómo actuar ante una situación en la que los propios especialistas en salud mental valoraron que el Sr. Samuel debía seguir haciendo vida en su residencia.

El razonamiento del Tribunal Supremo es especialmente riguroso, si los profesionales sanitarios especializados en salud mental no detectaron signos que justificaran medidas extraordinarias, no cabe exigir al tutor, que no es un profesional de la salud mental, que hubiera adoptado protocolos de vigilancia y control que los propios médicos no consideraron necesarios. Exigir tal nivel de control equivaldría a imponer al tutor una responsabilidad objetiva, incompatible con el régimen de culpa presunta del art. 1903 CC.

Además, y esto es lo más relevante desde la perspectiva de la Convención de Nueva York, establecer sistemas permanentes de vigilancia sobre personas con enfermedad mental que no presentan antecedentes de violencia resultaría contrario al principio de autonomía. La sentencia cita expresamente la oposición de la recurrida a la tesis del recurrente, “exigir medidas carcelarias o de contención permanente supone una vulneración de los principios constitucionales (arts. 10 y 14 CE)”. El tutor, y ahora el curador, debe respetar la autonomía de la persona con discapacidad, fomentar el desarrollo de su personalidad y facilitar su integración social. Imponer medidas de vigilancia permanente sería incompatible con estos principios.

IV. LA RESPONSABILIDAD DEL TUTOR TRAS LA LEY 8/2021.

La sentencia dedica su fundamento de derecho tercero a exponer el nuevo régimen introducido por la Ley 8/2021, de 2 de junio. Aunque los hechos se produjeron antes de la reforma, el Tribunal Supremo considera necesario fijar doctrina sobre el actual sistema para orientar los casos futuros.

La reforma ha sido radical. Desaparece la incapacitación y se proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, conforme al art. 12 de la Convención de Nueva York. El nuevo art. 249 CC establece que las medidas de apoyo tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de la personalidad de la persona con discapacidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad, inspirándose en el respeto a su dignidad y en la tutela de sus derechos fundamentales.

La tutela se reserva ahora para los menores de edad no sometidos a patria potestad (art. 199 CC). Para las personas con discapacidad, la figura central es la curatela, que constituye “una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado” (art. 250 CC). Con carácter excepcional, cuando resulte imprescindible por las circunstancias de la persona, la autoridad judicial podrá atribuir al curador facultades de representación (art. 269 CC).

En materia de responsabilidad civil, la reforma introduce dos novedades trascendentales

El nuevo art. 299 CC proclama que “la persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con el Capítulo II del Título XVI del Libro Cuarto, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables”. Es decir, la persona con discapacidad responde con arreglo a las reglas generales de los arts. 1902 y ss. CC, sin que la discapacidad sea por sí una causa de exoneración. Esta solución está en consonancia con el reconocimiento de la autonomía de las personas con discapacidad.

Y el párrafo cuarto del art. 1903 CC, en su nueva redacción, dispone que “los curadores con facultades de representación plena son responsables de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella”. Se mantiene el requisito de la convivencia y la responsabilidad por culpa presunta, exonerándose el curador que pruebe haber empleado toda la diligencia de un buen padre de familia.

La sentencia destaca que la curatela representativa se contempla con carácter excepcional, solo cuando resulte necesario porque no exista apoyo voluntario o guarda de hecho que funcionen (art. 269.I CC). Presupone que la persona requiere el apoyo de modo continuado y que no puede tomar decisiones ni por sí misma ni con el apoyo de otras personas. Precisamente por este carácter excepcional, el Tribunal Supremo subraya que posiblemente porque presupone que la persona que cuenta con una curatela representativa requiere una vigilancia y atención constante, el legislador ha mantenido el régimen de responsabilidad por hecho ajeno.

V. VALORACIÓN CRÍTICA.

La sentencia constituye una aportación relevante a la doctrina jurisprudencial sobre responsabilidad civil por hecho ajeno, especialmente en el período de transición entre el antiguo régimen de incapacitación y el nuevo sistema de apoyos. Tres aspectos merecen destacarse.

Primero. El Tribunal Supremo fija un canon de diligencia exigible al tutor y ahora al curador, compatible con el principio de autonomía de la persona con discapacidad. Este estándar rechaza la equiparación entre discapacidad y peligrosidad, y exige valorar en cada caso las concretas funciones asumidas por el tutor, el nivel de autonomía de la persona y la previsibilidad del daño. No cabe imponer sistemas permanentes de vigilancia incompatibles con los derechos de las personas con discapacidad proclamados en la Convención de Nueva York y en la Constitución Española (arts. 10 y 14).

Segundo. La sentencia rechaza que el tutor responda por culpa in vigilando respecto de actuaciones de la guardadora de hecho cuando no se ha acreditado que el tutor hubiera asumido funciones de control y vigilancia de la persona en su vida cotidiana. Esta solución es coherente con el modelo de tutela institucional, en el que la entidad pública no puede asumir materialmente la guarda de todas las personas tuteladas y debe delegar las funciones asistenciales en terceros especializados. La delegación no es por sí negligente cuando se realiza en centros que cumplen los requisitos legales, cuentan con profesionales especializados y son supervisados por la Administración.

Tercero. La aplicación de la Convención de Nueva York como parámetro interpretativo de las normas del Código Civil vigentes antes de la reforma de 2021 constituye un ejemplo de interpretación conforme al Derecho internacional de los derechos humanos. Esta metodología ha permitido al Tribunal Supremo adaptar progresivamente la jurisprudencia al modelo social de la discapacidad sin necesidad de esperar a la reforma legislativa.

No obstante, la sentencia plantea una cuestión que quedará pendiente de futura clarificación. La Audiencia Provincial absuelve al Instituto Tutelar porque considera que la responsabilidad corresponde a la Fundación Argia como guardadora de hecho, pero añade que, al no haber sido demandada, "la cuestión de fondo quedará imprejuizada en lo que atañe a la responsabilidad última de lo sucedido". El Tribunal Supremo confirma esta absolución sin pronunciarse sobre si la Fundación hubiera podido responder como guardadora de hecho. Esta omisión es comprensible porque la Fundación no fue demandada ni intervino en el proceso, pero deja abierta la duda sobre el régimen de responsabilidad del guardador de hecho en supuestos como el presente.

Conforme al art. 263 CC, introducido por la Ley 8/2021, "quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente". La cuestión que suscita el caso es si el guardador de hecho que asume materialmente el cuidado y vigilancia de la persona con discapacidad en régimen residencial puede responder por los daños que esta cause a terceros, y bajo qué régimen jurídico ¿responsabilidad por hecho ajeno del art. 1903 CC, que exige convivencia? ¿responsabilidad por hecho propio del art. 1902 si se acredita culpa o negligencia en el ejercicio de las funciones asumidas? La sentencia deja estas cuestiones para futuros pronunciamientos.

En definitiva, la STS 560/2026 fija una doctrina equilibrada que protege a las víctimas de daños causados por personas con discapacidad sin sacrificar los derechos de estas últimas ni convertir a los tutores y curadores en aseguradores objetivos. La responsabilidad por culpa presunta permite a la víctima liberarse de la difícil prueba de la negligencia del tutor, pero este mantiene la posibilidad de exonerarse demostrando su diligencia. Y esa diligencia se mide con un parámetro actualizado conforme a la Convención de Nueva York, el tutor o curador debe actuar respetando la autonomía, dignidad y derechos de la persona con discapacidad, sin imponer sistemas de vigilancia desproporcionados o degradantes. Este equilibrio constituye la principal aportación de la sentencia al Derecho civil de daños.



DEL PRINCIPIO ACUSATORIO Y LAS ALTERACIONES
SORPRESIVAS DEL OBJETO DEL PROCESO.
COMENTARIO A LA STS, SALA DE LO PENAL, NÚM.
321/2026, DE 5 DE MAYO

*THE ACCUSATORY PRINCIPLE AND UNEXPECTED
ALTERATIONS OF THE SUBJECT MATTER OF THE
PROCEEDINGS. COMMENT ON SPANISH SUPREME COURT
JUDGMENT, CRIMINAL CHAMBER, NO. 321/2026, OF MAY 5*

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 848-857

María
Leticia RUIZ
PACHECO

ARTÍCULO RECIBIDO: 19 de junio de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2026

RESUMEN: La sentencia comentada precisa el alcance del principio acusatorio cuando existe un error en la cita normativa del escrito de acusación, afirmando que lo decisivo es la ausencia de sorpresa material y la posibilidad efectiva de defensa. Asimismo, declara compatible la imputación de violencia con el prevalimiento de superioridad, delimita el régimen de la prueba pericial acordada judicialmente y sistematiza la aplicación del prevalimiento en delitos sexuales sobre menores cuando existen vínculos cuasi familiares.

PALABRAS CLAVE: Principio acusatorio; derecho de defensa; abusos sexuales a menores; prevalimiento de superioridad; prueba pericial; médico forense; delito continuado.

ABSTRACT: *The judgment clarifies the scope of the accusatory principle where the indictment contains an erroneous statutory reference, holding that the decisive issue is the absence of material surprise and the effective possibility of defence. It also affirms the compatibility between violence and abuse of superiority, defines the legal framework governing court-appointed expert evidence, and systematises the application of abuse of superiority in sexual offences against minors where quasi-family ties exist.*

KEY WORDS: *Accusatory principle; right of defence; sexual abuse of minors; abuse of superiority; expert evidence; forensic doctor; continuing offence.*

SUMARIO: SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.- COMENTARIO: I. EL PRINCIPIO ACUSATORIO Y LA AUSENCIA DE SORPRESA MATERIAL.- 1. El error en la cita normativa y el objeto real de la acusación.- 2. La defensa posible frente al elemento agravatorio aplicado.- II. VIOLENCIA Y PREVALIMIENTO DE SUPERIORIDAD.- 1. Dos planos normativos distintos.- 2. Relevancia subsidiaria y compatibilidad material.- III. EL INFORME PERICIAL ACORDADO JUDICIALMENTE.- 1. La designación judicial del perito oficial.- 2. La conducta procesal de la defensa.- IV. PREVALIMIENTO DE SUPERIORIDAD Y VÍNCULOS CUASI FAMILIARES.- 1. Prevalimiento de parentesco y prevalimiento de superioridad.- 2. El plus relacional en los entornos familiares o cuasi familiares.- V. CONSIDERACIONES FINALES.

SUPUESTO DE HECHO

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 321/2026, de 5 de mayo, resuelve el recurso de casación núm. 5027/2023 interpuesto por el condenado contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 19 de junio de 2023, que había confirmado en apelación la condena dictada el 4 de abril de 2023 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia.

Los hechos probados describen una conducta continuada de abusos sexuales sobre una menor nacida en 2008. El acusado, pareja sentimental de la tía materna de la víctima y considerado un miembro más de la familia, se aprovechó de esa posición de familiaridad y de su manifiesta superioridad de edad para realizar actos de contenido sexual sobre la menor en el domicilio familiar.

La Audiencia Provincial condenó al acusado a cinco años de prisión como autor de un delito continuado de abusos sexuales a menor de edad del art. 183.l y 4.d), en relación con el art. 74 CP, en la redacción dada por la LO 8/2021. Asimismo, impuso las correspondientes prohibiciones de aproximación y comunicación y una medida de libertad vigilada por diez años, de cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad. El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana confirmó íntegramente la condena.

El recurso de casación articuló cuatro motivos: la vulneración del principio acusatorio por aplicación de una agravación no solicitada expresamente por las acusaciones; la denegación de prueba por no haberse practicado la pericial de imputabilidad por un psiquiatra forense; la aplicación indebida del subtipo agravado

• María Leticia Ruiz Pacheco

Juez Sustituta de los Juzgados de Valencia desde el año 2000. Licenciada en Criminología; Máster en Derecho Deportivo; Título de Experto Universitario en el ejercicio de la función jurisdiccional en el orden civil y penal; Diploma de Especialización Profesional Universitario en Mediación y Justicia penal 2017; Curso de Experto Universitario "Derechos humanos y digitales del siglo XXI: un reto para el proceso penal"; Diploma de Experto Universitario en Instrucción Criminal y Derechos Fundamentales. Correo electrónico: leticiaruizpacheco@hotmail.com.

del art. 183.4.d) CP; y la indebida apreciación del delito continuado del art. 74 CP. El Tribunal Supremo desestimó íntegramente el recurso.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La sentencia establece, en primer lugar, que el principio acusatorio no exige una identidad técnico-formal absoluta entre la cita normativa del escrito de acusación y el precepto aplicado en sentencia. Lo constitucionalmente decisivo es que el acusado haya podido conocer con claridad suficiente el hecho punible imputado, el elemento agravatorio atribuido y la significación jurídico-penal de la acusación. Por ello, un error material en la referencia numérica del precepto no determina por sí solo indefensión si no produce una alteración sorpresiva del objeto del proceso.

En segundo lugar, la Sala afirma que la referencia acusatoria a la violencia en la ejecución de los hechos no excluye la posibilidad de imputar también un prevalimiento de superioridad. Ambas circunstancias operan en planos distintos: la violencia se refiere al modo concreto de ejecución de la acción, mientras que el prevalimiento atiende al aprovechamiento de una posición relacional asimétrica que facilita la comisión del delito o su ocultación.

En tercer lugar, la sentencia declara que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no reconoce a la parte, el derecho a imponer una concreta subespecialidad al perito oficial designado judicialmente. El médico forense adscrito al Instituto de Medicina Legal se encuentra funcionalmente habilitado para emitir dictámenes médico-legales, sin que la ausencia de especialidad psiquiátrica prive por sí sola de aptitud pericial al informe sobre imputabilidad.

Finalmente, el Tribunal Supremo precisa que el prevalimiento de parentesco del art. 183.4.d) CP queda reservado a los parientes expresamente mencionados por el precepto, pero ello no impide apreciar el prevalimiento de superioridad cuando existe un desnivel relacional adicional, no derivado exclusivamente de la diferencia de edad. Ese plus puede resultar de vínculos familiares o cuasi familiares cuando el autor ocupa de facto una posición de autoridad, confianza o ascendencia sobre la víctima menor.

COMENTARIO

I. EL PRINCIPIO ACUSATORIO Y LA AUSENCIA DE SORPRESA MATERIAL.

I. El error en la cita normativa y el objeto real de la acusación.

La primera cuestión relevante de la STS 321/2026 se sitúa en el terreno del principio acusatorio y del derecho de defensa. El recurrente sostenía que la Audiencia Provincial había aplicado de oficio el subtipo agravado de prevalimiento de superioridad del art. 183.4.d) CP sin que dicha circunstancia hubiera sido

solicitada expresamente por las acusaciones. Añadía que la acusación particular había citado los arts. 181.2 y 181.4.d) CP, preceptos referidos a delitos sexuales sobre adultos, no a víctimas menores de dieciséis años.

La Sala rechaza el motivo a partir de una idea central: el principio acusatorio no protege frente a cualquier defecto formal de la acusación, sino frente a alteraciones sustanciales y sorpresivas del objeto procesal que impidan o dificulten la defensa. En el caso analizado, el relato acusatorio describía inequívocamente hechos cometidos sobre una menor de dieciséis años. Por ello, la remisión al art. 181 CP sólo podía entenderse como un error material, ya que la norma aplicable a los delitos sexuales sobre menores de esa edad era el art. 183 CP.

El razonamiento es relevante porque desplaza el análisis desde una concepción puramente nominalista de la acusación hacia una concepción material. Lo decisivo no es la exactitud aritmética de la cita legal, sino si la defensa pudo conocer con claridad los hechos imputados, el elemento agravatorio atribuido y las consecuencias jurídicas pretendidas. En esa línea, la sentencia entronca con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho del acusado a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación, incluido su encuadre jurídico, sin convertir los errores materiales evidentes en causas automáticas de nulidad.

2. La defensa posible frente al elemento agravatorio aplicado.

La aplicación de esta doctrina al caso concreto resulta especialmente clara. La víctima era una menor de trece años; los hechos se situaban en el ámbito de los delitos sexuales contra menores; y el escrito de acusación describía el aprovechamiento por el acusado de una posición de familiaridad, confianza y superioridad. Por tanto, la defensa técnica podía identificar razonablemente que el debate jurídico incluía el subtipo agravado del art. 183.4.d) CP, aunque la referencia numérica utilizada por la acusación particular fuera incorrecta.

De ahí que la sentencia formule una regla de gran utilidad práctica: lo relevante no es la identidad literal de la referencia normativa, sino la ausencia de sorpresa material y la posibilidad real de defensa frente al elemento agravatorio aplicado. Esta regla permite evitar tanto el formalismo excesivo como la indefensión real. No todo error de cita es irrelevante, pero sólo tendrá trascendencia constitucional cuando impida al acusado conocer el verdadero alcance de la acusación o le prive de la posibilidad efectiva de combatirla.

II. VIOLENCIA Y PREVALIMIENTO DE SUPERIORIDAD.

I. Dos planos normativos distintos.

La sentencia también aborda la relación entre la violencia y el prevalimiento de superioridad. El recurrente defendía que la acusación, al atribuir al acusado una

actuación violenta, excluía la apreciación del prevalimiento. La Sala rechaza esta tesis y afirma que ambas categorías no son necesariamente incompatibles.

La distinción es correcta desde el punto de vista dogmático. La violencia describe el modo de ejecución material de la acción típica: la utilización de fuerza física o intimidación en la realización de los actos. El prevalimiento, en cambio, describe el aprovechamiento de una posición de superioridad, autoridad, confianza o ascendencia sobre la víctima. Por tanto, mientras la violencia se proyecta sobre el acto concreto, el prevalimiento puede operar como contexto relacional que facilita la comisión del delito, reduce la capacidad de reacción de la víctima o favorece su silencio posterior.

2. Relevancia subsidiaria y compatibilidad material.

La sentencia añade una consideración de especial interés: aunque no se acreditara finalmente la violencia, la imputación de prevalimiento podría conservar plena relevancia subsidiaria. Esto confirma que el acusado tenía razones procesales suficientes para defenderse también frente a este segundo elemento agravatorio.

Desde esta perspectiva, la acusación de violencia no elimina la de prevalimiento, sino que puede coexistir con ella. La violencia atiende a la mecánica comisiva; el prevalimiento, al marco de dominio relacional. En delitos sexuales sobre menores, esta distinción resulta particularmente importante, porque la conducta puede desarrollarse en contextos familiares o cuasi familiares en los que la víctima no se enfrenta únicamente a una agresión puntual, sino a una situación de dependencia, confianza o subordinación afectiva frente al autor.

III. EL INFORME PERICIAL ACORDADO JUDICIALMENTE.

I. La designación judicial del perito oficial.

El segundo motivo de casación denunciaba la denegación de prueba por haberse practicado la pericial de imputabilidad por un médico forense del Instituto de Medicina Legal, y no por un psiquiatra forense. La defensa sostenía que la evaluación de la capacidad intelectual y volitiva del acusado exigía una concreta especialización psiquiátrica.

La Sala descarta la existencia de indefensión y recuerda que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no impone que el dictamen sobre imputabilidad deba ser emitido necesariamente por un médico forense especialista en psiquiatría. El sistema legal parte de la designación judicial de peritos titulares u oficiales legalmente habilitados. En ese marco, los médicos forenses adscritos a los Institutos de Medicina Legal actúan como peritos oficiales ordinarios en el proceso penal y poseen habilitación funcional para emitir informes médico-legales.

La conclusión es relevante porque delimita el contenido del derecho a la prueba. La parte puede solicitar una pericia, contradecir el informe oficial, interesar aclaraciones, impugnar su fuerza probatoria o aportar un perito de parte. Lo que no puede hacer es imponer al órgano judicial una concreta subespecialidad del perito oficial designado, salvo que una norma específica lo exija o que la complejidad del caso revele de forma clara la insuficiencia técnica del dictamen emitido.

2. La conducta procesal de la defensa.

La sentencia otorga además importancia a la conducta procesal de la defensa. Según recoge la resolución, la parte no recurrió la decisión instructora que atribuyó la pericia al Instituto de Medicina Legal, no aportó un informe pericial propio y, además, solicitó expresamente la comparecencia de la misma perito en el juicio oral. Esta secuencia debilita notablemente la alegación posterior de indefensión.

La doctrina que se extrae es doble. Por un lado, la falta de una concreta subespecialidad no invalida por sí misma la pericia oficial. Por otro, quien acepta procesalmente la intervención de un perito, e incluso lo propone como prueba para el juicio oral, difícilmente puede sostener después que esa intervención le causó indefensión material. La indefensión constitucionalmente relevante exige una privación real y efectiva de posibilidades defensivas, no una mera discrepancia retrospectiva con la estrategia procesal seguida.

IV. PREVALIMIENTO DE SUPERIORIDAD Y VÍNCULOS CUASIFAMILIARES.

I. Prevalimiento de parentesco y prevalimiento de superioridad.

El tercer motivo cuestionaba la aplicación del subtipo agravado del art. 183.4.d) CP. El recurrente alegaba que no pertenecía al círculo de parientes expresamente mencionados por el precepto y que la superioridad apreciada se fundaba únicamente en la diferencia de edad, elemento ya inherente al tipo básico cuando la víctima es menor.

La sentencia distingue adecuadamente entre dos planos. El primero es el prevalimiento de parentesco en sentido estricto, reservado por el legislador a los supuestos expresamente previstos: ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, adopción o afinidad. Fuera de ese círculo, la relación familiar o cuasi familiar no permite aplicar automáticamente la agravación por parentesco.

El segundo plano es el prevalimiento de superioridad. Esta modalidad no exige que el autor sea uno de los parientes legalmente enumerados, sino que se acredite una posición de superioridad relevante respecto de la víctima. Ahora bien, dicha superioridad no puede derivar exclusivamente de la diferencia de edad, pues esa

asimetría ya está normalmente presente en los delitos sexuales cometidos sobre menores. Se requiere un plus relacional, funcional o contextual que incremente la capacidad de dominio del autor sobre la víctima.

2. El plus relacional en los entornos familiares o cuasi familiares.

El interés de la sentencia reside en que identifica ese plus en el marco de una relación cuasi familiar. El acusado era pareja sentimental de la tía materna de la víctima, estaba integrado en el entorno familiar, era considerado un miembro más de la familia y realizaba funciones de acompañamiento o cuidado de facto. Esa posición generaba una confianza doméstica y una autoridad informal que no puede reducirse a la mera diferencia de edad.

La Sala se sitúa así en la línea de una jurisprudencia que admite la apreciación del prevalimiento de superioridad cuando el autor, aun no siendo ascendiente, descendiente o hermano, ocupa una posición de hegemonía anímica, confianza o autoridad sobre la menor. El elemento decisivo no es la etiqueta formal de parentesco, sino la existencia de una relación asimétrica que el autor instrumentaliza para facilitar la comisión del delito.

Esta interpretación evita dos riesgos opuestos. Por una parte, impide extender indebidamente el prevalimiento de parentesco a parientes no incluidos por el legislador. Por otra, evita dejar sin respuesta agravada supuestos en los que, aunque no exista parentesco típico en sentido estricto, el autor se beneficia de una posición de autoridad familiar o cuasi familiar que aumenta la vulnerabilidad de la víctima.

V. CONSIDERACIONES FINALES.

La STS 321/2026 ofrece una sistematización útil de varias cuestiones procesales y sustantivas relevantes en los delitos sexuales sobre menores. En primer lugar, reafirma que el principio acusatorio debe analizarse desde una perspectiva material: la cuestión decisiva no es la perfección formal de la cita normativa, sino la posibilidad real de defensa frente al hecho y al elemento agravatorio efectivamente debatidos.

En segundo lugar, la sentencia clarifica que la violencia y el prevalimiento de superioridad no son categorías excluyentes. La primera se refiere al modo de ejecución; el segundo, al aprovechamiento de una relación asimétrica. Esta distinción permite comprender mejor la estructura de los delitos sexuales cometidos en contextos familiares o de confianza.

En tercer lugar, el pronunciamiento delimita el alcance del derecho a la prueba pericial. La parte no ostenta un derecho absoluto a imponer la subespecialidad del

perito oficial designado judicialmente, siempre que el perito actuante esté legal y funcionalmente habilitado y existan vías efectivas de contradicción.

Finalmente, la sentencia consolida una lectura equilibrada del art. 183.4.d) CP. El prevalimiento de parentesco queda limitado a los parientes expresamente previstos, pero el prevalimiento de superioridad puede apreciarse cuando concurren vínculos cuasi familiares o relaciones de confianza que generan un plus de dominio sobre la víctima menor. En el caso analizado, ese plus se desprende de la integración del acusado en el entorno familiar de la menor y de la posición de autoridad doméstica que ejercía de facto.



PRUEBA DE CARGO, INCERTIDUMBRE FÁCTICA Y
CRITERIOS DE DIFERENCIACIÓN ENTRE IMPRUDENCIA
GRAVE Y MENOS GRAVE EN EL HOMICIDIO IMPRUDENTE
DE TRÁFICO. COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA, SALA
DE LO PENAL, NÚM. 315/2026, DE 29 DE ABRIL

*INCRIMINATING EVIDENCE, FACTUAL UNCERTAINTY AND
CRITERIA FOR DISTINGUISHING GROSS FROM LESS SERIOUS
NEGLIGENCE IN TRAFFIC-RELATED NEGLIGENT HOMICIDE.
COMMENT ON SPANISH SUPREME COURT JUDGMENT,
CRIMINAL CHAMBER, NO. 315/2026, OF APRIL 29*

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 858-867

María
Leticia RUIZ
PACHECO

ARTÍCULO RECIBIDO: 19 de junio de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2026

RESUMEN: La sentencia comentada confirma la condena por dos delitos de homicidio por imprudencia grave cometidos con ocasión de una maniobra de adelantamiento prohibida y peligrosa. El Tribunal Supremo examina el estándar de prueba de cargo suficiente, la irrelevancia de ciertas incertidumbres fácticas cuando no afectan al nexo causal esencial, el alcance del art. 849.2 LECrim. respecto de los informes periciales y los criterios de diferenciación entre imprudencia grave y menos grave en el tráfico viario.

PALABRAS CLAVE: Presunción de inocencia; prueba de cargo; nexo causal; informe pericial; art. 849.2 LECrim.; homicidio imprudente; imprudencia grave; imprudencia menos grave; tráfico viario.

ABSTRACT: *The judgment confirms a conviction for two counts of grossly negligent homicide arising from a prohibited and dangerous overtaking manoeuvre. The Spanish Supreme Court addresses the standard of sufficient incriminating evidence, the irrelevance of certain factual uncertainties where they do not affect the essential causal link, the scope of Article 849.2 of the Criminal Procedure Act regarding expert reports, and the criteria for distinguishing gross from less serious negligence in road traffic cases.*

KEY WORDS: *Presumption of innocence; incriminating evidence; causal link; expert report; Article 849.2 Criminal Procedure Act; negligent homicide; gross negligence; less serious negligence; road traffic.*

SUMARIO: SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.- COMENTARIO: I. PRUEBA DE CARGO PLURAL, LÍCITA Y SUFICIENTE.- 1. Datos objetivos frente a conjeturas.- 2. Inferencia racional e hipótesis alternativa de descargo.- II. INCERTIDUMBRE FÁCTICA Y NEXO CAUSAL ESENCIAL.- 1. La incertidumbre sobre datos periféricos.- 2. El nexo causal en los delitos de resultado.- III. INFORMES PERICIALES Y ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA.- 1. El cauce del art. 849.2 LECrim.- 2. La naturaleza de los informes periciales.- IV. IMPRUDENCIA GRAVE Y MENOS GRAVE EN EL HOMICIDIO IMPRUDENTE DE TRÁFICO.- 1. Los elementos de la imprudencia penal.- 2. El criterio material de diferenciación.- 3. La gravedad de la maniobra de adelantamiento.- V. CONSIDERACIONES FINALES.

SUPUESTO DE HECHO

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 315/2026, de 29 de abril, resuelve el recurso de casación núm. 3496/2023 interpuesto por el condenado contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 19 de abril de 2023, que confirmó la condena dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

El acusado conducía un turismo BMW e inició una maniobra de adelantamiento a dos vehículos que circulaban delante de él. La maniobra se realizó en un tramo de curva con pendiente ascendente, cambio de rasante, lluvia ligera y señalización de prohibición de adelantamiento. Además, el acusado advirtió la presencia de un camión articulado que se aproximaba en sentido contrario.

Al comprobar que no podía culminar el adelantamiento del Volkswagen Golf sin colisionar frontalmente con el camión, el acusado giró bruscamente a la derecha para reincorporarse a su carril. En esa maniobra impactó por alcance angular con la parte trasera del Volkswagen Golf, que fue proyectado hacia el carril contrario y colisionó frontalmente con la tractora MAN. Como consecuencia del siniestro fallecieron los dos ocupantes del Volkswagen Golf.

La Audiencia Provincial condenó al acusado como autor de dos delitos de homicidio por imprudencia grave del art. 142.I CP, en concurso ideal del art. 77 CP, a la pena de dos años y diez meses de prisión e inhabilitación para conducir vehículos a motor y ciclomotores durante cinco años. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón confirmó la condena. En casación, el recurrente invocó la vulneración de la presunción de inocencia, el error en la apreciación de la prueba

• María Leticia Ruiz Pacheco

Juez Sustituta de los Juzgados de Valencia desde el año 2000. Licenciada en Criminología; Máster en Derecho Deportivo; Título de Experto Universitario en el ejercicio de la función jurisdiccional en el orden civil y penal; Diploma de Especialización Profesional Universitario en Mediación y Justicia penal 2017; Curso de Experto Universitario "Derechos humanos y digitales del siglo XXI: un reto para el proceso penal"; Diploma de Experto Universitario en Instrucción Criminal y Derechos Fundamentales. Correo electrónico: leticiaruizpacheco@hotmail.com.

al amparo del art. 849.2 LECrim. y la indebida calificación de la conducta como imprudencia grave. El Tribunal Supremo desestimó íntegramente el recurso.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La sentencia declara, en primer lugar, que la condena penal exige una prueba de cargo plural, lícita y suficiente, valorada mediante inferencias racionales asentadas en datos objetivos. No se vulnera la presunción de inocencia cuando la convicción condenatoria descansa en un conjunto convergente de declaraciones testificales, informes técnicos, prueba documental y datos físicos del siniestro, siempre que la hipótesis inculpativa sea razonable y lógicamente preferente frente a las alternativas de descargo.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo precisa que la existencia de incertidumbre sobre algún dato parcial de la secuencia fáctica no destruye el juicio condenatorio cuando dicha incertidumbre no afecta al nexo causal esencial. En los delitos de resultado, lo decisivo es que quede acreditada la relación causal entre la conducta imprudente del acusado y el resultado lesivo, sin que sea indispensable reconstruir con absoluta exactitud todos los eslabones intermedios si todas las hipótesis razonables conducen a la misma conclusión causal.

En tercer lugar, la resolución recuerda que los informes periciales no tienen, con carácter general, la consideración de documentos a efectos del art. 849.2 LECrim., pues su valor probatorio deriva de su contenido técnico y de su ratificación, explicación y contradicción en el juicio oral. Sólo excepcionalmente pueden operar en ese cauce cuando exista un dictamen único o varios plenamente coincidentes, no contradichos por otras pruebas, y cuyo contenido revele de forma inequívoca el error del tribunal.

Finalmente, la sentencia sistematiza la distinción entre imprudencia grave y menos grave. La diferencia no depende mecánicamente de la clasificación administrativa de la infracción de tráfico, sino de la importancia material del deber de cuidado omitido, atendidas las circunstancias del caso. La imprudencia será grave cuando el abandono de la previsión exigible revele un desprecio intolerable de cuidados elementales para evitar resultados dañosos previsibles.

COMENTARIO

I. PRUEBA DE CARGO PLURAL, LÍCITA Y SUFICIENTE.

I. Datos objetivos frente a conjeturas.

La primera cuestión relevante de la STS 315/2026 se refiere al control casacional de la presunción de inocencia. El recurrente sostenía que la condena se

había construido sobre conjeturas, probabilidades e inferencias no suficientemente racionales. Afirmaba, además, que las declaraciones testificales y los informes periciales presentaban contradicciones relevantes sobre la mecánica del accidente, lo que debía conducir a la absolución o, cuando menos, a la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

La Sala rechaza este planteamiento al constatar que la Audiencia Provincial contó con un cuadro probatorio plural, lícito y suficiente. La condena no se apoyó en una fuente aislada, sino en un material convergente integrado por el interrogatorio del acusado, las declaraciones de los conductores implicados o próximos al siniestro, la declaración de los agentes de la Guardia Civil de Tráfico, la pericial técnico-policial, la documental obrante en autos y el propio dictamen pericial de la defensa, que fue expresamente examinado y descartado.

Esta aproximación resulta correcta porque la exigencia de prueba de cargo suficiente no equivale a exigir una certeza física absoluta sobre cada detalle del hecho, sino una base probatoria objetiva capaz de sostener racionalmente la conclusión condenatoria. La pluralidad probatoria reduce el riesgo de error cuando distintas fuentes independientes convergen en una misma explicación de los hechos. La licitud garantiza que sólo pueda fundarse la condena en prueba obtenida y practicada con respeto a los derechos fundamentales y a las reglas procesales. La suficiencia, finalmente, exige que el conjunto del material probatorio permita alcanzar una convicción de culpabilidad más allá de toda duda razonable.

2. Inferencia racional e hipótesis alternativa de descargo.

La sentencia también precisa que el juicio de inferencia no puede ser especulativo. Debe partir de hechos acreditados y conducir a una conclusión razonable y lógicamente preferente. En el caso analizado, la hipótesis inculpativa no era la única imaginable en abstracto, pero sí la que integraba de forma más coherente los datos disponibles: la maniobra de adelantamiento en zona prohibida, la presencia del camión en sentido contrario, los vestigios de impacto en el Volkswagen Golf y las declaraciones coincidentes de los testigos.

La versión alternativa del acusado y de su perito no fue considerada igualmente plausible. Para sostenerla era necesario prescindir de datos objetivos relevantes, entre ellos la existencia de un impacto entre el BMW y el Volkswagen Golf, compatible tanto con los vestigios del siniestro como con la propia admisión del acusado. En este punto, la sentencia recuerda que la presunción de inocencia no exige descartar cualquier hipótesis imaginaria, sino sólo aquellas hipótesis alternativas razonables y compatibles con la inocencia.

Asimismo, la invocación del principio *in dubio pro reo* fue correctamente rechazada. En casación, su dimensión normativa sólo resulta operativa cuando el

tribunal de instancia expresa o evidencia una duda sobre la culpabilidad y, pese a ello, condena. En el caso examinado, ni la Audiencia Provincial ni el Tribunal Superior de Justicia manifestaron tal duda, sino que ofrecieron una motivación incriminatoria asentada en prueba de cargo suficiente.

II. INCERTIDUMBRE FÁCTICA Y NEXO CAUSAL ESENCIAL.

I. La incertidumbre sobre datos periféricos.

La segunda aportación doctrinal de la sentencia tiene una notable relevancia práctica en los siniestros de tráfico. La defensa alegaba que no se había podido fijar con absoluta certeza el punto exacto en el que comenzó la maniobra de adelantamiento, ni si en ese instante regía ya la prohibición. También cuestionaba la secuencia exacta de los impactos, sosteniendo que esa incertidumbre impedía afirmar con seguridad el nexo causal.

El Tribunal Supremo distingue entre la incertidumbre sobre datos periféricos y la incertidumbre sobre el nexo causal esencial. La imposibilidad de determinar con precisión milimétrica cuál fue el primer impacto o el punto exacto de inicio del adelantamiento no destruye necesariamente la solidez de la condena. Lo decisivo es si, aun aceptando las distintas hipótesis razonables sobre la secuencia intermedia, todas ellas conducen a la misma conclusión: que el resultado mortal se produjo como consecuencia de la maniobra de adelantamiento emprendida por el acusado sin espacio suficiente, en condiciones de visibilidad comprometida y en un tramo donde la maniobra estaba prohibida.

2. El nexo causal en los delitos de resultado.

En los delitos de resultado, como el homicidio imprudente, el nexo causal exigible es el que conecta la conducta contraria al deber de cuidado con el resultado lesivo. No siempre será posible reconstruir con exactitud absoluta todos los movimientos físicos de los vehículos o el orden exacto de colisiones producidas en fracciones de segundo. Sin embargo, esa imposibilidad no equivale a duda razonable si la conducta imprudente del acusado opera como presupuesto común de todos los escenarios causales plausibles.

La sentencia acierta al afirmar que, tanto si el Volkswagen Golf fue desplazado directamente por el BMW al retornar este a su carril, como si el BMW impactó al Volkswagen después de haber sido alcanzado por el Seat Toledo, el origen causal relevante seguía siendo la maniobra de escape iniciada por el acusado para evitar la colisión frontal con el camión, tras haber emprendido un adelantamiento objetivamente peligroso. La incertidumbre sobre el detalle intermedio no afectaba, por tanto, al núcleo causal de la imputación.

Esta doctrina evita una exigencia probatoria imposible en accidentes de circulación complejos. El proceso penal no puede renunciar al estándar de certeza, pero tampoco puede exigir una reconstrucción física absoluta cuando el conjunto de datos disponibles permite afirmar racionalmente que la conducta del acusado fue condición causal y jurídicamente imputable del resultado.

III. INFORMES PERICIALES Y ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA.

I. El cauce del art. 849.2 LECrim.

El tercer bloque de la sentencia se centra en el motivo de casación por error en la apreciación de la prueba, formulado al amparo del art. 849.2 LECrim. La defensa pretendía utilizar el informe pericial de parte como documento revelador del error padecido por el tribunal de instancia.

La Sala recuerda que el art. 849.2 LECrim. está concebido para corregir errores fácticos evidentes que resulten de documentos con fuerza demostrativa autónoma. No permite reabrir la valoración conjunta de la prueba ni sustituir la apreciación del tribunal sentenciador por la lectura alternativa de una de las partes. Por ello, el documento invocado debe acreditar por sí mismo el error, sin necesidad de acudir a razonamientos complejos, valoraciones comparativas o confrontación con otras pruebas personales.

2. La naturaleza de los informes periciales.

La sentencia reitera la doctrina según la cual los informes periciales no son, por regla general, documentos a efectos del art. 849.2 LECrim. Su valor probatorio no reside únicamente en la materialidad del escrito, sino en el conocimiento técnico que incorporan y, sobre todo, en su explicación, ratificación, aclaración y contradicción en el juicio oral. De ahí que la pericial conserve una naturaleza próxima a la prueba personal, sometida a inmediación y contradicción.

La excepción jurisprudencial sólo opera en supuestos muy limitados: cuando existe un único dictamen o varios plenamente coincidentes, no contradichos por otras pruebas, y cuyo contenido revela de forma inequívoca el error del tribunal. Fuera de ese ámbito, la pericial no puede utilizarse como vía para desplazar la valoración probatoria de la instancia.

En el caso examinado, el informe de la defensa no cumplía esos requisitos. No era un dictamen único ni pacífico, sino una pericia contradicha por la reconstrucción técnico-policial, por las declaraciones testificales y por los vestigios físicos del siniestro. Además, partía de una premisa fáctica difícilmente sostenible: que el BMW no había llegado a impactar contra el Volkswagen Golf, extremo

incompatible con los datos objetivos y con la propia admisión del acusado. En esas condiciones, el motivo del art. 849.2 LECrim. no podía prosperar, pues pretendía transformar la casación en una nueva instancia de valoración probatoria.

IV. IMPRUDENCIA GRAVE Y MENOS GRAVE EN EL HOMICIDIO IMPRUDENTE DE TRÁFICO.

I. Los elementos de la imprudencia penal.

La última cuestión de interés se refiere a la calificación de la conducta como imprudencia grave. El recurrente sostenía que, dadas las incertidumbres sobre la mecánica del accidente, la conducta sólo podía subsumirse en la imprudencia menos grave del art. 142.2 CP.

La sentencia parte de los elementos clásicos de la imprudencia penal: una acción u omisión no intencional que produce un resultado dañoso; la existencia de una omisión de cuidado; la infracción de deberes de precaución impuestos por normas generales de convivencia o por reglas específicas de una actividad; y la necesidad de graduar la respuesta penal según la entidad de la culpa. En el ámbito del tráfico viario, esos deberes se concretan en reglas de circulación, pero la gravedad penal no se identifica automáticamente con la gravedad administrativa de la infracción.

2. El criterio material de diferenciación.

La sentencia sitúa la diferencia entre imprudencia grave y menos grave en la importancia material del deber de cuidado omitido, atendidas las circunstancias del caso. La imprudencia menos grave se vincula a la desatención de un deber medio de previsión; la grave aparece cuando el abandono de la previsión se muestra intolerable por afectar a cuidados elementales y básicos para evitar resultados dañosos previsibles.

Este criterio es preferible a una traslación mecánica de categorías administrativas. Una infracción de tráfico puede ser relevante para identificar el deber de cuidado, pero no agota el juicio penal de gravedad. La valoración debe atender a la situación concreta: visibilidad, configuración de la vía, climatología, señalización, conducta previa del conductor, maniobra ejecutada y previsibilidad del resultado.

3. La gravedad de la maniobra de adelantamiento.

En el caso concreto, la calificación de imprudencia grave aparece sólidamente justificada. El acusado inició una maniobra de adelantamiento a dos vehículos en un tramo de curva, pendiente ascendente, cambio de rasante, lluvia ligera y

señalización de prohibición de adelantamiento. La prohibición no era meramente formal, sino que respondía a la propia configuración de riesgo del tramo.

A ello se suma un dato decisivo: el acusado se percató de la aproximación de un camión articulado por el carril contrario. No se trataba, por tanto, de una percepción tardía o de un error leve de cálculo en una maniobra ordinaria, sino de la decisión de continuar o iniciar una maniobra especialmente peligrosa pese a la presencia de un obstáculo frontal de máxima entidad. El doble adelantamiento pretendido hacía objetivamente previsible la imposibilidad de completar la maniobra con seguridad.

La conducta desbordó así la simple falta de atención. Reveló un menosprecio de deberes elementales de cuidado que cualquier conductor debe observar: no invadir el carril contrario en condiciones de visibilidad limitada, no adelantar donde está prohibido y no persistir en una maniobra cuando se aproxima un vehículo pesado en sentido contrario. Por ello, la Sala concluye que la conducta pertenece al ámbito de la imprudencia grave.

V. CONSIDERACIONES FINALES.

La STS 315/2026 aporta una doctrina útil para la valoración penal de siniestros de tráfico con resultado mortal. En materia de presunción de inocencia, confirma que la condena puede sustentarse en un cuadro probatorio plural y convergente, siempre que las inferencias sean racionales y estén apoyadas en datos objetivos.

En relación con la incertidumbre fáctica, la sentencia ofrece una pauta especialmente práctica: no toda indeterminación sobre la secuencia exacta del accidente genera duda razonable. Si la incertidumbre afecta a extremos intermedios o periféricos, pero no al nexo causal esencial entre la conducta imprudente y el resultado, la condena puede mantenerse.

Respecto del art. 849.2 LECrim., la resolución reafirma que el informe pericial de parte no puede utilizarse ordinariamente como documento casacional para reabrir la valoración de la prueba. Sólo en supuestos excepcionales, cuando la pericia sea pacífica, no contradicha y reveladora inequívoca del error, podrá operar dentro de ese cauce.

Finalmente, la sentencia consolida una aproximación material a la distinción entre imprudencia grave y menos grave. La calificación penal depende de la entidad del deber de cuidado omitido y del contexto objetivo de riesgo, no de una traslación automática de la gravedad administrativa de la infracción. En el caso analizado, la maniobra de adelantamiento prohibida, realizada en condiciones de visibilidad comprometida y ante la presencia de un camión en sentido contrario, justificaba plenamente la apreciación de imprudencia grave.



**EFFECTOS DEL VALOR DE REFERENCIA TRAS LA STC
13/2026. ANÁLISIS DE LA STSJ DE GALICIA 233/2026:
CAPACIDAD ECONÓMICA, SUBASTA ADMINISTRATIVA
Y GARANTÍAS DEL CONTRIBUYENTE**

***EFFECTS OF THE REFERENCE VALUE AFTER CONSTITUTIONAL
COURT RULING 13/2026. ANALYSIS OF THE HIGH COURT OF
JUSTICE OF GALICIA RULING 233/2026: ECONOMIC CAPACITY,
ADMINISTRATIVE AUCTION AND TAXPAYER GUARANTEES***

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 868-883

Fernando
HERNÁNDEZ
GUIJARRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de mayo de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2026

RESUMEN: El presente trabajo analiza la STSJ de Galicia 233/2026, de 23 de abril, relativa a una adjudicación en subasta administrativa en la que la base imponible del ITP se determina por el valor de referencia del inmueble, superior al precio efectivamente satisfecho por los adquirentes. A partir de la STC 13/2026, que declara constitucional este sistema, se examinan sus efectos sobre el principio de capacidad económica, la carga de la prueba, la comprobación individualizada y las garantías del contribuyente. El comentario sostiene que el caso evidencia los riesgos de convertir el valor de referencia en magnitud prevalente cuando existen datos singulares, como el precio de adjudicación en subasta, que reflejan una realidad económica distinta. La crítica se dirige principalmente al diseño legal del sistema y al alcance de su aval constitucional.

PALABRAS CLAVE: Valor de referencia; ITP-AJD; capacidad económica; subasta administrativa; comprobación de valores; buena administración; carga de la prueba; STC 13/2026.

ABSTRACT: *This paper analyses Galician High Court Judgment 233/2026, of 23 April, concerning an award in an administrative auction in which the taxable base for Transfer Tax is determined by the property's reference value, which is higher than the price actually paid by the purchasers. Based on Constitutional Court Judgment 13/2026, which declared this system constitutional, the paper examines its effects on the principle of economic capacity, the burden of proof, individualized verification and taxpayer guarantees. The commentary argues that the case reveals the risks of making the reference value the prevailing metric when there are unique data, such as the auction award price, that reflect a different economic reality. The critique is primarily directed at the legal design of the system and the scope of its constitutional backing.*

KEY WORDS: *Reference value; transfer tax; economic capacity; administrative auction; valuation; good administration; burden of proof; Constitutional Court Judgment 13/2026.*

SUMARIO: SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.- I. La construcción constitucional: STC 13/2026.- 2. El contexto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.- 3. La doctrina académica crítica sobre el valor de referencia.- COMENTARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL VALOR DE REFERENCIA Y SU AVAL POR LA STC 13/2026.- III. EL DESPLAZAMIENTO DEL ART. 39 RITPAJD EN LAS SUBASTAS ADMINISTRATIVAS DE INMUEBLES CON VALOR DE REFERENCIA.- IV. INOBSERVANCIA PRÁCTICA DE LA COMPROBACIÓN INDIVIDUAL, SINGULAR Y MOTIVADA.- V. DE LA CAPACIDAD ECONÓMICA REAL A LA CAPACIDAD ECONÓMICA ADMINISTRATIVAMENTE SOBREDIMENSIONADA.- VI. SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA FRENTE A LAS GARANTÍAS DEL CONTRIBUYENTE.- VII. CARGA DE LA PRUEBA, FACILIDAD PROBATORIA Y ASIMETRÍA INFORMATIVA.- VIII. BUENA ADMINISTRACIÓN Y CONFIANZA LEGÍTIMA.- CONCLUSIONES.

SUPUESTO DE HECHO

La Sentencia 233/2026, de 23 de abril, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sección Cuarta, rec. núm. 15548/2025, resuelve el recurso interpuesto frente a los acuerdos del TEAR de Galicia que desestimaron la solicitud de rectificación de autoliquidaciones y devolución de ingresos indebidos en el ITP-AJD, modalidad transmisiones patrimoniales onerosas, por la adquisición de una vivienda mediante subasta administrativa del Concello de Vigo.

Los hechos relevantes pueden sintetizarse del siguiente modo. La finca se adjudicó en subasta administrativa por un precio de 116.699,47 euros, importe sobre el que los contribuyentes presentaron inicialmente su autoliquidación del ITP. Posteriormente, a raíz de la implantación del nuevo sistema legal de valor de referencia, formularon una declaración complementaria en la que determinaron la base imponible por el valor de referencia entonces certificado, 178.898,80 euros, para más tarde solicitar la rectificación de dicha declaración al considerar que debía prevalecer el valor de adjudicación y que el valor de referencia excedía del valor de mercado del inmueble.

La Administración autonómica recabó informe de la Dirección General del Catastro conforme a los arts. 10.3 y 10.4 del TRLITPAJD y a la disposición final tercera del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. Dicho informe corrigió a la baja el valor de referencia hasta 163.902,10 euros. Sobre esa nueva cifra se recalculó la cuota y se acordó la devolución parcial de ingresos indebidos, minorando al mismo tiempo el recargo por presentación extemporánea asociado a la declaración complementaria.

• Fernando Hernández Guijarro

Profesor titular de Derecho Financiero y Tributario en la Universitat Politècnica de València. Doctor en Derecho por la Universitat de València. Abogado y Economista, no ejerciente. Ha trabajado en despachos profesionales de reconocido prestigio como Garrigues y Arco Abogados y Asesores Tributarios. Es autor de Ediciones Francis Lefebvre, Aranzadi y Tirant lo Blanch. Correo electrónico: fernando.hernandez@upv.es.

El dato determinante, desde la perspectiva de la capacidad económica, es la brecha entre el precio de adjudicación -116.699,47 euros- y el valor de referencia corregido -163.902,10 euros-. La diferencia absoluta asciende a 47.202,63 euros, de modo que la base imponible aplicada supera en un 40,45 % el importe efectivamente satisfecho por los adquirentes en la subasta administrativa. La controversia se centra, por tanto, en determinar si resulta admisible y conforme con el principio de capacidad económica y con el derecho a una buena administración que la base imponible del ITP, en una operación de venta pública del bien, se separe en tal medida del precio de adjudicación.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

I. La construcción constitucional: STC 13/2026.

La STC 13/2026, de 12 de febrero, desestima la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3631-2025 y declara conforme con el art. 31.1 CE el sistema legal instaurado por la Ley 11/2021, de 9 de julio, que erige el valor de referencia en criterio objetivo de determinación de la base imponible del ITP-AJD y del ISD cuando se trata de bienes inmuebles.

El Tribunal Constitucional parte de su jurisprudencia sobre el principio de capacidad económica para recordar su doble dimensión: como presupuesto de la imposición -prohibición de gravar riquezas inexistentes o puramente ficticias- y como medida del gravamen -exigencia de graduar la carga tributaria en atención a la intensidad con que dicha capacidad se manifiesta en cada contribuyente-. Sobre esa base, afirma que el legislador goza de un amplio margen para utilizar métodos objetivos de cuantificación de capacidades potenciales, siempre que exista una justificación objetiva y razonable y que se respeten los demás principios y garantías constitucionales.

En esta línea, la sentencia considera que la adquisición de un inmueble es un índice inequívoco de capacidad económica real y que su cuantificación mediante el valor de referencia, definido en la DF3ª de la Ley del Catastro Inmobiliario, elaborado a partir de precios comunicados por fedatarios públicos, mapas de ámbitos territoriales homogéneos y productos inmobiliarios representativos, y sometido a un factor de minoración para no superar el valor de mercado, constituye una opción legislativa legítima.

El Tribunal subraya dos elementos decisivos para su juicio de constitucionalidad: de un lado, que el sistema gravaría valores medios o potenciales cercanos al mercado y, de otro, que el legislador ha articulado vías para la estimación directa o corrección del resultado mediante la posibilidad de impugnar el valor de

referencia, ya sea promoviendo la rectificación de la autoliquidación o recurriendo la liquidación que lo aplique.

2. El contexto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La STC 13/2026 sitúa expresamente la reforma en el contexto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la comprobación de valores y el valor real. El Tribunal recuerda que la Sala Tercera declaró no idóneo, como regla general, el método de estimación por referencia a valores catastrales multiplicados por coeficientes del art. 57.I.b) LGT cuando no se acompañaba de una actividad comprobadora singular sobre el inmueble, como se afirmó, entre otras, en la STS 843/2018, de 23 de mayo, rec. 4202/2017¹.

Asimismo, la doctrina constitucional alude a la exigencia de comprobación *in situ* cuando se acudía al dictamen de peritos del art. 57.I.e) LGT, exigencia reiterada, por ejemplo, en la STS de 26 de noviembre de 2015 y en la STS 1179/2025, de 24 de septiembre. Estas resoluciones imponían a la Administración -como garantía del contribuyente- un estándar de motivación y singularización adecuado a los principios y garantías de los administrados, requiriendo la visita al inmueble o, al menos, una comprobación directa de sus características relevantes, y rechazando que la mera remisión a coeficientes genéricos o tablas catastrales bastara para modificar la base imponible².

La STC 13/2026 interpreta que la Ley 11/2021 responde precisamente a la conflictividad derivada de esta jurisprudencia y que la sustitución del valor real por el valor de referencia pretende canalizar la litigiosidad y dotar de seguridad jurídica al sistema, evitando la necesidad de acudir a procedimientos de comprobación del valor real dilatados, costosos y de resultado incierto. Esta constatación explica el sentido de la reforma, pero no elimina los problemas que surgen cuando la magnitud objetiva se separa de forma relevante del precio real satisfecho en una operación singular.

3. La doctrina académica crítica sobre el valor de referencia.

Frente a esta lectura, parte de la doctrina académica sostiene que la STC 13/2026 confiere un aval excesivamente amplio a un modelo cuyo núcleo no es tanto la aproximación al valor de mercado como la simplificación administrativa. La crítica no niega el margen del legislador para objetivar, sino que reprocha

¹ STS 843/2018, de 23 de mayo, rec. núm. 4202/2017, ECLI:ES:TS:2018:2186. En sentido coincidente, la STC 13/2026 cita también, entre las resoluciones recientes, la STS 1976/2024, de 17 de diciembre, ECLI:ES:TS:2024:6309.

² STS de 26 de noviembre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:5162, y STS 1179/2025, de 24 de septiembre, ECLI:ES:TS:2025:4006, ambas citadas por la STC 13/2026 como expresión de la doctrina sobre la exigencia de comprobación *in situ* en dictámenes periciales de valoración.

al Tribunal Constitucional haber permitido rebajar el nivel de exigencia en dos planos: en la conexión entre el valor de referencia y la capacidad económica real, y en el diseño de garantías efectivas para que el contribuyente pueda corregir la presunción administrativa cuando se aparte de la realidad del inmueble concreto³.

En particular, la doctrina pone el acento en tres ideas: que el valor de referencia es una construcción *ex ante* y masiva que puede separarse en supuestos no excepcionales del valor real de mercado; que el sistema desplaza sobre el contribuyente la carga económica y técnica de restaurar la individualización perdida mediante mecanismos de impugnación; y que el Tribunal Constitucional otorga un peso muy intenso a la practicabilidad administrativa, hasta el punto de que la finalidad de reducir la litigiosidad y facilitar la gestión puede acabar prevaleciendo sobre el principio de capacidad económica como medida del gravamen.

COMENTARIO

I. INTRODUCCIÓN.

La STSJ de Galicia 233/2026 no puede entenderse al margen de la STC 13/2026. La Sala gallega reproduce extensamente el razonamiento constitucional para rechazar las alegaciones de inconstitucionalidad del valor de referencia, afirmar su conformidad con el art. 31.1 CE y justificar la prevalencia del dato catastral sobre el precio de adjudicación de la subasta administrativa. En particular, el tribunal pone de manifiesto que el art. 39 RITPAJD ha de interpretarse de acuerdo con la modificación introducida respecto de los bienes inmuebles, de modo que la previsión reglamentaria relativa a las subastas queda relegada a los restantes bienes o derechos o a los supuestos en los que los inmuebles carezcan de valor de referencia.

El verdadero objeto de crítica no es tanto la sentencia del TSJ, que se mueve en buena medida dentro del marco fijado por la STC 13/2026, sino el diseño legal del nuevo método, basado en el valor de referencia, y el aval constitucional que recibe. El fallo ordinario se convierte así en un claro ejemplo de los efectos prácticos más problemáticos de ese diseño: la desvinculación entre base imponible y capacidad económica realmente manifestada, la sustitución de la comprobación individualizada por una aplicación mecánica del valor de referencia y la traslación al contribuyente de los costes de corregir la presunción administrativa.

El caso gallego es especialmente expresivo por tres razones. Primera, porque la operación gravada no es una compraventa privada más, sino una adjudicación

3 MARÍN-BARNUEVO FABO, D. y HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J. M.: "La criticable declaración de constitucionalidad del valor de referencia: STC 13/2026, de 12 de febrero", *Revista Técnica Tributaria*, núm. 152, 2026, pp. 359-375; PLAZA VÁZQUEZ, A.: "«Valor de referencia»: cinco inconsistencias en la STC 13/2026, de 12 de febrero", *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 517, 2026, pp. 88-117.

en subasta administrativa, procedimiento que dota al precio de una cualificada objetividad procedimental. Segunda, porque la distancia entre precio y valor de referencia corregido supera el 40 %, lo que revela una sobreimposición cuantitativamente muy elevada para el adquirente de la vivienda. Y tercera, porque la sentencia explícita que el objetivo del sistema es configurar una base imponible que evite el procedimiento de comprobación del valor, aceptando de facto que la simplificación administrativa prevalezca sobre las garantías clásicas de singularización valorativa.

II. EL VALOR DE REFERENCIA Y SU AVAL POR LA STC 13/2026.

La STC 13/2026 legitima constitucionalmente un sistema en el que el valor de referencia se erige en base imponible ordinaria para los inmuebles, salvo que el valor declarado o el precio pactado sean superiores, en cuyo caso prevalece la mayor de estas magnitudes. El Tribunal subraya que el valor de referencia se construye a partir de información estadística de mercado, se singulariza con datos catastrales y se minoriza para no superar el valor de mercado, por lo que, en la generalidad de los casos, sería un indicador adecuado de la capacidad económica puesta de manifiesto con la adquisición.

Debe reconocerse que el razonamiento constitucional no parte de una mera comodidad administrativa desvinculada del mercado. El Tribunal Constitucional subraya que el valor de referencia se construye a partir de datos de mercado, se individualiza mediante información catastral y se somete a un factor de minoración. La objeción no reside, por tanto, en la ilegitimidad abstracta de toda técnica objetiva, sino en la intensidad con que el sistema desplaza la comprobación individualizada y traslada al contribuyente la carga de corregir sus desviaciones.

Desde esta perspectiva, la STC 13/2026 puede ser leída como una sentencia que, sin negar formalmente la vigencia de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la necesidad de singularización y motivación suficiente en la comprobación de valores, facilita un cambio de paradigma: ya no se trata de verificar el valor real del bien mediante métodos que requieran actividad comprobadora, sino de aplicar un valor predeterminado por la Administración, presumiendo su adecuación, y de relegar la singularización a un escenario posterior, reactivo, a iniciativa y coste del contribuyente.

III. EL DESPLAZAMIENTO DEL ART. 39 RITPAJD EN LAS SUBASTAS ADMINISTRATIVAS DE INMUEBLES CON VALOR DE REFERENCIA.

Uno de los aspectos más relevantes de la STSJ de Galicia 233/2026 es la interpretación que realiza del art. 39 RITPAJD. Dicho precepto dispone que, en las transmisiones realizadas mediante subasta pública, notarial, judicial o

administrativa, servirá de base el valor de adquisición cuando consista en precio en dinero marcado por la Ley o determinado por autoridades o funcionarios idóneos para ello.

La regla reglamentaria respondía a una lógica clara. En una subasta pública, el precio de adjudicación no surge de una declaración unilateral del contribuyente ni de una negociación privada, sino de un procedimiento formalizado, competitivo y sometido a intervención pública. Por ello, históricamente ha operado como una referencia particularmente cualificada para determinar la base imponible.

La reforma de 2021 altera sustancialmente este esquema respecto de los bienes inmuebles. Conforme al art. 10.2 TRLITPAJD, en el caso de los inmuebles, su valor será el valor de referencia previsto en la normativa catastral a la fecha del devengo, salvo que el valor declarado o el precio pactado sean superiores, en cuyo caso prevalecerá la mayor de estas magnitudes. La consecuencia es que el art. 39 RITPAJD queda desplazado para los inmuebles con valor de referencia.

La STC 13/2026 asume expresamente esta conclusión al señalar que, en las subastas públicas -notariales, judiciales o administrativas-, la base imponible se determinará conforme al valor de referencia y no de acuerdo con el precio de remate, salvo que el valor de adquisición, el valor declarado o ambos sean superiores al valor de referencia. La STSJ de Galicia aplica de forma coherente esa doctrina. Desde el punto de vista técnico, la resolución ordinaria no resulta fácilmente censurable si se parte del marco legal y constitucional ya fijado. La crítica principal debe dirigirse, por tanto, al diseño normativo que priva al precio de adjudicación en subasta de su tradicional eficacia como expresión cualificada del valor de adquisición.

Ahora bien, esa conclusión legal no elimina la objeción material. El precio de subasta administrativa no es un dato irrelevante. Al contrario, constituye un elemento singular que debería activar, al menos, una exigencia reforzada de motivación cuando el valor de referencia lo supera de forma significativa. Si el sistema aspira a gravar una manifestación real de capacidad económica, resulta difícil aceptar sin reservas que una base imponible administrativa prevalezca automáticamente sobre el precio determinado en un procedimiento público de adjudicación, especialmente cuando la diferencia supera el 40 %.

IV. INOBSERVANCIA PRÁCTICA DE LA COMPROBACIÓN INDIVIDUAL, SINGULAR Y MOTIVADA.

La STSJ de Galicia adopta plenamente la tesis de que la aplicación del valor de referencia no constituye una comprobación de valores, sino la mera concreción de la regla legal sobre la base imponible del impuesto. Con ello, el estándar jurídico

y garantista construido por la Sala Tercera -STS 843/2018, STS 1976/2024, STS 1179/2025, entre otras- queda desplazado por la vía de la categoría jurídica: si no hay comprobación, no hay tampoco necesidad de justificar individualmente la adecuación del valor al bien concreto, ni de acudir físicamente al inmueble, ni de explicar por qué, pese a sus circunstancias singulares -estado de conservación, reformas necesarias o patologías-, la cifra administrativa sigue siendo representativa del mercado.

La crítica debe dirigirse aquí, de nuevo, a la STC 13/2026, en la medida en que es el propio Tribunal Constitucional quien habilita este desplazamiento. Al presentar el valor de referencia como un mecanismo objetivo de medición de capacidades potenciales y resaltar su construcción estadística y catastral, la sentencia constitucional invita a considerar que el esfuerzo individualizador exigido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo deja de ser un requisito general de la actuación administrativa y pasa a convertirse en una excepción activable solo cuando el contribuyente impugna el resultado.

En el caso gallego, la consecuencia es que la Administración aplica directamente el valor de referencia corregido sin practicar comprobación singular alguna más allá de la efectuada en sede catastral, y el Tribunal jurisdiccional considera que ello es suficiente para entender cumplidas las exigencias constitucionales, pese a que el precio de adjudicación en subasta administrativa ofrecía un dato de realidad económica difícilmente despreciable. La crítica principal no debe dirigirse tanto a la resolución del TSJ de Galicia, que aplica el marco legal y constitucional vigente, cuanto al diseño normativo del sistema y al aval constitucional que recibe en la STC 13/2026.

V. DE LA CAPACIDAD ECONÓMICA REAL A LA CAPACIDAD ECONÓMICA ADMINISTRATIVAMENTE SOBREDIMENSIONADA.

El núcleo del problema se aprecia con especial claridad cuando se confronta la base imponible finalmente aplicada (163.902,10 euros) con el precio de adjudicación en la subasta administrativa (116.699,47 euros). La diferencia cuantitativa, superior al 40 %, permite sostener que, en este caso concreto, el sistema no se limita a objetivar la capacidad económica manifestada con la operación, sino que la cuantifica mediante una magnitud administrativa sustancialmente superior al coste real soportado por los adquirentes.

Conviene formular la crítica con precisión. No se trata de negar que la adquisición de un inmueble revele capacidad económica. La adquisición existe y exterioriza una manifestación patrimonial. El problema es la medida del gravamen. En supuestos como el analizado, el sistema corre el riesgo de transformar una capacidad económica real, la adquisición de la vivienda, en una capacidad

económica administrativamente sobredimensionada, al medirla mediante un valor que se separa de forma relevante del precio efectivamente satisfecho en una subasta administrativa.

El método del valor de referencia avalado por la STC 13/2026 conduce, en el caso resuelto por el TSJ de Galicia, a que los adquirentes soporten por su vivienda una carga fiscal muy superior a la que resultaría del precio efectivamente satisfecho. Ello obedece al cambio de paradigma introducido por la Ley 11/2021, pues la propia Sala reconoce que, bajo la normativa anterior y la regla del art. 39 RITPAJD, en una transmisión realizada mediante subasta administrativa habría prevalecido como base imponible el valor de adquisición.

La STC 13/2026 había insistido en que basta con que la capacidad económica exista, como riqueza real o potencial, en la generalidad de los casos contemplados por el legislador para salvar el principio del art. 31.1 CE. Pero esa afirmación resulta insatisfactoria cuando se proyecta sobre situaciones en las que el dato singular de la operación -el precio de una subasta administrativa- muestra una divergencia tan acusada con el valor de referencia. En tales supuestos, el principio de capacidad económica como medida del gravamen debería operar como límite material, exigiendo una aproximación más fidedigna al valor realmente exteriorizado.

El reproche doctrinal adquiere aquí toda su fuerza: el valor de referencia, presentado como una técnica neutra de objetivación, puede convertirse en un mecanismo de sobreimposición cuando se aplica sin matices a inmuebles que, por su estado, ubicación, circunstancias jurídicas o modo de realización, se sitúan significativamente por debajo del producto inmobiliario representativo del ámbito homogéneo de valor. En el caso de la STSJ de Galicia, la combinación de un procedimiento de subasta y de una necesidad relevante de reforma del inmueble para dotarlo de condiciones óptimas de habitabilidad sugiere que el valor de la vivienda podía ser sustancialmente inferior al tomado como base imponible.

VI. SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA FRENTE A LAS GARANTÍAS DEL CONTRIBUYENTE.

La sentencia gallega insiste en que la finalidad de la reforma operada por la Ley 11/2021 es configurar una base imponible mínima y fija para los inmuebles, dotando de certeza a la determinación del valor imponible y evitando el dilatado y costoso procedimiento de comprobación del valor real, que se mantiene únicamente para los restantes bienes y derechos. Esta formulación reproduce el discurso de la STC 13/2026 y pone de manifiesto que la simplificación administrativa ha pasado de ser un objetivo loable para reducir la carga burocrática de los ciudadanos a constituir, en determinados supuestos, un componente de sobrecarga probatoria en la defensa de los derechos económicos del contribuyente.

El problema de esta simplificación es que se ha logrado a costa de vaciar de contenido, en la práctica, algunas de las garantías tradicionalmente asociadas a la comprobación de valores. La Administración ya no está obligada a motivar singularmente el valor asignado a un inmueble; basta con que aplique el valor de referencia. Y desde la perspectiva del contribuyente, el estándar de protección se transforma radicalmente: de un sistema en el que la Administración debía justificar la alteración de la base imponible, se pasa a otro en el que el valor administrativo goza de presunción de acierto práctico y es el ciudadano quien ha de desplegar los medios probatorios y técnicos necesarios para demostrar que la realidad económica es distinta.

La STSJ de Galicia ilustra con claridad este cambio de modelo al desestimar las alegaciones de los contribuyentes pese a la existencia de informes de tasación, alegaciones sobre el estado del inmueble y un precio de adjudicación en subasta pública sensiblemente inferior. La finalidad de reducir litigiosidad no puede justificar que la litigiosidad se desplace simplemente de la Administración al contribuyente. El conflicto no desaparece: cambia de sede, de carga y de coste.

VII. CARGA DE LA PRUEBA, FACILIDAD PROBATORIA Y ASIMETRÍA INFORMATIVA.

La STSJ de Galicia 233/2026 afirma que corresponde a los contribuyentes acreditar las alteraciones no reflejadas en el Catastro que inciden en el valor de referencia o demostrar que este es superior al valor de mercado. Asimismo, considera insuficientes los informes aportados, entre ellos una tasación para garantía hipotecaria, por entender que se trata de un valor técnico que no permite constatar que el valor de referencia corregido exceda del valor de mercado y que se basa en testigos de nueva construcción y factores de corrección.

Este enfoque pone de manifiesto un problema estructural de distribución de la carga de la prueba. La facilidad probatoria no es simétrica: la Administración dispone de la información catastral, de los datos de precios suministrados por notarios, del mapa de valores y de los módulos de valor medio elaborados por la Dirección General del Catastro, mientras que el contribuyente medio solo puede acceder, a su costa y en el mejor de los casos, a una tasación privada, a comparables de mercado y a documentación sobre el estado físico del inmueble.

La dificultad probatoria no deriva únicamente del coste de una tasación privada, sino de la asimetría informativa estructural entre la Administración y el contribuyente. La primera conoce la metodología, los módulos, los ámbitos homogéneos y los datos empleados; el segundo combate el resultado desde fuera del sistema, con medios indirectos y normalmente costosos. En tales condiciones, exigir al contribuyente que desmonte con precisión técnica el entramado

estadístico y catastral que sostiene el valor de referencia supone imponerle una carga particularmente intensa.

El art. 10.4 TRLITPAJD prevé que, cuando se impugne el valor de referencia, la Administración tributaria resolverá previo informe preceptivo y vinculante de la Dirección General del Catastro, emitido a la vista de la documentación aportada por el obligado tributario. Ese informe puede corregir el valor, como sucede en el caso analizado, pero su propia posición institucional refuerza la presunción de corrección del sistema. El contribuyente no se enfrenta solo a una cifra: se enfrenta a una estructura administrativa de valoración.

Desde una óptica constitucional, este desplazamiento de la carga probatoria conecta con la crítica formulada por la doctrina al considerar que la STC 13/2026 no ha ponderado suficientemente el impacto real de la presunción de acierto del valor de referencia sobre el derecho de defensa del contribuyente y sobre la efectividad de las garantías procedimentales previstas en la Ley General Tributaria.

VIII. BUENA ADMINISTRACIÓN Y CONFIANZA LEGÍTIMA.

Aunque la STSJ de Galicia rechaza la alegación de infracción del principio de confianza legítima sobre la base de que no existe un cambio de criterio administrativo sino una reforma legislativa aplicable ya al devengo del impuesto, el caso plantea cuestiones más profundas desde la perspectiva de la buena administración. La confianza legítima presenta aquí dificultades técnicas, porque no parece existir una actuación administrativa previa, clara e individualizada que genere una expectativa cualificada de mantenimiento de una determinada situación jurídica. Pero la buena administración ofrece un plano de análisis más fecundo.

En una subasta administrativa, el contribuyente puede albergar razonablemente la expectativa de que el precio de adjudicación tendrá relevancia fiscal. No porque exista un derecho subjetivo incondicionado a tributar por dicho precio tras la reforma de 2021, sino porque ese precio se ha determinado en un procedimiento público, competitivo y formalizado. Cuando el sistema prescinde de ese dato y aplica una base imponible superior en más de un 40 %, la respuesta administrativa debería ser especialmente cuidadosa en su motivación.

El principio de buena administración, conectado con los arts. 9.3 y 103.1 CE y desarrollado por la jurisprudencia contencioso-administrativa y por la doctrina académica, exige a la Administración algo más que la mera legalidad formal: impone deberes de objetividad, proporcionalidad, motivación suficiente y consideración de las circunstancias particulares de los administrados. Aplicar mecánicamente un valor de referencia, sin ponderar suficientemente el dato de una subasta

administrativa y sin someter a control reforzado la brecha entre precio y base imponible, resulta difícilmente conciliable con ese estándar⁴.

La crítica, una vez más, debe dirigirse en buena medida a la Ley y a su respaldo de constitucionalidad, que no extrae todas las consecuencias de la conexión entre el valor de referencia y el principio de buena administración. Al poner el acento en la practicabilidad administrativa y en la reducción de la litigiosidad -producida, en buena medida, por una práctica administrativa reiteradamente censurada por el Tribunal Supremo-, la sentencia constitucional deja en segundo plano la exigencia de que la actuación pública sea comprensible y razonable para el ciudadano medio, especialmente cuando se trata de gravar su patrimonio en contextos económicos difíciles y complejos.

CONCLUSIONES

La STSJ de Galicia 233/2026 constituye un ejemplo paradigmático de los efectos problemáticos que el valor de referencia puede producir en la práctica. El caso muestra que, bajo la apariencia de una técnica de objetivación neutral y de una mayor seguridad jurídica, el sistema puede llegar a imponer bases imposables que se separan en más de un 40 % del precio efectivamente satisfecho por el contribuyente en una subasta administrativa. Esta situación no se producía con la misma intensidad bajo la regulación anterior y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre comprobación de valores.

El comentario ha tratado de mostrar que la crítica principal debe dirigirse a la aceptación constitucional del valor de referencia, y no tanto a la sentencia de la jurisdicción ordinaria que se limita a aplicar el marco establecido. La STC 13/2026 ha avalado un modelo que privilegia la practicabilidad administrativa sobre la individualización de la base imponible, desplaza la carga de la prueba hacia el contribuyente y debilita, en la práctica, el principio de buena administración.

Desde una perspectiva de política legislativa y jurisprudencial, el caso gallego invita a replantear el equilibrio entre eficiencia y garantías. Aun aceptando la objetivación como técnica legítima, habría sido posible diseñar un modelo en el que el valor de referencia operara como presunción menos rígida, dotando de mayor relevancia a datos singulares de mercado como el precio de adjudicación en subasta y exigiendo a la Administración un plus de motivación cuando la divergencia entre ambos valores fuera cuantitativamente significativa.

⁴ Sobre el principio de buena administración en el ámbito tributario, vid. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: “El principio de buena administración como nuevo paradigma jurídico y su aplicación en el ámbito tributario: régimen normativo, naturaleza jurídica y contenido”, *Nueva Fiscalidad*, núm. 1, 2022, pp. 23-66.

El valor de referencia puede ser útil como índice de alerta, como señal de riesgo o como instrumento auxiliar para seleccionar operaciones que merezcan comprobación. Lo que resulta mucho más discutible y, en mi opinión, constitucionalmente insatisfactorio, es convertirlo en base imponible prevalente del inmueble sin una comprobación administrativa previa suficientemente individualizada o sin una motivación reforzada en los casos de divergencia significativa.

Porque entonces la Administración deja de probar para empezar a presumir; y el ciudadano deja de ser administrado para convertirse en revisor de la Administración. Un sistema así puede ser eficaz. Pero la eficacia, en Derecho, no es la última palabra. Con el debido respeto, la STC 13/2026 supone un paso atrás en la construcción garantista del Derecho Financiero y Tributario, en la medida en que permite sustituir la comprobación individualizada por una presunción administrativa cuya corrección queda principalmente en manos del contribuyente.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: “El principio de buena administración como nuevo paradigma jurídico y su aplicación en el ámbito tributario: régimen normativo, naturaleza jurídica y contenido”, *Nueva Fiscalidad*, núm. 1, 2022.

FALCÓN Y TELLA, R.: “Valor real y comprobación por aplicación de coeficientes a los valores catastrales: STS de 23 de mayo de 2018”, *Quincena Fiscal*, núm. 15-16, 2018.

HERNÁNDEZ GUIJARRO, F.:

- “El Tribunal Constitucional ante el ‘valor de referencia’: análisis crítico de la STC 13/2026 y su aval de la eficacia y comodidad administrativa frente a la capacidad económica real del contribuyente”, IDIBE, 1 de abril de 2026.
- “La prueba y la motivación en la doctrina del Tribunal Supremo ante la reforma del ‘valor de referencia’”, *Quincena Fiscal*, núm. 9, 2021.

MARÍN-BARNUEVO FABO, D. y HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J. M.: “La criticable declaración de constitucionalidad del valor de referencia: STC 13/2026, de 12 de febrero”, *Revista Técnica Tributaria*, núm. 152, 2026.

PLAZA VÁZQUEZ, A.: “«Valor de referencia»: cinco inconsistencias en la STC 13/2026, de 12 de febrero”, *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 517, 2026.



CRÓNICA
JURISPRUDENCIAL



CRÓNICA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL DERECHO DE USUFRUCTO

CASE LAW CHRONICLE ON THE RIGHT OF USUFRUCT

Rev. Boliv. de Derecho N° 42, julio 2026, ISSN: 2070-8157, pp. 886-909

José Ramón DE
VERDA y Ausias
CÁCERES

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de junio de 2026
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2026

RESUMEN: El presente trabajo tiene como finalidad sistematizar la doctrina jurisprudencial existente sobre el derecho de usufructo, clarificando problemas surgidos del estudio de la práctica jurídica.

PALABRAS CLAVE: Usufructo; constitución; efectos jurídicos; extinción.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to systematize the existing case law doctrine on the right of usufruct, clarifying issues arising from the study of legal practice.*

KEY WORDS: *Usufruct; constitution; legal effects; extinction.*

SUMARIO: I. CONCEPTO Y CARACTERES.- II. CONSTITUCIÓN.- III. LOS SUJETOS.- I. Constitución simultánea o sucesiva.- 2. Usufructo a favor de personas jurídicas.- IV. OBJETO.- V. FACULTADES DEL USUFRUCTUARIO.- 1. Facultad de disfrute.- 2. Facultad de disposición.- A) *Del derecho de usufructo.*- B) *Facultad de disposición de la cosa.*- VI. OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO.- 1. Las cargas: formación de inventario y prestación de fianza.- 2. Las obligaciones simultáneas al ejercicio del derecho.- A) *La obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa.*- B) *La obligación de realizar las reparaciones ordinarias.*- C) *La obligación de cuidar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia.*- D) *La obligación de pagar contribuciones y cargas.*- 3. Obligaciones al extinguirse el usufructo.- VII. LA EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO.- 1. Causas.- 2. Efectos.- VIII. USO Y HABITACIÓN.

I. CONCEPTO Y CARACTERES.

El art. 467 CC define el usufructo como el “derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa”.

Sus caracteres fundamentales son los siguientes.

a) Es un derecho real y, como tal, inmediato y absoluto.

El usufructuario tiene, en consecuencia, acción para exigir al nudo propietario la entrega de la posesión de la cosa con el fin de poder disfrutarla, siendo su derecho oponible a los terceros adquirentes de la misma, a no ser que la compraran de buena fe, ignorando su existencia, confiando en que el bien que adquirían estaba libre de gravámenes no inscritos en el Registro de la Propiedad (art. 34 LH).

En esto, el usufructo se diferencia del arrendamiento, que, al ser un derecho meramente personal, no produce efectos respecto de terceros ajenos al contrato en el que se pacta. Así se deduce del art 1571 CC, que sanciona el principio venta quita renta, a no ser que se trate de un arrendamiento sobre bienes inmuebles y este hubiera accedido al Registro de la Propiedad, en cuyo caso no se extingue como consecuencia de la venta; y sin perjuicio, además, de lo previsto en la legislación especial de arrendamientos urbanos y rústicos.

b) Es un derecho real limitado que, en cuanto tal, recae siempre sobre una cosa ajena. Durante su vigencia, el propietario se ve privado de las facultades de uso y disfrute (de ahí que se le denomine nudo propietario), las cuales revertirán

• **José Ramón de Verda y Beamonte**

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia. Correo electrónico: j.ramon.de-verda@uv.es.

• **Ausias Cáceres Canet**

Estudiante en prácticas en el IDIBE. Correo electrónico: caceres3@uv.alumni.es.

en el derecho de dominio, una vez extinguido el usufructo, en virtud del carácter elástico de la propiedad¹.

Por lo tanto, se trata de un derecho de disfrute que permite extraer la totalidad de las utilidades y frutos que la cosa puede producir (aunque puede recaer solamente sobre una parte de los mismos), diferenciándose, así, de los derechos de uso y habitación, que sólo otorgan al titular una facultad de disfrute limitada, respectivamente, a los frutos que basten a las necesidades del usuario y de su familia o a las piezas de la casa ajena necesarias para sí y las personas de su familia (art. 524 del CC).

El usufructuario no puede enajenar la cosa, ya que ello iría en contra de la obligación que le impone el art. 469 CC de “conservar su forma y sustancia”, “a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa”. Así sucede, según veremos más adelante, cuando el testador autoriza al usufructuario a vender el bien objeto del derecho en caso de necesidad.

c) Es un derecho temporal², coincidiendo normalmente su duración con la vida del usufructuario³, a quien se quiere beneficiar, por ejemplo, permitiéndosele continuar viviendo en una casa en la que residía junto al testador, pero sin privar de la propiedad definitiva de la misma a los hijos o a otros herederos.

La temporalidad del usufructo es una cuestión de orden público, respondiendo este carácter al principio de libertad de la propiedad, que sería contradicho, de admitirse vinculaciones perpetuas. Por ello, la constitución sucesiva de varios usufructos tiene el mismo límite que las sustituciones fideicomisarias (art. 787 CC) y el usufructo a favor de personas jurídicas no puede exceder del plazo de los 30 años (art. 515 CC).

II. CONSTITUCIÓN.

“El usufructo se constituye por la ley, por la voluntad de los particulares manifestada en actos entre vivos o en última voluntad, y por prescripción”⁴ (art. 468 CC).

1 La STS 7 junio 1960 (RAJ 1960, 2082) precisa que “el usufructuario no es titular de un dominio dividido, sino de un derecho real de goce, de cuyo gravamen se libera el nudo propietario al extinguirse el usufructo, consolidándose el dominio pleno”.

2 El carácter vitalicio del usufructo es una característica que lo diferencia del comodato, que también tiene una duración temporal, la pactada en el contrato o la determinada por el uso al que se va a destinar la cosa prestada V. en este sentido SAP Barcelona 22 mayo 2025 (Tol 10653651).

3 Es decir, mientras el titular del mismo viva, lo que obviamente significa que sea vitalicio, pero no indefinido. V. en este sentido SAP Valencia 10 marzo 2025 (Tol 10546112).

4 La SAP Cádiz 19 diciembre 2023 (Tol 9960563) expone que el derecho de usufructo puede constituirse mediante actos entre vivos, como: “venta, donación o permuta”, siendo el acto de constitución válido, siempre que se adecue a las formalidades exigidas en cada caso concreto. Por lo tanto, la donación de un usufructo sobre cosa inmueble requerirá para su validez la escritura pública.

a) Actualmente sólo existe un usufructo legal, que es el que corresponde al cónyuge viudo, en calidad de legitimario.

Su cuantía es variable: un tercio (el de mejora), si concurre a la herencia con hijos o descendientes (art. 834 CC); la mitad de la herencia, si concurre a ella con ascendientes (art. 837 CC); y dos tercios de la misma, en el caso de que no existan descendientes, ni ascendientes (art. 838 CC).

Cabe, sin embargo, que los herederos, de común acuerdo y con el consentimiento del usufructuario, conmuten el usufructo legal, mediante la asignación de una renta vitalicia, de los productos de ciertos bienes o de un capital en efectivo⁵; y, en defecto de dicho acuerdo, la conmutación requerirá autorización judicial (art. 839 CC)⁶.

Así mismo, el cónyuge viudo que concorra a la herencia, exclusivamente, con hijos de su cónyuge, podrá exigir que se les satisfaga su derecho de usufructo, asignándosele un capital en metálico o un lote de bienes hereditarios, a elección de los herederos (art. 840 CC).

b) El usufructo voluntario se constituye habitualmente en testamento, pero es también posible su constitución a través de un negocio jurídico inter vivos, que puede ser gratuito u oneroso: si es oneroso, dicho negocio jurídico (p. ej., una compraventa) podrá celebrarse en un mero documento privado o, incluso, verbalmente, bastando el mero acuerdo de las partes de constituir el usufructo, conforme al principio de libertad de forma que rige en el Derecho de la contratación⁷; por el contrario, si el negocio es gratuito, se asimila a la donación, por lo que, recayendo sobre bienes inmuebles, deberá otorgarse en escritura pública, bajo pena de nulidad (art. 633 CC)⁸.

La STS 13 abril 2009 (Tol 1499152) resolvió un caso curioso. El propietario de la vivienda vendió a su madre el derecho de usufructo sobre la misma, permitiéndole a ésta continuar viviendo en la casa con su familia. Posteriormente, los cónyuges se divorciaron, asignándose el uso de la vivienda familiar a la madre y a los hijos, ante lo

5 V. en este sentido STS 5 abril 2019 (Tol 7178757), en que se le concedió a la viuda una renta vitalicia actualizable anualmente conforme a la variación del I.P.C.

6 En el caso de que el testador disponga que la cuota legal usufructuaria se satisfaga a través del legado de usufructo vitalicio sobre la vivienda familiar, los herederos conservan el mismo derecho de conmutación y mientras la conmutación no se realice existe una afección real en garantía de su derecho. V. en este sentido STS 13 noviembre 2023 (Tol 9800059).

7 La STS 21 diciembre 2006 (Tol 1022952) observa que la constitución por acto inter vivos del derecho real de usufructo sobre un bien inmueble no requiere el otorgamiento de escritura pública, por aplicación del principio de libertad de forma, establecido en el art. 1278 CC, bastando, pues, el mero acuerdo de los interesados. La STS 11 de noviembre 2010 (Tol 2005373), consideró válida la cesión, mediante documento privado, del usufructo de una casa en la que el cesionario explotaba un bar, con el compromiso de hacer frente a las inversiones necesarias para la adecuada explotación y regencia del establecimiento.

8 V. en este sentido STS 22 abril 2013 (Tol 3783212), STS 26 mayo 2014 (Tol 4359567), 23 junio 2025 (Tol 10598234) y SAP Madrid 31 octubre 2024 (Tol 10338970).

cual la usufructuaria instó el desahucio por precario. El TS, al igual que suele hacer cuando es el propietario quien cede el uso gratuito del inmueble a su hijo para que resida en él con su familia, entendió que no había precario, sino un contrato de comodato. Pero, a diferencia de lo que es habitual en dichos casos, denegó el lanzamiento, por entender que el contrato no tenía como finalidad ceder el uso de una vivienda para la iniciación de la vida familiar, sino permitir la continuación de la que ya estaba comenzada antes de la venta del usufructo, apoyándose, además, en la circunstancia de que el comodante no era pleno propietario de la vivienda, sino un mero usufructuario.

Esta solución no nos convence, ya que, en el problema que nos ocupa, no nos parece que deba valorarse de manera distinta el hecho de que el comodante sea un propietario o un usufructuario, ya que este último está plenamente facultado para ceder el uso de la vivienda, como también para reclamar su restitución, una vez que deja de tener sentido el fin para el que la prestó, sin que acierte ver qué diferencia pueda haber entre que se trate de permitir iniciar en el inmueble la convivencia el hijo con su propia familia o la continuación de la misma después de la constitución del usufructo. Si la mujer del propietario no estaba de acuerdo con la venta del usufructo sobre la vivienda familiar debió haberse opuesto, ya que su consentimiento era también necesario para realizar dicho acto de disposición (art. 1320 CC) o haber anulado el contrato en su momento (art. 1322 CC), cosa que no hizo.

Es más frecuente que lo vendido o donado sea la propiedad, reservándose el donante el usufructo de los bienes, a fin de no perder la facultad de disfrute de los mismos mientras viva⁹.

En ocasiones la reserva de usufructo acompaña a un contrato de vitalicio, por el que se transmite la nuda propiedad de unos bienes a cambio de ser el cedente alimentado y asistido por el cesionario de los mismos¹⁰.

c) Es, por último, posible adquirir el derecho por usucapión, ordinaria o extraordinaria, cuando quien lo concedió no era el propietario del bien y, por lo tanto, carecía de legitimación para constituirlo.

III. SUJETOS.

El constituyente del usufructo ha de ser el propietario del bien, ya que debe tener poder de disposición sobre el mismo, al ser la constitución del derecho real un acto de gravamen.

⁹ Las SSTs 7 junio 1960 (RAJ 1960, 2082), 19 mayo 1997 (Tol 215637) y 19 de junio 2025 (Tol 10598513) contemplan, por ejemplo, casos de donación de nuda propiedad con reserva de usufructo.

¹⁰ V. en este sentido la STS 12 junio 2008 (Tol 1347127).

No se requiere, en cambio, especial capacidad para ser usufructuario, sino que bastará la que resulte exigida por el título de constitución del usufructo, por ejemplo, tener capacidad para suceder, si se trata de un testamento; o capacidad para contratar, si se trata de una venta o de una donación de un usufructo.

I. Constitución simultánea o sucesiva.

El usufructo puede constituirse a favor de varias personas, simultánea o sucesivamente (art. 469 CC).

Si se constituye simultáneamente, habrá una situación de comunidad entre los usufructuarios¹¹ y, a la muerte de cada uno de ellos, su parte acrecerá a los demás en proporción a sus cuotas¹².

Si se constituye sucesivamente, habrá varios usufructos, que entrarán en vigor, al extinguirse el que les precede¹³.

Piénsese, por ejemplo, en la siguiente cláusula testamentaria: “dejó el usufructo de los bienes inmuebles que forman parte de mi herencia a mi sobrina, los cuales pasarán, también en usufructo, por partes iguales, a los hijos de esta, heredando en plena propiedad dichos bienes, por partes iguales, los hijos de estos”¹⁴.

La constitución sucesiva tiene el límite de las sustituciones fideicomisarias (art. 787 CC), por lo que solo será posible constituir usufructos a favor de dos personas que no vivan al tiempo del fallecimiento del propietario constituyente (art. 781 CC).

2. Usufructo a favor de personas jurídicas.

Tanto las personas físicas, como las jurídicas, pueden ser titulares del derecho de usufructo.

No obstante, respecto de estas últimas, hay que estar al art. 515 del CC, a cuyo tenor: “No podrá constituirse el usufructo a favor de un pueblo o Corporación o Sociedad por más de treinta años. Si se hubiese constituido, y antes de este tiempo el pueblo quedara yermo, o la Corporación o la Sociedad se disolviera, se extinguirá por este hecho el usufructo”.

11 En este caso, a efectos de inscripción del usufructo en el Registro de la Propiedad, habrá que hacer constar la participación que corresponda a cada comunero, tal y como observa la RDGRN 22 abril 2003 (Tol 268/39), con el fin de cumplir con lo previsto en el art. 64 RH.

12 V. en este sentido STS 24 abril 1976 (RAJ 1976, 1924) y a *sensu contrario* RDGRN 12 septiembre 2001 (RAJ 2001, 7937).

13 V. en este sentido STS 9 junio 2011 (Tol 2150400).

14 Sobre la interpretación de dicha cláusula trató la STS 24 abril 1976 (RAJ 1976, 1924).

Este precepto responde al principio de prohibición de cargas perpetuas de la propiedad, por lo que se aplica a todo tipo de personas jurídicas, al ser estas normalmente susceptibles de una vida indefinida¹⁵.

Si se estipula un plazo de duración del usufructo superior a los 30 años, la estipulación es nulo exclusivamente, en cuanto al exceso, por aplicación de la doctrina de la nulidad parcial del negocio jurídico¹⁶.

La STS 15 abril 1988 (RAJ 1988, 3150) contempló un usufructo sobre aprovechamientos forestales, constituido voluntariamente a perpetuidad el 20 de agosto de 1897 en favor de los vecinos de un pueblo. El TS entendió que, aunque la concesión había sido hecha a perpetuidad, debía quedar reducida a 30 años por aplicación del art. 515 CC, de manera que legalmente el derecho real había finalizado el 20 de agosto de 1927. Sin embargo, los vecinos siguieron usando el aprovechamiento forestal durante otros 30 años, ya sin título ninguno, por lo que volvieron a adquirir el mismo derecho de usufructo por usucapión extraordinaria, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1959, a partir del 20 de agosto de 1957, con una duración también de 30 años.

IV. OBJETO.

Pueden ser objeto del derecho de usufructo todas las cosas, muebles o inmuebles¹⁷, que estén en el comercio de los hombres y sean susceptibles de ser utilizadas y disfrutadas; así como una industria o negocio (p. ej., una panadería¹⁸).

Los bienes inmateriales objeto de propiedades especiales, como la intelectual o industrial, pueden igualmente ser objeto de usufructo, por ejemplo, sobre una patente o una obra literaria.

En el CC existen normas específicas sobre ciertos usufructos en atención al objeto sobre el que recaen, por ejemplo, minas (arts. 476-478 CC), cosas que se deterioran por su uso (art. 481 CC), bienes consumibles (art. 482 CC), viñas, olivares u otros árboles o arbustos (arts. 483 y 484 CC), montes (art. 485 CC) o derechos (art. 486 CC). Hay también normas específicas para el usufructo de acciones en los arts. 127-131 LSC).

15 V. en este sentido STS 22 enero 2008 (Tol 1245344), la cual afirma que estamos ante una "norma imperativa en cuanto vela por el orden público económico, "en el que es pieza importante la libertad de la propiedad".

16 Las SSTs 9 septiembre 2009 (Tol 1602564) y 14 noviembre 2012 (Tol 2686332) aplican el mismo límite temporal de los 30 años a un arrendamiento de local de negocio con pacto de prórroga indefinida; y lo mismo parece que la STS 7 octubre 2025 (Tol 10734271) respecto del arrendamiento de vivienda en favor de persona física.

17 La SAP de Barcelona 13 diciembre 2024 (Tol 10446505) determina, a través del supuesto de hecho concreto, como procede valorar el bien objeto de usufructo. Para ello recurre al criterio de rentabilidad y a la esperanza de vida del usufructuario, entre otros.

18 V. en este sentido STS 20 de julio 2010 (Tol 1918611).

V. FACULTADES DEL USUFRUCTUARIO.

El contenido de la relación jurídica originada por la constitución del usufructo se rige, en primer lugar, por lo determinado en el negocio jurídico de constitución, siendo las normas del CC en la materia de carácter dispositivo (art. 470 CC).

Expondremos, en primer lugar, las facultades del usufructuario, para después referirnos a sus obligaciones.

I. Facultad de disfrute.

El usufructuario tendrá la facultad de usar la cosa y de extraer de ella los frutos que produzca de acuerdo con lo dispuesto en el título y, en su defecto, con arreglo a lo previsto en los arts. 471 y siguientes CC¹⁹.

Podrá realizar en la cosa mejoras útiles o de recreo, siempre que no altere su forma o sustancia, aunque sin derecho a reclamar indemnización al nudo propietario por este concepto; no obstante, al terminar el usufructo, tendrá el derecho de retirarlas, si es posible hacerlo sin detrimento del bien (art. 487 CC)²⁰.

El usufructuario puede disfrutar la cosa por sí o arrendarla a otro, siendo aquel el arrendador a todos los efectos legales delante del arrendatario, aunque no se hubiese hecho constar esta cualidad en el contrato²¹, según prevé el art. 480 CC, que precisa que el arriendo se resolverá al finalizar el usufructo²², salvo el de finca rústica, que subsistirá durante el año agrícola²³.

No obstante, el usufructuario no solo tiene derecho a usar el objeto de usufructo de la manera que tenga por conveniente, bien por sí mismo, bien por las

19 La STS 31 julio 1998 (Tol 2506) contempla un caso de usufructo sobre parte alícuota de una vivienda, estableciendo una distribución temporal (por años) entre el usufructuario y el nudo propietario de la misma, por imposibilidad personal de convivencia conjunta.

20 La SAP Guipúzcoa 28 marzo 2025 (ECLI:ES:APSS:2025:289) expone que el derecho a la indemnización, únicamente, corresponde en las reparaciones extraordinarias, ya que en estos casos “no se comprende el importe de las obras, sino el aumento de valor que tuviese la finca por efecto de éstas” (art. 502 CC).

21 V. en este sentido SAP Madrid 22 diciembre 2020 (Tol 8371341).

22 Esta previsión coincide con lo dispuesto en el art. 13.2 LAU 1994, conforme al cual los arrendamientos de vivienda concertados por el usufructuario se extinguirán al término de su derecho. Respecto de los arrendamientos para uso distinto al de vivienda, según el art. 4.3° LAU 1994, se estará a lo previsto en el CC, salvo voluntad contraria de las partes.

Por el contrario, el art. 114.12° LAU 1964 admitía la persistencia de los arrendamientos concertados por el usufructuario después de la extinción del usufructo, salvo que hubieran sido hechos en condiciones notoriamente gravosas para la propiedad, por incluir, según expone la STS 19 diciembre 2008 (Tol 1432567) cláusulas “anormales o inusuales o que concedan facultades extraordinarias al arrendatario en perjuicio del propietario o supongan una merma de la rentabilidad del inmueble”.

23 La STS 16 marzo 1978 (RAJ 1978, 848) justifica la subsistencia del arrendamiento rústico durante el año agrícola, no sólo en el beneficio del arrendatario, sino también en el interés general a que no se interrumpa la marcha de una explotación agrícola o ganadera. La STS 27 agosto 1904 (JC 98, 165) observa que la subsistencia del contrato durante el año agrícola no constituye un nuevo arrendamiento.

personas que designe, sino también a no usarlo eventualmente, sin que ello pueda implicar abuso de derecho en relación al nudo propietario²⁴.

2. Facultad de disposición.

En este punto hay que distinguir entre la disposición del derecho de usufructo y la disposición de la cosa sobre la que dicho derecho recae.

A) Del derecho de usufructo.

El usufructuario puede enajenar su derecho de usufructo (art. 480 CC), como también hipotecarlo (art. 107.1º LH), pero todos los actos de disposición (inter vivos²⁵ que realice el usufructuario se resolverán al extinguirse el usufructo, quedando, por lo tanto, sujetos al mismo límite temporal que pesa sobre el derecho que se enajena o grava²⁶

Por ello, no son habituales este tipo de actos de disposición, siendo más frecuente que el usufructuario renuncie al usufructo, a cambio de precio, a fin de que se consolide la plena propiedad sobre el bien, o que el usufructuario y el nudo propietario procedan conjuntamente a la venta o hipoteca del mismo (art. 217 RH).

No obstante, el efecto resolutorio, consecuencia de la extinción del derecho de usufructo, tiene como límite el perjuicio de tercero.

Por ello, precisa el art. 107.1º LH que la hipoteca del usufructo se extingue cuando este cesa por “un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario” (que suele ser su muerte); pero no, “Si concluyere por su voluntad” (por renuncia abdicativa), en cuyo caso “subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin”.

La enajenación del derecho de usufructo no libera de responsabilidad al usufructuario por los daños causados en la cosa por el adquirente del derecho real mientras este dure (art. 498 CC).

24 V. en este sentido SAP Alicante 4 noviembre 2024 (Tol 10464320).

25 La STS 24 enero 1963 (RAJ 1963, 518) resalta lo que le convierte en intransmisible por actos “la temporalidad y la cualidad de ‘intuitus personae’ de este derecho, ‘mortis causa’, aunque no ‘inter vivos’, según el art. 480” CC.

26 La SAP Madrid 28 octubre 2019 (Tol 7699116) aclara que la supervivencia del usufructuario es *conditio iuris* de cuantos contratos haya concertado, incluido el arrendamiento, disponiéndose su extinción de modo automático al fallecimiento del usufructuario arrendador, con independencia del tiempo transcurrido desde el momento de su perfección y de que el arrendatario conociera o no la naturaleza temporal del derecho real.

B) *Facultad de disposición de la cosa.*

El usufructuario no puede, en cambio, enajenar la cosa objeto de su derecho, ya que ello supondría alterar su forma y sustancia, a no ser, como dice el art. 467 CC, que el título de su constitución autorice otra cosa.

Surge, así, el denominado usufructo con facultad de disposición, por el que se autoriza al usufructuario a vender la cosa²⁷. La enajenación no produce la extinción del derecho de usufructo, sino la subrogación del precio de venta en el lugar de la cosa, por lo que pasará a recaer sobre el dinero obtenido, adquiriendo el usufructuario los intereses que produzca, en tanto que frutos civiles²⁸.

La SAP Madrid 24 junio 2022 (*Tol* 9232154) observa que estamos ante un usufructo de dinero, del que el usufructuario podrá disponer, en el caso de que sus intereses no basten para satisfacer sus necesidades, devolviendo a los herederos, nudos propietarios del mismo, el remanente al extinguirse el derecho real.

Suele ser relativamente frecuente que el testador autorice al usufructuario a disponer de la cosa, en caso de necesidad, apreciada según conciencia, lo que plantea el problema de determinar cómo debe apreciarse dicha necesidad.

Creemos que el estado de necesidad del usufructuario ha de ser enjuiciado con arreglo a un criterio objetivo, pudiéndose acudir, a tales efectos, al art. 142 CC, cuyo párrafo primero dice que “Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica”.

La jurisprudencia entiende, sin embargo, que la necesidad ha de ser apreciada subjetivamente por el usufructuario²⁹, aunque matiza dicha consecuencia mediante la aplicación del principio de prohibición del abuso de derecho³⁰, lo que le lleva a considerar inválidas las enajenaciones cuando han sido realizadas sin existir una situación objetiva de necesidad, a no ser que el adquirente sea de buena fe, en

27 Esta figura jurídica es admitida por la jurisprudencia, entre otras, por las SSTs 28 mayo 1954 (RAJ 1954, 1987), 24 febrero 1959 (RAJ 1959, 1080), 23 febrero 1961 (RAJ 1961, 350), 19 enero 1962 (RAJ 1962, 541), 17 mayo 1962 (RAJ 1962, 2248), 23 noviembre 1971 (RAJ 1971, 4976), 9 diciembre 1970 (RAJ 1970, 5440), 14 octubre 1971 (RAJ 1971, 3954), 9 octubre 1986 (*Tol* 1734322), 4 mayo 1987 (*Tol* 1736933), 3 septiembre 1988 (RAJ 1988, 6686), 2 julio 1991 (*Tol* 1728940), 9 marzo 2000 (*Tol* 1478) y 6 abril 2006 (*Tol* 882952) y SAP Navarra 25 noviembre 2020 (*Tol* 8385638), SAP Granada 10 noviembre 2021 (*Tol* 8792783) y SAP de Madrid 24 junio 2022 (*Tol* 9232154).

28 Se trata de una aplicación del principio de subrogación real. V. en este sentido STS 3 marzo 2000 (*Tol* 1491).

29 V. en este sentido SSTs 10 julio 1903 (JC 96, 31) y 8 marzo 1926 (JC 170, 17).

30 V. en este sentido SSTs 24 febrero 1959 (RAJ 1959, 1080), 9 octubre 1986 (*Tol* 1734322) y 2 julio 1991 (*Tol* 1728940). Otro mecanismo de control judicial del ejercicio de las facultades dispositivas del usufructuario es el de la simulación. A través de él, los Tribunales declaran la nulidad de los contratos, que carecen de causa (simulación absoluta) o la tienen falsa (simulación relativa), los cuales son concluidos con la finalidad de privar al heredero nudo propietario del derecho expectante al residuo de bienes que quedaren a la extinción del usufructo. V. en este sentido SSTs 23 noviembre 1971 (RAJ 1971, 4978) y 4 mayo 1987 (*Tol* 1736933).

cuyo caso su adquisición será inatacable, por lo que al nudo propietario sólo le quedará la posibilidad de pedir una indemnización de daños y perjuicios³¹.

A nuestro parecer, esta posición es artificiosa, pues, en definitiva, aun afirmando la jurisprudencia que la necesidad ha de apreciarse en sentido subjetivo, lo cierto es que la acaba valorando en sentido objetivo. Por ello, es más conforme a la realidad de la cosa, admitir, de partida, que el estado de necesidad del usufructuario ha de ser valorado objetivamente, considerando que las enajenaciones realizadas sin existir una carencia de recursos para su sustento, habitación, vestido o asistencia médica carecen de eficacia traslativa, no por ser abusivas, sino porque son un acto para el cual no está legitimado por el título constitutivo.

¿Qué significado práctico tiene entonces la frase apreciación según conciencia establecida por el testador? Creemos que la de imponer a los nudos propietarios la carga de la prueba de que no existe una situación objetiva de necesidad en el usufructuario que enajena la cosa³².

VI. OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO.

El usufructuario soporta tres tipos de obligaciones: previas, simultáneas o posteriores a la entrega de los bienes objeto de su derecho real.

I. Las cargas: formación de inventario y prestación de fianza.

El usufructuario tiene unas obligaciones previas o cargas, en sentido técnico, sin las cuales no puede entrar en posesión de los bienes³³, por lo que son condición para que pueda usarlos y disfrutarlos³⁴ (formar inventario y prestar fianza, según el art. 491 CC).

La SAP Asturias 20 junio 2011 (JUR 2011, 417297) afirma que la acción del nudo propietario para exigir el cumplimiento de estas obligaciones es imprescriptible, negando la aplicación del principio de la prohibición de ir contra los propios actos, basada en la mera alegación, por parte de la usufructuaria, de que los herederos (nudos propietarios) no le habían pedido la formación de inventario, ni la prestación de fianza, durante el plazo de seis años.

31 V. en este sentido STS 30 junio 1961 (RAJ 1961, 2872).

32 V. en este sentido STS 3 marzo 2000 (Tol 1491).

33 Por lo que, de no cumplirse, habrá que estar a lo dispuesto en los arts. 494 y 495 CC.

34 Sin embargo, no son requisito previo para la constitución del usufructo. V. en este sentido STS 4 octubre 1989 (Tol 1731445).

La formación de inventario es una consecuencia lógica de ser el usufructo un derecho temporal, a cuyo término hay que entregar los bienes al nudo propietario³⁵.

La prestación de fianza trata de asegurar a los nudos propietarios el cobro de las pretensiones de resarcimiento por los daños sufridos en la cosa por el mal uso de ella por parte del usufructuario.

El término fianza no es usado en sentido técnico, por lo que puede ofrecerse cualquier garantía personal o real, siempre que sea suficiente para asegurar los eventuales daños producidos en los bienes³⁶.

Cabe dispensa de las cargas, la cual puede ser legal, voluntaria o judicial:

a) La obligación de prestar fianza es dispensada por la Ley, cuando el vendedor o donante se hubiere reservado el usufructo de los bienes vendidos o donados (presuponiendo ser ésta su voluntad) y al cónyuge sobreviviente respecto de la cuota legal usufructuaria, si no contrajeren los padres o el cónyuge posterior matrimonio (art. 492.1° CC)³⁷.

b) Pero, además, el propietario podrá dispensar del cumplimiento, tanto de la obligación de prestar fianza, como de la de formar inventario, en el título constitutivo³⁸.

35 Las SSTs 3 octubre 1979 (RAJ 1979, 3323) y 4 octubre 1989 (Tol 1731445) afirman que, no señalando el CC plazo para la realización del inventario, éste puede hacerse, tanto en el momento de constituirse el usufructo, como después. No se especifica ningún requisito formal para la formación de inventario, fuera de la exigencia del art. 491 CC, de tasar los muebles y describir el estado de los inmuebles, por lo que podrá hacerse en documento público o privado. Los gastos de formación de inventario parece que han de ser satisfechos por el usufructuario, pues son originados por el cumplimiento de una carga que legalmente soporta.

36 Surge el problema de determinar cuál ha de ser la cuantía de la garantía. Es claro que no puede ser tan alta que, en la práctica, se prive al usufructuario de la posibilidad de disfrutar de los bienes, ya que, en este caso, se estaría contradiciendo la voluntad del constituyente del usufructo, por lo que se debe tener en cuenta la capacidad económica de aquél.

37 La SAP Asturias 20 junio 2011 (JUR 2011, 417297) precisa que el precepto exceptúa de la obligación de prestar fianza, pero no, de la de hacer inventario.

38 La dispensa hecha por el constituyente del usufructo no vincula necesariamente al nuevo nudo propietario, en caso de venta del bien. Así se deduce de la STS julio 2006 (Tol 979435). Don César, que estaba casado con doña Gloria, sin embargo, convivía maritalmente con doña Trini, a quien vendió el usufructo de un inmueble, dispensándole de las obligaciones de formar inventario y prestar fianza. A la muerte de don César, doña Gloria sucedió en la nuda propiedad del inmueble, exigiendo a doña Trini la formación de inventario y la prestación de fianza. Esta última se opuso, alegando que había sido dispensada de cumplir dichas cargas en el título constitutivo del usufructo, argumento que no fue estimado por el TS, el cual afirmó que “El hecho de que en el momento de constitución del usufructo no se exigiera por el nudo propietario el cumplimiento de tales obligaciones no implica la dispensa de las mismas en los términos a que se refiere el artículo 493 del Código Civil [...] una vez que las circunstancias han cambiado y la nuda propiedad ha pasado, como ocurre en el caso, a tercera persona”.

Esta dispensa podrá ser, tanto expresa como tácita, es decir, por hechos concluyentes, por ejemplo, el transcurso de un largo plazo de tiempo sin exigir la prestación de fianza, estando el usufructuario en posesión de los bienes³⁹.

c) Por último, excepcionalmente, cabe dispensa por parte del juez “cuando de ello no resultare perjuicio a nadie” (art. 493 CC). Parece que, en este caso, habrá que atender al tipo de bienes de que se trate.

2. LAS OBLIGACIONES SIMULTÁNEAS AL EJERCICIO DEL DERECHO.

El usufructuario soporta una serie de obligaciones en el ejercicio de su derecho.

A) *La obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa.*

Del art. 467 CC resulta la obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa, lo que significa que, salvo que lo autorice el título constitutivo, no puede enajenar la cosa o alterar su destino económico (por ejemplo, transformar una huerta en edificio para espectáculos), como tampoco “consumir o deteriorar su naturaleza ni su valor con merma de su normal productividad en perjuicio del dueño”⁴⁰: el usufructuario no puede, así, dismantelar la industria de panadería (objeto del usufructo), almacenando toda la maquinaria y demás elementos necesarios para su explotación, alquilando, después, a un tercero el local comercial donde el negocio se ejercía; por lo que debe indemnizar a los nudos propietarios los daños ocasionados, consistentes en el importe de los gastos necesarios para volver a instalar la industria de panadería en el local (al final del usufructo) y en la posible pérdida de clientela durante el tiempo en que el negocio estuviera cerrado⁴¹.

El art. 489 CC impone al nudo propietario la misma obligación, de no alterar la forma o sustancia de la cosa, en perjuicio del usufructuario, precisando la RDGRN 21 noviembre 2002 (*Tol 230601*) que ello comporta el deber de “respetar su identidad, estado y condiciones, pero también de mantener su aptitud productiva o de mejorarla”, por lo que el nudo propietario puede construir sobre una finca que en el Registro de la Propiedad se describe como un solar cercado, sin que la declaración de obra nueva requiera el consentimiento del usufructuario.

39 La SAP Cádiz 22 diciembre 2023 (*Tol 9960429*) indica que no es requisito condicionante para el nacimiento del derecho de usufructo. Es por ello que, cada vez es más frecuente la omisión del cumplimiento de estas obligaciones ante la tácita aquiescencia de quienes podrían verse perjudicados por ello.

40 V. en este sentido STS 19 diciembre 2008 (*Tol 1432567*).

41 La STS 20 julio 2010 (*Tol 1918611*) precisa que, en caso de alteración de la forma y sustancia, por desmantelamiento de la industria de panadería y posterior alquiler del local comercial a un tercero, el nudo propietario perjudicado puede ejercitar la acción indemnizatoria durante la vigencia del usufructo, por todo el tiempo de variación, al no haber ejercitado aquél la facultad de recuperación de la posesión y administración de la finca.

B) La obligación de realizar las reparaciones ordinarias.

A tenor del art. 500.I CC: El usufructuario está obligado a hacer las reparaciones ordinarias que necesiten las cosas dadas en usufructo.

La STS 25 abril 2018 (Tol 6592299) observa: “Es una obligación que nace con el inicio del derecho del usufructo y no con la entrada en posesión de la cosa y su fundamento es el propio deber de conservar y cuidar diligentemente los bienes usufructuados”.

El art. 500.II CC considera reparaciones ordinarias: “las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación”.

Se trata de reparaciones que originan gastos previsibles y periódicos en el tiempo; por ejemplo, tratándose de gastos de comunidad a la que pertenezca la vivienda usufructuada, deberán ser satisfechas por el usufructuario las cuotas mensuales de mantenimiento (luz, limpieza, mantenimiento de los ascensores)⁴²; en cambio, serán de cuenta del nudo propietario las derramas extraordinarias aprobadas para obras o reparaciones, tales como impermeabilización de terrazas o tejados, sustitución de bajantes de aguas residuales, instalación o sustitución del ascensor, reparación de fachada y estructura y obras de reformas o mejoras⁴³.

Si el usufructuario no hiciere las reparaciones ordinarias después de haber sido requerido por el propietario, podrá éste hacerlas por sí mismo a costa de aquél (art 502.II CC, *in fine*).

C) La obligación de cuidar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia.

El usufructuario tiene la obligación “de cuidar de las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia” (art. 497 CC)⁴⁴, lo que implica el deber de realizar en ellas las reparaciones ordinarias necesarias para su conservación⁴⁵, entendiendo por tales las que sean consecuencia de los desperfectos que procedan del uso

42 V. en este sentido SAP Madrid 24 mayo 2011 (Tol 2170231), que observa “que las cuotas ordinarias de comunidad tienen por objeto cubrir económicamente una serie de servicios, tales como los de portería, limpieza, luz o, en general, mantenimiento de zonas comunes que, tan sólo benefician de modo directo y personal a aquel que ostenta el uso, exclusivo y excluyente, de dicho inmueble”.

43 Esto en las relaciones internas entre el usufructuario y el nudo propietario, porque frente a la comunidad será responsable de su pago, el nudo propietario, contra quien podrá dirigirse aquella en caso de impago.

44 Se trata de una obligación general, con carácter de principio, que también el código establece en otras materias. Esta se refiere al uso correcto y adecuado del objeto del usufructo generando, en caso de incumplimiento, responsabilidad por los daños causados a la cosa objeto del derecho por dolo o culpa del usufructuario. V. en este sentido SAP Cádiz 22 diciembre 2023 (Tol 9960429).

45 La STS 25 abril 2018 (Tol 6592299) precisa, no obstante, en relación con un usufructo que tenía por objeto una caseta edificada sobre una finca rústica, que la obligación del usufructuario de realizar las reparaciones ordinarias de mantenimiento no alcanza a las que sean legalmente imposibles por impedirlo la normativa urbanística.

normal del bien (art. 500 CC), así como el deber de dar aviso al propietario de la necesidad de realizar las reparaciones extraordinarias, cuando fuera urgente hacerlas (art. 501 CC). No obstante, todas aquellas reparaciones, ordinarias o extraordinarias, que deriven de un supuesto de fuerza mayor, no podrán ser exigidas al usufructuario, ya que su calificación (suceso imprevisible e inevitable) impide atribuir responsabilidad al mismo⁴⁶.

Al usufructuario se le exige, pues, el mismo grado de diligencia que el art. 1103 CC impone al deudor en materia de cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Dos son las consecuencias a que puede dar lugar el incumplimiento de esta obligación.

a) Si se ocasiona un “considerable perjuicio al propietario”, por este hecho, no se extingue el usufructo, pero “podrá éste pedir que se le entregue la cosa, obligándose a pagar anualmente al usufructo el producto líquido de la misma, después de deducir los gastos y el premio que se le asigne por su administración” (art. 520 CC).

b) El incumplimiento de la obligación de conservación puede, además, dar lugar a la responsabilidad contractual del usufructuario y a la consiguiente reparación de daños y perjuicios (aunque el título constitutivo no sea un contrato), por lo que solo cesa en caso de fuerza mayor o caso fortuito, en los términos previstos en el art. 1105 CC⁴⁷.

La STS 11 noviembre 1995 (*Tol 211038*) confirmó la sentencia recurrida, la cual había condenado a la usufructuaria a indemnizar los daños producidos en los bienes usufructuados, por no haber hecho en ellos las reparaciones ordinarias. La demanda recurrente alegaba que en el testamento se había nombrado a un administrador con amplísimas facultades (entre ellas, las de proveer a las reparaciones ordinarias y extraordinarias), que había estado exiliada durante 6 años por motivos políticos y que los nudos propietarios se habían negado a aceptar la renuncia del usufructo. El TS entendió que ninguna de las circunstancias alegadas constituía un caso de fuerza mayor que le hubiese impedido cumplir con sus obligaciones de usufructuaria, pudiendo haber renunciado unilateralmente al usufructo, consolidándose entonces el pleno dominio en los nudos propietarios, para lo cual no se requería el consentimiento de éstos. “Tampoco —concluye el TS— la existencia de la figura del administrador de los bienes designados por la causante con amplísimas facultades, sino que le otorga una acción contra él y sus

46 V. en este sentido SAP Castellón 20 octubre 2015 (ECLI:ES:APCS:2015:941).

47 V. en este sentido SSTS 30 junio 1961 (RAJ 1961, 2872) y 11 noviembre 1995 (*Tol 211038*).

herederos para la rendición de cuentas por el modo de desempeñar su cargo con las responsabilidades económicas correspondientes”.

D) La obligación de pagar contribuciones y cargas.

A tenor del art. 504 CC, “El pago de las cargas y contribuciones anuales y el de las que se consideran gravámenes de los frutos, será de cuenta del usufructuario todo el tiempo que el usufructo dure”.

Por lo tanto, el pago de la contribución urbana o rústica de la finca objeto del usufructo corre a cargo del usufructuario, quien estará obligado a reembolsar al nudo propietario su importe, si es este quien lo paga⁴⁸.

En particular, respecto de las cargas hipotecarias, habrá que estar a lo previsto en el art. 509 CC, según el cual “El usufructuario de una finca hipotecada no estará obligado a pagar las deudas para cuya seguridad se estableció la hipoteca. Si la finca se embargare o vendiere judicialmente para el pago de la deuda, el propietario responderá al usufructuario de lo que pierda por este motivo”.

El primer párrafo establece el principio de que siendo la deuda hipotecaria una deuda personal del nudo propietario no responde de ella. Sin embargo, podrá pagar, como puede hacerlo cualquier tercero, en cuyo caso tendrá derecho de reembolso conforme a lo dispuesto en el art. 1158 CC.

El segundo párrafo presupone que la hipoteca ha sido constituida antes del usufructo, porque, si ha sido constituida después, la ejecución de la hipoteca (sobre la nuda propiedad de la finca) no podrá perjudicar al usufructuario.

3. Obligaciones al extinguirse el usufructo.

Terminado el usufructo, se entregará la cosa al propietario, quien deberá restituir la fianza prestada (art. 522 CC).

La restitución de la fianza se supedita, no obstante, a que no haya daños en el bien, porque, si los hubiera, el propietario podrá destinar a repararlos la suma correspondiente de la garantía, de acuerdo con el normal funcionamiento de lo que, en realidad, es una prenda irregular⁴⁹.

El art. 522 CC reconoce al usufructuario o a sus herederos un derecho de retención, “por los desembolsos de que deban ser reintegrados” (por ejemplo, el importe de las reparaciones extraordinarias indispensables para la conservación

⁴⁸ V. en este sentido SAP Valencia 19 octubre 2020 (ECLI:ES:APV:2020:2953), respecto del pago del IBI.

⁴⁹ Si la garantía no es una prenda irregular, sino, por ejemplo, una hipoteca, se cancelará la misma.

de la cosa, si fuere el usufructuario, quien las hubiese pagado, a pesar de no estar obligado a ello).

La STS 19 noviembre 1958 (RAJ 1958, 4032) observa que el derecho de retención no “impide la extinción del usufructo, sino que la presupone”, siendo “un derecho de garantía que cesa en el momento mismo en que queden reintegrados aquellos desembolsos, bien con los productos de la cosa, bien mediante su pago por el propietario o por un tercero”.

El usufructuario no tiene derecho al abono de las mejoras útiles o de recreo, pero podrá retirarlas siempre que sea posible hacerlo sin detrimento del bien (art 487 CC); y, así mismo, podrá compensar sus desperfectos con las mejoras hechas (art. 488 CC)⁵⁰.

VII. LA EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO.

I. Causas.

Las causas de extinción del derecho de usufructo son las siguientes:

a) La muerte del usufructuario (art. 513.1º CC), a no ser que se haya constituido simultánea a favor de varias personas, en cuyo caso la muerte de cada una de ellas provoca el acrecimiento de su cuota a los demás, por lo que el derecho real sólo se extinguirá a la muerte de la última que sobreviva (art. 521 CC)⁵¹.

b) La expiración del plazo por el que se constituyó (si no lo hubiera sido por toda la vida del usufructuario)⁵² o del término legal de los 30 años, en el caso de que el usufructuario sea una persona jurídica (art. 515 CC), así como el

50 Conforme al art. 128.1 LSC, “Siendo el usufructo de acciones o participaciones sociales tendrá derecho el usufructuario al incremento de valor experimentado por ellas, “que corresponda a los beneficios propios de la explotación de la sociedad integrados durante el usufructo en las reservas expresas que figuren en el balance de la sociedad, cualquiera que se la naturaleza o denominación de las mismas”.

No obstante, a tenor del art. 128.4 LSC, “El título constitutivo del usufructo de participaciones podrá disponer reglas de liquidación distintas”, habiendo precisado la STS 13 mayo 2026 que tal precepto es también aplicable al usufructo de acciones, confirmando la naturaleza dispositiva del art. 128.2 LSC en relación con este tipo de usufructo. Concretamente, consideró que la expresión, empleada en el testamento constitutivo del usufructo de acciones, en el que literalmente se decía que el mismo “se circunscribirá únicamente al dividendo que efectivamente repartan las empresas” manifestaba la intención del testador de excluir el derecho del usufructuario al incremento de valor de los títulos al extinguirse el derecho real.

51 Si el usufructo se ha constituido sucesivamente a favor de varias personas, la STS 26 abril 1954 (RAJ 1954), interpreta que la muerte de cada una de ellas supone la extinción del usufructo que le correspondía y el nacimiento de otro a favor del siguiente llamado.

52 Si se constituye por el tiempo en que tarde en llegar a cierta edad, a tenor del art. 516 CC subsistirá el número de años prefijado, aunque muera antes, a no ser que el usufructo “hubiere sido expresamente concedido sólo en atención a dicha persona”.

cumplimiento de la condición resolutoria consignada en el título constitutivo (art. 513.2° CC)⁵³.

La STS 12 junio 2008 (*Tol 1333407*) entendió que no debía considerarse extinguido el usufructo vitalicio de una vivienda, concedido con la condición de que fuera habitada, al menos, 6 meses al año, porque su falta de uso por parte de la usufructuaria durante un período de un año fue debido a que se encontraba recibiendo tratamiento médico de hemodiálisis en otra ciudad, donde se le trasplantó un riñón. Afirma el TS que concurre una “justa causa sobrevenida que determina el que resulte inexigible el cumplimiento de la condición impuesta al testador; al acaecer una imposibilidad no culpable” de cumplirla.

c) La consolidación (art. 513.3° CC), por reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona (por ejemplo, quien compra a usufructuario y nudo propietario sus respectivos derechos).

d) La renuncia (onerosa o gratuita) del usufructuario (art. 513.4° CC), que es un negocio jurídico unilateral, por lo que para su eficacia no se requiere el consentimiento de los nudos propietarios⁵⁴.

e) La pérdida total de la cosa objeto del usufructo (art. 513.5° CC), pues, si es parcial, el derecho real continuará sobre la parte restante (art. 514 CC).

En el caso de edificaciones, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 517 CC: “Si el usufructo estuviera constituido sobre una finca de la que forme parte un edificio, y éste llegare a perecer, de cualquier modo que sea, el usufructuario tendrá derecho a disfrutar del suelo y de los materiales.

Lo mismo sucederá cuando el usufructo estuviera constituido solamente sobre un edificio y éste pereciere. Pero en tal caso, si el propietario quisiera construir otro edificio, tendrá derecho a ocupar el suelo y a servirse de los materiales, quedando obligado a pagar al usufructuario, mientras dure el usufructo, los intereses de las sumas correspondientes al valor del suelo y de los materiales”.

Este precepto formula dos reglas:

La primera de ellas es fácilmente comprensible. Se refiere al caso en que el usufructo recae sobre una finca en una parte de cuya superficie se halla un edificio,

53 La SAP Las Palmas 27 septiembre 2011 (*JUR 2011, 376285*), revocando la sentencia recurrida, consideró que la disolución por divorcio del matrimonio no suponía el cumplimiento de la condición resolutoria pactada en el título constitutivo, según la cual el usufructo sobre la vivienda conyugal, propiedad del marido, se extinguiría, si “constante el matrimonio próximo a celebrarse [la mujer] mantuviera una relación sentimental con una tercera persona distinta [de su cónyuge]”.

54 V. en este sentido STS 11 noviembre 1995 (*Tol 211038*).

por ejemplo, una finca rústica en la que hay una casa de campo. En este supuesto, si se destruye el edificio, el usufructo subsiste sobre lo que quede, es decir, la finca misma, con inclusión del suelo sobre el que estaba construida la edificación parecida, y los materiales.

La segunda regla no se puede comprender si se lee el precepto literalmente. No se trata de que el usufructo esté constituido sobre el edificio, solamente, con exclusión del suelo sobre el que se halle construido, sino que hay que interpretar que el precepto se refiere al caso en que el usufructo recaiga, tanto sobre el suelo como sobre el edificio, cubriendo este la totalidad de aquel. En este supuesto, si el edificio perece, el propietario tiene una opción, bien permitir al usufructuario usar el suelo y los materiales, bien utilizarlos él mismo con el fin de construir otro edificio, en cuyo caso quedará obligado a pagar al usufructuario, mientras dure el usufructo, los intereses del valor del suelo y de los materiales.

Los arts. 518 y 519 CC contienen, respectivamente, reglas para el supuesto de que la edificación estuviese asegurada o el inmueble fuera objeto de expropiación forzosa.

f) La resolución del derecho del constituyente (art. 513.6° CC), que, por ejemplo, pierda la propiedad del bien objeto del usufructo, por ejercitar quien se lo vendió un derecho de retroventa, a no ser que el usufructuario esté protegido por el juego de la fe pública registral (art. 1510 CC).

g) La prescripción (art. 513.7° CC), por no ejercicio de la facultad de disfrute durante 6 ó 30 años, según se trate de bienes muebles o inmuebles (arts. 1962 y 1963 CC).

La STS 19 noviembre 1958 (RAJ 1958, 4032) afirma que la posesión de los bienes por parte del usufructuario o sus herederos después de la extinción del derecho real “resulta desprovista de todo título propio y sólo es concebible en nombre del dueño, por lo que la tenencia material en que se mantenga no afecta ni a la extinción del usufructo ni a la consiguiente adquisición del pleno dominio y posesión real de la cosa por parte del nudo propietario”.

La STS 6 noviembre 2024 (Tol 10273253) observa que la prescripción extintiva de la acción real, que corresponde al usufructuario para proteger su derecho, requiere que, además del transcurso del plazo, “concurra una posesión de la cosa (por el dueño o por un tercero) como libre de gravamen”. Por ello, no se extingue el usufructo sobre una casa, cuando el titular de este derecho real (la madre) permite, por mera tolerancia, al nudo propietario (el hijo), poseer el inmueble a título gratuito y sin fijar un plazo determinado, pues, en tal caso, estamos ante un precario, que es libremente revocable, en cualquier momento, por parte del

usufructuario para poder éste recuperar la posesión inmediata del bien. Dice, así, que “el disfrute o simple tenencia de la cosa sin título y sin pagar merced por el hijo demandado y su familia da lugar a una situación de precario, con la consecuencia de que la oposición por parte de la titular del derecho de uso pone fin a la tolerancia y obliga al que posee de manera inmediata la vivienda a devolvérsela”.

2. Efectos.

La extinción del usufructo comporta la reintegración en el dominio de la facultad de disfrute, para lo cual no se requiere la entrega de la posesión de los bienes por parte del usufructuario o de sus herederos, ya que este efecto se produce por ministerio de la ley⁵⁵.

La STS 19 noviembre 1958 (RAJ 1958, 4032) afirma que la posesión de los bienes por parte del usufructuario o sus herederos después de la extinción del derecho real “resulta desprovista de todo título propio y sólo es concebible en nombre del dueño, por lo que la tenencia material en que se mantenga no afecta ni a la extinción del usufructo ni a la consiguiente adquisición del pleno dominio y posesión real de la cosa por parte del nudo propietario”.

VIII. USO Y HABITACIÓN.

El uso y la habitación son derechos reales de disfrute de menor contenido que el usufructo⁵⁶.

El uso “da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque ésta se aumente”(art. 524, I CC).

Por lo tanto, el usuario no solo tiene derecho a usar la cosa, sino también a percibir los frutos de la misma, pero solamente en la medida en que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque, sí para cumplir dicha finalidad tiene que consumir la totalidad de los frutos, puede hacerlo, pero deberá pagar los gastos de cultivo, las reparaciones ordinarias de conservación y las contribuciones, del mismo modo que el usufructuario (art. 527 CC).

La STS 26 julio 2001 (*Tol* 32405) precisa que la noción de necesidad se refiere a la “satisfacción de necesidades primarias o de subsistencia”, mientras que la de familia alude al “componente parental o dependiente del usuario, por indiscutible

55 La STS 4 junio 2020 (*Tol* 7969807) aclara que “extinguido el derecho de usufructo por el fallecimiento de la usufructuaria, conforme al art. 513.1º CC, los derechos [a los frutos] devengados a partir de dicha fecha correspondían a los nudos propietarios (art. 474 y 475 CC)”.

56 La SAP Barcelona 2 diciembre 2024 (ES:APB:2025:3000) establece las diferencias entre derecho de uso y de usufructo, destacando como principal distinción, la extensión, de este último, sobre la apropiación de los frutos o rendimientos de la cosa, además de no requerir la detentación posesoria.

vínculo de parentesco, convivencia o dependencia". Concretamente, considera que no puede ser calificado como un derecho de uso el de los copropietarios de los pisos de una urbanización a la utilización gratuita de una piscina vinculada a un restaurante privado, entendiendo que se trata de un derecho real innominado, el cual puede ser encuadrado en el ámbito de las servidumbres personales positivas.

La habitación es un derecho de uso gratuito⁵⁷, que se caracteriza por el objeto sobre el que recae, otorgando "la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia" (art.524.II CC).

Por lo tanto, lo habitual será que el titular del derecho de habitación conviva con el nudo propietario en la misma casa y compartan el uso de elementos tales como el baño, la cocina, o el comedor.

La SAP Barcelona 17 septiembre 2003 (LL 2004, 5972) dice que "en el derecho de habitación, el solo hecho de que la vivienda no sea susceptible, por sus características y distribución, de división y de aprovechamiento independiente, porque únicamente disponga de un baño, de una cocina, y de un salón comedor, por lo que es obvio que no se pueden constituir dos unidades independientes con los correspondientes servicios que la hagan habitable, no permite considerar que el derecho de habitación tenga que abarcar la totalidad de la misma y en exclusiva, ya que entonces, y de aceptarse lo contrario, la regulación legal de este derecho carecería de toda lógica, confundiéndose con otros diferentes y de mayor amplitud" (el usufructo).

Respecto al régimen jurídico de estos derechos de disfrute, las normas legales del uso y de la habitación tienen carácter supletorio de lo determinado en el título constitutivo (art. 523 CC), integrándose las lagunas por las disposiciones establecidas para el usufructo, siempre que no se opongan a lo expresamente previsto en la regulación específica (art. 528 CC).

La diferencia fundamental con el usufructo es que los derechos de uso y de habitación no se pueden arrendar ni enajenar, por tener carácter personalísimo (art. 525 CC).

La SAP Barcelona 6 julio 2022 (Tol 9178691) entiende que, a diferencia de lo que sucede en el usufructo, la constitución gratuita de un derecho de uso no exige para su validez el otorgamiento de escritura pública, puesto que dicho acto no puede equipararse a una donación de bienes inmuebles, debido al carácter restringido de las facultades que otorga a su titular.

⁵⁷ La STS 5 marzo 1924 (JC 161, 105) observa que "Es singularísima característica del derecho de habitación, no pagar alquiler".

La STS 26 julio 2001 (*Tol* 32405) afirma, así, que “el derecho de uso es un derecho subjetivado o personalísimo, o sea, con titularidad adscrita y vinculada a una persona determinada”.



RECENSIONES



RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *La obra científica ante la inteligencia artificial. Retos y propuestas de la definición de la autoría*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2026, 258 pp. ISBN: 979-13-7021-036-6.



La obra que se presenta bajo el título *La obra científica ante la inteligencia artificial. Retos y propuestas de la definición de la autoría* que ha sido recientemente publicada por la editorial Tirant lo Blanch, dentro de la colección de monografías alta calidad en investigación jurídica. Editorial de reconocido prestigio ya que es la mejor valorada en clasificación SPI (Scholarly Publishers Indicators) que realiza el grupo ILÍA del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC). Este prestigioso estudio otorga a la editorial Tirant lo Blanch una valoración de 31.563 puntos.

Nos encontramos ante una obra pionera y con una propuesta muy novedosa, en la que la autora, Francisca Ramón Fernández, Catedrática de derecho civil en la Universitat Politècnica de València, arriesga -y mucho- en torno a uno de los

aspectos más complejos en relación con la inteligencia artificial como es la autoría en el contexto de la propiedad intelectual de una obra científica.

Se trata de una monografía que explora los límites de la concepción de la autoría tal y como la entendemos y cómo deberíamos entenderla en un futuro. Es una realidad que cada vez más la inteligencia artificial se está implementando y la propiedad intelectual no está exenta, pero más allá de la regulación actual que no se contempla a un autor más que a un ser humano como creador y en relación con la originalidad de la obra para ser protegida, se apuesta por una reformulación de este concepto en el caso de intervención de una herramienta de inteligencia artificial.

Pero no todo es tan sencillo, depende del uso que se realice de la herramienta de inteligencia artificial y de los *prompts* o instrucciones que debe contemplarse de una forma u otra.

Nos encontramos ante un tema apasionante y de una gran actualidad y que abre un debate muy interesante sobre los robots y máquinas como autores, si ello es posible, si será posible en el futuro y si será necesario realizar una modificación de la legislación actual.

La investigación desarrollada por la autora se ha realizado en el marco de del Grupo de Investigación de Excelencia Generalitat Valenciana "Algorithmical Law" (Proyecto Prometeu 2021/009, 2021-2024), Proyecto de I+D+i "Derechos y garantías públicas frente a las decisiones automatizadas y el sesgo y discriminación algorítmicas" 2023-2025 (PID2022-126439OB-I00) financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER,UE, y Grupo de Investigación de Excelencia Generalitat Valenciana (Proyecto Prometeu CIPROM/2024/16, Algorithmic Law, 2025-2029), en los que participa como investigadora.

Dentro de las líneas de investigación de la autora, entre las que se encuentra la inteligencia artificial, se proyecta la obra sobre tres capítulos. El primero dedicado al concepto de autor en la propiedad intelectual; el segundo, que versa sobre la creación de una obra científica, y el tercero, que se detiene en la necesidad de modificación de la autoría con la aplicación de la inteligencia artificial. Se concluye la obra con unas conclusiones sobre las distintas cuestiones analizadas, así como un apartado de referencias legislativas y de jurisprudencia que resultan de máxima utilidad para facilitar la lectura de la obra.

Se trata de una obra rigurosa, académica y que abre el conocimiento de la propiedad intelectual en relación a la inteligencia artificial donde se encuentran respuestas a cuestiones de máxima actualidad como son si el robot puede ser autor, o si una máquina puede "crear" y protegerse su "creación". Es evidente que

la monografía se adelanta a su tiempo y no dejará indiferente a quienes analizan la propiedad intelectual, y puede significar un paso más en una nueva regulación de la propiedad intelectual en nuestro país.

José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho civil
Universitat de València

AA.VV.: *El Derecho aragonés, un Derecho vivo* (dir. por A. LÓPEZ AZCONA), Colex, La Coruña, 2026, 265 pp. ISBN: 979-13-7011-514-2.



La obra colectiva *El Derecho aragonés, un Derecho vivo*, dirigida por la profesora Aurora López Azcona, constituye una aportación de indudable interés para el estudio del Derecho civil autonómico español. Eminentemente contemporánea, la monografía se articula en torno al análisis de diversas cuestiones jurídicas que inciden de manera directa en la cotidianidad de la sociedad aragonesa. No nos hallamos, por tanto, ante un estudio sistemático del ordenamiento civil aragonés, sino más bien ante una relectura de algunos de sus aspectos más relevantes, elaborada a partir de las ponencias presentadas en el curso de verano de la UNED que se celebró en Fraga en 2025. El propósito de aquel curso fue generar “un espacio de aprendizaje y una oportunidad para el debate, la reflexión y la búsqueda de soluciones a los desafíos a que se enfrenta el Derecho aragonés y su ciudadanía”. Pues bien, ese objetivo se ve plenamente reflejado en la presente obra, que logra conjugar con acierto el rigor propio de la reflexión académica con una perspectiva marcadamente práctica.

A través de las contribuciones de notarios, registradores, abogados y académicos, la monografía ofrece una visión plural y enriquecedora del Derecho civil aragonés en su dimensión más viva y aplicada. Lejos de adoptar un enfoque historicista o descriptivo, la obra propone una lectura dinámica del Derecho aragonés, que se presenta como un ordenamiento jurídico plenamente vigente, dotado de solidez técnica y de una clara funcionalidad social. En ese sentido, la idea que vertebra la monografía —y que recoge el propio título— es, precisamente, que el Derecho civil aragonés constituye hoy un Derecho vivo: un Derecho utilizado con naturalidad por los ciudadanos, aplicado cotidianamente por los operadores jurídicos y capaz de ofrecer respuestas adecuadas a las transformaciones sociales del siglo XXI.

La dirección científica de Aurora López Azcona garantiza la coherencia interna de la obra, que reúne —junto con su propia contribución— los trabajos de destacados especialistas en la materia.

En el primer capítulo la catedrática Carmen Bayod López aborda una cuestión preliminar y decisiva: ¿dónde y a quién se aplica el Derecho foral aragonés? Se pone así de manifiesto el alcance real del Derecho aragonés que, como cualesquiera otros Derechos civiles europeos, puede aplicarse no sólo a los aragoneses sino también a quienes no lo sean, siempre que la ley aplicable sea la aragonesa. En cuanto a su dimensión externa, la autora nos recuerda que el Derecho aragonés es “un Derecho civil europeo más”, plenamente integrado en el espacio jurídico de la Unión. Esta perspectiva resulta particularmente relevante para comprender que el Derecho aragonés no constituye un sistema cerrado o territorialmente aislado, sino un ordenamiento que dialoga tanto con el Derecho estatal como con el Derecho europeo.

El capítulo segundo se adentra en el ámbito del Derecho de familia para analizar, de la mano de la profesora Aurora López Azcona, la problemática derivada de las relaciones con los hijos mayores de edad y su incidencia en el ámbito alimenticio y sucesorio. La autora reflexiona sobre la relación de los denominados “hijos mayores a cargo” con sus progenitores, para quienes el legislador aragonés ha articulado un sistema de derechos y deberes recíprocos que combina solidaridad familiar y responsabilidad individual. Tras exponer el marco legislativo, la profesora López Azcona examina la jurisprudencia más relevante en torno a cuestiones de máxima actualidad como la pervivencia del deber de crianza y educación en situaciones de “parasitismo social” o la obligación del progenitor de sufragar los gastos de los hijos mayores cuando la relación familiar es inexistente.

El capítulo tercero, a cargo del notario de Zaragoza Tomás García Cano, se ocupa de otro tema de gran relevancia social: los instrumentos de autoprotección que el ordenamiento aragonés pone a disposición de las personas mayores a fin

de garantizar su autonomía y bienestar. Desde una perspectiva marcadamente práctica, el autor analiza las herramientas que ofrece el Derecho aragonés — los mandatos y los poderes preventivos— para facilitar la adopción anticipada de decisiones a quienes deseen planificar su futuro, ya sea en relación con el cuidado personal o con la gestión de su patrimonio. Una vez más, se constata la capacidad de adaptación del Derecho aragonés a las necesidades de una sociedad progresivamente envejecida, situando en el centro del sistema la dignidad y la autonomía de la persona.

Por su parte, la letrada M.^a Cristina Chárlez Arán examina en el capítulo cuarto las soluciones que ofrece el Derecho aragonés ante las crisis matrimoniales. Instituciones como la autoridad familiar, la asignación compensatoria o la custodia compartida reflejan una concepción propia de las relaciones familiares en la que la libertad civil y la igualdad ocupan, junto con la protección del interés superior del menor, un lugar central. La terminología diferenciada del ordenamiento aragonés no es meramente nominal, sino que expresa una identidad jurídica coherente con la tradición foral y alineada con los principios constitucionales y con la evolución del Derecho de familia europeo. La autora ofrece una visión práctica y actualizada, incorporando tanto la profunda transformación experimentada por los modelos de convivencia como la creciente relevancia de los métodos alternativos de resolución de conflictos.

El capítulo quinto se adentra en el ámbito del Derecho sucesorio. En él, el notario de Zaragoza y profesor de Derecho civil Fernando Ruiz Morollón, examina algunas de las principales cuestiones a las que se enfrenta actualmente el notariado en el ámbito de la sucesión *mortis causa*. El análisis se centra en el concepto de la capacidad jurídica y, en particular, en el testamento otorgado por la persona con discapacidad, a la luz de la entrada en vigor de la Ley 3/2024, de 13 de junio, de modificación del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica. El autor ofrece una reflexión especialmente sugerente sobre la complejidad del juicio de capacidad que debe emitir el notario, identificando posibles dificultades y proponiendo soluciones prácticas, y aporta además un análisis de gran interés sobre la regulación del testamento de las personas con discapacidad en el Derecho aragonés, que incorpora incluso una propuesta de formulario notarial.

Los capítulos sexto y séptimo se adentran en el ámbito de los derechos reales y, en particular, de las servidumbres. El capítulo sexto, elaborado por el letrado Álvaro Enrech Val, examina las especialidades aragonesas en esta materia, con especial atención a la distinción entre servidumbres aparentes y no aparentes. Por su parte, el capítulo séptimo, a cargo del profesor José Luis Argudo Pérez, aborda las servidumbres y comunidades de aprovechamientos en Aragón desde una

perspectiva de notable actualidad: la posible colisión entre los aprovechamientos tradicionales —pastos, ademprios o mancomunidades— y los nuevos usos vinculados al desarrollo de energías renovables. El análisis demuestra que estas instituciones, lejos de constituir meras reliquias históricas, conservan plena vigencia y capacidad para ofrecer soluciones jurídicas a conflictos contemporáneos relacionados con el desarrollo sostenible. La sugerente pregunta con la que concluye el autor —si nos encontramos ante una “nueva desamortización civil”— pone de manifiesto la profundidad del debate suscitado.

La obra se cierra con la contribución del registrador Jorge Lacasa Roque, quien analiza la proyección registral de diversas instituciones propias del Derecho civil aragonés. Figuras como el consorcio conyugal, la viudedad foral, el abolorio o la fiducia sucesoria encuentran en el Registro de la Propiedad el instrumento necesario para desplegar plenamente su eficacia frente a terceros. El autor pone así de relieve el papel fundamental que desempeña la constancia registral como garantía de seguridad jurídica y como elemento imprescindible para la adecuada funcionalidad del sistema.

En definitiva, nos hallamos ante una obra de obligada consulta para el estudio del Derecho civil aragonés que, por su enfoque actualizado y marcadamente práctico, resulta de evidente interés para todos los operadores jurídicos. A lo largo de sus ocho capítulos la monografía pone de relieve que el Derecho civil de Aragón es, en efecto, un Derecho vivo, utilizado de forma habitual por los ciudadanos en sus relaciones familiares, sucesorias y patrimoniales, y aplicado cotidianamente por jueces, notarios, y registradores.

Maitena Arakistain Arriola
Profesora Ayudante Doctora
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

LACRUZ MANTECÓN, M. L.: *Inteligencia Artificial, Sociedad y Derecho*, Colex, La Coruña, 2024, 360 pp., ISBN 978-84-1194-810-4.



La obra que nos presenta el Profesor Lacruz Mantecón, constituye un texto introductorio para el estudio de la Inteligencia Artificial (IA) desde las ciencias sociales y, en especial, desde las jurídicas, lo que no impide al autor abordar las cuestiones aquí planteadas con la profundidad propia de quien domina plenamente la materia. La obra, dividida en cuatro capítulos principales, presenta una estructura progresiva, mediante la cual se guía al lector al entendimiento del surgimiento de la IA, de sus precedentes e inicios, de lo que debe entenderse por inteligencia artificial y de los desarrollos más recientes producidos en este ámbito.

De este modo, y una vez que el lector ha comprendido el origen, la naturaleza y el funcionamiento de esta tecnología, el Profesor Lacruz expone con claridad el impacto que ésta tiene ya en nuestras vidas y en nuestra sociedad, permitiendo al lector tomar conciencia de la relevancia, alcance y dimensión de la materia objeto de estudio, así como de la necesidad de adoptar soluciones jurídicas adecuadas

que permitan prevenir los inconvenientes o peligros que esta tecnología entraña, sin por ello frenar el desarrollo y la innovación.

Así, tras convencer al lector del importante papel que desempeña y debe desempeñar la regulación, el Profesor Lacruz entra de lleno en la parte más jurídica de su monografía, exponiendo las diferentes iniciativas legislativas que han surgido, tanto en el ámbito nacional como en el europeo, para intentar encauzar este fenómeno tecnológico. Asimismo, el Profesor Lacruz Mantecón profundiza y da respuesta a una de las cuestiones más debatidas entre la doctrina jurídica, a saber: ¿Cómo consideramos a los robots o a los programas inteligentes, como personas o como herramientas?

Esta obra del Profesor Lacruz es la última de una larga lista de publicaciones que el autor ha publicado en los últimos años sobre cuestiones relacionadas con la IA y la robótica. De entre sus trabajos, destacan especialmente las monografías *Robots y personas* (2020) e *Inteligencia Artificial y Derecho de Autor* (2021), contribuciones en las que el autor anticipa y desarrolla algunos de los planteamientos sobre los que profundiza en la obra que aquí se recensiona.

Además de estas monografías, el Profesor Lacruz cuenta con más de una veintena de publicaciones en las que explora el impacto de la IA en áreas tan diversas como el Derecho de autor, la responsabilidad civil, la ética, los derechos humanos o la justicia, lo que le acredita como una de las voces más autorizadas de la doctrina española sobre la materia.

Como ya hemos mencionado, esta monografía aparece estructurada en cuatro capítulos principales, un apartado final dedicado a conclusiones y una bibliografía exhaustiva: 1. Unas nociones sobre inteligencia artificial; 2. IA y sociedad; 3. La inteligencia artificial y la ley; 4. Subjetividad cibernética; 5. Conclusiones; y, 6. Bibliografía.

El capítulo primero presenta, tal y como su título indica, unas primeras nociones sobre inteligencia artificial, introduciendo al lector los fundamentos conceptuales e históricos de esta tecnología. Así, y partiendo desde las criaturas míticas y fantásticas presentes ya en la antigüedad griega, la mitología greco-romana, la tradición judía con la leyenda del Gólem y la literatura de ciencia ficción y la cinematografía de los siglos XIX y XX, el autor traza una línea de continuidad hasta los robots y sistemas inteligentes de nuestros días.

Lacruz Mantecón continúa delineando un largo y profundo recorrido hasta el nacimiento formal de la IA como disciplina científica en 1956. Desde los autómatas, como criaturas mecánicas que imitan el comportamiento humano o animal; las primeras calculadoras y la máquina de Babbage, considerado hoy

como el “padre de la computadora”; los estudios de Ada Byron, quien introduce la idea de programa y algoritmo informático; las tabuladoras de Herman Hollerith, capaces de gestionar enormes cantidades de datos; la cibernética, precursora de la actual inteligencia artificial y definida por Norbert Wiener como la “ciencia de la comunicación y control en los seres vivos y en las máquinas”; los modernos ordenadores electrónicos y las tesis desarrolladas por Alan Turing, con su célebre “Test de Turing” en 1950; y, finalmente, hasta la creación de las “neuronas artificiales” de Warren McCulloch y Walter Pitts en 1943.

Tras este análisis exhaustivo del desarrollo temporal de la ciencia de la IA, el Profesor Lacruz Mantecón culmina el capítulo con una definición de inteligencia artificial, entendida como “la ciencia que intenta la replicación o emulación de la actividad inteligente humana mediante la utilización de ordenadores”, sus distintas modalidades (simbólica y subsimbólica, débil y fuerte) y los obstáculos que impiden a las máquinas alcanzar una verdadera inteligencia equivalente a la humana. Como concluye el autor, “la identificación de un sistema inteligente con el cerebro humano es, hoy por hoy, una ilusión”.

El capítulo segundo analiza el impacto de la IA en la sociedad como una tecnología disruptiva que produce y producirá un verdadero cambio social, una auténtica revolución que viene a remodelar drásticamente los mercados laborales, los sistemas educativos y las interacciones sociales, y, además, a una velocidad vertiginosa nunca antes vista. El capítulo aparece así estructurado en cuatro bloques principales.

El primero, dedicado a la IA como tecnología disruptiva, la conceptualización del término “robot” por parte de la doctrina y los sistemas inteligentes. El segundo, centrado en lo que el autor denomina “escenarios apocalípticos”, y en donde se exponen las teorías sobre la “singularidad” o “superinteligencia”, el transhumanismo, como movimiento que pretende transformar la condición humana por medios tecnocientíficos para mejorar sus capacidades físicas e intelectuales, y el posthumanismo, como evolución del movimiento anterior y que se producirá cuando se superen los límites de la actual condición humana. El tercero, que recoge las valoraciones más ponderadas sobre los riesgos que implica el desarrollo IA en los diferentes aspectos de nuestra vida, y en donde el autor se hace eco tanto de numerosas posturas doctrinales como de múltiples estudios e informes realizados sobre la materia.

Y, el cuarto y último bloque de este capítulo segundo, que incide en el impacto social más actual de la IA, destacando las grandes repercusiones en el mundo empresarial y laboral, y los riesgos que supone la transformación de la sociedad en una que no valora la inteligencia, en la que desaparece la necesidad de esforzarse, de trabajar, y en la que ya no se empuja al ser humano a fijarse metas, progresar

y mejorar. Asimismo, el autor subraya los peligros para la privacidad y la vida íntima, la protección de los datos personales, la no discriminación y, en definitiva, los derechos fundamentales que el uso de la IA puede acarrear, identificando algunas de las aplicaciones técnicas de la IA presentes en la actualidad. Entre los ejemplos mencionados, encontramos la captación de datos biométricos, la identificación de las personas, el perfilado predictivo y la elaboración de perfiles, el reconocimiento de emociones y la detección del pensamiento, la persuasión y la alteración subliminal de comportamiento con técnicas como el *nudging*, y, por último, la calificación social de las personas.

En el tercer capítulo, el Profesor Lacruz Mantecón examina la relación entre la IA y el Derecho. Para ello, el autor se remonta a los orígenes de esta relación con los primeros artículos sobre el Derecho y la informática y el nacimiento de la jurimetría como especialización jurídica; el posterior debate sobre el llamado CiberDerecho, como una disciplina jurídica propia para la IA y la robótica; y, en la actualidad, con las recientes discusiones en torno a la posible sustitución del juez humano por un sistema informático inteligente que adopte decisiones lógicas, autónomas, racionales y completamente imparciales, en aras a evitar el sesgo, los prejuicios y los errores.

A continuación, el Profesor procede a señalar los retos jurídicos que suscita la IA en las diferentes ramas del Derecho —Civil, Procesal, Penal y Criminología, Laboral, Mercantil y Derechos Fundamentales— para, seguidamente, recorrer las diferentes propuestas legislativas nacionales de países como Estados Unidos, Corea del Sur, Japón o China, las iniciativas de organismos internacionales como la UNESCO, y las diferentes elaboraciones europeas.

Precisamente sobre este último aspecto insiste el autor, en este capítulo tercero, presentándonos un resumen pormenorizado del marco regulador europeo en materia de IA, comenzando con la temprana Comunicación de la Comisión en el ámbito de la informática: convocatoria de propuestas de proyectos cooperativos en investigación básica sobre teleinformática, inteligencia artificial y reconocimiento de formas, de 5 de junio de 1985 y con la Decisión del Consejo, de 26 de noviembre de ese mismo año, relativa a la conclusión de un acuerdo de concertación Comunidad-COST relativo a una acción concertada en el campo de la inteligencia artificial y del reconocimiento de las formas (Acción COST 13).

Será a partir de entonces cuando, a nivel comunitario, comienza el tratamiento normativo de los sistemas de IA con, por ejemplo, la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, estableciendo reglas aplicables a las “Decisiones individuales automatizadas” en su art. 15, o con la financiación y creación de programas específicos para la investigación y

el desarrollo tecnológico de la robótica y la IA, como es el caso del Proyecto Robolaw, con una duración de siete años y un presupuesto total de más de 50.000 millones de euros.

La labor legislativa de la Unión en materia de IA y robótica se multiplica, con numerosas Resoluciones, Dictámenes, Comunicaciones y Propuestas de los distintos organismos de la Unión Europea, con el objetivo precisamente de establecer una normativa específica adecuada para la IA. Todo este proceso concluiría finalmente con la adopción de otros textos recientes como la Declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión de 23 de enero de 2023 sobre los Derechos y Principios Digitales para la década Digital, la Decisión de la Comisión, de 24 de enero de 2024, por la que se crea la Oficina Europea de Inteligencia Artificial, y, en especial, con el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial.

En el capítulo cuarto, el autor, retomando las ideas que ya había desarrollado en el año 2020 en su anterior obra *Robots y personas*, aborda la cuestión — especialmente debatida tras la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre robótica— de si los robots y sistemas de IA deben ser considerados jurídicamente como personas, entes dotados de personalidad jurídica, o como herramientas, meramente cosas.

El autor presenta y analiza las distintas posturas doctrinales, tanto a favor como en contra del reconocimiento de la llamada “personalidad electrónica”, y los principales problemas que motivan esta discusión que, según el Profesor Lacruz Mantecón, son, esencialmente, dos. En primer lugar, y desde un punto de vista funcional, encontramos el problema de la utilización del sistema inteligente como herramienta para ampliar las capacidades de los seres humanos y para gestionar sus intereses, con las consiguientes repercusiones jurídicas —positivas y negativas— derivadas de la actuación de la máquina. En segundo lugar, y desde un punto de vista ontológico, se encuentra el problema del encaje del robot en la sociedad humana, es decir, de su consideración como ente merecedor de protección dada su capacidad para interactuar socialmente con los seres humanos, manifestando respuestas inteligentes.

El Profesor Lacruz, manteniendo la postura ya defendida en trabajos anteriores, se muestra claramente contrario a la atribución de personalidad jurídica a los robots, tanto por razones funcionales como ontológicas. Respecto a las primeras, el autor sostiene que la elaboración de tesis de la personalidad de los robots se deriva fundamentalmente de la necesidad de gestionar la responsabilidad por los daños causados por robots autónomos. La opacidad del razonamiento

cibernético y la impredecibilidad en muchos casos del comportamiento de estos sistemas robotizados, es lo que explicaría precisamente el reconocimiento de una “personalidad electrónica”.

En contra de estas iniciativas, el autor propone seguir el modelo del esclavo del Derecho romano: un agente carente de personalidad jurídica, pero cuyos actos producen efectos para su dominus. De esta forma, el sistema robótico actuaría como un “agente” de su utilizador humano, transmitiendo a éste todos los resultados de su actividad: los buenos y los malos, los beneficios y la obligación de indemnizar los daños. Se trataría, como explica el autor, “de una subjetividad moderada, y desde luego sin personalidad”.

En lo que respecta a las razones ontológicas, el Profesor Lacruz Mantecón rechaza aquellas teorías que apuestan por equiparar a los robots con los seres humanos, considerando al robot como un ente que interactúa socialmente y que está provisto de ciertas cualidades humanas, sobre todo de inteligencia, que le hacen merecedor de una especial atención moral y, por tanto, de personalidad. La ausencia de una verdadera conciencia, intencionalidad y voluntad propia serían los motivos principales que llevan al autor a descartar tal posibilidad.

En este contexto, y teniendo en cuenta la destacada trayectoria investigadora del Profesor Lacruz, esta monografía está destinada a convertirse en una obra de referencia, un texto idóneo tanto para quienes deseen iniciarse en la materia, gracias al riguroso repaso histórico y normativo que realiza el autor, como para aquellos investigadores y juristas que busquen profundizar en ella. El Profesor Lacruz logra así un perfecto equilibrio entre una obra introductoria para el estudio de la inteligencia artificial desde las ciencias sociales y jurídicas, con un lenguaje claro y accesible, y un trabajo exhaustivo y detallado sobre la cuestión analizada.

Esta monografía, que contiene una amplia variedad de citas bibliográficas de expertos de diversas disciplinas (la tecnología, el Derecho, la psicología o la ética, entre otras), permite, en definitiva, comprender a la perfección el gran impacto de la IA en los diferentes ámbitos de nuestra vida cotidiana y la necesidad de encontrar soluciones ante los retos que plantea su continuo desarrollo.

Precisamente, de la magnitud de los cambios provocados por esta tecnología deriva la conveniencia de abordar esta materia no de manera aislada, centrándonos únicamente en aspectos estrictamente jurídicos, sino, y tal y como hace aquí el Profesor Lacruz Mantecón, desde una perspectiva global que abarque su funcionamiento, los debates éticos y ontológicos que genera, y los profundos cambios sociales, económicos y laborales que ya se producen y que se seguirán produciendo en el futuro.

Los años de estudio y el profundo conocimiento que el Profesor Lacruz posee en este campo quedan fielmente reflejados en una obra que, sin duda, se sitúa entre las más destacadas de la disciplina.

Gemma Rosés Sáiz
Doctoranda en Derecho
Universidad de Zaragoza

ORTEGA GIMÉNEZ, A.: *La dimensión extraterritorial del Derecho de la Unión Europea*, Atelier, Barcelona, 2026, 178 pp., ISBN: 979-13-88096-10-5.



La monografía de Alfonso Ortega Giménez se ocupa de un fenómeno que, en la práctica jurídica contemporánea, ha dejado de ser una rareza para convertirse en un dato estructural: la capacidad del Derecho de la Unión Europea para proyectar efectos fuera de su territorio, condicionando conductas, mercados y decisiones regulatorias en terceros Estados. El autor acierta al presentar esta extraterritorialidad no como una extrañeza doctrinal ni como un simple eslogan (“Europa exporta su modelo”), sino como el resultado de una combinación de factores jurídicos e institucionales —principios del ordenamiento de la Unión, construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia, densidad normativa del mercado interior— y de factores económicos —incentivos de acceso a un mercado de primer orden, estandarización empresarial y búsqueda de seguridad jurídica—. La obra, además, está escrita con una virtud que en Derecho conviene reivindicar: orden conceptual y ambición explicativa sin perder de vista los límites que impone el Derecho internacional público.

El hilo conductor es el conocido “Efecto Bruselas”, entendido como la tendencia a que normas europeas, diseñadas formalmente para el espacio de la Unión, se conviertan de facto en estándares globales, ya sea por la aplicación explícita de criterios de conexión extraterritoriales, ya sea porque empresas y reguladores externos optan por alinearse para evitar barreras comerciales, sanciones, incertidumbre o fragmentación normativa. El profesor ORTEGA GIMÉNEZ sostiene, con razón, que el fenómeno no se comprende solo desde el “poder” europeo, sino desde la lógica de la eficacia: en un mundo de cadenas de valor transnacionales, servicios digitales ubicuos y flujos de datos sin fronteras, la regulación que se toma en serio a sí misma termina preguntándose cómo evitar su propio vaciamiento. Y esa pregunta, cuando se formula desde un ordenamiento tan “finalista” como el de la Unión, conduce casi inevitablemente a soluciones con proyección externa.

La obra se apoya en un núcleo dogmático que el autor maneja con solvencia. La primacía del Derecho de la Unión se presenta como piedra angular del edificio, no porque “cree” por sí sola extraterritorialidad, sino porque explica la exigencia de uniformidad y efectividad que impulsa muchas de las respuestas normativas europeas. El autor recuerda la centralidad de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (con referencias clásicas como *Costa/ENEL*), y a partir de ahí muestra cómo el método teleológico y la noción de “efecto útil” operan como motores interpretativos que, en determinados ámbitos, abren la puerta a la aplicación del Derecho de la Unión a situaciones transfronterizas. Ese tránsito está bien planteado: no hay confusión entre la jerarquía normativa intracomunitaria y la proyección extraterritorial; lo que se subraya es la continuidad entre la aspiración de coherencia del mercado interior y la necesidad de que ciertas normas no se vuelvan irrelevantes por el simple expediente de deslocalizar la conducta o la infraestructura tecnológica.

Sobre esa base, el autor explica el encuadre competencial de la Unión y el principio de atribución: la UE actúa dentro de los límites de las competencias conferidas por los Tratados, pero esas competencias, precisamente por estar orientadas a garantizar el funcionamiento del mercado interior y la realización de políticas comunes, generan incentivos normativos que pueden sentirse fuera. El punto es importante porque evita un malentendido habitual: no se trata de una extraterritorialidad “sin Derecho”, sino de una extraterritorialidad que se justifica por nexos jurídicos relevantes —efectos económicos en el mercado interior, oferta de bienes o servicios a residentes en la Unión, tratamiento de datos de interesados ubicados en la UE, etc.—. En términos clásicos, la obra sugiere que la discusión no es “si la UE puede imponer su Derecho al mundo”, sino cuándo existe conexión suficiente para que la aplicación de la norma europea sea jurídicamente defendible y funcionalmente razonable.

En la parte más operativa, el profesor ofrece un mapa de criterios de aplicación extraterritorial que resulta útil para el jurista práctico. Destaca, en particular, la doctrina de los efectos (especialmente en competencia), la noción de conexión suficiente, y la importancia de la intención normativa del legislador europeo al configurar el ámbito de aplicación. La lectura jurisprudencial está bien enlazada: se comprende por qué, en materia de competencia, conductas realizadas fuera pueden someterse a control si distorsionan de modo significativo el mercado de la Unión, y por qué el Tribunal de Justicia ha ido afinando las técnicas de delimitación para evitar tanto el formalismo paralizante como la expansión ilimitada. Lo interesante es que ORTEGA GIMÉNEZ no se limita a enumerar casos: los integra en un argumento sobre el rol del Tribunal como arquitecto de la coherencia del ordenamiento europeo y, al mismo tiempo, como actor que debe gestionar fricciones con terceros Estados y con principios del Derecho internacional.

La monografía gana importancia cuando aterriza en ámbitos materiales donde el Efecto Bruselas se manifiesta con especial claridad, como en el caso de las nuevas tecnologías. El tratamiento del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) —sin duda uno de los ejemplos paradigmáticos— está bien enfocado: se explica que la protección de datos, por su propia naturaleza, desafía el criterio territorial clásico; la infraestructura de tratamiento puede estar en un país, la empresa en otro, el usuario en un tercero y el flujo de datos atravesar varios más. De ahí que la norma europea se construya con un alcance que atiende a la localización del interesado o al targeting de servicios, y no meramente al lugar físico del servidor. ORTEGA GIMÉNEZ relaciona este diseño con la generación de estándares globales: muchas empresas, incluso fuera de la UE, tienden a aplicar el RGPD como “techo” común para operar con menor coste de cumplimiento y mayor previsibilidad. En ese recorrido se subraya también la relevancia de la jurisprudencia sobre transferencias internacionales y garantías adecuadas, y cómo esa jurisprudencia contribuye a consolidar el papel del RGPD como referencia global, no exenta de controversia diplomática y económica.

Destaca también el tratamiento de la inteligencia artificial. En efecto, la naturaleza transfronteriza de la IA y el intercambio permanente de datos, la regulación exige cooperación internacional para evitar un escenario de fragmentación o de carrera a la baja. Se sostiene que la UE puede desempeñar un papel relevante promoviendo estándares de transparencia, responsabilidad y seguridad, pero sin desconocer que el campo está marcado por una competencia geopolítica intensa y por modelos regulatorios divergentes. La obra, con buen criterio, no adopta una postura genuina: propone una extraterritorialidad acompañada de diálogo, cooperación y técnicas de convergencia que reduzcan conflictos.

Importante resulta la parte dedicada al teletrabajo transfronterizo y la externalización de servicios a terceros países. Allí el argumento se vuelve tangible: cuando una empresa europea contrata proveedores fuera de la UE o cuando el trabajo remoto implica tratamiento de datos personales de ciudadanos europeos, la regulación de la Unión tiende a “acompañar” la actividad. En términos sencillos: no basta con mover el teclado a otro país si los datos, los consumidores o los efectos económicos siguen vinculados al espacio europeo. Esta mirada, que combina compliance y teoría jurídica, es valiosa porque traduce el debate —a menudo abstracto— en problemas cotidianos de la economía contemporánea, y muestra que la extraterritorialidad no es un capricho, sino una respuesta a la desmaterialización y deslocalización de actividades.

En el ámbito de competencia, el autor expone con claridad el sentido del control extraterritorial: proteger la integridad del mercado interior frente a acuerdos o prácticas que, aun gestándose fuera, producen efectos dentro. Se muestra así el carácter constitutivo del enfoque europeo: la extraterritorialidad no aparece como castigo moral a conductas “externas”, sino como técnica de preservación del juego competitivo. Es relevante que la obra incorpore la crítica, porque la extraterritorialidad en competencia suele generar resistencias —empresas extranjeras, autoridades de terceros Estados—, y el autor muestra que la legitimidad del control depende de una aplicación mesurada y de una fundamentación basada en efectos reales, no en presunciones expansivas.

En las secciones finales, el autor amplía el foco hacia cuestiones estratégicas: política exterior, tensiones geopolíticas, cooperación internacional y, sobre todo, el desafío de la innovación. Aquí aparece uno de los pasajes más interesantes de la obra: la extraterritorialidad europea genera oportunidades de armonización y elevación de estándares. El autor discute el dilema de las pymes ante marcos regulatorios exigentes, señalando que la complejidad normativa puede convertirse en barrera de entrada y que, paradójicamente, los costes de cumplimiento pueden reforzar a los grandes operadores con recursos para absorberlos. A ello se suma el clásico riesgo de “captura regulatoria” y el debate sobre si ciertos estándares globales de facto pueden consolidarse sin una deliberación internacional suficientemente inclusiva.

El tramo conclusivo ofrece un resumen ordenado de resultados en el que el autor formula varias conclusiones sustantivas. En primer lugar, se subraya el carácter multidimensional del Efecto Bruselas: no es solo extraterritorialidad normativa, sino también influencia económica, diplomática e institucional, con capacidad de modelar prácticas globales y de proyectar valores políticos y jurídicos (derechos fundamentales, Estado de Derecho, estándares de protección). En segundo lugar, se afirma con claridad que el RGPD constituye un paradigma:

su aplicación a escenarios transfronterizos obliga a empresas y autoridades a internalizar un estándar europeo, y ello repercute en legislaciones nacionales y en la configuración de marcos de transferencia internacional de datos. En tercer lugar, se insiste en el impacto en el Derecho de la competencia y en la capacidad de la Comisión para intervenir frente a concentraciones o prácticas con efectos apreciables, aunque generen tensiones con otros ordenamientos. Y, junto a ello, se reconoce que la expansión del Derecho europeo no está exenta de críticas: la legitimidad se juega en el equilibrio entre eficacia, proporcionalidad y respeto a la soberanía regulatoria, así como en la disponibilidad de mecanismos cooperativos que eviten una lógica de choque.

Un elemento final, de gran valor académico, es la síntesis del papel del Tribunal de Justicia como factor de equilibrio. El profesor ORTEGA GIMÉNEZ destaca cómo el Tribunal ha ido modulando la integración del mercado interior con la protección de derechos fundamentales, y cómo, en la era digital, decisiones vinculadas a privacidad y transferencias de datos han contribuido a reforzar el estándar europeo, incluso provocando renegociaciones internacionales. Esa lectura ofrece una conclusión metodológica importante: la extraterritorialidad europea no depende únicamente de textos normativos; se construye en el cruce entre legislación, interpretación judicial y capacidad institucional para hacer efectivo el cumplimiento.

En conjunto, la obra posee méritos claros y académicamente muy valiosos: aborda un tema central del Derecho con arquitectura teórica, bajándolo a casos y ámbitos donde el fenómeno se observa con nitidez; integra derecho de la UE, derecho internacional y regulación digital sin perder el hilo; y concluye con una visión prudente, consciente de que el poder regulatorio —si quiere conservar legitimidad— debe acompañarse de proporcionalidad y cooperación. En definitiva, el texto cumple sobradamente su función: explica, ordena y problematiza un fenómeno que define ya la gobernanza jurídica del siglo XXI.

Fernando Hernández Guijarro
Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario
Universitat Politècnica de València

HERNÁNDEZ GUIJARRO, F.: *El control de los procedimientos de evaluación académica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2026, 180 pp., ISBN: 979-13-7021-789-1.



Hay libros que nacen para ocupar un espacio en la biblioteca y otros que, además, nacen para acompañar a quienes atraviesan una experiencia jurídica concreta. La obra del profesor Fernando HERNÁNDEZ GUIJARRO pertenece a esta segunda categoría. “El control de los procedimientos de evaluación académica” aborda una cuestión que, durante mucho tiempo, ha permanecido en una zona de penumbra para buena parte del profesorado universitario: el modo en que se valoran sus méritos, los límites jurídicos de dicha valoración y las garantías disponibles frente a decisiones administrativas que, bajo la apariencia de juicio técnico, pueden afectar de forma decisiva a la carrera académica.

La materia elegida no es menor. En la universidad contemporánea, la promoción profesional del personal docente e investigador ya no depende únicamente de la vocación, del estudio, de la docencia o de la producción científica, sino también de una sucesión de procedimientos evaluadores: sexenios de investigación,

sexenios de transferencia, acreditaciones nacionales, concursos de acceso y otros mecanismos de selección o reconocimiento. La evaluación se ha convertido, así, en una suerte de gramática institucional de la carrera académica. Pero allí donde hay evaluación, hay poder; y donde hay poder, debe haber Derecho y control. Esa es, probablemente, la intuición central que vertebra todo el libro.

Desde sus primeras páginas, la obra se presenta con una vocación clara: ofrecer una guía rigurosa, pero comprensible, sobre el control jurídico y técnico de los procedimientos de evaluación académica. El autor no escribe únicamente para especialistas en Derecho Administrativo, aunque dialoga constantemente con sus categorías clásicas. Escribe también para profesores universitarios que, sin ser juristas, necesitan comprender qué significa una resolución motivada, qué puede exigirse a una comisión evaluadora, qué papel desempeñan los principios de mérito y capacidad, o cuándo una discrepancia técnica puede transformarse en una auténtica lesión jurídica. Esa doble condición -obra jurídica y herramienta de orientación práctica- constituye uno de sus mayores aciertos.

El capítulo introductorio sitúa adecuadamente el problema. La evaluación académica aparece vinculada a los principios constitucionales de mérito y capacidad, a la interdicción de la arbitrariedad y a la tutela judicial efectiva. El punto de partida es tan sencillo como decisivo: las agencias y comisiones evaluadoras pueden valorar técnicamente los méritos, pero no pueden hacerlo al margen del Derecho. El libro se inserta así en la tradición doctrinal que, desde García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, ha combatido las inmunidades del poder administrativo. La originalidad de la obra reside en trasladar esa preocupación clásica a un territorio particularmente sensible: la carrera universitaria y sus múltiples filtros de evaluación.

El segundo capítulo ofrece una exposición sistemática de los principales procedimientos de evaluación académica del profesorado universitario. Se analizan, en primer lugar, los sexenios de investigación, con atención a su origen, su función retributiva y simbólica, la intervención de la CNEAI/ANECA y la importancia de los criterios publicados oficialmente. El autor muestra cómo el sexenio ha dejado de ser un mero complemento económico para convertirse en un indicador estructural de reconocimiento académico. Quien conoce la universidad sabe que un sexenio no es solo una cifra en la nómina; es, en muchas ocasiones, una llave que abre puertas institucionales.

La obra aborda después los sexenios de transferencia del conocimiento e innovación, cuya aparición refleja una transformación relevante en la cultura universitaria. Ya no se valora únicamente la producción científica en sentido clásico, sino también la capacidad de proyectar el conocimiento hacia la sociedad, las empresas, las instituciones y el tejido productivo. El libro subraya con acierto

que esta ampliación del concepto de mérito incrementa también los riesgos de indeterminación. Valorar una patente, un contrato de transferencia, un informe técnico o una actividad de innovación exige criterios claros, publicidad suficiente y motivación reforzada. De lo contrario, la flexibilidad puede convertirse en discrecionalidad opaca.

Particular interés reviste el tratamiento de las acreditaciones nacionales del profesorado universitario. El autor explica el papel de la ANECA, la incidencia de la Ley Orgánica del Sistema Universitario (LOSU) y del Real Decreto 678/2023, así como el funcionamiento de las comisiones de acreditación. El lector encuentra aquí una descripción útil de un procedimiento que condiciona de forma decisiva el acceso a los cuerpos docentes universitarios. La acreditación aparece como un juicio global sobre la trayectoria académica, pero también como un acto administrativo que debe ser comprensible, motivado y controlable. La obra insiste en una idea fundamental: la puntuación numérica puede ser un resultado, pero no puede sustituir a las razones.

El capítulo dedicado a los concursos de acceso y otros procedimientos selectivos completa este mapa inicial. El profesor HERNÁNDEZ GUIJARRO muestra que los concursos universitarios son también espacios de discrecionalidad técnica, pero sometidos a las bases de la convocatoria, a la igualdad entre aspirantes, a la objetividad de la valoración y a la necesidad de motivación. El autor no desconoce la dificultad de comparar trayectorias académicas, perfiles docentes o líneas de investigación. Pero precisamente por esa dificultad reclama una Administración universitaria más cuidadosa, más transparente y más consciente de que la calidad institucional se mide también por la calidad jurídica de sus decisiones.

El tercer capítulo constituye uno de los núcleos dogmáticos del libro. En él se estudia la discrecionalidad técnica, su origen, su evolución y sus límites. El autor reconstruye la doctrina tradicional que durante décadas atribuyó a los órganos técnicos una suerte de espacio de inmunidad frente al control judicial. Aquella concepción, muy extendida en materia de oposiciones, concursos y evaluaciones, descansaba en una idea comprensible pero peligrosa: el juez no debe sustituir el juicio técnico del especialista. El problema es que, bajo esa premisa razonable, se llegó en ocasiones a blindar decisiones insuficientemente motivadas o difícilmente explicables.

Frente a esa visión, la obra expone la evolución jurisprudencial que ha ido reduciendo el alcance de la discrecionalidad técnica como zona inmune. La motivación, la racionalidad, la coherencia interna, la ausencia de error patente y el respeto a los principios generales del Derecho aparecen como parámetros de control indispensables. El libro acierta al no caer en el extremo contrario: no propone que los tribunales se conviertan en comisiones académicas de segunda

instancia. Lo que defiende es algo más modesto y, por ello, más sólido: que toda decisión técnica que afecte a derechos o intereses legítimos debe poder ser comprendida, contrastada y jurídicamente fiscalizada.

El cuarto capítulo profundiza en los principios jurídicos como límite al poder de evaluación de las agencias. Este es, a mi juicio, uno de los tramos más sugerentes de la obra. Los principios no son tratados como adornos retóricos, sino como auténticos criterios de juridicidad. Igualdad, mérito, capacidad, objetividad, publicidad, imparcialidad, buena administración, confianza legítima y derecho de defensa se presentan como piezas de un mismo sistema de garantías. En tiempos en que la gestión universitaria tiende a refugiarse en formularios, plataformas, indicadores y métricas, recordar que los principios siguen siendo Derecho aplicable resulta no solo oportuno, sino necesario.

Especialmente valiosa es la conexión entre principios jurídicos y control de las evaluaciones. El autor muestra que una comisión evaluadora no vulnera el Derecho solo cuando infringe una norma procedimental expresa; también puede hacerlo cuando trata de forma desigual situaciones equivalentes, cuando se aparta injustificadamente de sus propios criterios, cuando no permite conocer las razones de la denegación o cuando convierte la motivación en una fórmula vacía. En ese sentido, la obra ofrece una lectura madura de la juridicidad administrativa: el Derecho no se agota en el expediente formalmente correcto, sino que exige también razonabilidad material.

El quinto capítulo introduce un elemento de gran actualidad: la transparencia y el buen gobierno en las evaluaciones académicas. La intervención del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno aparece como una vía complementaria para conocer informes, criterios, actas y documentación relevante de los procedimientos evaluadores. El libro muestra cómo la transparencia puede convertirse en una garantía previa o paralela al recurso administrativo o judicial. No siempre se trata de impugnar inmediatamente; a veces, el primer paso consiste en saber qué ha ocurrido, qué documentos existen, qué criterios se han aplicado y si la Administración puede justificar adecuadamente su decisión.

Esta parte de la obra tiene una virtud práctica evidente. El autor comprende que muchos conflictos en materia de evaluación académica nacen de la opacidad. La falta de información alimenta la desconfianza; la transparencia, en cambio, obliga a la Administración a administrar mejor. De ahí que el libro vincule el acceso a la información pública con la mejora institucional de las agencias evaluadoras. Cuando las comisiones saben que sus decisiones pueden ser conocidas, comparadas y eventualmente revisadas, aumenta el incentivo para motivar con rigor. También aquí late una idea clásica del buen Derecho Administrativo: el control no debilita a la Administración, sino que la fortalece.

El sexto capítulo se ocupa de los medios de impugnación de las evaluaciones. Su utilidad es manifiesta. Se explican los recursos administrativos —alzada y reposición—, la vía contencioso-administrativa y, en último término, la jurisdicción constitucional mediante el recurso de amparo. La exposición no se limita a mencionar cauces procesales, sino que orienta al lector sobre plazos, órganos competentes, particularidades de cada procedimiento y estrategias básicas de defensa. Este capítulo convierte el libro en una obra especialmente práctica para quienes se enfrentan a una resolución negativa y necesitan ordenar jurídicamente su reacción.

Debe destacarse, además, el tratamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa. El autor explica con claridad que el proceso judicial no tiene por objeto sustituir sin más el criterio de la comisión evaluadora, sino revisar la legalidad de la actuación administrativa. Esa precisión es importante, porque evita falsas expectativas. El tribunal no está llamado a premiar una trayectoria académica ni a rehacer por completo una valoración técnica, salvo en supuestos muy cualificados; pero sí debe comprobar que la decisión ha sido motivada, que se ajusta a las bases, que no incurre en arbitrariedad y que respeta los derechos del interesado.

El séptimo capítulo ofrece una selección y valoración de jurisprudencia reciente sobre el control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica. La obra recorre pronunciamientos del Tribunal Supremo, de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Constitucional, mostrando una tendencia progresiva hacia un control más exigente de las decisiones técnicas. El lector percibe aquí la evolución desde una antigua deferencia casi absoluta hacia los órganos evaluadores hasta un modelo más equilibrado, en el que la Administración conserva su margen técnico, pero debe ejercerlo de forma motivada, verificable y jurídicamente razonable.

La imagen del “fantasma” de la discrecionalidad técnica, que el autor toma de una conocida reflexión doctrinal, funciona como hilo conductor expresivo. Durante años, ese fantasma sirvió para explicar por qué ciertas decisiones parecían escapar al Derecho. La jurisprudencia más reciente, sin embargo, ha ido apagando sus luces. Hoy no cabe afirmar seriamente que una evaluación técnica sea incontrolable por el solo hecho de ser técnica. La técnica puede exigir deferencia, pero no impunidad. Y el mérito puede requerir juicio experto, pero no oscuridad.

El apartado final de referencias bibliográficas, normativas y jurisprudenciales refuerza el carácter académico de la obra. No estamos ante un manual improvisado ni ante una guía meramente divulgativa. El libro dialoga con doctrina administrativa clásica y contemporánea, con normativa universitaria reciente y con una jurisprudencia que se ha convertido en pieza central para comprender los derechos del profesorado evaluado. Esta combinación entre doctrina, legislación y

práctica judicial es una de las razones por las que la obra puede interesar tanto al jurista como al académico no especializado en Derecho.

Los anexos merecen también una mención específica. La inclusión de formularios de recursos administrativos, recursos contencioso-administrativos y reclamaciones en materia de transparencia dota al libro de una dimensión aplicada muy estimable. En el ámbito universitario, donde muchos profesores desconocen los cauces jurídicos disponibles o llegan a ellos tarde y mal aconsejados, esta parte final cumple una función pedagógica evidente. La obra no se limita a explicar el problema: ofrece instrumentos para afrontarlo. Y eso, en una materia tan técnica y emocionalmente sensible como la evaluación de la propia carrera académica, no es poca cosa.

La principal virtud de “El control de los procedimientos de evaluación académica” reside en haber convertido una experiencia frecuente, a veces vivida por el profesorado con resignación o desconcierto, en un problema jurídico inteligible. El libro de Fernando HERNÁNDEZ GUIJARRO se lee, por tanto, como una defensa serena del Estado de Derecho dentro de la universidad. No es una obra contra las agencias evaluadoras ni contra la evaluación académica. Al contrario: es una obra a favor de una evaluación mejor, más fundada, más transparente y más respetuosa con quienes someten años de trabajo intelectual al juicio de una comisión. Su tesis última podría formularse de manera sencilla: evaluar es necesario, pero motivar es imprescindible.

Por todo ello, estamos ante una obra recomendable para profesores universitarios, miembros de comisiones evaluadoras, responsables de gestión académica, abogados administrativistas y estudiosos del Derecho Público. También puede resultar de interés para el lector latinoamericano, pues aunque el marco normativo sea español, los problemas de fondo -mérito, discrecionalidad, transparencia, motivación y control judicial- son comunes a cualquier sistema universitario que aspire a conjugar autonomía técnica y garantías jurídicas.

En definitiva, “El control de los procedimientos de evaluación académica” es un libro oportuno, útil y bien orientado. Oportuno, porque llega en un momento de intensa transformación del sistema universitario. Útil, porque ofrece claves prácticas para comprender e impugnar decisiones evaluadoras. Y bien orientado, porque no pierde de vista que detrás de cada expediente hay una trayectoria profesional, un esfuerzo intelectual y una legítima expectativa de ser evaluado con justicia. Esa es, quizá, la mejor razón para leerlo.

Pedro Chaparro Matamoros
Profesor Titular de Derecho Civil
Universitat de València

