



Enero-junio 2024
Julio-diciembre 2024

Edición, diseño y maquetación:



- | | | |
|-----------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------|
| 1 | Reflexiones sobre la normativa actual de las viviendas de uso turístico en la Comunitat Valenciana a la luz del Decreto Ley 9/2024
Begoña Ribera Blanes | Pág. 5 |
| 2 | Panorama de la legislación de la Comunitat Valenciana sobre iniciativas de desarrollo sostenible
Sara Candel-Añón | Pág. 35 |
| 3 | El defensor judicial de la persona con discapacidad
Carlos Bellido González del Campo | Pág. 51 |
| 4 | Autonomía de la voluntad vs solidaridad familiar: a propósito del fideicomiso de residuo en protección de la persona con discapacidad
Ana Belén Cruz Valiño | Pág. 69 |
| 5 | Herramientas jurídicas para la protección de las personas mayores vulnerables en derecho civil
Federico Arnau Moya | Pág. 99 |
| 6 | Discapacidad e investigación biomédica clínica: proteger la vulnerabilidad
Ana Belén Cruz Valiño | Pág. 131 |
| 7 | El tratamiento ofrecido a las personas con discapacidad a la luz de la legislación vigente y de la jurisprudencia
Manuel Ortiz Fernández | Pág. 157 |
| 8 | Incentivos y medidas legales para impulsar la ejecución de obras de saneamiento de humedales en España durante el siglo XIX
Francisco José Abellán Contreras | Pág. 179 |
| 9 | El delito de corrupción deportiva. Análisis jurisprudencial de las sentencias más relevantes y del derecho comparado
Óscar Presa González | Pág. 209 |
| 10 | El adulterio en el derecho histórico español
Mercedes Ten Doménech | Pág. 241 |

REVISTA JURÍDICA VALENCIANA

Associació de Juristes Valencians

revista@ajv-val.org

DIRECCIÓN:

José Bonet Navarro

(Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de València.).

Luis Sebastián Castañares

(Investigador postdoctoral en Derecho Administrativo. Generalitat Valenciana.).

COMITÉ CIENTÍFICO:

María Begoña Ribera Blanes

(Profesora Titular de Derecho Civil. Universitat d'Alacant.).

Federico Arnau Moya

(Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil. Universitat Jaume I.).

Juan Benito Cañizares Navarro

(Profesor Ayudante Doctor de Derecho Romano. Universitat de València.).

Manuel Ortiz Fernández

(Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil. Universitas Miguel Hernández.).

José Manuel López Jiménez

(Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad Internacional Isabel I de Castilla.).

Rafael Bernad Mainar

(Profesor de Derecho Civil. Universidad San Jorge.).

José Ramón Chirivella Vila

(Investigador predoctoral en Derecho Constitucional. Universitat de València.).

ISSN: 1139-5885.



Edición, diseño y maquetación:
Editorial Colex

PRESENTACIÓN

Con una gran satisfacción presentamos un nuevo número de la Revista Jurídica Valenciana. Un número que refleja el compromiso continuo de la nuestra comunidad académica y científica, y que no habría sido posible sin la rigurosa labor del comité científico y por supuesto del gran trabajo realizado por los investigadores, que ponen su esfuerzo, conocimiento y estudio al servicio de la sociedad.

Los artículos que integran esta edición de la Revista Jurídica Valenciana abordan cuestiones fundamentales y de plena actualidad, desde la protección de colectivos vulnerables hasta análisis legislativos significativos. Sin embargo, más allá de la variedad temática concreta, todos los artículos comparten el ánimo de contribuir al avance del conocimiento jurídico y, ulteriormente, compartir discernimiento con el conjunto de la sociedad.

En el ámbito de la legislación de la Comunitat Valenciana, destacan los análisis sobre el marco normativo que regula las viviendas de uso turístico, con un enfoque en las novedades introducidas por el Decreto Ley 9/2024 y sus implicaciones para los propietarios y legisladores (Begoña Ribera Blanes). Complementando esta perspectiva, el artículo de Sara Candel-Añón examina cómo las normativas valencianas contribuyen a la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, resaltando el papel de las ciencias jurídicas en la coordinación institucional y la sostenibilidad.

Por otro lado, se analizan diversas cuestiones jurídicas relacionadas con las personas con discapacidad se abordan desde diferentes ángulos, proporcionando un análisis exhaustivo de su protección jurídica. Carlos Bellido González del Campo estudia la figura del defensor judicial como medida de apoyo temporal, mientras Ana Belén Cruz Valiño analiza el fideicomiso de residuo como mecanismo para garantizar el cuidado y la inclusión. Federico Arnau Moya amplía esta discusión al explorar herramientas jurídicas para proteger a las personas mayores vulnerables, mientras que Manuel Ortiz Fernández y Ana Belén Cruz ofrecen perspectivas complementarias sobre la capacidad jurídica y la accesibilidad cognitiva en el marco de la Ley 8/2021 y su interacción con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En el ámbito histórico y ambiental, Francisco José Abellán Contreras analiza las medidas legales adoptadas en el siglo XIX para el saneamiento de humedales, conectando las políticas de salud pública y desarrollo agrícola con la regulación administrativa. Este artículo resalta cómo el derecho histórico puede ofrecer lecciones valiosas para los desafíos contemporáneos.

Desde una perspectiva penal y comparativa, el análisis de Óscar Presa González sobre el delito de corrupción deportiva examina la jurisprudencia reciente y la normativa internacional, abordando un problema que combina implicaciones éticas, económicas y legales. Finalmente, Mercedes Ten Doménech realiza un estudio histórico del adulterio en el derecho español, exponiendo la evolución de las normas y valores sociales que han moldeado esta figura jurídica.

Confiamos plenamente en que este número de la Revista Jurídica Valenciana no únicamente cumpla con las expectativas de lectores e investigadores, sino que también sirva como una herramienta valiosa para el análisis crítico y la reflexión académica. Consideramos que cada uno de los artículos incluidos representan una contribución significativa al debate jurídico, y destacamos la importancia del Derecho como pilar fundamental para la cohesión de nuestra sociedad.

Con orgullo, les invitamos a todos a sumergirse en estas páginas con el ánimo de aprender, cuestionar y enriquecer la comprensión de parte de los desafíos jurídicos actuales.

Luis Sebastián Castañares.

REFLEXIONES SOBRE LA NORMATIVA ACTUAL DE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO EN LA COMUNITAT VALENCIANA A LA LUZ DEL DECRETO LEY 9/2024

REFLECTIONS ON THE CURRENT REGULATION OF
TOURIST ACCOMMODATION IN THE VALENCIAN
COMMUNITY IN LIGHT OF DECREE-LAW 9/2024

Begoña Ribera Blanes

Profesora Titular Derecho civil, Universidad de Alicante (España)

bribera@ua.es

Resumen:

La entrada en vigor del Decreto Ley 9/2024 ha introducido modificaciones sustanciales en el régimen jurídico aplicable a las viviendas de uso turístico en la Comunitat Valenciana. Entre las principales novedades destacan la incorporación de un límite temporal para las estancias, la caducidad de la inscripción en el Registro de Turismo, la extinción del título habilitante en caso de transmisión del inmueble, la imposición de nuevos estándares de calidad y el establecimiento de mayores obligaciones para los propietarios. El nuevo marco normativo no solo refuerza los mecanismos para sancionar a las viviendas que desarrollan actividad turística sin cumplir los requisitos legales, sino que también impone mayores exigencias a las viviendas ya inscritas en el Registro. Este nuevo régimen supone un desafío significativo tanto para la incorporación de nuevas viviendas al mercado turístico como para la consolidación de aquellas que ya operaban bajo las licencias otorgadas. Únicamente las viviendas registradas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2018 podrán consolidar su posición en el sector.

Palabras clave:

Viviendas de uso turístico, arrendamiento de habitaciones, contrato de arrendamiento de temporada, duración de la estancia, licencia turística, validez de la inscripción, normas de diseño, calidad y seguridad.

Abstract:

The entry into force of Decree Law 9/2024 has introduced substantial modifications to the legal framework governing tourist accommodations in the Comunitat Valenciana.

Among the main innovations are the implementation of a temporal limit for stays, the expiration of registration in the Tourism Registry, the termination of the enabling title in cases of property transfer, the imposition of new quality standards, and the establishment of increased obligations for property owners. The new regulatory framework not only strengthens mechanisms to sanction accommodations operating without meeting legal requirements but also imposes stricter demands on those already registered. This new regime presents significant challenges both for the incorporation of new accommodations into the tourism market and for the consolidation of those that were already operating under valid licenses. Only accommodations registered prior to the entry into force of Law 15/2018 will be able to solidify their position in the sector.

Key words:

Tourist accommodations, room rentals, seasonal lease agreement, duration of stay, tourist license, validity of registration, design, quality, and safety standards.

Sumario:

I. Justificación de la reforma legislativa: motivaciones y contexto.
II. Principales novedades introducidas por el marco normativo.
Concepto jurídico de las viviendas de uso turístico y el límite temporal de diez días.
Régimen jurídico aplicable y disposiciones transitorias.
Nuevas obligaciones impuestas a los propietarios de viviendas de uso turístico.
Requisitos mínimos técnicos y de calidad según el Anexo III.
III. El futuro más inmediato: la prohibición de viviendas de uso turístico en las comunidades de propietarios.
IV. Conclusión.
V. Bibliografía.

I. Justificación de la reforma legislativa: motivaciones y contexto

El 7 de agosto de 2024 se publicó en el Diari oficial de la Generalitat Valenciana el Decreto Ley 9/2024, de 2 de agosto, del Consell, de modificación de la normativa reguladora de las viviendas de uso turístico. Según la Disposición Final Tercera de la propia norma, la entrada en vigor del Decreto se había de producir al día siguiente de su publicación en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana, esto es, el 8 de agosto de 2024, ya que, como explica de forma recurrente el Preámbulo, se precisaba una intervención inmediata por el crecimiento descontrolado de las viviendas turísticas y su impacto en las comunidades locales.

El Decreto Ley introduce cambios sustanciales en la normativa aplicable hasta ese momento a las viviendas de uso turístico radicadas en el territorio de la Comunitat Valenciana conformada por la Ley 15/2018, de 7 de junio, de la Generalitat, de turismo, ocio y hos-

pitalidad de la Comunitat Valenciana y el Decreto 10/2021, de 22 de enero, del Consell, de aprobación del Reglamento regulador del alojamiento turístico en la Comunitat Valenciana¹.

Además de la normativa reguladora de carácter territorial, hay que tener en cuenta que las viviendas de uso turístico se han visto afectadas recientemente por el Real Decreto 933/2021, de 26 de octubre, por el que se establecen las obligaciones de registro documental e información de las personas físicas o jurídicas que ejercen actividades de hospedaje y alquiler de vehículos a motor, que ha impuesto un nuevo sistema de registro de viajeros vigente desde el 2 de diciembre de 2024. También debe tenerse en cuenta el Reglamento de la Unión Europea (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024 sobre la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración que establece un conjunto único de reglas de información para las plataformas y facilita los procedimientos de registro para los anfitriones, dando respuesta a uno de los principales retos en este ámbito, la información fiable sobre estos servicios, previendo que la entrada en vigor de la norma «permitirá mejorar el acceso por parte de las autoridades a datos relativos a la prestación de servicios de alquiler de alojamientos de corta duración y la calidad de esos datos, lo que, a su vez, debe permitir a las autoridades diseñar y ejecutar políticas sobre dichos servicios de manera eficaz». Para adaptar esta norma al ordenamiento jurídico español se ha aprobado recientemente el Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de Registro Único de Arrendamientos y se crea la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos para la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración. Este Real Decreto pretende incrementar la seguridad jurídica y confianza en el marco de las relaciones civiles entre las partes a la hora de suscribir contratos de arrendamiento mediante la atribución de un número de registro único que se asignará a cada inmueble o unidad parcial del mismo que se pretenda arrendar de manera separada sin el cual no podrá llevarse a cabo su oferta en las plataformas en línea de alquiler de corta duración².

En lo que respecta al Decreto Ley 9/2024, el Preámbulo de la norma pone en valor el turismo como sector estratégico en la Comunitat Valenciana, ya que esta Comunidad representa uno de los destinos turísticos más populares, y aporta algunos datos interesantes a tener en cuenta que han de servido de motivación para modificar de forma urgente la regulación específica de las viviendas de uso turístico³. En esta línea se pone de manifiesto que el turismo ha representado el 16 % del Producto Interior Bruto en la

1. El artículo 49.1.12.^a del Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana otorga competencia exclusiva en materia de turismo a la Generalitat, tal y como advierte el primer inciso del Preámbulo del Decreto Ley 9/2024, de ahí la aprobación de estas normas.
2. Según el Preámbulo de esta norma, el código registral único no afectará a aquellos procedimientos de autorización o licencia que, en ejercicio de sus competencias materiales, fundamentalmente turísticas o de vivienda, puedan haber regulado otras administraciones. En el ámbito estatal también es importante tener en cuenta la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda, cuyo análisis puede encontrarse en ARNAU MOYA, F., «Luces y sombras de la Ley 12/2023 por el derecho a la vivienda», *RJV*, n.º 42, 2023, pp. 65-116.
3. Sobre el impacto de las nuevas tecnologías en el boom que ha supuesto la vivienda de uso turístico dentro del sector del alojamiento colaborativo puede consultarse BARCELÓ DOMÉNECH, J., «El turismo colaborativo en el sector de la vivienda. Evolución legislativa en torno a la regulación de los arrendamientos de viviendas turísticas», *El alojamiento colaborativo. Problemática jurídica actual de las viviendas de uso turístico*, LÓPEZ SÁNCHEZ, C (Coord.), Madrid, Dykinson, p. 20.

Comunitat Valenciana en 2023, previendo que la situación sea aún mejor en 2024⁴, lo que supone la contribución con el 12 % al total del sector en España, y que, en lo que a las viviendas de uso turístico respecta, ha habido un aumento exponencial del número de viviendas que han accedido al Registro de Turismo de la Comunitat Valenciana, que el Preámbulo cifraba en 100.000 al tener en cuenta datos de julio de 2024, pero que ahora ya sabemos que ha llegado a la cifra de 100.908 en diciembre de 2024, datos derivados de los registros oficiales que pueden consultarse en el portal de Datos Abiertos de Turisme de la Comunitat Valenciana⁵. El aumento de inscripciones es considerable si tenemos en cuenta que en 2015 solo aparecían 38.319 viviendas registradas.

Por todos estos datos la norma considera que las viviendas de uso turístico representan una actividad económica esencial, pero que está experimentado un rechazo social considerable debido a los problemas de convivencia con los residentes locales que generan sobre todo las viviendas turísticas ilegales, lo que ha provocado que algunos Ayuntamientos estén aprobando moratorias en la concesión de informes de compatibilidad urbanística. El propio Preámbulo alude a esta cuestión, aunque, en realidad, antes de aprobarse esta normativa, solamente un municipio había implementado una moratoria en la tramitación de informes de compatibilidad urbanística para viviendas de uso turístico con el objetivo de regular su proliferación y mitigar su impacto en el mercado inmobiliario y en la calidad de vida de los residentes. En efecto, el Ayuntamiento de Valencia aprobó por unanimidad en mayo de 2024 una moratoria en la concesión de licencias para pisos turísticos en la ciudad, debido a informes técnicos que alertaban sobre un «alarmante crecimiento» de este tipo de alojamientos. Esta suspensión afecta a las viviendas turísticas situadas en comunidades de propietarios y bajos comerciales, con una duración inicial de un año, prorrogable a otro. En este punto, el Preámbulo considera esencial otorgar relevancia a la potestad urbanística de planeamiento de los Ayuntamientos para poder determinar su modelo de ciudad y para limitar el uso de viviendas como alojamientos turísticos según sus circunstancias concretas. No en vano, la aprobación del Decreto Ley ha promovido que la suspensión de la tramitación y concesión de informes de compatibilidad urbanística se extienda a más municipios⁶. Con las moratorias los Ayuntamientos

4. A fecha del envío de este trabajo aún no se disponen de datos oficiales definitivos sobre el PIB de la Comunitat Valenciana para 2024. Sin embargo, las estimaciones y previsiones realizadas durante el año 2024 permiten vaticinar que los resultados serán mejores que los de 2023. Para obtener cifras oficiales y definitivas del PIB de la Comunidad Valenciana en 2024, será necesario esperar a la publicación de los datos por parte del Instituto Nacional de Estadística (INE) y otros organismos oficiales competentes.
5. Datos consultados en <https://www.turisme.gva.es/datosabiertos/recursos-turisticos/viviendas-turisticas>
6. En esta línea el 26 de septiembre de 2024 el Pleno del Ayuntamiento de El Campello aprobó suspender durante un año la tramitación y emisión de los informes municipales de compatibilidad urbanística para viviendas situadas en edificios en altura de viviendas colectivas, incluidos los locales comerciales y para las edificaciones de viviendas unifamiliares construcciones unifamiliares y en hilera tipo bungalow, siempre que dispongan de zonas comunes o exista división horizontal. Dicha suspensión se publicó en el DOGV y puede consultarse en: Resultado DOGV - Generalitat Valenciana. Según la norma, la suspensión acordada se extenderá las solicitudes de informe de compatibilidad que se presenten a partir del día siguiente al de la publicación del presente acuerdo en el correspondiente diario oficial, por lo que no afectaba a las solicitudes de informe de compatibilidad urbanística que estuvieran en curso. El mismo día, el Ayuntamiento

han pretendido gozar de un tiempo extra para poder revisar la regulación municipal sobre viviendas turísticas y desarrollar normativas específicas para garantizar un crecimiento turístico equilibrado y sostenible.

Las razones por las que debe producirse un cambio de paradigma en las viviendas de uso turístico, según el Preámbulo del Decreto Ley 9/2024, son varias: la necesidad de establecer un marco claro y diferenciado para las viviendas de uso turístico, de deslindar el uso turístico del de temporada y el residencial, de aportar seguridad jurídica a todos los agentes involucrados en el sector, sean usuarios, entidades locales, propietarios o empresas gestoras, de luchar contra el incremento de viviendas que se destinan a uso turístico de manera ilegal para poner freno al intrusismo y a la competencia desleal y garantizar una competencia justa y transparente, de evitar conflictos de convivencia con residentes locales y de buscar la sostenibilidad turística en su vertiente económica, social y medioambiental mediante la fijación de unas condiciones de diseño, calidad, seguridad y accesibilidad que doten a las viviendas que se ponen a disposición del turista de unos estándares mínimos de calidad.

El Preámbulo considera que los motivos alegados demuestran que concurren las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad establecidas en el artículo 44.4.º del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana para poder recurrir al instrumento jurídico del decreto ley y prescindir en su elaboración del trámite de consulta, audiencia e información pública. En concreto, alega una doble motivación, en primer lugar, «para ordenar y precisar el marco regulatorio sin dilaciones evitando una oferta ilegal y evitando los perjuicios que supondría dilatar la implementación de medidas urgentes» y, en segundo lugar, «adoptando de forma inmediata estas medidas para evitar el enorme impacto fundamentalmente social y medioambiental provocado por las citadas circunstancias, minimizando al máximo los desequilibrios producidos». Además, añade que la aprobación de disposiciones de carácter socioeconómico mediante el instrumento del decreto ley viene avalada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando se aprecie una motivación explícita y razonada de necesidad y urgencia de la medida, requisito que se entiende cumplido en este caso, pues el Decreto explica de manera recurrente los motivos que han llevado a promover medidas extraordinarias en materia de viviendas de uso turístico. En definitiva, el Decreto considera que se ha justificado sobradamente la necesidad de implementar de forma urgente las medidas y la clara conexión existente entre la urgencia definida y las medidas concretas adoptadas. Además, añade que la regulación que incorpora «contribuirá a generar certeza a la ciudadanía y propiciará seguridad a todos los operadores jurídicos incluidos dentro de este relevante sector». Veamos con detalle si se ha conseguido el objetivo de la norma.

de Jávea optó por suspender la concesión de licencias para pisos turísticos durante seis meses, con el propósito de estudiar su impacto en el mercado inmobiliario local y en la calidad de vida de los residentes. Esta medida busca equilibrar la actividad económica del turismo con la sostenibilidad de los recursos municipales y la convivencia vecinal. Recientemente, el Ayuntamiento de Alicante aprobó, en el pleno del 19 de diciembre de 2024, una moratoria de dos años en la concesión de licencias para viviendas de uso turístico (VUT). Esta medida implica la suspensión, durante un máximo de dos años, de la tramitación y otorgamiento de licencias, declaraciones responsables y cualquier otro título habilitante para la implantación de nuevas VUT o cambios de uso en todo el territorio municipal. Asimismo, se suspende la emisión de cédulas de garantía urbanística e informes de compatibilidad urbanística relacionados con estas viviendas.

II. Principales novedades introducidas por el marco normativo

Como se podrá deducir del estudio exhaustivo del Decreto Ley, a pesar de que la nueva norma justifica el cambio normativo en la necesidad de perseguir y acabar con las viviendas turísticas que se ofertan como tales, pero que carecen de la correspondiente licencia turística, en realidad, no solo se incrementa la posibilidad de inspeccionar y sancionar a las viviendas de uso turístico que no cuentan con el informe de compatibilidad urbanística o con la inscripción en el Registro de Turismo, sino que también se exigen más requisitos y se imponen más limitaciones a las viviendas de uso turístico que ya lo eran a la entrada en vigor de este Decreto, esto es, a las que ya contaban con el informe de compatibilidad urbanística y figuraban inscritas en el Registro, como tendremos ocasión de valorar.

El propio Preámbulo de la norma avanza los aspectos que merecen ser regulados: dar una nueva definición de lo que se considera vivienda turística para deslindar el uso turístico del de temporada y del residencial, otorgar un plazo de vigencia a la inscripción en el Registro de Turismo de la Comunitat Valenciana, frenar la competencia desleal generada por las viviendas turísticas ilegales a través de la revisión del procedimiento sancionador, con mayor precisión en los tipos infractores, así como la posibilidad de delegar la potestad sancionadora a los Ayuntamientos, y, por último, la fijación de unas condiciones de diseño, calidad, seguridad y accesibilidad para dotar a las viviendas turísticas de unos mínimos de calidad que garanticen unos estándares acordes con un turismo de calidad.

Aparte de los aspectos que avanza el Preámbulo, de la lectura minuciosa del Decreto se obtiene que se han introducido novedades importantes que han generado un cambio en las reglas del juego: la duración de las estancias, la caducidad de la validez de la inscripción de la vivienda en el Registro de Turismo, la pérdida del título habilitante que permite desarrollar la actividad en caso de transmisión de la titularidad de la vivienda, la imposición de nuevos requisitos de calidad en la prestación del servicio y la atribución de una responsabilidad subsidiaria respecto a infracciones en materia de oferta ilegal o actividad clandestina.

La norma anuncia un mayor control administrativo que va a suponer un aumento de las inspecciones y la fiscalización. El incumplimiento de la normativa puede conllevar la imposición de multas significativas, lo que ha generado cierta incertidumbre en el sector. Este cambio legal va a generar mayor interés en los propietarios por cumplir con el marco legal establecido, evitar sanciones y generar mayor confianza en los huéspedes.

A continuación, se analizan los principales cambios introducidos por el Decreto.

1. Concepto jurídico de las viviendas de uso turístico y el límite temporal de diez días

Si se planteara la cuestión de identificar el elemento más innovador del Decreto Ley, resulta indiscutible que la respuesta radica en la introducción del nuevo concepto de vivienda de uso turístico. Este concepto incorpora, como criterio diferenciador, el límite

temporal de diez días, el cual permite delimitar con mayor precisión los arrendamientos turísticos frente a aquellos que no encajan en esta categoría.

El Preámbulo del Decreto Ley considera necesario redefinir qué se considera vivienda de uso turístico «para deslindar el uso turístico del de temporada y el residencial, evitando de esta forma que el arrendamiento de viviendas de uso turístico de amparo a arrendamientos que no deben ser considerados como turísticos, sino que deben quedar regulados por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos» y con este objetivo modifica la redacción del artículo 65 de la Ley 15/2018 en el art. 2.3 del Decreto que pasa a tener el siguiente tenor: «son viviendas de uso turístico los inmuebles completos, cualquiera que sea su tipología, que se cedan mediante precio, en condiciones de inmediata disponibilidad, con fines turísticos, por un tiempo inferior o igual a 10 días, computados de forma continuada a un mismo arrendatario, y que cuenten con un informe municipal de compatibilidad urbanística para uso turístico favorable, o documento equivalente que así se determine reglamentariamente, así como, en su caso, los títulos habilitantes municipales exigibles para dicho uso o actividad»⁷.

Además, esta definición del concepto de vivienda de uso turístico debe completarse con lo previsto en el párrafo segundo del art. 65, que impone la obligación de ceder la vivienda completa, sin que sea posible la cesión por habitaciones, y con el párrafo tercero que introduce la obligación de hacer constar la referencia catastral única e individualizada del inmueble tanto en las declaraciones responsables como en los contratos de cesión de las viviendas que se realicen, de conformidad con la legislación catastral y a los efectos de la identificación física y localización de los inmuebles en los que se desarrolla la actividad de alojamiento turístico. En relación con esta última obligación debe tenerse en cuenta que el Decreto ha modificado la redacción del art. 30 del Decreto 10/2021 en lo que a las causas de baja de la inscripción en el Registro de Turismo de la Comunitat Valenciana se refiere, de modo que en el apartado g) establece un plazo de tiempo para comunicar la referencia catastral de las viviendas de uso turístico que ya se encontraban inscritas en el momento de entrar en vigor el presente Decreto Ley. En consecuencia, se darán de baja en el Registro aquellas viviendas turísticas registradas que no aporten la referencia catastral antes del 31 de diciembre de 2024⁸. La baja de la inscripción se resolverá previa tramitación del oportuno expediente en el que se dará trámite de audiencia a la persona interesada.

Esta nueva definición debe completarse con algunas presunciones y consideraciones que se establecen a continuación. En concreto, la nueva redacción del art. 65.2 presume que existen fines turísticos cuando en la cesión de la vivienda se de alguna de las siguientes circunstancias: «a) Cuando sea cedido para su uso turístico por empresas gestoras de viviendas de uso turístico; b) Cuando sea puesto a disposición de los usuarios turísticos

7. Para mayor información sobre si es correcta la exigencia del informe de compatibilidad urbanística y las consecuencias derivadas de su falta de obtención puede verse en **ORTIZ FERNÁNDEZ, M.**, «El arrendamiento de viviendas de uso turístico y el reparto competencial entre Estados, Comunidades Autónomas y Municipios: principales problemas que se plantean», *El alojamiento colaborativo. Problemática jurídica actual de las viviendas de uso turístico*, **LÓPEZ SÁNCHEZ, C** (Coord.), Madrid, Dykinson, p. 110.

8. Al respecto puede verse el art. 3.4.º del Decreto Ley 9/2024. La modificación afecta también al art. 78.1 g) de la Ley 15/2018.

por sus propietarios o titulares para este fin se presten o no servicios propios de la industria hotelera; c) Cuando se utilicen canales de comercialización turística. Se considera que existe comercialización turística cuando se lleve a cabo a través de operadores turísticos o cualquier otro canal de venta turística o promoción, incluido Internet, u otros sistemas de nuevas tecnologías». Añade el art. 65.3 que no podrán considerarse viviendas de uso turístico: «a) Las viviendas que sean arrendadas por un tiempo igual o superior a 11 días computados de forma continuada a un mismo arrendatario; b) El arrendamiento turístico de habitaciones, que queda expresamente prohibido; c) El alquiler de habitaciones de uso turístico en barcos, caravanas o similares, con excepción del marco regulatorio de los campings».

Por último, el art. 65.4 establece como novedad que las inscripciones de las viviendas de uso turístico en el Registro de Turismo de la Comunitat Valenciana tendrán una validez de 5 años y el art. 65.5 exige a las viviendas turísticas el cumplimiento de unos requisitos mínimos de diseño, calidad, seguridad, accesibilidad que se detallan en el Anexo III del propio Decreto.

El nuevo concepto de vivienda turística merece algunos comentarios.

Recordemos que el art. 65.1.º de la Ley 15/2018 definía las viviendas de uso turístico como «los inmuebles completos, cualquiera que sea su tipología, que, contando con el informe municipal de compatibilidad urbanística que permita dicho uso, se cedan mediante precio con habitualidad en condiciones de inmediata disponibilidad y con fines turísticos, vacacionales o de ocio». Mientras que el párrafo segundo del precepto consideraba que había habitualidad cuando se daban alguna de estas circunstancias: a) cesión del inmueble para uso turístico por empresas gestoras de viviendas turísticas; b) puesta a disposición del inmueble a usuarios turísticos por sus propietarios o titulares, con independencia de cuál sea el periodo de tiempo contratado y siempre que se presten servicios propios de la industria hostelera y c) cuando se utilicen canales de comercialización turística.

Si comparamos la antigua definición del concepto de vivienda turística con la nueva, observamos algunas diferencias. Puede destacarse que ha desaparecido el término «habitualidad» y también los términos referidos a los fines «vacacionales o de ocio». Por el contrario, se ha incluido un límite temporal («por un tiempo inferior o igual a 10 días»), una regla de cómputo de ese límite temporal («computados de forma continuada a un mismo arrendatario») y, por último, se ha incorporado la equiparación del informe municipal de compatibilidad urbanística para uso turístico favorable a un documento equivalente que se determine reglamentariamente o a los títulos habilitantes municipales exigibles.

En cuanto al primero de los cambios, hay que tener en cuenta que el término «habitualidad» se elimina de la nueva definición de la vivienda de uso turístico, pero lo que la Ley 2018 consideraba que tenía que entenderse por habitualidad (antiguo art. 65.2.º) se ha incorporado en el Decreto como circunstancias que conllevan la presunción de existencia de fines turísticos (nuevo art. 65.2.º), eso sí, con algunas diferencias que merecen atención. El nuevo precepto, cuando se refiere a la puesta a disposición del inmueble que hacen los propietarios o titulares especifica que el fin ha de ser turístico, dando a entender que no puede ser de otro tipo, como, por ejemplo, residencial o de temporada. Esta alusión al fin no estaba presente en la redacción originaria del precepto y se corresponde con el objetivo señalado en el Preámbulo de marcar diferencias entre el arrendamiento turístico y otros tipos de arrendamiento. El legislador pretende dejar claro que el uso solo puede

ser turístico. Además, también para este supuesto elimina los términos «con independencia de cuál sea el periodo de tiempo contratado», que estaban presentes en la anterior redacción, porque ahora ya no es irrelevante el periodo contratado, dado que, en congruencia con el periodo de tiempo establecido en el concepto de vivienda turística (nuevo art. 65.1.º), la presunción solo puede aplicarse cuando la estancia que se oferta es inferior o igual a 10 días. Por último, y también respecto al apartado b), el legislador especifica que no es obligatorio que se presten servicios propios de la industria hotelera para que entre en juego la presunción, servicios que, con la anterior legislación sí se exigían. En definitiva, lo que antes se entendía por habitualidad, ahora se concibe como una presunción que podrá aplicarse siempre que el inmueble se ceda con fines turísticos por una empresa gestora o por el propietario o titular, por un tiempo igual o inferior a diez días de forma directa o través de canales de comercialización turística, se presten o no servicios propios de la industria hotelera.

Mucha más importancia tiene la incorporación del límite temporal, la regla de cómputo y la eliminación de los fines vacacionales o de ocio de la definición de vivienda de uso turístico. El Decreto introduce estos tres cambios, que en realidad están relacionados entre sí, para así conseguir diferenciar los arrendamientos turísticos de otro tipo de arrendamiento, como los arrendamientos de temporada o residenciales, finalidad que ya venía anunciada en el Preámbulo de la norma. Los términos «fines vacacionales o de ocio» han desaparecido porque el legislador pretende que la vivienda turística tenga fines exclusivamente turísticos durante el periodo declarado como tal en el Registro de Turismo. De este modo, los fines vacacionales o de ocio tienen que buscar encaje en otro tipo de arrendamientos que quedan fuera de la normativa turística y que se encuentran sometidos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU). Recordemos que el art. 3.2 de la LAU considera arrendamientos para uso distinto del de vivienda «los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, se ésta de verano o cualquier otra, y los celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, cualquiera que sean las personas que lo celebren». Por lo tanto, los arrendamientos que quedan fuera de la normativa turística, que sean por causa vacacional y no pretendan cubrir la necesidad de vivienda permanente del arrendatario, pueden considerarse arrendamientos de temporada conforme al art. 3 de la LAU. En esta línea, entiende el Decreto que los arrendamientos serán turísticos, siempre que no se prolonguen en el tiempo durante más de 10 días a un mismo arrendatario. Esta idea no solo está presente en el nuevo concepto de vivienda turística, sino también en el art. 65.3.a) que afirma expresamente que no pueden considerarse viviendas de uso turístico «las viviendas que sean arrendadas por un tiempo igual o superior a 11 días computados de forma continuada a un mismo arrendatario».

Una lectura rápida de este último precepto nos puede llevar a entender que, si la vivienda es turística, esto es, está inscrita como tal en el Registro de Turismo, no puede ser arrendada a una misma persona por más de diez días, por lo tanto, en caso de arrendarse a un mismo turista durante once días o más, la vivienda perdería su carácter, su licencia y, en consecuencia, ya no sería apta para ser ofertada como vivienda turística. Interpretar así la norma hubiera conllevado una prohibición de gran calado y graves consecuencias para las viviendas turísticas. Ciertamente es que enseguida podrían imaginarse fórmulas para eludir la aplicación de la norma, como, por ejemplo, que si una familia de varios miembros quiere pasar sus quince días de vacaciones en algún lugar de la Comunitat Valenciana, hicieran dos reservas en vez de una a nombre de dos miembros distintos de esa misma

familia, siempre que en la reserva no hagan constar el número real de huéspedes que se van a alojar para que no fuera posible detectar que las dos reservas se atribuyen a la misma familia y para una única estancia de quince días consecutivos.

Dejando a un lado esta forma de superar este obstáculo legal, puede afirmarse que el sentido que hay que darle a la norma es otro si hacemos una interpretación sistemática de la norma y tenemos en cuenta los preceptos que conforman el Decreto en su conjunto. Aunque del tenor literal de la norma se podría desprender que la vivienda turística pierde tal carácter si se arrienda a una misma persona por más de diez días consecutivos, no es esa la intención del legislador. Debe entenderse que lo que ha querido decir el legislador es que la vivienda de uso turístico puede arrendarse a una misma persona durante diez días como máximo para que ese arrendamiento merezca la calificación de turístico. Ello no impide que la misma vivienda turística pueda ser arrendada por un tiempo superior a 10 días, 11 días o más, ahora bien, en ese caso el arrendamiento no será considerado turístico, sino arrendamiento de temporada o de otro tipo y se someterá a la legislación vigente aplicable a ese tipo de arrendamiento concreto. En ese caso, en principio, la vivienda turística no perderá tal carácter, lo único que habrá que hacer es modificar el periodo de funcionamiento de la vivienda turística en la plataforma de Turismo. Lo que esto quiere decir es que la vivienda turística puede simultanear diferentes usos a lo largo de un mismo año, siempre que esto se haga constar adecuadamente. Sin lugar a dudas, los términos legales del art. 65.3ºa) no son acertados y resultan poco precisos. En lugar de establecer que no pueden considerarse viviendas de uso turístico aquellas que sean arrendadas por un tiempo igual o superior a 11 días computados de forma continuada a un mismo arrendatario, habría sido más adecuado especificar que no tienen carácter turístico los arrendamientos que se concierten por un periodo igual o superior a once días, computados de manera continuada, para un mismo arrendatario.

Esta interpretación es congruente con la nueva redacción que el Decreto otorga al art. 23 j) del Decreto 10/2021 que se refiere al periodo de prestación de la actividad en la vivienda y que advierte que «deberá declararse para cada vivienda (turística) el periodo de prestación de actividad, pudiendo comercializarse turísticamente únicamente en los periodos indicados». Un alojamiento que cumpla los requisitos para ser considerado turístico, esto es, que haya obtenido el informe de compatibilidad urbanística y la inscripción en el Registro de Turismo, puede arrendarse con fines turísticos o con otros fines. Los diferentes tipos de arrendamiento se pueden compaginar siempre que se predetermine en qué época del año la vivienda se va a ofrecer con fines turísticos. Ahora bien, el arrendamiento ofertado como turístico no puede ser superior a diez días para un mismo cliente.

Además, es obligatorio cumplir con el periodo preestablecido, ya que la nueva redacción del art. 30.1 j) del Decreto 10/2021 prevé que procederá la baja de la inscripción de la vivienda en el Registro de Turismo de la Comunitat Valenciana «cuando se constate que el alojamiento se está destinando en el periodo declarado como turístico al arrendamiento como vivienda o de temporada en los términos establecidos por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos». En definitiva, el periodo de funcionamiento de la vivienda turística es de vital importancia, dado que, dentro del periodo declarado como de uso turístico, no se podrán formalizar otro tipo de contratos. Por lo tanto, si una vivienda turística recibe una reserva superior a diez días consecutivos de un mismo cliente, deberá comunicar un cambio del periodo de funcionamiento para que no

se le aplique la causa de baja prevista en la normativa turística. A estos efectos, la Administración turística ha habilitado un trámite para la modificación de los datos relativos a las viviendas de uso turístico que incluye la posibilidad de cambiar el periodo de prestación de actividad turística de la vivienda⁹.

Debe tenerse en cuenta que el límite temporal de diez días solo afecta a las viviendas de uso turístico, no se aplica a las reservas que los clientes puedan hacer en otros establecimientos, como los hoteles. Todo parece apuntar a que el límite temporal ha pretendido perjudicar a las viviendas turísticas registradas en beneficio de los hoteles. Pero analicemos si el perjuicio es tal o se puede salvar de alguna manera.

La presencia del límite temporal de los diez días, nos hace plantearnos cómo podemos saber si un arrendamiento igual o inferior a diez días es un arrendamiento turístico o no lo es, sobre todo porque nos podríamos plantear que fuera un arrendamiento de temporada. En efecto, la duración del contrato de arrendamiento de temporada puede ser determinado por las partes, con lo cual, nada impide considerar que un arrendamiento por tiempo igual o inferior a diez días sea un arrendamiento de temporada.

Para responder adecuadamente a esta cuestión hay que tener en cuenta el juego de las presunciones previsto por la nueva normativa. En efecto, a tenor del art. 65.2, se presume el fin turístico del inmueble cuando este es cedido por una empresa gestora de viviendas de uso turístico o es puesto a disposición de usuarios turísticos por parte de los propietarios o titulares o se utilicen canales de comercialización turística. Por lo tanto, si nos encontramos con el típico caso de una vivienda que se ofrece a través de plataformas digitales de alojamiento turístico como Airbnb, o Booking, por una empresa gestora o por su propietario para estancias de diez días o menos, se presumirá, entendemos que *iuris tantum*, que el arrendamiento es turístico. Como el art. 65.2 no establece que la presunción sea *iuris et de iure*, entendemos que, aplicando la regla general prevista en el art. 385.3º de la LECIV que considera que «las presunciones establecidas por ley admitirán prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba», la presunción que se establece es *iuris tantum* y, por lo tanto, cabría presentar prueba para acreditar que el arrendamiento no es turístico. A nadie se le oculta que si la vivienda se ha cedido a un turista a través de un canal de comercialización turístico por tiempo igual o inferior a diez días, probar que el uso no es turístico no será imposible, pero sí será bastante difícil. Si no se logra probar que se trata de un arrendamiento temporada o de otro tipo, se presumiría turístico y se estaría cometiendo una infracción administrativa muy grave que puede conllevar multa de 100.001 a 600.000 €, según establece el art. 93 de la Ley 15/2018.

Así las cosas, cabría entender que el arrendamiento que se oferta a turistas por tiempo igual o inferior a 10 días se presume turístico y, por lo tanto, está sometido a la normativa sectorial turística, esto es, solo podrá ofrecerse si se dispone de una licencia turística vigente y si la estancia se encuentra dentro del periodo de funcionamiento declarado como turístico, debiendo además de comunicar los datos de los viajeros en cumplimiento de la obligación de registro documental e información impuesta por el Ministerio de Inte-

9. El enlace al trámite es el siguiente: https://www.gva.es/es/inicio/procedimientos?id_proc=19207 y el enlace a las instrucciones para utilizar el trámite de modificación es: https://www.gva.es/descarregues/2024/10/83312-INSTRUCCIONES_MODIFICACION_DATOS_DE_VIVIENDAS_USO_TURISTICO_GUC_19207_DL_VIVIENDAS_01-10-2024.pdf

rior en el Real Decreto 933/2021. Lo que esto quiere decir es que si la vivienda no tiene licencia turística no se puede arrendar por menos de 11 noches a turistas porque se estaría incumpliendo la normativa sectorial específica.

Si aplicamos la presunción en sentido contrario, obtenemos que los arrendamientos de viviendas por un periodo superior a 10 días no pueden considerarse turísticos. El arrendamiento superior a 10 días ya no se presume turístico porque con arreglo a la nueva normativa no puede serlo, tal y como establece el art. 65.1º y el art. 65.3º a). Antes de la entrada en vigor de este Decreto, no había ningún criterio temporal en el art. 65.1º, por lo que, atendiendo al criterio establecido en el antiguo art.65.2 b) bastaba que la vivienda se cediera al turista para que el arrendamiento fuera considerado turístico y estuviera sometido a la normativa sectorial específica (necesidad de informe de compatibilidad, inscripción en el Registro, comunicación de datos de viajeros...). Sin embargo, tras la vigencia del nuevo Decreto debe afirmarse que si los arrendamientos de más de diez días no pueden ser considerados turísticos, serán arrendamientos de temporada por motivos vacacionales y se someterán a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, lo que significa que los propietarios o gestores de estas viviendas podrán arrendar estas viviendas a turistas siempre que la cesión del inmueble sea por más de diez días y hagan constar que no se trata de un arrendamiento turístico, sino de un arrendamiento de temporada tanto en la publicidad como en el contrato que se celebre entre las partes tras la reserva.

La posibilidad de concertar arrendamientos de temporada con turistas no se limita a ningún tipo de vivienda, por lo que, es defendible afirmar que se trata de una oportunidad para que las viviendas que carezcan de licencia turística puedan también ofrecer estos arrendamientos en canales de comercialización turística, siempre que la duración de la cesión sea superior a diez días, en la publicidad adviertan del hecho de que no son viviendas turísticas y que el contrato que se genere entre las partes sea un contrato de arrendamiento de temporada por motivos vacacionales. Al no considerarse turísticos, no hará falta el informe de compatibilidad, ni la licencia turística, ni incluir en la publicidad el número de registro, ni la localización exacta de la vivienda, ni cumplir con los requisitos del Anexo III, ni comunicar los datos de viajeros conforme al Decreto 933/2021, en definitiva, no se les puede exigir que cumplan con la normativa turística. Esto supone una gran ventaja para las viviendas que no gozan de licencia turística, pues podrán arrendarse a turistas con fines vacacionales sin incumplir la ley. El límite temporal de los diez días, más que poner las cosas difíciles a las viviendas que carecen de licencia, les ha abierto las puertas para que puedan prestar sus servicios con fines vacacionales cumpliendo los requisitos mencionados. La amplitud con que está regulado el arrendamiento de temporada en nuestro ordenamiento jurídico ha favorecido esta posibilidad. Aunque está previsto modificar la legislación aplicable a este tipo de arrendamientos, de momento, la modificación legislativa no ha tenido lugar.

Como hemos expuesto en líneas anteriores, también las viviendas que tengan licencia turística vigente pueden acudir al recurso del contrato de arrendamiento de temporada para estancias de turistas superiores a diez días, siempre que lo hagan fuera del periodo declarado como turístico. La vivienda no dejaría de ser turística, solamente se modificaría temporalmente el uso, que pasaría a ser vacacional. Debe entenderse que en este caso se debe celebrar un contrato de arrendamiento de temporada y que no existe obligación de comunicar los datos de viajeros porque el arrendamiento no es turístico.

En definitiva, si los inmuebles se ofrecen a turistas por menos de once días, el uso se presume turístico y hay que cumplir con la normativa turística, lo que supone la necesidad de ofrecer inmuebles completos, que cuenten con licencia turística vigente, que incluyan en la publicidad el número de licencia, que comuniquen los datos de los viajeros, etc. Si el plazo que se ofrece es superior, el arrendamiento no será turístico, sino que será un arrendamiento de temporada con fines vacacionales y se someterá a la LAU, por lo que es una posibilidad de la que pueden hacer uso tanto las viviendas que cuenten con la preceptiva licencia turística como las que carezcan de ella.

En lo que respecta a la entrada en vigor del límite temporal de los diez días, hay que tener en cuenta que es el mismo que el del resto de preceptos del Decreto, esto es, el 8 de agosto de 2024. No obstante, la nueva norma ha previsto lo que pasaría con las viviendas turísticas que ya tuvieran contratadas estancias por 11 días o más. En estos casos, establece la Disposición Transitoria Segunda que las viviendas turísticas podrán mantener el periodo de arrendamiento pactado hasta la finalización del contrato, momento a partir del cual, quedarán sujetas al periodo máximo de arrendamiento de 10 días computados de forma continuada a un mismo arrendatario, fijado en esta norma.

La Comunitat Valenciana no es la primera comunidad en establecer un criterio temporal en la legislación aplicable a viviendas de uso turístico. Son varias las Comunidades Autónomas que han conseguido consolidar un requisito temporal en sus legislaciones con anterioridad¹⁰. Para la Comunitat Valenciana la introducción legal del límite ha supuesto un verdadero cambio de las reglas del juego. En ocasiones, los cambios deben verse como una oportunidad. La aplicación del criterio temporal puede conllevar ventajas para aquellas viviendas turísticas que están inscritas en el Registro de Turismo y que, según la terminología del Decreto, se consideran legales. La entrada en vigor del requisito temporal debería provocar que se redujera el número de viviendas que se ofertan en canales de comercialización turística cuando la estancia que se quiere reservar es inferior o igual a diez días. Cuando el turista hace la búsqueda y selecciona un periodo inferior o igual a diez días solamente deberían aparecer como disponibles las viviendas con licencia. El algoritmo que utilizan estas plataformas debería discriminar las viviendas que carecen de número de registro para generar la confianza de los huéspedes. Este hecho tendría como consecuencia que la única alternativa que tuvieran los turistas interesados en estancias de esa duración fuera contratar viviendas que cumplen la normativa turística, lo que a su vez provocaría que estas viviendas se pudieran posicionar en el mercado y obtener mayor rentabilidad. Del mismo modo, puede afirmarse que la introducción del requisito temporal también ha beneficiado a las viviendas que carecen de licencia turística, pues pueden ofrecer sus servicios legalmente a turistas para estancias de más de once días sin incumplir la ley.

Otra cuestión a tener en cuenta es la que hace referencia a la cesión de habitaciones¹¹. El alquiler de habitaciones sigue estando prohibido por la normativa turística, prohibición que

10. Es el caso de Madrid (90 días al año), Cataluña (estancias inferiores a 31 días), Castilla y León (duración máxima de 2 meses).

11. Un estudio exhaustivo sobre las legislaciones autonómicas que permiten y prohíben el arrendamiento por habitaciones puede verse en LÓPEZ SÁNCHEZ, C., «Reflexiones en torno al arrendamiento de las viviendas turísticas: la cesión de la vivienda en su totalidad o por habitaciones y el subarriendo», *El alojamiento colaborativo. Problemática jurídica actual de las viviendas de uso turístico*, LÓPEZ SÁNCHEZ, C (Coord.), Madrid, Dykinson, pp. 134 a 143.

aparece de forma redundante en la nueva norma, tanto en el Preámbulo, como en el nuevo articulado del art. 65. En primer lugar, se deduce la imposibilidad de arrendar habitaciones con fines turísticos del propio concepto de vivienda turística del art. 65.1 que obliga a ceder «los inmuebles completos», por si no hubiera quedado totalmente claro, tras la definición, afirma expresamente el legislador, en el párrafo segundo del art. 65.1, que «las viviendas de uso turístico se ceden al completo, no permitiéndose la cesión por habitaciones». Nuevamente y por último, el art. 65.3 menciona que no pueden considerarse viviendas de uso turístico «el arrendamiento turístico de habitaciones, que queda expresamente prohibido». En definitiva, no cabe duda que el alquiler por habitaciones queda expresamente prohibido, por lo que las viviendas de uso turístico deben cederse al completo, no permitiéndose la cesión por habitaciones dentro del periodo declarado de actividad turística.

En esta línea el Decreto ley añade un nuevo apartado 6 al art. 93 de la Ley 15/2018 para considerar infracción muy grave el hecho de ejercer, comercializar, ofrecer, prestar o hacer publicidad de alquiler turístico por habitaciones en viviendas de uso turístico registradas. Recordemos que según el art. 94.3º de la Ley 15/2018 la calificación de la infracción como muy grave puede conllevar la imposición de una multa que puede ir desde los 100.001 hasta los 600.000 € y además clausura del establecimiento o cese de la actividad o del servicio turístico. Pero, ¿qué pasaría si una vivienda que carece de licencia turística vigente ofrece en alquiler habitaciones a turistas para estancias inferiores a los diez días? El art. 93.6 no las contempla porque solamente se refiere a «las viviendas de uso turístico registradas», pero no tiene sentido entender que se imponga sanción a viviendas turísticas registradas y no a las viviendas que carezcan de licencia turística. Sería aconsejable que el legislador modificara el art. 93.6 para incluir también a las viviendas sin licencia turística, pues de lo contrario se estaría imponiendo un régimen más gravoso a las viviendas que han obtenido una licencia turística que a aquellas que no la tienen.

Ahora bien, entendiendo la norma *a sensu contrario*, como el alquiler de habitaciones por tiempo superior a diez días no se considera turístico, nada impide que la vivienda turística pueda alquilarse por habitaciones por periodos superiores a 10 días fuera del periodo declarado de prestación de actividad turística, ya que el alquiler de habitaciones se sometería a las normas del contrato de arrendamiento de temporada. No hace falta mencionar que si la vivienda carece de licencia turística también se puede alquilar por habitaciones aplicando la misma normativa.

A modo de síntesis, las implicaciones derivadas de la incorporación del requisito temporal al concepto de vivienda turística permiten distinguir cuatro posibles escenarios.

En primer lugar, las viviendas que carezcan de licencia turística no podrán cederse a turistas por tiempo inferior o igual a diez días, ni por completo ni por habitaciones.

En segundo lugar, las viviendas que no tengan licencia turística pueden cederse por completo o por habitaciones a turistas, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: al anunciar la propiedad se deje claro que la vivienda no es turística y que el arrendamiento que se ofrece es de temporada, por lo tanto, las partes tendrán que celebrar un contrato de arrendamiento de temporada conforme a la LAU, que se especifique suficientemente que el motivo del contrato es vacacional y en el que la duración del arrendamiento sea igual o superior a once días para que no se presuma turístico. Al no tratarse de un arrendamiento turístico, no habrá que cumplir con las obligaciones que impone la

normativa turística, como son las de enviar el parte de viajeros, tener un seguro de hogar, cumplir con ciertos requisitos de calidad y seguridad, etc. Debe entenderse que en este caso no hay ningún obstáculo para impedir que este tipo de arrendamientos se puedan publicar en las plataformas de intermediación entre propietarios y usuarios existentes en el mercado (Idealista, Fotocasa, Mil anuncios, Ya encontré, Spotahome, Facebook Marketplace, Instagram, entre otros). Más dudoso es que puedan comercializarse a través de plataformas de intermediación típicamente turísticas tipo Airbnb o Booking.

En tercer lugar, las viviendas que cuenten con licencia turística vigente pueden arrendarse por completo a un mismo arrendatario por un periodo igual o inferior a diez días. En este caso el arrendamiento se considerará turístico y estará sometido a la normativa turística de la Comunitat Valenciana. Por lo tanto, quien explote el inmueble debe anunciarlo como vivienda de uso turístico e indicar tanto el número de inscripción de la vivienda en el Registro de Turismo, como la ubicación exacta de la vivienda. El periodo de arrendamiento que se oferte a los usuarios debe ser congruente con el periodo de funcionamiento declarado por la vivienda de uso turístico en el Registro de Turismo. Además, se imponen en este caso todas las obligaciones que recaen sobre los propietarios de viviendas de uso turístico, como son, mandar los partes de hospedaje a través de la plataforma de ses.hospedajes habilitada para ello, tener contratado un seguro de responsabilidad civil, tener un teléfono de atención las 24 horas, etc. Se aconseja que en la publicidad se proporcione información suficiente sobre las características de la vivienda, las condiciones de uso y disfrute, las prestaciones y los servicios contratados, etc.

Debe entenderse que este tipo de arrendamientos se podrán publicar en todas las plataformas de intermediación entre propietarios y usuarios, tanto aquellas que están más orientadas a ofertar servicios turísticos (Airbnb, Booking, Vrbo, Rentalia, TripAdvisor, Expedia), como aquellas que facilitan la provisión de vivienda de forma más general (Idealista, Fotocasa, Mil anuncios, Ya encontré, Spotahome, Facebook Marketplace, Instagram, entre otras). También es posible incluir las viviendas turísticas en páginas web propias.

En cuarto lugar, las viviendas con licencia turística pueden arrendarse por completo o por habitaciones a un mismo arrendatario con fines vacacionales por más de diez noches. En esta ocasión, el arrendamiento no será considerado turístico, sino de temporada y se someterá a la LAU. Quien explote el inmueble debe advertir en la publicidad que las estancias que sean superiores a diez días son arrendamientos de temporada y precisan la firma de un contrato de arrendamiento de este tipo en el que se especificará claramente que el motivo del contrato es vacacional. Las estancias que se contraten al amparo de este contrato deben estar fuera del periodo de funcionamiento turístico declarado en el Registro de Turismo para evitar que se aplique la causa de baja prevista en la normativa turística. Al no ser un arrendamiento turístico, no habrá que cumplir con todas las obligaciones legales que se imponen a los propietarios. Estas estancias se podrían publicar en todas las plataformas de intermediación entre propietarios y usuarios existentes en el mercado¹². Precisamente uno de los aspectos que más dudas generaba entre los titula-

12. Con vistas a facilitar que las viviendas de uso turístico puedan publicitarse a través de un mismo anuncio para estancias de menos y de más de diez días sería aconsejable incluir los siguientes términos en la descripción del inmueble: «para estancias iguales o inferiores a diez días el arrendamiento concertado se considerará turístico y sometido a la normativa turística, tal y como prevé el Decreto Ley 9/2024, mientras que para estancias superiores a diez días

res y gestores de viviendas turísticas era la posibilidad de anunciar las propiedades para estancias de más de diez días en las plataformas turísticas más populares. Con la intención de esclarecer la duda, se hizo la consulta específica sobre esta cuestión a través del servicio de Turismo. En concreto la pregunta era si una vivienda que tuviera la licencia turística vigente puede anunciar su inmueble en la plataforma Airbnb por más de diez días consecutivos al mismo arrendatario, informando debidamente en el texto del anuncio que se trata de un arrendamiento de temporada por motivos vacacionales y excluyendo este periodo de tiempo del uso turístico a través del trámite habilitado al efecto por Turismo. La respuesta fue positiva, por lo tanto, por el momento la Administración considera que esta forma de proceder cumple con la normativa turística de la Comunitat Valenciana.

Por último, la última modificación del concepto de vivienda turística hace referencia a la equiparación del informe de compatibilidad a otros documentos equivalentes. El Decreto ley ha previsto, para agilizar los trámites que permiten la obtención de la compatibilidad urbanística, que se pueda solicitar directamente al Ayuntamiento o que se presente en su lugar un certificado emitido por alguna de las Entidades Colaboradoras de la Administración Municipal en la Verificación Urbanística, que están registradas en la Conselleria de Medio Ambiente, Infraestructuras y Territorio, siempre y cuando el planeamiento municipal indique zonas diferenciadas y previsiones sobre las viviendas turísticas (art. 47 bis 2 Decreto 10/2021). Este certificado tiene la misma validez que el informe municipal de compatibilidad y debe reflejar el mismo contenido: datos esenciales de identificación del inmueble, incluida la dirección completa, su referencia catastral única e individualizada, la clasificación del uso y el uso urbanístico permitido. Si la vivienda turística está en suelo no urbanizable, además de la compatibilidad debe tener una declaración de interés comunitario. Tal y como prevé la Disposición Adicional única del Decreto, todas las referencias realizadas en la normativa turística al informe municipal de compatibilidad urbanística se entenderán realizadas al informe municipal de compatibilidad urbanística para uso turístico, o documento equivalente.

2. Régimen jurídico aplicable y disposiciones transitorias

En cuanto al régimen jurídico aplicable a las viviendas de uso turístico en la Comunitat Valenciana existen tres situaciones en las que se pueden encontrar las viviendas tras la entrada en vigor de la nueva normativa valenciana.

En primer lugar, se encuentran las viviendas de uso turístico que ya estaban inscritas en el Registro cuando entró en vigor la Ley 15/2018 (el 8 de julio de 2018). En este caso las viviendas mantienen la validez de su inscripción en el Registro para el ejercicio de su actividad, por lo tanto su licencia turística no caduca y estarán únicamente obligadas a presentar una declaración responsable de renovación, si bien únicamente referida al cumplimiento de los requisitos mínimos del Anexo III del Decreto referentes a accesos, instalaciones, dimensiones mínimas y dotaciones, tal y como dispone la Disposición Transitoria Tercera del Decreto 9/2024.

debe celebrarse un contrato de arrendamiento de temporada por fines vacacionales y someterse a la LAU». A modo de ejemplo, si la vivienda turística se ha publicitado en la plataforma Airbnb, esta dispone de un espacio dentro de la descripción de la vivienda que lleva por nombre «otros detalles importantes» donde podría incluirse la frase explicativa de los diferentes tipos de contrato a los que debe someterse el arrendamiento concertado.

No cabe duda que el régimen jurídico aplicable a las viviendas turísticas que se inscribieron en el Registro de Turismo antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2018 es mucho más favorable que el que se aplica en los dos casos restantes, ya que si el titular de la explotación es diligente en la presentación de la declaración responsable cada cinco años, su inscripción no caducará ni deberá ajustarse a los nuevos criterios de planificación del territorio que apruebe la entidad local correspondiente, así como tampoco se verá perjudicada por los nuevos acuerdos o cambios estatutarios que pueda sufrir la comunidad de propietarios en la que se sitúe el inmueble.

En segundo lugar, tenemos las viviendas de uso turístico que, al momento de la entrada en vigor del Decreto 9/2024, estén ya inscritas en el Registro de Turismo, pero que se inscribieron tras la entrada en vigor de la Ley 15/2018, esto es, a partir del 8 de julio de 2018. En estos casos, se mantendrá la validez de la inscripción para el ejercicio de la actividad turística durante un plazo de 5 años contado a partir de la entrada en vigor de esta norma, transcurrido el cual, deberán presentar nueva declaración responsable de renovación con el contenido y requisitos establecidos en el art. 23 bis de este Decreto, según establece la Disposición Transitoria Tercera del Decreto 9/2024. Teniendo en cuenta que la norma entró en vigor el 8 de agosto de 2024, el plazo para presentar la solicitud de renovación y tramitar la nueva inscripción vence el 8 de agosto de 2029.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el art. 23 bis establece que «para renovar la inscripción por un nuevo periodo de cinco años y continuar con el ejercicio de la actividad, el titular de la actividad, con el permiso expreso del propietario, deberá presentar, en todo caso, dentro del mes anterior a la finalización de cada periodo, una nueva declaración responsable de renovación». Atendiendo al precepto, aunque la inscripción practicada antes del 8 de agosto de 2024 mantiene su validez hasta el 8 de agosto de 2029, el plazo para presentar la renovación vence un mes antes, esto es, el 8 de julio de 2029, por lo que quien quiera renovar la inscripción debe presentar la documentación antes de esa fecha. Teniendo en cuenta que antes de la entrada en vigor del presente Decreto había 100.000 viviendas turísticas inscritas, para todas ellas la inscripción vence al mismo tiempo, con lo que se prevé un aluvión de solicitudes de renovación que se producirá en julio de 2029, lo que puede generar un colapso del sistema. Al tratarse de una situación previsible, pues se sabe que necesariamente se va a producir en esa fecha, lo lógico sería que la Administración arbitrara algún sistema de renovación que fuera ágil y efectivo para no crear una situación de desconcierto a las viviendas que se encuentren inmersas en el proceso de renovación.

Debe tenerse en cuenta que en este caso para conseguir la renovación de la inscripción se precisa presentar una declaración responsable de renovación y un nuevo informe municipal de compatibilidad urbanística para uso turístico favorable, actualizado, o documento equivalente previsto en este reglamento. La nueva declaración responsable de renovación debe incluir que cumple con todos los requisitos legal y reglamentariamente vigentes en el momento de la renovación. Entendemos que esto se refiere a la obligación de indicar la referencia catastral, al periodo del año en que se va a arrendar turísticamente y a los requisitos mínimos del Anexo III, pero también a otros requisitos que puedan aprobarse posteriormente y estén vigentes en ese momento en que se tramita la renovación. Como el Decreto otorga mayor autonomía a los Ayuntamientos para decidir el modelo de ciudad que quieren y poder limitar el uso turístico de las viviendas que se encuentran en su término municipal, es fácil prever que muchas de las viviendas turísticas que hoy están registradas en Turismo podrán encontrar dificultades para obtener una resolución

de renovación positiva, ya que los municipios habrán tenido cinco años a contar desde agosto de 2024 para actualizar su planeamiento municipal en torno a la calificación del suelo y los usos permitidos. En caso de que venza el plazo establecido de cinco años sin que se haya presentado una nueva declaración responsable de renovación e informe municipal o documento equivalente en los casos que sea exigible, la vivienda se dará de baja en el Registro, tal y como prevé el nuevo art. 23 bis.2.

Es importante tener en cuenta que el párrafo segundo del art. 23 bis establece lo siguiente: «para aquellas viviendas inscritas con anterioridad a la entrada en vigor de este decreto ley, no será necesario incluir en esta declaración responsable de renovación, las certificaciones mencionadas en el apartado 1) del artículo 23». La remisión que este precepto hace al apartado 1) del artículo 23 debe entenderse referida al apartado l) del nuevo art. 23, esto es, a la «certificación registral que acredita que ni el título constitutivo o los estatutos de la comunidad de propietarios, o algún acuerdo de ésta, oponible a terceros, determinan la imposibilidad de uso para finalidades diferentes a las de vivienda como residencia habitual, o que dispone de certificado expedido por la administración de la comunidad de propietarios en el mismo sentido». Por lo tanto, cuando se trate de viviendas que ya estaban inscritas antes de la entrada en vigor del Decreto, la declaración responsable de renovación no es necesario que incluya la certificación registral o de la comunidad de propietarios que acredite que, ni el título constitutivo o los estatutos de la comunidad, o algún acuerdo de ésta, determinen la imposibilidad de destinar las viviendas a finalidades diferentes a las de vivienda como residencia habitual.

En caso de que la vivienda hubiera iniciado los trámites para obtener la licencia turística antes del 8 de agosto de 2024 sin haber finalizado el procedimiento, prevé la Disposición Transitoria Primera del Decreto que el expediente podrá seguir tramitándose conforme a lo dispuesto en la anterior normativa, salvo que se opte voluntariamente por acogerse a la nueva normativa mediante declaración escrita a tal efecto. Parece bastante improbable que se opte por esta segunda posibilidad, ya que el nivel de exigencia de la nueva normativa es superior a la antigua.

En tercer lugar, encontramos la situación de las viviendas que pretendan ser inscritas como turísticas tras la entrada en vigor del presente Decreto Ley. Para poder practicar la inscripción en el registro se debe disponer de una declaración responsable. Precisamente el contenido de la declaración responsable constituye la primera modificación que afecta al Decreto 10/2021, que es la norma reglamentaria de desarrollo de la Ley 15/2018. El nuevo artículo 23 resulta mucho más extenso que el anterior. La declaración responsable contendrá la identificación de la persona o entidad titular de la actividad, así como la identificación de la persona propietaria del inmueble, en caso de ser distinta de la persona o entidad titular de la actividad. Además, debe contener los datos identificativos de la vivienda y un pronunciamiento expreso sobre los siguientes extremos: a) disponibilidad de la vivienda para el uso turístico y documentación que lo acredite; b) cumplimiento de los requisitos exigidos para la inscripción de la vivienda en el Registro; c) disponibilidad del informe municipal de compatibilidad urbanística para uso turístico favorable; d) referencia catastral única e individualizada correspondiente; e) licencia de primera o segunda ocupación de la vivienda o título habilitante equivalente; f) cumplimiento de los requisitos de diseño, calidad, accesibilidad y seguridad; g) seguro de responsabilidad civil; h) disponibilidad de licencias, certificados o autorizaciones; i) declaración de interés comunitario si el establecimiento está ubicado en suelo no urbanizable común; j) periodo de prestación

de la actividad turística; k) cumplimiento de obligaciones fiscales, tributarias, de seguridad social y del convenio colectivo que resulte aplicable; l) certificación registral o certificado de la comunidad de propietarios que acredite que no hay imposibilidad de usar la vivienda para fines diferentes a la residencia habitual; m) cumplimiento de las obligaciones de registro documental e información de las personas físicas o jurídicas que ejercen actividades de hospedaje y alquiler de vehículos a motor; n) cumplimiento de las prescripciones previstas, para el caso de ostentar especialidad rural; o) certificado energético y p) memoria técnica descriptiva para el caso de viviendas de uso turístico que se implanten en locales de uso terciario de edificaciones existentes.

Una vez presentada la declaración responsable para inscribir la vivienda, la actividad como alojamiento turístico debe comenzar en dos meses. Si no se inicia la actividad o el servicio en ese plazo, se dará de baja la inscripción en el Registro de Turismo (art. 30.1 d Decreto 10/2021 y 78.3 d) Ley 15/2018). También se incorpora como causa de baja de la inscripción un apartado f en el art. 30 del Decreto 10/2021 y en el art. 78.3 f) Ley 15/2018 cuando se constate por la inspección de turismo del cese de la actividad turística durante más de 1 año.

La falta de presentación de nueva declaración responsable de renovación transcurrido el periodo de cinco años establecido para la validez de la misma, provocará la baja de la inscripción en el Registro de Turismo, según establece el art. 30.1 h) del Decreto 10/2021, precepto que se aplica a todas las vivienda turísticas registradas.

El párrafo tercero del art. 23 bis también prevé las consecuencias de la transmisión de la propiedad de una vivienda de uso turístico ya registrada en el Registro de Turismo. En este caso la norma también se aplica a cualquier vivienda turística registrada con independencia de si la inscripción se obtuvo antes o después de la entrada en vigor de la Ley 15/2018. En concreto establece el precepto que «será de aplicación tanto a la vivienda como a la nueva persona propietaria, el régimen y requisitos legal y reglamentariamente vigentes, debiéndose presentar una nueva declaración responsable, con la aportación del informe municipal de compatibilidad urbanística para uso turístico favorable o documento equivalente». Por lo tanto, al transmitirse la titularidad de la vivienda turística, ya sea inter vivos o mortis causa, porque la norma no lo especifica, se entiende que se pierde el título habilitante que permite desarrollar la actividad turística de forma que es necesario que el nuevo titular de la vivienda presente la correspondiente declaración responsable e informe de compatibilidad urbanística para uso turístico favorable o documento equivalente aplicándose a dicha vivienda el régimen legal y requisitos vigentes al tiempo de la presentación de la citada declaración responsable.

Es indudable que esta norma tiene como objetivo principal garantizar que los datos registrados en el Registro de Turismo permanezcan actualizados, de modo que la información disponible para quienes deseen consultarla sea precisa y veraz. No obstante, la aplicación de esta disposición normativa tendrá implicaciones adicionales de gran relevancia.

En primer lugar, la regulación representará un obstáculo significativo para la especulación inmobiliaria. Es frecuente encontrar anuncios de viviendas en venta que destacan la posesión de una licencia turística como un valor añadido, acompañada de datos sobre los beneficios económicos anuales generados, con el propósito de atraer potenciales compradores. Sin embargo, el artículo 23 bis, apartado 3, establece con claridad que la licen-

cia turística queda extinguida en caso de transmisión de la vivienda, obligando al nuevo propietario a gestionar un nuevo título habilitante. Este requisito se ve agravado por la facultad conferida a los municipios para imponer limitaciones en sus instrumentos de planeamiento en relación con los usos turísticos, lo que podría dificultar considerablemente la obtención de una nueva licencia.

En segundo lugar, la norma propiciará una mayor caducidad de las licencias turísticas vigentes. La extinción automática de la licencia ante cualquier transmisión de la propiedad, ya sea por compraventa o como consecuencia del fallecimiento del titular, acelerará su desaparición. Por ejemplo, podría darse el caso de un titular que se ve obligado a vender su vivienda por necesidades económicas, lo que, bajo este régimen normativo, resultaría en la pérdida de la licencia turística asociada.

En definitiva, esta norma no solo busca asegurar la fiabilidad del Registro de Turismo, sino que también introduce efectos colaterales significativos en el ámbito de la especulación inmobiliaria y en la dinámica de conservación de las licencias turísticas, lo que podría reconfigurar el panorama del sector a medio plazo.

La consulta de los datos abiertos del Registro de Turismo de la Comunitat Valenciana constituye el mecanismo más sencillo, rápido y eficaz para determinar el régimen jurídico aplicable a cada vivienda de uso turístico. En esta plataforma web se incluye información clave como el inmueble correspondiente, su dirección exacta, el número de licencia turística asignado y la fecha de registro.

Para los titulares de viviendas de uso turístico con licencias vigentes, esta herramienta resulta especialmente útil, ya que les permite verificar la fecha de vigencia de su inscripción y, con ello, identificar con precisión el marco normativo que les corresponde cumplir. Esto es de particular importancia para garantizar el cumplimiento de las disposiciones legales y evitar posibles sanciones, aspectos de evidente interés para dichos titulares.

No obstante, el acceso a esta información no está limitado exclusivamente a los titulares de las viviendas. Cualquier usuario, incluidos los turistas, puede consultar estos datos. Esto supone una garantía adicional de transparencia y confianza en el sector. Por ejemplo, un turista que haya reservado una estancia en una vivienda turística dentro de la Comunitat Valenciana puede verificar de manera directa y autónoma si la vivienda cuenta con una licencia turística vigente, asegurándose así de la legalidad del alojamiento.

En síntesis, la accesibilidad y claridad del Registro de Turismo no solo refuerzan la seguridad jurídica de los titulares, sino que también promueven la confianza de los usuarios, consolidando la regulación del alojamiento turístico en la Comunitat Valenciana como un modelo de gestión eficaz y transparente.

3. Nuevas obligaciones impuestas a los propietarios de viviendas de uso turístico

La primera de las modificaciones que introduce el Decreto ley a la Ley 15/2018 pretende imponer una nueva obligación que tiene que ver con la publicidad destinada a la comercialización de la vivienda de uso turístico. De este modo, se otorga nueva redacción

al art. 19.1.b) de la Ley 15/2018 y se modifica el apartado 2 del art. 33 del Decreto 10/2021 para imponer a las empresas turísticas y a las personas prestadoras de servicios turísticos una nueva obligación a la hora de publicitar la vivienda turística. De este modo, ya no es suficiente con incorporar el número de inscripción del Registro de Turismo de la Comunitat Valenciana en todo tipo de publicidad que se realice, como preveía la redacción original del precepto, sino que ahora ha de incorporarse además la exacta localización de la vivienda. Cierto es que muchas plataformas del sector no solían proporcionar la dirección exacta del inmueble hasta que el usuario no formalizara la reserva, seguramente por miedo a perder su negocio, ya que, en caso de disponer de la ubicación exacta del inmueble, al usuario le resulta mucho más fácil poder contactar directamente con la persona prestadora del servicio y así evitar pagar la comisión de la plataforma por el servicio de intermediación prestado. No cabe duda que el cumplimiento de esta obligación puede suponer que las plataformas de intermediación pierdan parte de su cuota de mercado. Además, se modifica también el apartado 16 del artículo 92 para prever que el incumplimiento de la obligación de indicar la exacta localización y el número de inscripción de la vivienda en el Registro en cualquier publicidad que se haga para comercializar la vivienda a través de cualquier medio, y especialmente a través de los servicios de la sociedad de la información, se considera una infracción grave. Recordemos que las infracciones graves pueden ser sancionadas con multas que van desde los 10.001 euros hasta los 100.00 euros (art. 94.2º Ley 15/2018).

La segunda obligación se establece en el párrafo tercero del art. 65.1º, que exige hacer constar la referencia catastral única e individualizada del inmueble tanto en las declaraciones responsables como en los contratos de cesión de las viviendas que se realicen, de conformidad con la legislación catastral y a los efectos de la identificación física y localización de los inmuebles en los que se desarrolla la actividad de alojamiento turístico. A la necesidad de hacer constar esta referencia también aluden el art. 77.5º; el art. 47.3; el art. 78.3 g), que establece un plazo para hacer efectiva esa obligación (antes del 31 de diciembre de 2024), además de considerar su incumplimiento como causa de baja de la inscripción (*vid.* también el art. 30 g); el art. 23 d), que modifica el contenido de la declaración responsable que debe presentarse para iniciar la actividad turística y el art. 47 bis 1, que exige que esté presente la referencia en los informes de compatibilidad urbanística para uso turístico favorable.

La tercera obligación que impone este Decreto y que ha supuesto una de las mayores novedades que representa la nueva normativa se refiere a la necesidad de renovar las licencias porque tienen una validez de cinco años a contar desde la entrada en vigor de esta ley, tal y como establece el art. 65.4. Por lo tanto, las viviendas inscritas antes del 8 de agosto de 2024, mantendrán la validez de la inscripción hasta el 8 de agosto de 2024, mientras que las viviendas que se inscriban con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, tendrán una vigencia de cinco años a contar desde la inscripción en el Registro de Turismo. Para poder continuar ejerciendo la actividad turística debe tramitarse una nueva inscripción a través del trámite online previsto. En caso de haya algún cambio en la titularidad de la vivienda que ejerce la actividad, es obligatorio tramitar una nueva inscripción, lo que conlleva presentar una nueva declaración responsable y aportar el correspondiente informe de compatibilidad urbanística.

Siguiendo con las obligaciones, el art. 37, relativo a las normas de régimen interior, es modificado, adicionando un nuevo apartado, el 5, en el que resulta patente la preocupación por los conflictos de convivencia: «En el caso de las viviendas de uso turístico, se deberá

disponer de un reglamento de normas de régimen interno en el que constarán, al menos, las normas de convivencia de la comunidad en que radique, las condiciones de uso de los servicios e instalaciones y el régimen de admisión de animales domésticos, para evitar alterar la normal convivencia o poner en riesgo la seguridad o integridad física del resto de la clientela. Este régimen será de obligado cumplimiento para las personas usuarias del alojamiento. A tal efecto, los propietarios de las viviendas de uso turístico o titular de la actividad deberán facilitar a los usuarios con carácter previo al alojamiento, un formulario informativo de dichas reglas que deberán ser aceptadas expresamente por estos últimos». El párrafo segundo del nuevo art. 37.5 prevé que «en caso de incumplimiento, el propietario o titular de la actividad requerirá al usuario para que cese en su inobservancia o, en caso de gravedad, para que abandone la vivienda. De no ser atendido dicho requerimiento, dará debido parte a la Policía o autoridad competente. En caso de desalojo el usuario perderá todos los importes abonados por su reserva, si así se ha hecho constar»¹³.

Por último, el Anexo III del Decreto establece nuevas obligaciones relacionadas con la mejora de la calidad del servicio que se presta a los huéspedes y que se examinan a continuación.

4. Requisitos mínimos técnicos y de calidad según el Anexo III

El gestor o el propietario de la vivienda turística debe ser el principal interesado en ofrecer la mejor experiencia posible a sus huéspedes porque de ello depende el éxito de su actividad. No obstante, en lo que se refiere a la prestación del servicio turístico, el art. 49 del Decreto 10/2021 ya establecía unas normas de diseño y calidad y unas exigencias de seguridad y accesibilidad aplicables a las viviendas de uso turístico. Con la aprobación del Decreto 9/2024 estas normas se han visto complementadas con lo dispuesto en el Anexo III que establece los requisitos mínimos obligatorios que deben imponerse a las viviendas de uso turístico para poder ejercer su actividad. Dichos requisitos abarcan aspectos fundamentales relacionados con los accesos, las instalaciones, los servicios, las dimensiones mínimas y la dotación de las viviendas. El cumplimiento de estos requisitos resulta imprescindible para garantizar la calidad, seguridad y habitabilidad de estos alojamientos. A continuación, se detallan las condiciones específicas.

En lo que respecta a los accesos y las comunicaciones, el Decreto impone cuatro medidas. La primera se refiere a la necesidad de contar con un plano de evacuación del edificio o con unas instrucciones de emergencia redactadas en varios idiomas que se ubiquen

13. Advierte **BARCELÓ DOMENECH** que estamos, sin duda, ante una de las normas que más problemas puede plantear en su aplicación práctica y no solo por el hecho de tratarse de un alojamiento de corta duración (10 días como máximo). Por otra parte, lo dispuesto en esta norma no deja de ser una suerte de resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes, lo que nos vuelve a situar en el problema de la competencia legislativa civil de la Comunitat Valenciana, «Aprobación del Decreto Ley 9/2024, de 2 de agosto, del Consell, de modificación de la normativa reguladora de las viviendas de uso turístico», *IDIBE*, agosto 2024, p. 9. Sobre la falta de competencia del legislador autonómico para regular las viviendas de uso turístico desde el punto de vista del derecho civil puede consultarse **BOTELLO HERMOSA, J.M.**, «La dudosa constitucionalidad de la actual regulación autonómica en materia de viviendas de uso turístico: una crítica desde la perspectiva jurídico-privada», *Derecho Privado y Constitución*, 45, pp. 171-205.

en la puerta de acceso a la vivienda. La segunda exige disponer de la instalación de un ascensor, pero solo se impone a las viviendas turísticas que se encuentren en edificios con más de cuatro plantas sobre la planta baja, estando exentas de la obligación en el resto de casos. La tercera medida se refiere únicamente a las viviendas que se sitúen en los bajos del edificio a las que se les obliga a habilitar una entrada específica para los clientes. Por último, pero no menos importante, ya que es una de las medidas más comentadas de la reforma, se exige un servicio de atención telefónica disponible las 24 horas del día que permita gestionar incidencias en cualquier momento. No cabe duda que estas medidas tienen como finalidad mejorar la orientación, la movilidad y la seguridad de los usuarios.

A continuación, en el apartado segundo referido a las instalaciones y los servicios, el Anexo define un conjunto de prestaciones indispensables para la funcionalidad y el confort de las viviendas de uso turístico. Cada vivienda debe contar con tomas de corriente eléctrica en todas las habitaciones, acompañadas de un indicador de voltaje visible o, alternativamente, con una indicación general del voltaje de todo el alojamiento en una ubicación destacada. También se requiere que el suministro de agua caliente este garantizado.

Asimismo, se requiere la instalación de sistemas de refrigeración y calefacción en la sala de estar-comedor o en la combinación sala de estar-comedor-cocina, que permitan alcanzar temperaturas conformes con la normativa en materia de eficiencia energética. Las viviendas deben disponer de conexión a Internet, salvo en aquellas ubicadas en zonas sin cobertura. Otras exigencias incluyen la disponibilidad de un botiquín de primeros auxilios, información detallada sobre el centro médico más cercano, un listado de teléfonos de emergencia y de interés y un plano de evacuación que debe situarse en la puerta de la unidad de alojamiento.

Además, el Anexo exige que se presten servicios básicos, como la limpieza, el cambio de lencería, las reparaciones, el mantenimiento y la recogida de basura. La prestación de estos servicios debe estar regulada por el contrato celebrado para la ocupación de la unidad de alojamiento. El propietario o titular de la actividad turística es responsable de garantizar estos servicios que pueden ser satisfechos directamente o a través de la contratación de terceros. Es importante subrayar que la normativa obliga a que las viviendas se entreguen en óptimas condiciones de limpieza y mantenimiento, siendo esta una responsabilidad ineludible del titular.

Por último, el apartado segundo del Anexo III incluye la necesidad de prestar un servicio de recepción, en el que se prohíbe expresamente que la entrega de llaves se materialice a través de la colocación de cajetines de llaves ubicados en la vía pública.

A continuación, el apartado tercero del Anexo III indica que las dimensiones de las viviendas y sus estancias deben ajustarse a la normativa específica sobre uso residencial. Esto garantiza que los espacios sean adecuados para el alojamiento de los clientes en términos de habitabilidad y funcionalidad.

El cuarto y último apartado se refiere a la dotación de las viviendas de uso turístico. En términos de equipamiento, el Decreto detalla que las viviendas deben estar adecuadamente dotadas para atender las necesidades de los huéspedes. Esto incluye mobiliario, cubertería, menaje, lencería y demás utensilios y accesorios esenciales, adecuados a la capacidad de ocupación de la vivienda. Se imponen requisitos generales que debe cum-

plir el alojamiento en su conjunto, como la conexión a internet, salvo en áreas sin cobertura, que ya se preveía en el apartado segundo de instalaciones y servicios, el televisor y la lavadora automática, aunque en este último caso no hará falta contar con ella dentro del alojamiento si la vivienda está en un edificio en el que se dispone de zona común de lavandería, que incluya lavadoras y secadoras a disposición de los clientes. Además, se establecen requisitos específicos para ciertas zonas de la vivienda, como los dormitorios, que deben estar dotados de un armario, aunque este no tiene que situarse necesariamente dentro de la habitación. También en el ámbito de la cocina, esta debe contar, como mínimo, con frigorífico, plancha eléctrica, horno o microondas, extractor de humos y fogones eléctricos (mínimo dos para viviendas de hasta cuatro plazas, y tres o más para aquellas con capacidad superior).

Como puede observarse, el Anexo III introduce un conjunto de medidas normativas destinadas a garantizar la calidad y la seguridad en la gestión de viviendas de uso turístico. Entre estas medidas, destacan especialmente dos exigencias que son fundamentales para reforzar la atención al cliente y asegurar el cumplimiento de estándares básicos. La primera se refiere a la obligatoriedad de disponer de un número de teléfono operativo durante las 24 horas del día para atender incidencias, mientras que la segunda establece la prohibición explícita de facilitar el acceso a las viviendas mediante la colocación de llaves en cajetines situados en la vía pública. Estas regulaciones reflejan un esfuerzo por profesionalizar el sector y garantizar una experiencia segura y satisfactoria tanto para los huéspedes como para los gestores y los titulares.

En cuanto al requisito de proporcionar un número de teléfono de atención permanente, normalmente este se activa en el momento en que la reserva se confirma a través de una plataforma de alojamiento. Una vez formalizada la reserva, el cliente recibe el número telefónico que podrá utilizar para comunicar cualquier incidencia que surja antes o durante su estancia. Este procedimiento no representa una innovación disruptiva en las prácticas habituales de los titulares o gestores de este tipo de propiedades, ya que muchos operadores del sector ya ofrecen este tipo de servicios de atención como parte de su gestión estándar. Sin embargo, la incorporación de esta disposición al marco normativo subraya su importancia como un elemento esencial para garantizar la calidad del servicio y la rápida resolución de problemas, contribuyendo a una mayor confianza por parte de los usuarios.

En relación con el servicio de recepción contemplado en el marco normativo, se han suscitado interrogantes acerca de si la legislación vigente impone la obligatoriedad de que dicho servicio sea prestado de manera presencial o si, por el contrario, su implementación podría llevarse a cabo mediante medios telemáticos. Tras un análisis del texto normativo, se concluye que la ley no exige de manera explícita que el servicio de recepción deba prestarse físicamente. Esta ausencia de especificación permite inferir que el cumplimiento de esta obligación puede materializarse tanto de forma presencial como a través de herramientas tecnológicas y digitales, siempre y cuando se cumplan con las funciones que la normativa asocia a dicho servicio.

De acuerdo con lo dispuesto, el servicio de recepción tiene asignadas una serie de responsabilidades clave para garantizar la adecuada gestión y funcionamiento de las viviendas de uso turístico. Entre estas funciones se encuentran la atención y gestión de las reservas, la formalización de los contratos de hospedaje, la verificación de la identidad de los huéspedes, el registro de entradas y salidas, la atención de posibles reclamacio-

nes, la gestión de los cobros y la emisión de facturas. Asimismo, el servicio de recepción incluye la responsabilidad de gestionar cualquier aviso o mensaje que se reciba durante la estancia de los clientes. En este sentido, el alcance de las tareas atribuibles al servicio de recepción no se ve limitado por la modalidad de prestación, ya que dichas funciones pueden realizarse tanto en un espacio físico dedicado como mediante plataformas telemáticas diseñadas para cumplir con estos propósitos.

Cabe destacar que la posibilidad de prestar el servicio de recepción por medios telemáticos refleja una adaptación del marco legal a los avances tecnológicos y a las prácticas emergentes en el sector de los alojamientos turísticos¹⁴. Este enfoque flexible permite a los gestores de las viviendas optar por soluciones que se alineen con sus recursos y modelos operativos, sin comprometer la calidad y seguridad del servicio. Sin embargo, la implementación de un sistema telemático de recepción debe garantizar que se cumplan todos los estándares normativos, especialmente aquellos relacionados con la protección de datos, la veracidad de la información registrada y la seguridad en la formalización de los procesos administrativos.

Por otro lado, la prohibición de utilizar cajetines públicos para la entrega de llaves responde a la necesidad de incrementar la seguridad y proteger tanto a los huéspedes como a las propiedades. Este mecanismo, aunque común en algunos contextos, puede ser fácilmente vulnerado y supone un riesgo tanto para la integridad de las viviendas como para la privacidad de los ocupantes. Al exigir alternativas más seguras, como la entrega

14. En términos prácticos, un número significativo de viajeros manifiesta una preferencia por los servicios de recepción telemáticos, ya que estos les brindan la flexibilidad de acceder al alojamiento en cualquier momento, sin restricciones horarias. Este modelo elimina el estrés asociado con la llegada a un alojamiento tras un vuelo retrasado o en horarios poco convencionales, situaciones comunes en el contexto de los desplazamientos internacionales. En este sentido, la implementación de sistemas de acceso autónomo, como cerraduras inteligentes, se presenta como una solución altamente ventajosa.

Si bien es cierto que este enfoque implica una atención menos personalizada en comparación con el modelo tradicional de recepción presencial, su practicidad, comodidad y flexibilidad resultan especialmente atractivas para un amplio segmento de viajeros. Estos valoran la autonomía que les otorgan dichos sistemas, permitiéndoles gestionar su llegada y estancia de acuerdo con sus propios ritmos y necesidades, lo cual es particularmente relevante en un contexto turístico caracterizado por la diversidad de horarios y preferencias individuales.

Por tanto, la preferencia por la recepción telemática y los accesos autónomos no solo refleja una evolución en las expectativas de los usuarios, sino que también pone de manifiesto la capacidad del sector turístico para adaptarse a las demandas contemporáneas de flexibilidad y conveniencia. Este cambio evidencia una reconfiguración de las prioridades de los viajeros, quienes priorizan la eficacia operativa y la autonomía sobre la interacción directa, en un entorno en el que las tecnologías digitales desempeñan un papel cada vez más central.

Precisamente durante la pandemia se aconsejaba evitar la presencia del anfitrión en el momento de la llegada del viajero y la utilización de herramientas digitales que le permitieran a este acceder de forma autónoma a la vivienda de uso turístico como puede verse en **RIBERA BLANES, B.**, «Daños a la salud de los viajeros: COVID-19, viviendas de uso turístico y plataformas digitales», En: **ATAZ LÓPEZ, Joaquín; COBACHO GÓMEZ, José Antonio** (dirs.), *Cuestiones clásicas y actuales del derecho de daños: Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, Cizur Menor, Navarra: Aranzadi. Tomo III, pp. pp. 1279 y 1280.

personal o sistemas automatizados dentro de la propiedad, la normativa busca minimizar riesgos y promover prácticas responsables en la gestión de alojamientos turísticos. Entendemos que el cumplimiento del requisito legal no va a impedir que los cajetines de llaves se puedan situar en otros lugares, como puede ser dentro de la urbanización del edificio donde se encuentra la vivienda de uso turístico.

En conjunto, estas medidas no solo buscan armonizar la gestión de los propietarios con las expectativas de los usuarios, sino que también refuerzan la confianza y la profesionalización de los gestores y titulares de las viviendas turísticas. Al integrar estas disposiciones en el marco regulador, se persigue un equilibrio entre la flexibilidad operativa de los gestores y la garantía de estándares mínimos de seguridad y atención al cliente.

En lo que respecta al momento de entrada en vigor de la obligación de cumplir con estos nuevos requisitos mínimos, establece la Disposición Transitoria Cuarta que «las viviendas de uso turístico tendrán, desde la entrada en vigor de esta norma, un plazo de cinco años para adaptarse a los requisitos establecidos en el Anexo III». Esto conlleva que las viviendas de uso turístico tengan hasta el 8 de julio de 2029 para poder adaptarse a las nuevas exigencias.

En definitiva, estos requisitos buscan garantizar que las viviendas de uso turístico ofrezcan condiciones óptimas de habitabilidad, seguridad y confort, en consonancia con los estándares exigidos para el desarrollo de esta actividad. Con la incorporación del Anexo III del Decreto 9/2024 se refuerza la regulación de las viviendas de uso turístico mediante la introducción de criterios claros y uniformes que favorecen tanto la seguridad como la experiencia de los usuarios. Estos requisitos mínimos reflejan el esfuerzo legislativo por armonizar la calidad del sector turístico con las exigencias de habitabilidad y sostenibilidad, posicionando a la Comunitat Valenciana como referente en la regulación del alojamiento turístico.

III. El futuro más inmediato: la prohibición de viviendas de uso turístico en las comunidades de propietarios

Recientemente se ha aprobado la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. La Disposición final cuarta de esta Ley incluye tres modificaciones en la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal respecto a las viviendas de uso turístico.

En primer lugar, se añade un apartado tercero al artículo séptimo con la siguiente redacción: «El propietario de cada vivienda que quiera realizar el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, deberá obtener previamente la aprobación expresa de la comunidad de propietarios, en los términos establecidos en el apartado 12 del artículo diecisiete de esta Ley. El presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, requerirá a quien realice la actividad del apartado anterior, sin que haya sido aprobada expresa-

mente, la inmediata cesación de las mismas, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales procedentes, siendo de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior».

El precepto no deja lugar a dudas: se establece una prohibición absoluta de ejercer la actividad turística en comunidades de propietarios. Cualquier vivienda que, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, quiera empezar a ejercer la actividad turística, deberá obtener previamente la aprobación expresa de la comunidad de propietarios para poder ejercer esta actividad. En consecuencia, la ley va a suponer un límite importante a la posibilidad de que se incremente el número de viviendas de uso turístico existentes en comunidades de propietarios, salvo que en el título constitutivo o en los estatutos las viviendas de uso turístico estén expresamente permitidas. Aquellos propietarios de viviendas ubicadas en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal que inicien su actividad turística tras la entrada en vigor de esta ley sin la preceptiva aprobación expresa de la comunidad de propietarios podrán ser requeridos por el presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de algún otro propietario, para la cesación inmediata del ejercicio de la actividad. Si esta cesación no se produce, se prevé la posibilidad de iniciar acciones judiciales contra él.

En segundo lugar, se modifica el apartado 12 del artículo diecisiete, que quedará con la siguiente redacción: «El acuerdo expreso por el que se apruebe, limite, condicione o prohíba el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Asimismo, esta misma mayoría se requerirá para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20 %. Estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos».

De este modo, se determina el régimen de mayorías aplicable al acuerdo que pretenda aprobar, limitar, condicionar o prohibir el ejercicio de la actividad turística en el edificio, con independencia de que el acuerdo suponga o no modificación del título constitutivo o los estatutos. El acuerdo requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación 3/5 y no podrá tener efectos retroactivos. Recordemos que la normativa anterior solo permitía a las comunidades de propietarios condicionar o limitar el uso turístico y que la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo entendió que limitar es sinónimo de prohibir¹⁵. Parece que el cambio normativo obedece a la necesidad de adaptar la legislación a la reciente doctrina jurisprudencial.

Aunque puede afirmarse sin ningún tipo de duda que la nueva normativa va a tener un impacto perjudicial en el sector de las viviendas de uso turístico, por el contrario, en las comunidades de propietarios que ya tenían prohibida la actividad, ahora bastará el acuerdo de 3/5 (antes se precisaba unanimidad) para permitir la actividad turística.

15. Tal y como defendía parte de la doctrina. *Vid.* en este sentido BERENGUER ALBALADEJO, M.^a C., «Acuerdos comunitarios para regular el ejercicio del arrendamiento turístico de viviendas: exégesis del art. 17.12 LPH», *El alojamiento colaborativo. Problemática jurídica actual de las viviendas de uso turístico*, LÓPEZ SÁNCHEZ, C (Coord.), Madrid, Dykinson, p. 183.

Además, esta mayoría de 3/5 se aplica también a los acuerdos que impongan una mayor contribución a los gastos a los titulares de viviendas de uso turístico.

Por último, la Ley añade una nueva disposición adicional segunda, con la siguiente redacción: «Aquel propietario de una vivienda que esté ejerciendo la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, que se haya acogido previamente a la normativa sectorial turística, podrá seguir ejerciendo la actividad con las condiciones y plazos establecidos en la misma». De esta norma se deduce que el cambio normativo no produce efectos retroactivos, por lo tanto, no afectará a aquellos propietarios que ya estuvieran ejerciendo la actividad turística antes del 3 de abril de 2025, fecha de entrada en vigor de esta Ley.

IV. Conclusión

En una evaluación más profunda del Decreto Ley 9/2024, si bien inicialmente podría interpretarse que la intención legislativa era establecer restricciones a las viviendas de uso turístico para incentivar la ocupación hotelera —particularmente mediante la reducción del periodo máximo de estancia a diez días—, en la práctica, la limitación temporal ha generado una consecuencia no prevista: permitir que las viviendas carentes de licencia turística puedan ser arrendadas a turistas mediante contratos de arrendamiento de temporada siempre que la duración de la estancia sea igual o superior a once días.

Aunque el Preámbulo del Decreto subraya la necesidad de combatir la actividad turística ilegal en viviendas sin licencia, el texto normativo introduce un conjunto de obligaciones, requisitos técnicos y estándares de calidad tan estrictos que dificultarán significativamente la renovación de licencias al concluir el periodo de vigencia de cinco años. Este endurecimiento regulatorio podría provocar la salida del mercado de una parte considerable de las viviendas actualmente registradas. Además, la inminente entrada en vigor de la Ley 1/2025 plantea un desafío prácticamente insuperable para la incorporación de nuevas viviendas turísticas en comunidades de propietarios, configurándose así un escenario restrictivo que afectará tanto al desarrollo como a la sostenibilidad del sector de viviendas de uso turístico en la Comunitat Valenciana.

V. Bibliografía

ARNAU MOYA, F., «Luces y sombras de la Ley 12/2023 por el derecho a la vivienda», *RJV*, n.º 42, 2023, pp. 65-116.

BARCELÓ DOMÉNECH, J., «Aprobación del Decreto Ley 9/2024, de 2 de agosto, del Consell, de modificación de la normativa reguladora de las viviendas de uso turístico», *IDIBE*, agosto 2024, pp. 1-10.

- BARCELÓ DOMÉNECH, J.**, «El turismo colaborativo en el sector de la vivienda. Evolución legislativa en torno a la regulación de los arrendamientos de viviendas turísticas», *El alojamiento colaborativo. Problemática jurídica actual de las viviendas de uso turístico*, LÓPEZ SÁNCHEZ, C (Coord.), Madrid, Dykinson, pp. 17-59.
- BERENGUER ALBALADEJO, M.ª C.**, «Acuerdos comunitarios para regular el ejercicio del arrendamiento turístico de viviendas: exégesis del art. 17.12 LPH», *El alojamiento colaborativo. Problemática jurídica actual de las viviendas de uso turístico*, LÓPEZ SÁNCHEZ, C (Coord.), Madrid, Dykinson, pp. 153-219.
- BOTELLO HERMOSA, J.M.**, «La dudosa constitucionalidad de la actual regulación autonómica en materia de viviendas de uso turístico: una crítica desde la perspectiva jurídico-privada», *Derecho Privado y Constitución*, 45, pp. 171-205.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, C.**, «Reflexiones en torno al arrendamiento de las viviendas turísticas: la cesión de la vivienda en su totalidad o por habitaciones y el subarriendo», *El alojamiento colaborativo. Problemática jurídica actual de las viviendas de uso turístico*, LÓPEZ SÁNCHEZ, C (Coord.), Madrid, Dykinson, pp. 123-152.
- ORTIZ FERNÁNDEZ, M.**, «El arrendamiento de viviendas de uso turístico y el reparto competencial entre Estados, Comunidades Autónomas y Municipios: principales problemas que se plantean», *El alojamiento colaborativo. Problemática jurídica actual de las viviendas de uso turístico*, LÓPEZ SÁNCHEZ, C (Coord.), Madrid, Dykinson, pp. 61-121.
- RIBERA BLANES, B.**, «Daños a la salud de los viajeros: COVID-19, viviendas de uso turístico y plataformas digitales», *Cuestiones clásicas y actuales del derecho de daños: Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, ATAZ LÓPEZ, J; COBACHO GÓMEZ, J.A (dirs.), Cizur Menor, Navarra: Aranzadi. Tomo III, pp. 1261-1313.

PANORAMA DE LA LEGISLACIÓN DE LA COMUNITAT VALENCIANA SOBRE INICIATIVAS DE DESARROLLO SOSTENIBLE

OVERVIEW OF THE VALENCIAN COMMUNITY'S LEGISLATION ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT INITIATIVES

Sara Candell-Añón

Investigadora predoctoral-Departamento de Filosofía
del Derecho. Universitat de València (España)
sacana2@alumni.uv.es

Resumen:

Este artículo aborda el marco global de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), y lo conecta con las ciencias jurídicas como herramientas estratégicas para su implementación. Para ello, se realiza un análisis detallado de las normas legales y políticas públicas regionales que facilitan la alineación de los ODS con la realidad jurídica y social de la Comunitat Valenciana. Entre los principales hallazgos, se destaca que las ciencias jurídicas no solo proporcionan un marco normativo indispensable para regular las acciones hacia la sostenibilidad, sino que también promueven la coordinación entre los distintos niveles de gobierno, garantizan la participación ciudadana y aseguran mecanismos de rendición de cuentas.

Palabras clave:

Objetivos de Desarrollo Sostenible, ciencias jurídicas, políticas públicas, Comunitat Valenciana, implementación, cumplimiento de los ODS.

Abstract:

This article addresses the global framework of the Sustainable Development Goals (SDGs) and connects it with the legal sciences as strategic tools for their implementation. To this end, a detailed analysis of the regional legal norms and public policies that facilitate the alignment of the SDGs with the legal and social reality of the Valencian Community is carried out. Among the main findings, it is highlighted that legal sciences not only provide an indispensable normative framework to regulate actions towards sustainability, but also promote coordination between different levels of government, guarantee citizen participation and ensure accountability mechanisms.

Key words:

Sustainable Development Goals, legal sciences, public policy, Comunitat Valenciana, implementation, SDGs compliance.

Sumario:

Panorama de la legislación de la comunitat valenciana sobre iniciativas de desarrollo sostenible.

I. Introducción.

1. Contexto global: Breve descripción de los ODS y su adopción por parte de las Naciones Unidas.

II. Concepto de desarrollo sostenible: Definición y evolución del término.

III. Análisis del desempeño jurídico en la implementación de los ODS en la Comunitat Valenciana.

3.1 Ley 18/2017.

3.2 Ley 6/2022.

3.3 Decreto 68/2017.

3.4 Decreto 94/2018.

3.5 Orden 1/2023.

IV. Conclusiones.

V. Bibliografía.

I. Introducción

La relación entre el derecho y el desarrollo sostenible abarca múltiples perspectivas, desde la creación de marcos normativos hasta la implementación de políticas que protejan el medio ambiente y fomenten un progreso inclusivo y equitativo. El derecho no solo regula las actividades humanas relacionadas con los recursos naturales, sino que también establece los principios de la participación pública y cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

La regulación de las normas jurídicas es esencial para lograr la consecución de los ODS, ya que proporciona un marco que asegura la implementación efectiva de acciones concretas en áreas clave como la reducción de la pobreza, el acceso a la educación, la igualdad de género y la sostenibilidad ambiental. Estas normas obligan a los gobiernos, empresas y la sociedad civil a cumplir con sus responsabilidades en materia de sostenibilidad, como actor sancionador tanto como actor regulador.

Asimismo, la regulación jurídica fomenta la rendición de cuentas, al establecer mecanismos claros para supervisar y evaluar las acciones de los diferentes actores. Esto permite que las políticas y programas destinados a cumplir con los ODS se lleven a cabo de manera transparente y efectiva.

En un mundo globalizado, la cooperación internacional es indispensable para alcanzar objetivos como la prevención del cambio climático o la protección de los océanos. En este sentido, las normas jurídicas internacionales, como acuerdos y tratados, facilitan la colaboración y el cumplimiento de compromisos entre actores estatales.

El objetivo principal de este artículo es llevar a cabo un análisis detallado de la normativa vigente en la Comunitat Valenciana, y valorar su alineación con los principios, metas y directrices establecidas por los ODS.

Para este fin, se lleva a cabo un análisis que examina las normas legales regionales junto con las diversas políticas públicas que desempeñan un papel fundamental a la hora de promover y facilitar la alineación efectiva de los ODS con los marcos legales vigentes y las realidades sociales específicas de la Comunitat Valenciana.

1. Contexto global: Breve descripción de los ODS y su adopción por parte de las Naciones Unidas

En el panorama geopolítico contemporáneo, las agendas del discurso político internacional han subrayado cada vez más la importancia de la participación activa entre las naciones en el esfuerzo concertado para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible establecidos por las Naciones Unidas (ONU). La tendencia creciente de la cooperación multilateral entre naciones indica que las Naciones Unidas han ascendido efectivamente al papel de una entidad gubernamental fundamental, que ejerce influencia y autoridad en múltiples dimensiones, incluidos los ámbitos ambiental, social, económico y político, pero lo que es más importante, al fomentar el establecimiento y la revitalización de alianzas de colaboración entre Estados soberanos con el objetivo de cumplir los objetivos generales asociados con el desarrollo sostenible.

Los ODS, que representan un marco integral para promover la sostenibilidad global, se originaron en los esfuerzos de colaboración de la Organización de las Naciones Unidas, un organismo internacional que abogó activamente por el establecimiento de estos objetivos críticos en el contexto más amplio de la Agenda 2030, una iniciativa estratégica que fue ratificada por unanimidad el 25 de septiembre de 2015, con el objetivo principal de mejorar significativamente la calidad de vida prospectiva y las oportunidades disponibles para las futuras generaciones de jóvenes, garantizando así un mundo más equitativo y sostenible para todos (ONU, 2021)¹.

Los ODS se estudian desde diversas perspectivas: desde el punto de vista de las relaciones internacionales se han estudiado desde el comercio exterior y la manera que afecta la imagen del país a las nuevas inversiones extranjeras o a la creación de nuevos acuerdos comerciales entre los países, debido a que los ODS son unos mecanismos que ayudan a establecer indicadores en niveles de tolerancia, equidad, justicia y crecimiento sostenible (SAVI *et. al.*, 2020)².

1. ONU., Informe de los Objetivos de desarrollo sostenible 2021. Disponible en: https://unstats.un.org/sdgs/report/2021/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2021_Spanish.pdf [Consultado el 5 de octubre de 2024]
2. SAVI, C. R., FAVERO, M., BARRIENTOS CASANOVA, V. D., AGUADA, Y., HARRINGTON, C., JEIFETZ, L. M. & VÁZQUEZ, M. G., Forum of International Trade 21 Experiencia+ Innovación: El futuro del comercio y la vinculación con los ODS Agenda 2030 sobre Objetivos Desarrollo Sostenible de la ONU. Disponible en de <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/20082> [Consultado el 5 de octubre de 2024]

También se estudian desde la educación, y de qué forma se puede invertir en enfocar las materias y los estudios a la creación de futuras sociedades responsables y morales. Además de ampliar el abanico de recursos de aprendizaje en materia de sensibilidad y de cuidado del entorno, el cual, no solo abarca el natural sino también en materia social (HERNÁNDEZ *et. al.*, 2020)³.

Otra área es la economía, que se centra en fomentar la economía verde circular y establecer los futuros pilares de economías responsables y comprometidas con su sociedad. Adicionalmente, añaden el factor de la era «Post Covid-19», que se presta a la innovación de futuros mecanismos que eviten la precariedad y fomenten el crecimiento laboral y económico de la sociedad internacional (Fontenla, 2020)⁴.

En el ámbito de la investigación científica y tecnológica, OVIEDO (2020)⁵ articula la importancia de la innovación y el imperativo de la inversión de capital en relación con la sostenibilidad. Además, aborda la búsqueda de fuentes de energía alternativas para garantizar el cumplimiento del Objetivo de Desarrollo Sostenible 7 relativo a la «Energía asequible y no contaminante».

A pesar de encontrar más áreas de estudio, las ciencias políticas juegan un factor muy relevante en el estudio de los ODS. Millán (2020)⁶ hace referencia a la forma en la que se implementan los ODS o la Agenda 2030 en conjunto en las políticas nacionales.

En este trabajo se propone profundizar en la investigación sobre la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y abordar la relación entre el derecho y el desarrollo sostenible, concretamente desde el papel de las normas jurídicas en la sostenibilidad en la Comunitat Valenciana.

Por tanto, el objetivo de este estudio consiste en destacar cómo las ciencias jurídicas pueden ser utilizadas como herramientas estratégicas para alcanzar los ODS, a nivel regional, específicamente desde la legislación en materia de sostenibilidad en la Comunitat Valenciana.

II. Concepto de desarrollo sostenible: Definición y evolución del término

Los ODS se articulan como un marco internacional colectivo, que aspira a abordar diecisiete desafíos asociados con la sostenibilidad ambiental, la equidad social, la paridad de género, las asociaciones de colaboración, las prácticas de energía sostenible y el empleo

3. **HERNÁNDEZ-CASTILLA, R., SLATER, C., & MARTÍNEZ-RECIO, J.**, Los objetivos de Desarrollo Sostenible, un reto para la escuela y el liderazgo escolar. *Profesorado, Revista de Currículum y Formación del Profesorado*, 24(3), pp. 9-26, 2020.
4. **FONTENLA, E. H.**, *La virtuosa complementación entre los principios cooperativos y ODS: una mirada desde la economía social y solidaria*. Buenos Aires: CG CYM Ediciones, 2020.
5. **OVIEDO, M. P.**, Buenas prácticas hacia el cumplimiento del ODS 7 «Energía Asequible y No Contaminante». *Revista Científica de la UCSA*, 7(3), pp. 72-75, 2020.
6. **MILLÁN, N.**, La coherencia de políticas en el marco de la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible. *Revista Española de Desarrollo y Cooperación*, 46, pp. 69-78, 2020.

digno, entre otras consideraciones. En concreto, los 17 ODS son: 1) Fin de la Pobreza, 2) Hambre Cero, 3) Salud y Bienestar, 4) Educación de Calidad, 5) Igualdad de Género, 6) Agua Limpia y Saneamiento, 7) Energía Asequible y no contaminante, 8) Trabajo decente y de Crecimiento Económico, 9) Industria, Innovación e Infraestructura, 10) Reducción de las Desigualdades, 11) Ciudades y Comunidades sostenibles, 12) Producción y Consumo responsable, 13) Acción por el Clima, 14) Vida Submarina, 15) Vida de Ecosistemas Terrestres, 16) Paz, Justicia e Instituciones sólidas, 17) Alianzas para lograr los Objetivos (ONU, 2021)⁷.

El marco actual se adhiere a los principios fundamentales establecidos por su predecesor, los Objetivos de Desarrollo del Milenio; sin embargo, presenta distinciones importantes: el número de objetivos se ha aumentado de 8 a 17, abarca nuevos ámbitos de interés y prolonga el plazo para alcanzar estos objetivos. La fecha límite para el logro de estos objetivos se ha designado como 2030, y se promueve activamente la participación de las partes interesadas mundiales, que abarcan entidades públicas y privadas, como organismos gubernamentales y organizaciones corporativas (MEIREA, 2015)⁸.

Según GIL (2018)⁹, los ODS representan una recopilación de problemas contemporáneos que ejercen un impacto global y estimulan los esfuerzos de colaboración de la comunidad internacional. Gil contextualiza estos objetivos en el marco de la globalización y la revitalización de la colaboración internacional, enfatizando la necesidad de formular una política unificada de cooperación entre las naciones. Sin embargo, aclara y subraya los desafíos que pueden surgir al abordar los objetivos y las limitaciones asociados con el establecimiento de una agenda coherente y estandarizada en una sociedad internacional caracterizada por la heterogeneidad y las disparidades estructurales. COLACRAI (2000)¹⁰ postula que, desde el año 2000, la comunidad internacional se ha visto envuelta en una situación tumultuosa como resultado de las dinámicas interculturales que influyen directamente en los paradigmas de las relaciones internacionales. En consecuencia, si bien la diversidad cultural puede considerarse un elemento ventajoso para el progreso, al mismo tiempo plantea importantes desafíos para su implementación efectiva. En el contexto de los ODS, algunos objetivos pueden entrar en conflicto con los paradigmas culturales, las tradiciones o las costumbres de las naciones individuales, entre otros factores, lo que complica su aplicación uniforme dentro de la comunidad mundial y, en consecuencia, dificulta su realización a la luz de la globalización internacional (GIL, 2018).

PRADHAN *et. al.* (2017)¹¹ definen los ODS como los instrumentos para conseguir la Agenda 2030. La Agenda 2030 engloba y agrupa los ODS, y su objetivo primordial con-

7. ONU., Informe de los Objetivos de desarrollo sostenible 2021. Disponible en: https://unstats.un.org/sdgs/report/2021/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2021_Spanish.pdf [Consultado el 5 de noviembre de 2024]
8. MEIREA CARTEA, P. Á., De los Objetivos de Desarrollo del Milenio a los Objetivos para el Desarrollo Sostenible: el rol socialmente controvertido de la educación ambiental. *Educación social: Revista de intervención socioeducativa*, 61, pp. 58-73, 2015.
9. GIL, C. G., Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS): una revisión crítica. *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, 140, pp.107-118, 2018.
10. COLACRAI, M., Coexistencia y diversidad de enfoques teóricos: apuntes para abordar la complejidad actual de las relaciones internacionales. *Agenda Internacional*, 7(14), 57-66, 2000.
11. PRADHAN, P., COSTA, L., Rybski, D., Lucht, W., & Kropp, J. P. A systematic study of sustainable development goal (SDG) interactions. *Earth's Future*, 5(11), 1169-1179, 2017.

siste en establecer de forma universal, mediante políticas y directivas, una sociedad más justa, cohesionada, sostenible y pacífica. Estos autores también mencionan la importancia de elaborar herramientas para medir y analizar el impacto de las medidas tomadas por los gobiernos en relación con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, ya que es fundamental poder observar el progreso y el cambio para poder asegurar el buen funcionamiento de las políticas, su efectividad e impacto en la sociedad.

Según KALTENBORN, KRAJEWSKI & KUHN (2020: 3)¹², la Agenda 2030 es la guía de cumplimiento de los ODS, la cual consolida las bases de su realización. Estos autores señalan la presencia de interdependencia entre los países y la posible variabilidad en cada país en función de su desarrollo económico y social. En relación con esto último, la sociedad internacional se ve impactada por grandes diferencias en el crecimiento económico y social, consecuentemente se está intensificando una mayor brecha social que puede derivar en un obstáculo para establecer medidas adecuadas por la escasez de recursos en los gobiernos. Estos autores reflejan el problema que puede suponer el incremento de estas acciones y la repercusión directa que tendrán en los ODS. Por este motivo, resaltan la importancia de la Alianza Mundial, el último Objetivo de Desarrollo Sostenible, como nexo de cumplimiento del resto de ODS y pilar en la actualidad: Es fundamental la creación y el crecimiento de alianzas estatales sólidas para la progresión de la sociedad internacional hacia la sostenibilidad, la cohesión y la equidad.

Para enmarcar adecuadamente los avances de la Agenda 2030, es imperativo dilucidar la conexión entre la sostenibilidad y los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Como lo expresó DE VICENTIIS (2012, 1)¹³, el primer uso del término «desarrollo sostenible» aparece en un documento oficial difundido en 1969 por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), bajo la égida de los Estados africanos. Esta organización se creó con la intención de promover y facilitar las iniciativas de protección ambiental, impulsada por la conciencia colectiva y el sentimiento público de la década de 1960 con respecto a la administración del medio ambiente natural.

Posteriormente, en 1987, en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, particularmente a través de la «Comisión Brundtland», la noción de «desarrollo sostenible» se afianzó formalmente en el Informe Brundtland «Nuestro futuro común» (WCED, 1987)¹⁴, cuyo objetivo era impulsar a los gobiernos a implementar estrategias sostenibles, de forma concomitante con los principios de una economía sostenible.

A partir de esa coyuntura, la Organización de las Naciones Unidas, constituida originalmente para anticipar posibles conflictos globales y fomentar la diplomacia y el diálogo, comenzó su compromiso con el fenómeno de la sostenibilidad para garantizar el esta-

12. KALTENBORN, M., KRAJEWSKI, M., & KUHN, H., *Sustainable development goals and human rights*. Cham: Springer, 2020.

13. DE VICENTIIS, G. La evolución del concepto de desarrollo sostenible. *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, 23. 2012 Disponible en:https://huespedes.cica.es/gimadus/23/09_la_evolucion_del_concepto_de_desarrollo_sost.html [Consultado el 15 de noviembre de 2024]

14. WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT (WCED), *Our Common Future (Brundtland Report)*, United Nations 1987. Disponible en:<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf> [Consultado el 10 de octubre de 2024]

blecimiento de bases duraderas que armonicen con el entorno circundante y explorar nuevos ámbitos de acción en el ámbito internacional (AGUADO PUIG, 2018)¹⁵.

Con frecuencia, la noción de sostenibilidad está interrelacionada con la protección ambiental o el cambio climático, como postulan Giddens y del Bustillo (2010)¹⁶, quienes articulan las bases y los pilares fundamentales de estos tres conceptos y su posterior convergencia. Sin embargo, conceptualmente, esta interpretación es algo reductiva: Edwards (2009)¹⁷ afirma que la sostenibilidad abarca un paradigma multifacético que incluye dimensiones sociales, económicas, institucionales, comerciales, empresariales y ambientales, entre muchas otras esferas. Transciende la mera preocupación por el medio ambiente natural y se extiende al contexto más amplio que constituye el marco social internacional.

Por esa misma razón, en las primeras cumbres climáticas, su uso se reducía a términos climáticos y medioambientales, y a partir de finales del siglo XX y principios del milenio, comienzan a abarcar unas áreas más sociales y económicas. Un caso ilustrativo es la consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) en el 2000 y los ODS en el 2015.

Según Lezama (2014)¹⁸, a lo largo de los años, comienza a cobrar importancia la protección del medio ambiente y los efectos negativos por el impacto de la industria y demás acciones llevadas a cabo por el ser humano. Por eso mismo, tienen lugar diversas cumbres climáticas en las que los distintos Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas se reúnen para negociar acuerdos en materia de ecología y protección del medio ambiente. La primera tiene lugar en Estocolmo en el año 1972, y desde ese momento cada cierto tiempo se han reunido los Presidentes y Jefes de Estado. Estos foros ayudan a la cooperación internacional y sirven de diálogo entre las grandes potencias afectadas por los cambios climáticos.

La mayoría de las cumbres climáticas han tenido repercusión internacional, pero especialmente la Cumbre Climática de París, en la que se negociaron y se sentaron las bases de los ODS que estaban relacionados con la protección del medio ambiente y el cambio climático. Según RIBERA y OLABE EGAÑA (2015)¹⁹, la Cumbre del Clima del 2015 tenía como objetivo sentar a la mesa a las grandes potencias, Unión Europea, Estados Unidos y China, en las negociaciones para adoptar medidas de contención y mitigación de los gases CO₂, que habían aumentado considerablemente en la última década y consecuentemente, estaban provocando un calentamiento global con efectos devastadores para la sociedad internacional. Los mayores protagonistas en este foro fueron la Unión Europea, los Estados Unidos de América, China, Japón, Brasil, Indonesia, India y Rusia, los cuales eran los responsables de la mayor parte de producción de gases y CO₂ en el planeta. De esta

-
15. AGUADO PUIG, A., *Desarrollo sostenible: 30 años de evolución desde el informe Brundtland*. (Tesis Doctoral Inédita). Universidad de Sevilla, Sevilla, 2018. Disponible en: <https://hdl.handle.net/11441/81489>. [Consultado el 10 de septiembre de 2024]
 16. GIDDENS, A., & DEL BUSTILLO, F. M., *La política del cambio climático*. Madrid: Alianza, 2010.
 17. EDWARDS, B., *Guía básica de la sostenibilidad*. Barcelona: Gustavo Gili, 2009.
 18. LEZAMA, J. L., La política Internacional del cambio climático. *Sociedad y ambiente*, 1(3), 104-117, 2014.
 19. RIBERA, T., & OLABE EGAÑA, A. (2015). La cumbre del clima en París. *Documento de Trabajo, Real Instituto El Cano*, 3. Disponible en: https://observatorio.dadep.gov.co/sites/default/files/documentos/wp17_la_cumbre_del_clima_en_paris.pdf [Consultado el 10 de septiembre de 2024]

forma, el acuerdo al que se llegó fue la reducción de CO₂ con el fin de llegar a cero emisiones en un futuro y a la reducción del calentamiento global: de un 2 % a un 1,5 %.

En este diálogo también se estableció la Agenda 2030 en la cual se instauraban los ODS, que, según SANAHUJA y TEZANOS VÁZQUEZ (2017)²⁰, suponían un reto para la comunidad internacional, debido a la falta de uniformidad y las crecientes desigualdades sociales, económicas y políticas.

No obstante, no era la primera vez que se creaba este modelo, los predecesores de los ODS, los Objetivos del Milenio, se crearon en el seno de la Asamblea General. Para PERALES (2014)²¹, eran ocho objetivos que destacaban por localizarse en ámbitos como la educación, la igualdad de género, la erradicación de la pobreza, la protección de la maternidad, la investigación de enfermedades, la protección del medio ambiente y de la infancia. Sin embargo, la falta de iniciativa por parte de los gobiernos, la poca compenetración entre las alianzas y la ausencia de compromiso derivó en su nulo cumplimiento. Estos objetivos mencionados, tenían como ambicioso plazo el año 2015 como fecha de cumplimiento. En ese momento, ya se criticaba la falta de herramientas y la ausencia de mecanismos de medición para poder corregir las tendencias negativas de cada Estado, la generalidad de los objetivos y la falta de compromisos entre Estados.

III. Análisis del desempeño jurídico en la implementación de los ODS en la Comunitat Valenciana

La asociación entre los marcos legales y el desarrollo sostenible es intrínsecamente compleja y multifacética, ya que la infraestructura regulatoria y legal de una nación sirve como un componente fundamental para fomentar, ejecutar y supervisar las iniciativas de desarrollo sostenible. La noción de desarrollo sostenible, delineada en el Informe Brundtland (1987) como un paradigma que cumple con los requisitos del presente sin socavar la capacidad de las generaciones posteriores para cumplir con sus propios requisitos, requiere un enfoque holístico que integre los aspectos económicos, sociales y ambientales. El sistema legal asume pues una función fundamental en este esfuerzo al instituir normas, regir las acciones, salvaguardar los derechos y garantizar la justicia a lo largo de las generaciones.

En la Comunitat Valenciana, varias leyes y normativas apoyan los ODS y la transición hacia modelos más sostenibles en diversos ámbitos. Estas normativas forman parte de un marco más amplio que integra objetivos internacionales, nacionales y autonómicos, con el fin de garantizar un desarrollo inclusivo y sostenible en la región²²:

-
20. SANAHUJA, J. A., & TEZANOS VÁZQUEZ, S., Del milenio a la sostenibilidad: retos y perspectivas de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible. *Política y Sociedad*, 54(2), pp. 533-555, 2017.
 21. PERALES, J. A. S., De los Objetivos del Milenio al desarrollo sostenible: Naciones Unidas y las metas globales post-2015. *Anuario Ceipaz*, (7), 49-84, 2014.
 22. <https://inclusio.gva.es/es/web/cooperacion/legislacion-autonomica>

A continuación, se destacan las principales:

- Ley 18/2017, de 14 de diciembre, de Cooperación y Desarrollo Sostenible
- Ley 6/2022, de 5 de diciembre, del Cambio Climático y la Transición Ecológica de la Comunitat Valenciana
- Decreto 94/2018, de 20 de julio, del Consell, de creación de órganos de asesoramiento y participación en materia de Objetivos de Desarrollo Sostenible.
- Decreto 68/2017, de 26 de mayo, de 2017, del Consell, por el que se establece el régimen jurídico aplicable a las subvenciones en materia de cooperación al desarrollo y se deroga el Decreto 135/2010, de 10 de septiembre, del Consell.
- Orden 1/2023, de 28 de abril, de la Conselleria de Participación, Transparencia, Cooperación y Calidad Democrática, por la que se aprueban las bases reguladoras de concesión de subvenciones destinadas a la realización de acciones de implementación y promoción de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, en la Comunitat Valenciana.

1. Ley 18/2017

La *Ley 18/2017, de 14 de diciembre, de Cooperación y Desarrollo Sostenible* establece el marco legal para fomentar la cooperación internacional y la promoción de los ODS en la Comunitat Valenciana. Incluye directrices sobre educación para la ciudadanía global y estrategias para alinear las políticas públicas con la Agenda 2030.

Esta ley se centra en alinear la acción pública con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU, promoviendo un modelo descentralizado de cooperación basado en el diálogo político y social. La normativa destaca la colaboración con las ONG valencianas, fortaleciendo sus capacidades, e impulsa la participación activa de cooperativas y voluntarios, en consonancia con la Ley de Voluntariado de 2015. En este contexto, la Agenda 2030 reconoce el papel clave de diversos actores en la consecución de un desarrollo sostenible y equilibrado.

Esta ley consolida la política de cooperación internacional de la Generalitat Valenciana, integrando compromisos internacionales como la Agenda 2030 y el Pacto Valenciano contra la Pobreza, en su lucha contra la desigualdad global. Asimismo, incorpora principios del derecho humanitario internacional y referencias clave a cumbres mundiales que han definido el marco actual del desarrollo sostenible. Estas disposiciones refuerzan un enfoque integral que articula la acción local con las prioridades globales para erradicar la pobreza y promover el bienestar.

En términos estructurales, la ley organiza sus principios y acciones en varios títulos: el Título I establece objetivos y principios orientados al cumplimiento de los ODS, mientras que el Título II aborda la planificación, modalidades y organismos responsables de la cooperación internacional. También incluye mecanismos de financiación, control y apoyo a las ONG, descritos en el Título III, que regula los recursos y agentes de cooperación. Finalmente, el Título IV detalla infracciones legales y sanciones, complementado por disposiciones adicionales que garantizan compromisos presupuestarios y un desarrollo normativo coherente y transparente.

Igualmente, establece un marco integral para promover la educación en ciudadanía global, la conciencia solidaria y la gestión sostenible de recursos, alineándose con los ODS. Prioriza la erradicación de la pobreza, la igualdad de género y los derechos humanos, especialmente en los derechos infantiles, al tiempo que fomenta asociaciones internacionales, responsabilidad social empresarial y la implicación de diversos actores, como ONG, sindicatos y entidades locales. La ley enfatiza la transparencia, la rendición de cuentas y la coordinación entre agentes, asegurando la planificación, ejecución y evaluación efectiva de los programas de cooperación.

El marco operativo incluye instrumentos clave como la cooperación financiera, técnica y humanitaria, promoviendo el microcrédito, el comercio justo y la formación en desarrollo sostenible. La acción bilateral busca fortalecer la gobernanza en países receptores, mientras que la Generalitat asegura incentivos fiscales y compromisos presupuestarios (0,7 % de su presupuesto) para cumplir los objetivos. El plan director de cooperación, aprobado por Les Corts, integra enfoques de género y derechos humanos y define prioridades geográficas y sectoriales, con especial atención a las poblaciones vulnerables y países con bajos indicadores de desarrollo humano.

Estructuralmente, la ley se articula a través de organismos clave como el Consejo Valenciano de Cooperación Internacional, que asesora y evalúa planes, y el Comité Permanente de Acción Humanitaria, encargado de coordinar respuestas ante emergencias. Además, fomenta la colaboración de la Generalitat con instituciones nacionales e internacionales para implementar la Agenda 2030. Las ONG y agentes intervinientes deben operar sin fines de lucro y bajo un código ético, asegurando la solidaridad valenciana en cada acción de cooperación.

2. Ley 6/2022

La *Ley 6/2022, de 5 de diciembre, del Cambio Climático y la Transición Ecológica de la Comunitat Valenciana* está orientada hacia la mitigación y adaptación al cambio climático, esta ley promueve la transición ecológica mediante la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, la fiscalidad verde y el impulso a las energías renovables. También incluye incentivos para proyectos de economía circular y políticas de contratación pública sostenible, y complementa la normativa climática al detallar los objetivos y acciones específicas para enfrentar los desafíos del cambio climático en la región.

Esta ley establece un marco normativo para enfrentar el cambio climático y avanzar hacia un modelo económico y social sostenible en la región. Su objetivo principal es reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, fomentar la transición hacia energías renovables, y garantizar la adaptación al cambio climático en todos los sectores económicos y sociales.

Entre sus principales disposiciones, la ley regula la planificación energética, la eficiencia energética en infraestructuras y edificios, y la incorporación de criterios sostenibles en la planificación urbana. También promueve la educación ambiental, el consumo responsable y la protección de los ecosistemas naturales. Además, subraya la importancia de la colaboración entre los sectores público y privado y fomenta la participación ciudadana en la transición ecológica.

La Ley 6/2022 resalta la vulnerabilidad de los jóvenes frente al cambio climático, destacando que son más susceptibles a situaciones de pobreza, incluida la pobreza energética. En el texto de la ley se hace referencia al informe AROPE de 2018, (At Risk Of Poverty and Exclusion), elaborado por la Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social, donde se destaca que el 38,8 % de los jóvenes valencianos se encuentra en riesgo de exclusión social o pobreza, lo que exige una atención especial en las políticas climáticas para proteger a este grupo demográfico y mitigar los impactos del cambio climático en su calidad de vida.

Esta ley enfatiza la promoción de la eficiencia energética y el uso de energías renovables como ejes centrales de la lucha contra el cambio climático. Se proponen medidas como el monitoreo anual del consumo energético en edificios, el diseño bioclimático en la construcción y la incorporación de energías renovables en áreas residenciales. Estas iniciativas están destinadas a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y fomentar prácticas sostenibles en los entornos urbanos.

La planificación y normativa urbanística juegan un papel crucial en la adaptación al cambio climático. Se destaca la necesidad de desarrollar áreas urbanas autosuficientes energéticamente, reducir la demanda de energía e integrar fuentes renovables. Además, se promueve la regeneración urbana y la incorporación del análisis del impacto de las emisiones de gases de efecto invernadero en la planificación territorial, fortaleciendo la sostenibilidad en el desarrollo urbano.

Finalmente, se subraya la importancia de los sistemas de gestión de energía, que incluyen auditorías energéticas y el cumplimiento de normas de eficiencia energética. Estas medidas se complementan con la promoción de energías renovables en el sector de la construcción, orientadas a mejorar la eficiencia energética y reducir emisiones. Estas estrategias integrales reflejan el enfoque del documento en abordar los desafíos del cambio climático mediante la intersección de políticas climáticas, eficiencia energética y planificación urbana.

3. Decreto 68/2017.

El Decreto 68/2017, de 26 de mayo, de 2017, del Consell, por el que se establece el régimen jurídico aplicable a las subvenciones en materia de cooperación al desarrollo y se deroga el Decreto 135/2010, de 10 de septiembre, del Consell regula el régimen jurídico de las subvenciones destinadas a la cooperación internacional para el desarrollo en la Comunitat Valenciana y establece los procedimientos, criterios y requisitos para la concesión, gestión, seguimiento y justificación de estas ayudas, con el objetivo de garantizar la transparencia, eficacia y eficiencia en su administración.

Este decreto regula el régimen jurídico de las subvenciones para la cooperación internacional al desarrollo en la Comunitat Valenciana, estableciendo procedimientos, criterios y requisitos para su concesión, gestión y justificación, con énfasis en la transparencia, eficacia y coherencia con los objetivos de desarrollo sostenible. Define los tipos de ayudas, las condiciones para las entidades beneficiarias, como las ONGD, y los mecanismos de evaluación del impacto, garantizando el uso adecuado de los recursos públicos y la alineación con compromisos internacionales, promoviendo así un impacto positivo en las comunidades beneficiarias.

Así mismo, destaca un modelo descentralizado y participativo de cooperación, fomentando la colaboración entre administraciones públicas, organizaciones no gubernamentales (ONG), sindicatos, empresas y otros actores sociales. Entre sus principios rectores, se incluyen la transparencia, la rendición de cuentas, la igualdad de género, el respeto por los derechos humanos y la sostenibilidad ambiental. Además, prioriza la educación para la ciudadanía global y la solidaridad, así como el apoyo a iniciativas como el comercio justo y el emprendimiento social.

4. Decreto 94/2018

El *Decreto 94/2018, de 20 de julio, del Consell, de creación de órganos de asesoramiento y participación en materia de Objetivos de Desarrollo Sostenible* establece órganos específicos para asesorar y promover la implementación de los ODS en la Comunitat Valenciana, reforzando la transversalidad de estas metas en las políticas públicas.

Este decreto examina el acuerdo entre la Comisión de Cooperación Bilateral del Estado y la Generalitat Valenciana sobre la Ley 6/2022 de cambio climático y transición ecológica. Este acuerdo resuelve discrepancias normativas asegurando que la Generalitat ejerza sus competencias en conformidad con la normativa estatal, especialmente en áreas como la regulación de emisiones en la aviación, planificación urbana y eficiencia energética. Se interpretan artículos específicos, como el 24.2 y el 36, conforme a leyes estatales como el Real Decreto Legislativo 7/2015 y el Real Decreto 56/2016, garantizando la alineación con las normativas de rehabilitación urbana y auditorías energéticas.

El decreto también contempla la modificación de textos legislativos de la Generalitat para alinearlos con las normativas estatales y europeas, como la integración de sistemas de almacenamiento de energía renovable, biocombustibles avanzados e hidrógeno renovable. Además, incluye compromisos para fomentar la transición energética, como el desarrollo de infraestructuras para vehículos eléctricos y la promoción de energías renovables en la red eléctrica. En conjunto, el documento subraya la colaboración estatal y autonómica para abordar el cambio climático y avanzar en la transición ecológica cumpliendo con los marcos legales nacionales e internacionales.

En general, el documento destaca los esfuerzos de colaboración entre el gobierno estatal y regional para abordar el cambio climático y promover la transición ecológica, garantizando al mismo tiempo el cumplimiento legal y reglamentario.

5. Orden 1/2023

La *Orden 1/2023, de 28 de abril, de la Conselleria de Participación, Transparencia, Cooperación y Calidad Democrática, por la que se aprueban las bases reguladoras de concesión de subvenciones destinadas a la realización de acciones de implementación y promoción de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, en la Comunitat Valenciana* regula las bases para la concesión de subvenciones destinadas a la implementación y promoción de los ODS de la Agenda 2030 en la Comunitat Valenciana. Las subvenciones se dirigen a financiar acciones relacionadas con la territorialización de los ODS, formación y sensibilización sobre desarrollo sostenible, y la creación de alianzas y redes. Están des-

tinadas a entidades locales y organizaciones sin ánimo de lucro, siguiendo un procedimiento de concurrencia competitiva.

Las entidades beneficiarias incluyen organizaciones sin ánimo de lucro con sede en la Comunitat Valenciana y entidades locales de ámbito inferior al provincial. Los proyectos subvencionables abarcan la implementación de estrategias vinculadas a los ODS, formación y comunicación para sensibilizar sobre desarrollo sostenible, y el fortalecimiento de redes para avanzar en las metas de la Agenda 2030. La orden permite la compatibilidad de estas ayudas con otras subvenciones, siempre que el importe total no supere los costos reales del proyecto financiado.

La orden establece criterios específicos de valoración, obligaciones para las entidades beneficiarias, y un marco normativo para garantizar la transparencia, eficacia y rendición de cuentas en la gestión de los fondos. Además, las subvenciones están vinculadas al Plan Estratégico de Subvenciones 2023-2025 y buscan facilitar la integración de los ODS a nivel local, promoviendo la sostenibilidad y la participación activa de diversos actores en el territorio valenciano.

Finalmente, la orden establece un plan de control para verificar la adecuada gestión de los fondos, así como procedimientos para resolver incidencias y garantizar la transparencia y eficacia en la ejecución de los proyectos.

IV. Conclusiones

En síntesis, el presente análisis pone de manifiesto la relevancia estratégica de las normas jurídicas como pilares fundamentales para avanzar en la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Dicho marco normativo no solo organiza las políticas públicas y regula las actividades sociales y económicas, sino que también incorpora principios esenciales de equidad, justicia y sostenibilidad, constituyéndose en un instrumento imprescindible para el logro de un desarrollo equilibrado y sostenible en todas sus dimensiones.

En este marco, los instrumentos normativos estudiados se alinean con los ODS y las directrices de la Agenda 2030, contribuyendo a los compromisos internacionales de mitigación y adaptación al cambio climático. Se incluyen medidas específicas para la movilidad sostenible, la gestión de recursos hídricos, y la reducción de la pobreza energética, consolidando un enfoque integral que combina sostenibilidad ambiental, justicia social y desarrollo económico.

Así mismo, se destaca la necesidad de formular recomendaciones prácticas dirigidas a legisladores, académicos y profesionales del derecho, con el propósito de fortalecer la integración de los ODS en el ámbito jurídico. Este enfoque resulta esencial para consolidar un sistema normativo que enfrente eficazmente los desafíos locales y globales, asegurando la coherencia y alineación entre los objetivos internacionales, nacionales y autonómicos, en pos de un desarrollo inclusivo y sostenible en la región.

Los documentos también abordan la necesidad de modificaciones legislativas por parte de la Generalitat Valenciana para alinearlas con las regulaciones estatales y euro-

peas, y se incluye el compromiso de modificar ciertos textos legislativos para garantizar el cumplimiento de las normas estatales y europeas, como la eliminación de frases específicas de los artículos para evitar conflictos con las competencias estatales.

Este marco normativo refuerza el compromiso de la Generalitat Valenciana con la Agenda 2030, promoviendo un desarrollo sostenible inclusivo y coordinado con actores locales, nacionales e internacionales.

Con una visión al futuro, se enfatiza la importancia de fomentar la reflexión crítica y el diálogo interdisciplinario como herramientas clave para explorar nuevas perspectivas que refuercen la conexión entre las normas jurídicas y los ODS. Solo mediante un esfuerzo colectivo, coordinado y multidisciplinar será posible construir una sociedad más equitativa, justa y respetuosa con los límites planetarios, garantizando un futuro sostenible para las próximas generaciones.

V. Bibliografía

- AGUADO PUIG, A.** *Desarrollo sostenible: 30 años de evolución desde el informe Brundtland*. (Tesis Doctoral Inédita). Universidad de Sevilla, Sevilla, 2018. Disponible en: <https://hdl.handle.net/11441/81489>. [Consultado el 10 de septiembre de 2024]
- COLACRAI, M.** «Coexistencia y diversidad de enfoques teóricos: apuntes para abordar la complejidad actual de las relaciones internacionales». *Agenda Internacional*, 7(14), pp. 57-66, 2000.
- DE VICENTIIS, G.** «La evolución del concepto de desarrollo sostenible». *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, 23. 2012 Disponible en: https://huespedes.cica.es/gimadus/23/09_la_evolucion_del_concepto_de_desarrollo_sost.html [Consultado el 15 de noviembre de 2024]
- EDWARDS, B.** *Guía básica de la sostenibilidad*. Barcelona: Gustavo Gili, 2009.
- FONTENLA, E. H.** *La virtuosa complementación entre los principios cooperativos y ODS: una mirada desde la economía social y solidaria*. Buenos Aires: CG CYM Ediciones, 2020.
- GIDDENS, A., & DEL BUSTILLO, F. M.** *La política del cambio climático*. Madrid: Alianza, 2010.
- GIL, C. G.** «Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS): una revisión crítica». *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, 140, pp.107-118, 2018.
- HERNÁNDEZ-CASTILLA, R., SLATER, C., & MARTÍNEZ-RECIO, J.** «Los objetivos de Desarrollo Sostenible, un reto para la escuela y el liderazgo escolar». *Profesorado, Revista de Currículum y Formación del Profesorado*, 24(3), pp. 9-26, 2020.
- KALTENBORN, M., KRAJEWSKI, M., & KUHN, H.** *Sustainable development goals and human rights*. Cham: Springer, 2020.

- LEZAMA, J. L.** «La política Internacional del cambio climático». *Sociedad y ambiente*, 1(3), pp. 104-117, 2014.
- MEIREA CARTEA, P. Á.** «De los Objetivos de Desarrollo del Milenio a los Objetivos para el Desarrollo Sostenible: el rol socialmente controvertido de la educación ambiental». *Educación social: Revista de intervención socioeducativa*, 61, pp. 58-73, 2015.
- MILLÁN, N.** «La coherencia de políticas en el marco de la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible». *Revista Española de Desarrollo y Cooperación*, 46, pp. 69-78, 2020.
- ONU.** «Informe de los Objetivos de desarrollo sostenible 2021». Disponible en: https://unstats.un.org/sdgs/report/2021/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2021_Spanish.pdf [Consultado el 5 de octubre de 2024]
- OVIEDO, M. P.** «Buenas prácticas hacia el cumplimiento del ODS 7 "Energía Asequible y No Contaminante"». *Revista Científica de la UCSA*, 7(3), pp. 72-75, 2020.
- PERALES, J. A. S.** «De los Objetivos del Milenio al desarrollo sostenible: Naciones Unidas y las metas globales post-2015». *Anuario Ceipaz*, (7), pp. 49-84, 2014.
- PRADHAN, P., COSTA, L., RYBSKI, D., LUCHT, W., & KROPP, J. P.** «A systematic study of sustainable development goal (SDG) interactions». *Earth's Future*, 5(11), pp. 1169-1179, 2017.
- RIBERA, T., & OLABE EGAÑA, A.** (2015). «La cumbre del clima en París». *Documento de Trabajo, Real Instituto El Cano*, 3. Disponible en: https://observatorio.dadep.gov.co/sites/default/files/documentos/wp17_la_cumbre_del_clima_en_paris.pdf [Consultado el 10 de septiembre de 2024]
- SANAHUJA, J. A., & TEZANOS VÁZQUEZ, S.** «Del milenio a la sostenibilidad: retos y perspectivas de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible». *Política y Sociedad*, 54(2), pp. 533-555, 2017.
- SAVI, C. R., FAVERO, M., BARRIENTOS CASANOVA, V. D., AGUADA, Y., HARRINGTON, C., JEIFETZ, L. M. & VÁZQUEZ, M. G.** «Forum of International Trade 21 Experiencia+ Innovación: El futuro del comercio y la vinculación con los ODS Agenda 2030 sobre Objetivos Desarrollo Sostenible de la ONU». Disponible en: <https://repositorio.21.edu.ar/handle/ues21/20082> [Consultado el 5 de octubre de 2024].
- WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT (WCED).** *Our Common Future (Brundtland Report)*, United Nations1987. Disponible en: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf> [Consultado el 10 de octubre de 2024].

EL DEFENSOR JUDICIAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

Carlos Bellido González del Campo
Abogado
Doctorando en Derecho (Universitat Jaume I)

Resumen:

La ley 8/2021 modifica la figura del defensor judicial que se convierte en una medida formal de apoyo de las personas con discapacidad, de carácter temporal. Tiene carácter subsidiario, pues sólo es posible establecerla en defecto de medidas voluntarias o de inexistencia de una guarda de hecho, adecuada y suficiente. Se aplica ante situaciones específicas, como la existencia conflictos de intereses entre la persona con discapacidad y quien deba prestar apoyo.

Palabras clave:

Defensor judicial, medida formal, persona con discapacidad, guardador de hecho, conflictos de interés.

Abstract:

Law 8/2021 modifies the figure of the legal guardian, which becomes a formal measure of support for persons with disabilities, of a temporary nature. It is subsidiary in nature, as it is only possible to establish it in the absence of voluntary measures or in the absence of an adequate and sufficient de facto guardian. It is applied in specific situations, such as the existence of conflicts of interest between the person with disabilities and the person who must provide support.

Key words:

legal guardian, formal measure, persons with disabilities, facto guardian, conflicts of interest

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Procedimiento de nombramiento.
 1. Solicitud de iniciación.
 - 2 la comparecencia.
 3. resolución del expediente.
- III. Supuestos de desempeño.
 1. Concreción en el nombramiento.
 2. Imposibilidad.

3. Conflicto de intereses.
 4. Excusa del curador.
 5. Administración de bienes mientras se tramita la provisión de medidas.
 6. Medidas ocasionales.
- IV. Funciones del defensor judicial.
1. Obligaciones de la persona que presta apoyo.
 2. Funciones representativas.
 3. Facultades.
- V. Rendición de cuentas y responsabilidad.
1. Rendición de cuentas.
 2. Responsabilidad.
- VI. A modo de conclusión.
- VII. Bibliografía.

I. Introducción

El marco inicial de realización del defensor judicial en España ha seguido en gran medida intacto desde la reforma introducida por la Ley 13/1983 de 24 de octubre, de reforma del Código Civil. Es una figura que interviene en el ámbito del derecho civil para garantizar los intereses y derechos de las personas que no pueden defenderse por sí mismas, como menores de edad y personas con discapacidad. Esta figura debe actuar con imparcialidad y en interés del protegido.

A pesar de que la reforma de 1983 no modificó sustancialmente el marco originario de actuación sí es cierto que se han realizado cambios y adaptaciones a lo largo del tiempo para adecuar la figura a las nuevas necesidades y realidades sociales. Por ejemplo, la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, introdujo cambios en su actuación en relación con los menores de edad, reforzando sus competencias y garantizando una mayor protección a los menores en situaciones de vulnerabilidad. Asimismo, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que la figura del defensor judicial puede ser designada para actuar en procedimientos administrativos en los que se requiera la defensa de los intereses de las personas tuteladas, menores de edad o con discapacidad. Efectivamente, su función ha experimentado ciertas modificaciones a lo largo del tiempo en España. En principio, su actuación estaba restringida a menores en casos de conflicto de intereses con sus padres durante el ejercicio de la patria potestad.

Con la promulgación de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, se amplió el ámbito de actuación para incluir los regímenes de tutela y curatela. Esto permitió que también protegiera los intereses de las personas con discapacidad, además de los menores.

Posteriormente, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, introdujo cambios significativos en cuanto al procedimiento de constitución de la medida de apoyo y el papel de los Letrados de la Administración de Justicia (anteriormente denominados

Secretarios Judiciales). Esta normativa otorgó a estos profesionales mayor relevancia en relación con la designación del defensor judicial, transfiriéndoles competencias que anteriormente correspondían exclusivamente al juez. Aunque el marco originario de actuación se ha mantenido en gran medida inalterado desde la reforma de 1983, es cierto que ha habido modificaciones y adaptaciones en su función y competencias a lo largo del tiempo, adaptándose a las nuevas realidades y necesidades sociales.

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, supone un cambio significativo en la protección y el apoyo a las personas con discapacidad y a los menores en España.

Esta ley modifica diversas disposiciones del Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y otras leyes complementarias, y adapta el ordenamiento jurídico español a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 3 de mayo de 2008.

El texto legal mantiene la posibilidad de que se designe tanto para el apoyo de las personas con discapacidad como para la protección de los menores. A pesar de que establece una distinción clara entre las medidas dirigidas a las personas adultas con discapacidad y las instituciones de protección de menores, sigue siendo una figura clave en ambos ámbitos, aunque sus funciones y actuaciones varíen según el caso.

En el caso de las personas adultas con discapacidad, la Ley introduce un nuevo sistema de apoyos y salvaguardias para que estas personas puedan ejercer su capacidad jurídica con plenitud. En este contexto, actuará, en principio, de manera temporal y en situaciones específicas en las que se requiera la protección de los intereses de la persona con discapacidad.

En cuanto a los menores, seguirá desempeñando un papel fundamental en la protección de sus intereses y derechos cuando se produzcan conflictos de intereses con sus padres, tutores o curadores. En estos casos, garantizará que las decisiones adoptadas en el proceso judicial respeten y protejan el interés superior del menor.

Podemos confirmar que, efectivamente, las características de transitoriedad y subsidiariedad han sido tradicionalmente atribuidas a la figura del defensor judicial en el ordenamiento jurídico español¹.

La transitoriedad se refiere a que la designación se lleva a cabo para una actuación específica y delimitada en el tiempo. Por ejemplo, puede ser designado para representar y proteger los intereses de un menor o de una persona con discapacidad en un proceso judicial concreto, y su intervención finaliza una vez que dicho proceso haya concluido o cuando el conflicto de intereses haya sido resuelto. Por otro lado, la subsidiariedad implica que actúa cuando, por diversas razones, las funciones de guarda y asistencia no pueden

1. DE VERDA y BEAMONTE, J. R: «El defensor judicial de las personas con discapacidad: criterios jurisprudenciales», *Idibe*, Tribuna, noviembre, 2024. Disponible en: <https://idibe.org/tribuna/defensor-judicial-las-personas-discapacidad-criterios-jurisprudenciales/>

ser desempeñadas adecuadamente por los padres, tutores o curadores. En estos casos, interviene para suplir la actuación del encargado principal de la guarda y asistencia, garantizando de esta forma la protección de los intereses y derechos de la persona afectada.

Si bien estas características siguen siendo relevantes en el marco actual, es importante tener en cuenta que las reformas legales y las nuevas necesidades sociales han conducido a ciertas adaptaciones. Por ejemplo, la Ley 8/2021 introduce cambios en el sistema de apoyo y salvaguardias para las personas adultas con discapacidad, en el que puede desempeñar un papel, aunque su intervención siga siendo en principio transitoria y subsidiaria.

La Ley 8/2021 introduce cambios importantes en sus funciones en relación con las personas con discapacidad, tal como se refleja en el artículo 295.5 del Código Civil. Este artículo permite la designación como medida primordial y autónoma de apoyo cuando la persona con discapacidad solicite la adopción de medidas de apoyo de carácter esporádico, aunque sea recurrente. Esta ampliación de funciones, de carácter cualitativo, podría llevar a un incremento cuantitativo en la nominación en estos casos, ya que se les atribuye una mayor responsabilidad y protagonismo en la protección y apoyo a las personas con discapacidad. Por otro lado, la Ley suprime la fórmula residual de amparo que contenía el antiguo artículo 299.3 del Código Civil, que admitía nombrar un defensor judicial en todos los demás casos previstos en el Código Civil. Esta técnica ha sido muy criticada por la doctrina, pues no sumaba nada a lo previsto en los números 2 y 3 del artículo.

La supresión de esta fórmula residual responde a la necesidad de recoger supuestos taxativos con formulaciones amplias y claras, en lugar de dejar abierta la posibilidad de llamamiento en cualquier otro caso sin una justificación sólida. De esta manera, se busca dotar de mayor certeza y seguridad jurídica a su actuación en el ámbito del apoyo a las personas con discapacidad.²

El nuevo código ajusta efectivamente el carácter transitorio del nombramiento en el artículo 295.5 del Código Civil. Dicho artículo contempla la posibilidad de designar cuando el apoyo es puntual, aunque recurrente, lo que refleja una adaptación a las necesidades específicas y cambiantes de las personas con discapacidad que requieren medidas de apoyo en distintos momentos.

La figura se ajusta a las principales características de las nuevas medidas de apoyo, ya que responde al principio de necesidad y proporcionalidad, y su intervención afecta de manera mínima a la autonomía y libertad de la persona que necesita apoyo. De esta forma, la figura se alinea con el enfoque de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que promueve el ejercicio pleno y efectivo de la capacidad jurídica de estas personas con el apoyo adecuado y necesario. Además, la Ley establece de manera clara la obligación de conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que presta el apoyo. Esta previsión refuerza su papel como garante de la protección y promoción de los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, asegurando que su intervención se realice de manera respetuosa y acorde con los intereses y necesidades de la persona afectada.

2. MORENO MARTÍNEZ, J.A: «Problemática actual del defensor judicial: hacia una nueva concepción de la Institución», Revista de derecho privado, N.º 102-5, 2018, p. 70.

En la actualidad, especialmente con las modificaciones introducidas por la Ley 8/2021, ofrece una respuesta rápida y adaptada a las situaciones en las que una persona necesita un apoyo determinado para una actuación concreta, pero no requiere un apoyo continuado o permanente.

Su intervención en estos casos cumple con los principios de proporcionalidad y necesidad, ya que limita la injerencia de la medida de apoyo a lo estrictamente necesario para garantizar la protección y promoción de los derechos y la dignidad de la persona que requiere apoyo. Al mismo tiempo, se asegura que la intervención del defensor judicial no suponga una limitación excesiva o innecesaria de la autonomía y libertad de la persona afectada.

Además, el marco normativo actual permite que haga uso de sus funciones de manera reiterada, siempre y cuando se trate de actuaciones puntuales y no de un apoyo continuado. Esta posibilidad refleja la necesidad de adaptar la figura a las realidades y circunstancias específicas de cada caso, garantizando que el apoyo prestado sea adecuado y proporcional a las necesidades de la persona con discapacidad.

La solución que ofrece la figura en la Ley 8/2021, permite una mayor flexibilidad y adecuación a las necesidades de las personas que requieren apoyo puntual, como es el caso de las personas mayores que no necesitan asistencia de manera habitual.

Antes de la reforma, en aquellos supuestos en los que se necesitaba un apoyo concreto, era necesario iniciar un procedimiento de incapacitación que a menudo culminaba con la imposición de una tutela. Esta situación podía resultar desproporcionada y no adaptada a las necesidades reales de la persona, además de generar conflictos de intereses con el tutor en ocasiones, lo que llevaba a la designación de un defensor judicial para un acto específico.

Ahora se simplifica el procedimiento y se adecua mejor a los principios de necesidad y proporcionalidad. En lugar de establecer un apoyo de carácter estable y más invasivo, como la curatela o la tutela, se permite a la persona mayor recibir asistencia para llevar a cabo un acto concreto de manera más sencilla y menos restrictiva, respetando su autonomía y capacidad de decisión en la medida de lo posible.³

II. Procedimiento de nombramiento

La determinación del procedimiento de designación del defensor judicial se encuentra en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción voluntaria. Según el artículo 28 de esta Ley, la competencia para el nombramiento recae en el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia del domicilio o de la residencia del menor o persona con discapacidad.

3. TORAL LARA, E.: «El defensor judicial de las personas con discapacidad», en *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021*, de 2 de junio (Dir. J.R. DE VERDA BEAMONTE, coords. P. CHAPARRO MATAMOROS, A. BUENO BIOT), Tirant lo Blanc, Valencia 2022, p.300.

En aquellos casos en los que el llamamiento se derive de que un juzgado esté conociendo de un asunto que requiera su designación, la competencia corresponderá al Juzgado que esté conociendo del asunto en cuestión. Asimismo, el Letrado de la Administración de Justicia es el responsable de tramitar la excusa y remoción. Para ello, deberá aplicar las causas establecidas en el Código Civil para la curatela, que incluyen, entre otras, la incompatibilidad, la enfermedad, la condena por delito doloso y la mala administración, así como cualquier otra causa que impida o dificulte gravemente el desempeño de sus funciones.

De esta manera, se establece un marco legal claro y preciso para el procedimiento de designación, excusa y remoción, garantizando la adecuada protección y apoyo a menores y personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

1. Solicitud de iniciación

La iniciación del procedimiento para la designación de un defensor judicial se realiza mediante una solicitud escrita, en la que no es necesario contar con la representación de un Letrado ni un Procurador. Esta solicitud puede presentarse tanto por la persona interesada como por cualquier otra persona que tenga conocimiento de la situación que justifique la necesidad de la designación.

Además, la Ley también contempla la posibilidad de que el procedimiento se inicie de oficio a instancia del Letrado de la Administración de Justicia o del Ministerio Fiscal. Esto puede ocurrir cuando, en el ejercicio de sus funciones, estas autoridades advierten la necesidad de la intervención para proteger los derechos e intereses de un menor o de una persona con discapacidad.

En la solicitud de designación, se deben identificar tanto el solicitante como los posibles interesados, así como exponer los hechos que justifiquen la necesidad. La información aportada en la solicitud servirá de base para que el Letrado de la Administración de Justicia o el Juez, según corresponda, valoren la procedencia de la designación y, en su caso, procedan a nombrar al defensor judicial que prestará el apoyo necesario a la persona afectada.

En definitiva, el procedimiento se caracteriza por su accesibilidad y flexibilidad, permitiendo la intervención de las autoridades judiciales y del Ministerio Fiscal en la protección de los derechos e intereses de menores y personas con discapacidad.

2. La comparecencia

La comparecencia a la que se refiere el texto se enmarca en el procedimiento para la designación de un defensor judicial para una persona con discapacidad o un menor de edad que requiere de protección. En este contexto, la Ley de Jurisdicción voluntaria establece que, una vez admitida la solicitud, se convocará a una comparecencia en la que estarán presentes el solicitante, los interesados que consten en el expediente, la persona con discapacidad o el menor si tienen suficiente madurez y si tienen más de doce años, y el Ministerio Fiscal.

Es importante destacar que la presencia del solicitante en la comparecencia es preceptiva, es decir, obligatoria. En cambio, la presencia del menor o de la persona con discapacidad es potestativa, lo que significa que pueden asistir si lo desean, pero no están obligados a hacerlo. En cualquier caso, el Ministerio Fiscal debe estar presente en la comparecencia, independientemente de la presencia o ausencia de los demás interesados.

La finalidad de esta comparecencia es que los distintos interesados puedan exponer sus puntos de vista sobre la necesidad de designar un defensor judicial para la persona con discapacidad o el menor, y que se pueda determinar quién sería la persona idónea para desempeñar esta función. La comparecencia es, por tanto, un momento clave en el proceso de designación, ya que permite recabar información y opiniones de los distintos interesados y tomar una decisión informada y ajustada a las necesidades de la persona protegida.⁴

3. Resolución del expediente

Corresponde al Letrado de la Administración de Justicia, cuya función es acordar la concesión o denegación del nombramiento de defensor judicial. En los casos en que se requiera su intervención en un procedimiento judicial.

Es importante destacar que la resolución que se emita en este sentido debe indicar de manera precisa el asunto concreto al que se refiere su cometido. Si se trata de intervenir como parte demandada, bastará con expresar el juzgado y el número de autos del procedimiento en cuestión. En cambio, si se trata de promover una demanda, se debe especificar con la mayor precisión posible el procedimiento a promoverse, así como la persona o personas frente a las que ha de dirigirse.

De este modo, se garantiza que la designación se realiza de manera adecuada y eficiente, en función de las necesidades específicas del caso en cuestión. Asimismo, se cumple con el principio de seguridad jurídica, al contar con una resolución clara y detallada que evita posibles confusiones o malentendidos.

III. Supuestos de desempeño

Es cierto que la regulación del defensor judicial de las personas con discapacidad y del menor se encuentra en diferentes sedes normativas del Código Civil. Mientras que los artículos 295 a 298 del Código Civil regulan la elección y funciones del de la persona con discapacidad, los artículos 235 y 236 regulan el nombramiento y funciones del menor.

A pesar de ello, ambos tienen en común que su finalidad es proteger los intereses de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad y necesitan una especial atención y protección. En el caso del de la persona con discapacidad, se trata de garanti-

4. TORIBIO FUENTES, F.: «Se da nueva redacción al artículo 27 LJV en 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), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur-Menor, 2021, p. 1385

zar que las decisiones judiciales que les afecten se tomen teniendo en cuenta su situación de discapacidad y en defensa de sus derechos e intereses. Por otro lado, en el caso del menor, su función es proteger los derechos e intereses de los menores en los procedimientos judiciales en los que se vean implicados.

Es importante destacar que el artículo 236 del Código Civil, que regula el defensor judicial del menor, contiene una remisión al régimen jurídico general del defensor judicial de la persona con discapacidad. Esto significa que, en la práctica, el régimen jurídico del de la persona con discapacidad es aplicable también al del menor, en la medida en que resulte compatible con su función específica de proteger los derechos e intereses del menor. De este modo, se asegura una protección más completa de los derechos de las personas vulnerables en el ámbito judicial.

1. Concreción en el nombramiento

Las funciones del defensor judicial han mantenido su carácter heterogéneo en la nueva regulación, es decir, su función puede variar en función de las necesidades de la persona con discapacidad en cuestión y de las circunstancias específicas del caso. Además, sigue siendo una medida ocasional, aunque ahora se reconoce expresamente la posibilidad de que pueda ser designado de manera recurrente.

Sin embargo, es cierto que la nueva regulación ya no establece de manera general la subsidiariedad de esta figura respecto a otras medidas de apoyo, sino que esta nota particular solo se mantiene en los casos en que este es designado para cubrir deficiencias o carencias en el funcionamiento de otras medidas de apoyo.

Por otro lado, la nueva regulación reconoce la posibilidad de que el defensor judicial sea designado de manera principal, es decir, como una medida autónoma no vinculada a la existencia de ninguna otra. Esto significa que, en los casos en que la persona con discapacidad solo requiera apoyo de manera puntual, puede ser designado como medida principal para proteger sus derechos e intereses en el ámbito judicial.⁵

El artículo 296 del Código Civil regula su el funcionamiento en situaciones donde exista un conflicto de intereses en relación con las medidas de apoyo principal.

Este actúa de manera subsidiaria para garantizar la protección de los derechos e intereses de la persona con discapacidad o en situación de vulnerabilidad. El objetivo es evitar posibles abusos o situaciones de conflicto que puedan perjudicar a la persona en cuestión.

Este artículo establece que no procederá el nombramiento cuando las funciones de apoyo se encomienden a más de una persona, siempre y cuando estas puedan actuar de manera conjunta y efectiva. Sin embargo, si ninguna de las personas designadas puede ejercer su función o si el juez lo considera necesario por motivos fundados, sí se procederá a su designación. En tal caso, es preceptivo que el juez motive adecuadamente su decisión.

5. Toral Lara, E.: «El defensor judicial», cit., p.307.

De esta manera, actuará en aquellos casos en los que la medida de apoyo principal no sea suficiente o adecuada para garantizar los derechos e intereses de la persona en situación de vulnerabilidad. Es fundamental tener en cuenta las particularidades de cada caso y asegurar que se tomen las decisiones más apropiadas.

Efectivamente, el artículo 283 del Código Civil establece las condiciones en las que se puede otorgar una curatela a más de una persona o institución y cómo se deben llevar a cabo las funciones en casos de conflicto de intereses.

Cuando la curatela se otorga a más de una persona o institución y estas tienen funciones homogéneas, es decir, iguales o similares en cuanto a sus responsabilidades, el artículo 283 del Código Civil indica que, en caso de un conflicto de intereses, el curador que no tenga dicho conflicto asumirá las funciones correspondientes.

Sin embargo, en situaciones en las que la curatela sea múltiple pero las funciones no sean parecidas, es posible designar un defensor judicial. Un ejemplo de esto sería el caso en que se nombra un curador para la persona y otro curador para la administración de sus bienes. En tal caso, si surge un conflicto de intereses entre los curadores, se podría nombrar uno para garantizar la protección de los derechos e intereses de la persona en situación de vulnerabilidad.

En cualquier caso, el objetivo principal es garantizar la protección y el bienestar de la persona sujeta a la medida de apoyo, por lo que es fundamental evaluar cada situación de forma individual y tomar las decisiones más apropiadas para salvaguardar sus derechos e intereses.⁶

2. Imposibilidad

El artículo 295 del Código Civil establece las situaciones en las que se nombrará un defensor judicial para las personas con discapacidad. El primer supuesto, se refiere a la situación en la que la persona o entidad encargada de prestar apoyo no pueda llevar a cabo sus funciones por cualquier causa.

En ese caso, se nombrará para asegurar la protección de los derechos e intereses de la persona con discapacidad, hasta que la causa que impide a la persona o entidad designada ejercer sus funciones cese o se designe a otra persona para desempeñar el apoyo.

El objetivo de esta disposición es garantizar que las personas con discapacidad no queden desprotegidas en situaciones en las que la persona o entidad encargada de prestar apoyo no pueda cumplir con sus responsabilidades. El defensor judicial actuará de forma temporal y subsidiaria para garantizar el bienestar y la protección de la persona con discapacidad en tales circunstancias.

6. ÁLVAREZ LATA, N.: «Comentarios de los artículos 295 a 299», en 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), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur-Menor, 2021, pp. 846.

3. Conflicto de intereses

El artículo 295 del Código Civil también establece que se nombrará un defensor judicial para las personas con discapacidad en situaciones donde haya un conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la persona o entidad encargada de prestar apoyo.

Un conflicto de intereses puede surgir cuando las acciones o decisiones de la persona o entidad que presta apoyo pueden verse influenciadas por sus propios intereses, en detrimento de los derechos e intereses de la persona con discapacidad. En tales casos, es fundamental asegurar que los derechos e intereses de la persona con discapacidad estén adecuadamente protegidos.

El nombramiento tiene como objetivo salvaguardar y garantizar los derechos e intereses de la persona con discapacidad en situaciones de conflicto de intereses. Actuará de manera independiente y velará por el bienestar y la protección de la persona con discapacidad, garantizando que se respeten sus derechos y se tomen decisiones en su mejor interés.

Es importante destacar que el juez debe evaluar cuidadosamente cada situación y tomar las decisiones apropiadas para garantizar la protección y el bienestar de la persona con discapacidad en casos de conflicto de intereses.

4. La excusa del curador

El artículo 295 del Código Civil también contempla la elección en situaciones en las que, durante la tramitación de la excusa presentada por el curador, la autoridad judicial considere necesaria su designación para proteger los intereses de la persona con discapacidad.

Una excusa puede ser alegada por el curador cuando este considere que no puede o no debe asumir la responsabilidad de ejercer la curatela por diversas razones, como enfermedad, incapacidad, conflicto de intereses u otras circunstancias que puedan afectar su capacidad para ejercer adecuadamente la función de curador.

En tales casos, mientras se tramita y resuelve la excusa presentada por el curador, es fundamental garantizar la protección de los derechos e intereses de la persona con discapacidad. Por ello, si la autoridad judicial considera necesario el nombramiento durante este período, procederá a su designación.

Este actuará de forma temporal y subsidiaria, velando por el bienestar y la protección de la persona con discapacidad hasta que se resuelva la situación de la excusa alegada por el curador y, si procede, se designe a otro curador o se adopten otras medidas de apoyo adecuadas.

5. Administración de bienes mientras se tramita la provisión de medidas

Efectivamente, el artículo 295 del Código Civil contempla también la posibilidad de nombrar un defensor judicial en casos donde se haya iniciado un proceso para estable-

cer medidas judiciales de apoyo a una persona con discapacidad, y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de sus bienes hasta que se dicte una resolución judicial definitiva.

En situaciones como esta, el objetivo es asegurar que los bienes de la persona con discapacidad sean administrados y protegidos de manera adecuada mientras se lleva a cabo el proceso judicial para determinar las medidas de apoyo más apropiadas. La designación garantiza que los intereses económicos y patrimoniales de la persona con discapacidad estén resguardados en el periodo interino.

En este caso actuará de forma temporal y subsidiaria, administrando los bienes de la persona con discapacidad hasta que se adopten las medidas judiciales de apoyo definitivas y se resuelva la situación. Una vez que se dicte la resolución judicial y se establezcan las medidas de apoyo correspondientes, cesará en sus funciones y las responsabilidades serán asumidas por la persona o entidad designada en la resolución judicial.

6. Medidas ocasionales

El artículo 295 del Código Civil menciona específicamente el supuesto de establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente. Es posible que, en ciertas circunstancias, la autoridad judicial pueda considerar apropiado el nombramiento de un defensor judicial en casos donde una persona con discapacidad requiera apoyo ocasional, especialmente si no se ha establecido una medida de apoyo más permanente o si el apoyo ocasional es necesario para proteger sus derechos e intereses en situaciones específicas.

En estos casos, actuará de manera temporal y subsidiaria, proporcionando apoyo y protección a la persona con discapacidad en situaciones puntuales en las que se requiera su intervención. Una vez resuelta la situación que requiere el apoyo ocasional, cesaría en sus funciones hasta que se presente una nueva situación que requiera su intervención.

Es importante tener en cuenta que la autoridad judicial debe evaluar cuidadosamente cada caso y tomar decisiones que garanticen la protección y el bienestar de la persona con discapacidad. En situaciones de apoyo ocasional puede ser una medida adecuada para asegurar la protección de los derechos e intereses de la persona con discapacidad en circunstancias específicas.

IV. Funciones del defensor judicial

La nueva regulación de la figura del defensor judicial en España no concreta de manera detallada las funciones principales que debe desempeñar. Sin embargo, el artículo 297 del Código Civil establece que todos aquellos que ejerzan una medida de apoyo, deben conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que se presta el apoyo.

En este sentido, se espera que actúe siempre en beneficio de la persona a la que presta apoyo, respetando sus decisiones y preferencias en la medida de lo posible. Tam-

bién se espera que proteja sus derechos e intereses, y que actúe como intermediario en situaciones en las que la persona pueda tener dificultades para comunicarse o hacer valer sus derechos.

En definitiva, en España, sus funciones están destinadas a garantizar la protección y el bienestar de la persona a la que presta apoyo, respetando siempre su autonomía y su capacidad de decisión.

La obligación del defensor judicial de conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que se presta el apoyo está en línea con lo establecido en el artículo 249 del Código Civil, el cual establece que los titulares de los apoyos tienen la obligación de atender a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera.

Es decir, está sujeto a las mismas obligaciones que los demás titulares de apoyos, en cuanto a respetar la autonomía y la voluntad de la persona a la que se presta el apoyo. En este sentido, debe escuchar y tener en cuenta las preferencias y necesidades de la persona, para poder ejercer su función de manera efectiva y en beneficio de esta.

Por tanto, su obligación es respetar la voluntad y preferencias de la persona a la que presta apoyo está claramente definida en el Código Civil, y se trata de un aspecto fundamental de su función como garante de los derechos e intereses de la persona a la que asiste.

El enfoque de las medidas de apoyo en el marco del Código Civil español se centra en respetar y promover la autonomía, voluntad, deseos y preferencias de la persona que necesita apoyo. La idea principal es que las personas con discapacidad puedan participar activamente en el proceso de toma de decisiones que afecten su vida, en la medida de lo posible.

Las personas o entidades que ejercen medidas de apoyo, como curadores o tutores, tienen la responsabilidad de actuar en consonancia con la voluntad, deseos y preferencias de la persona necesitada de apoyo. Deben procurar fomentar y facilitar el desarrollo del proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad, ayudándola a comprender y evaluar las diferentes opciones y consecuencias de sus decisiones.

Además, uno de los objetivos fundamentales de las medidas de apoyo es propiciar que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con escasez de apoyos en venideras ocasiones. Esto implica trabajar en conjunto para mejorar sus habilidades y fortalecer su capacidad para tomar decisiones de manera más independiente a lo largo del tiempo.

1. Obligaciones de la persona que presta apoyo

Los titulares de medidas de apoyo tienen la responsabilidad de intentar comprender y respetar la verdadera voluntad de la persona con discapacidad, incluso cuando esta se manifieste de modo complejo o confuso. La protección y el respeto de los deseos y preferencias de la persona con discapacidad es esencial para garantizar su autonomía y dignidad.

Cuando no sea posible determinar la voluntad actual de la persona o resulte complicado su averiguación, es importante tratar de reconstruir su voluntad a través de otros medios. Estos pueden incluir:

- Actuaciones pasadas: Las decisiones y acciones previas de la persona pueden brindar información valiosa sobre sus preferencias y deseos en situaciones similares.
- Principios vitales: Los valores fundamentales y principios vitales que han guiado a la persona a lo largo de su vida pueden proporcionar una base sólida para inferir su voluntad en ausencia de una manifestación clara y actual.
- Escala de valores: Comprender la jerarquía de valores y prioridades de la persona puede ayudar a determinar qué decisiones serían más coherentes con sus preferencias y deseos.
- Testimonios de personas cercanas: La opinión de familiares, amigos y personas cercanas a la persona con discapacidad puede aportar información relevante sobre sus deseos y preferencias.

Los titulares de medidas de apoyo deben realizar un esfuerzo diligente para comprender y respetar la voluntad de la persona con discapacidad, incluso cuando esta no se manifieste de manera clara o directa. Al hacerlo, se garantiza el respeto a su autonomía, dignidad y derechos fundamentales.⁷

Así es, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Nueva York, adoptada por la ONU en 2006, establece un enfoque centrado en el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad, en lugar de adoptar decisiones basadas únicamente en su «mejor interés». La Convención reconoce el derecho de las personas con discapacidad a disfrutar de capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida y a acceder a las medidas de apoyo que necesiten para ejercer esa capacidad jurídica.

De acuerdo con este enfoque, las medidas de apoyo, como la curatela, deben orientarse hacia la comprensión y el respeto de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. La Convención enfatiza la importancia de garantizar que las decisiones tomadas en su nombre sean lo más acordes posible a sus deseos y preferencias.

En casos donde la voluntad no pueda expresarse ni reconstruirse, el criterio del «mejor interés» se utiliza como último recurso. El objetivo es adoptar decisiones que se consideren beneficiosas para la persona con discapacidad, teniendo en cuenta sus derechos, necesidades y bienestar general. Sin embargo, este criterio solo debe aplicarse cuando no haya otro medio disponible para determinar la voluntad de la persona.

La Convención de Nueva York y las regulaciones actuales priorizan el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad, y solo recurren al criterio del «mejor interés» cuando no sea posible determinar o reconstruir su voluntad.⁸

7. ALÍA ROBLES, A., «Aspectos controvertidos del Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad» *Actualidad Civil*, 2, 2020, p. 15.

8. PAU PEDRÓN, A., «De la incapacitación al apoyo» *Revista de derecho civil* Vol. 5, N.º 3 (julio-septiembre 2018)

2. Funciones representativas

En general, las medidas de apoyo tienen un carácter asistencial, enfocado en ayudar y apoyar a la persona con discapacidad en el proceso de toma de decisiones y garantizar el respeto de sus derechos, deseos y preferencias. Las funciones representativas tienden a ser secundarias en la mayoría de estas medidas de apoyo.

No obstante, en el caso del defensor judicial, las funciones representativas pueden ser la justificación y la causa principal de su nombramiento en ciertas situaciones. Puede ser designado cuando haya un conflicto de intereses, cuando el curador presente una excusa, o en otras circunstancias específicas que requieran una representación adecuada para proteger los derechos e intereses de la persona con discapacidad.

El auto, emitido por la autoridad judicial, determinará la extensión de las atribuciones y funciones, especificando si estas tienen un carácter asistencial, representativo, o una combinación de ambos. Es importante que el auto de designación defina claramente las responsabilidades y el alcance de su actuación, para garantizar una protección adecuada de los derechos e intereses de la persona con discapacidad y asegurar que las decisiones tomadas en su nombre sean acordes con su voluntad, deseos y preferencias.⁹

También cuando ejerza funciones representativas, es fundamental tener en cuenta el carácter asistencial que caracteriza a de todas las medidas de apoyo. Esto significa que debe actuar de manera que respete y promueva la autonomía, deseos y preferencias de la persona necesitada de apoyo, independientemente del tipo de función que desempeñe.

El objetivo principal de cualquier medida de apoyo es ayudar a la persona con discapacidad en el proceso de toma de decisiones y proteger sus derechos e intereses. Por lo tanto, incluso en situaciones donde tenga que asumir funciones representativas, su actuación debe guiarse por los principios de asistencia, respeto y promoción de la voluntad de la persona necesitada de apoyo.

En este sentido, debe esforzarse por actuar conforme a lo que habría desempeñado la propia persona necesitada de apoyo, teniendo en cuenta sus deseos, preferencias y valores. La finalidad de su intervención no es sustituir la voluntad de la persona con discapacidad, sino facilitar su participación en el proceso de toma de decisiones y garantizar que sus derechos e intereses estén protegidos en todo momento.¹⁰

3. Facultades

La regla general en cuanto a las facultades del defensor judicial es que debe atender a lo señalado en su nombramiento y a las exigencias concretas del caso para el cual ha sido elegido. La autoridad judicial, al emitir el auto, establecerá las atribuciones y funciones que debe desempeñar en el caso concreto.

9. ALVAREZ LATA, N.: «Comentarios», cit., p.850.

10. TORAL LARA, E.: «El defensor judicial», cit., p. 327.

Estas facultades pueden incluir funciones asistenciales, representativas o una combinación de ambas, según las necesidades y circunstancias del caso en cuestión. Es fundamental que actúe en consonancia con las disposiciones de su nominación y siga las directrices establecidas por la autoridad judicial.

Además, debe tener en cuenta el carácter asistencial propio de todas las medidas de apoyo y procurar respetar y promover la autonomía, deseos y preferencias de la persona necesitada de apoyo en todas sus actuaciones. Esto implica que, independientemente de las facultades específicas que se le hayan otorgado, debe esforzarse por actuar conforme a la voluntad de la persona con discapacidad y garantizar que sus derechos e intereses estén protegidos en todo momento.

En resumen, sus facultades están determinadas por el auto, y los requerimientos específicos del caso para el cual ha sido designado. No obstante, debe actuar siempre con un enfoque asistencial, respetando y promoviendo la voluntad, deseos y referencias de la persona necesitada de apoyo.

V. Rendición de cuentas y responsabilidad

1. Rendición de cuentas

La rendición de cuentas del defensor judicial es un proceso importante para garantizar la transparencia y la responsabilidad en la gestión de las funciones y responsabilidades asignadas a este en el marco de las medidas de apoyo.

Tiene la obligación de rendir cuentas a la autoridad judicial que lo designó en relación con las acciones y decisiones tomadas en el ejercicio de sus funciones. La rendición de cuentas puede incluir la presentación de informes periódicos, documentos y justificantes que den cuenta de las actuaciones realizadas en beneficio de la persona necesitada de apoyo.

El proceso de rendición de cuentas permite a la autoridad judicial supervisar y evaluar su actuación, asegurando que cumpla con sus funciones de acuerdo con las disposiciones del auto de nombramiento y en consonancia con los principios de asistencia, respeto y promoción de la voluntad de la persona con discapacidad.

Además, la rendición de cuentas puede servir como un mecanismo de control para garantizar que actúe de manera ética y responsable, evitando posibles abusos, negligencias o conflictos de intereses. Si la autoridad judicial detecta alguna irregularidad o incumplimiento en el ejercicio de las funciones, puede tomar medidas para corregir la situación, incluyendo la revocación o la imposición de sanciones si fuera necesario.

En resumen, la rendición de cuentas es un proceso esencial para garantizar la transparencia y la responsabilidad en la gestión de las medidas de apoyo, protegiendo los derechos e intereses de las personas con discapacidad y asegurando el cumplimiento de las disposiciones legales y los principios fundamentales en materia de asistencia y respeto a la voluntad de la persona necesitada de apoyo.

2. Responsabilidad

La responsabilidad, puede derivarse del ejercicio incorrecto de sus funciones o del incumplimiento de sus obligaciones. Dicha responsabilidad puede ser de varios tipos, dependiendo de la naturaleza de la actuación incorrecta o el incumplimiento.

Responsabilidad civil: Si causa un daño a la persona necesitada de apoyo o a terceros como consecuencia del ejercicio incorrecto de sus funciones o del incumplimiento de sus obligaciones, puede ser considerado responsable civilmente y, en consecuencia, estar obligado a indemnizar a las partes afectadas por el daño causado. La indemnización podría incluir la reparación del daño, la compensación por pérdidas económicas o la restitución de bienes, entre otras medidas.

Responsabilidad penal: En casos en que las acciones sean constitutivas de un delito, este podría enfrentarse a responsabilidad penal. Algunos delitos posibles podrían incluir malversación de fondos, abuso de poder, fraude o estafa, entre otros. La responsabilidad penal puede conllevar sanciones como multas, penas de prisión o inhabilitación para ejercer ciertos cargos públicos o profesionales.

Responsabilidad disciplinaria: También podría enfrentarse a responsabilidad disciplinaria si su actuación incorrecta o incumplimiento de obligaciones viola las normas éticas o deontológicas aplicables a su función. La responsabilidad disciplinaria podría resultar en sanciones impuestas por la autoridad judicial o el colegio profesional al que pertenezca, como apercibimientos, suspensiones o incluso la expulsión del colegio en casos graves.

Para prevenir la responsabilidad derivada del ejercicio incorrecto de sus funciones o del incumplimiento de sus obligaciones, debe actuar con diligencia, prudencia y respeto a la legalidad, teniendo siempre en cuenta los derechos, deseos y preferencias de la persona necesitada de apoyo y siguiendo las directrices establecidas en el auto de elección. La rendición de cuentas y la supervisión por parte de la autoridad judicial también son elementos importantes para garantizar la correcta actuación del defensor judicial y prevenir posibles responsabilidades.

VI. A modo de conclusión

El defensor judicial es una figura clave en el ámbito jurídico, designada por la autoridad judicial para salvaguardar los derechos e intereses de las personas con discapacidad en situaciones que requieren apoyo o representación especial. En casos de conflicto de intereses, falta de apoyo adecuado o necesidad de representación temporal, que interviene para garantizar que la persona reciba la ayuda necesaria.

Esta figura desempeña funciones asistenciales y, en ocasiones, representativas, siempre guiado por la voluntad, deseos y preferencias de la persona que necesita apoyo. Su labor es esencial para garantizar que las decisiones tomadas en nombre de las personas con discapacidad sean respetuosas y acordes con sus valores y objetivos personales.

La transparencia y la rendición de cuentas son aspectos cruciales en el ejercicio de sus funciones. Este debe informar regularmente a la autoridad judicial sobre sus acciones y decisiones, garantizando así la protección adecuada de los derechos e intereses de las personas con discapacidad.

Además, debe ser consciente de las posibles responsabilidades a las que se enfrenta en caso de ejercicio incorrecto de sus funciones o incumplimiento de sus obligaciones. Estas responsabilidades pueden ser civiles, penales o disciplinarias, y pueden resultar en sanciones o indemnizaciones si se demuestra que han perjudicado a la persona a la que debían proteger.

En resumen, se trata de un aliado fundamental en la protección de los derechos de las personas con discapacidad, trabajando incansablemente para garantizar que sus necesidades y deseos sean respetados y tenidos en cuenta en todo momento.

VII. Bibliografía

ALÍA ROBLES, A. «Aspectos controvertidos del Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad» *Actualidad Civil*, 2, 2020.

ÁLVAREZ LATA, N. «Comentarios de los artículos 295 a 299», en *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), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur-Menor, 2021, pp. 831-862.

DE VERDA y BEAMONTE, J. R. «El defensor judicial de las personas con discapacidad: criterios jurisprudenciales», *Idibe*, Tribuna, noviembre, 2024. Disponible en: <https://idibe.org/tribuna/defensor-judicial-las-personas-discapacidad-criterios-jurisprudenciales/>

MORENO MARTÍNEZ, J.A. «Problemática actual del defensor judicial: hacia una nueva concepción de la Institución», *Revista de derecho privado*, N.º 102-5, 2018, pp. 43-72.

TORAL LARA, E. «El defensor judicial de las personas con discapacidad», en *La discapacidad: una visión integral y practica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (Dir. J.R. DE VERDA BEAMONTE, coords. P. CHAPARRO MATAMOROS, A. BUENO BIOT), Tirant lo Blanc, Valencia 2022, pp.299-332.

TORIBIO FUENTES, F. «Se da nueva redacción al artículo 27 LJV» en *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), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur-Menor, 2021, p. 1374-1385.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD vs SOLIDARIDAD FAMILIAR: A PROPÓSITO DEL FIDECOMISO DE RESIDUO EN PROTECCIÓN DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

AUTONOMY OF WILL VS FAMILY SOLIDARITY:
REGARDING THE TRUST OF RESIDUE IN PROTECTION
OF PERSONS WITH DISABILITIES

Ana Belén Cruz Valiño

Programa Doctorado Derecho Civil. Universitat Jaume I (España)

AL430956@uji.es

Resumen:

El legislador español ha procurado mecanismos para garantizar la protección de las personas con discapacidad en distintos aspectos de la vida a través de normas transversales. Abarca el régimen sucesorio, donde una institución garantiza esta protección mediante la sustitución fideicomisaria a favor de los herederos legítimos con discapacidad. Dos normas se dedicaron a regular esta institución: 1) la Ley 41/2003, que instauró la sustitución fideicomisaria sobre la legítima de los descendientes, cuando los fiduciarios sean los hijo/as incapacitado/as judicialmente, gravando al resto de los legitimarios, y 2) la Ley 8/2021, que reformula las previsiones de los arts. 782 y 808 del Código Civil Español, en cuanto a la sustitución fiduciaria a favor de los herederos legítimos con discapacidad. Un dilema se formula entre la solidaridad familiar intergeneracional, que en nuestro ordenamiento jurídico está representada por la legítima, con las excepciones de las leyes locales, versus la autonomía de la voluntad de testar. Este artículo analiza este mecanismo jurídico de protección de las personas con discapacidad en el ámbito sucesorio con el objetivo de garantizar su autonomía e inclusión. Así como aspectos controvertidos de esta regulación desde el fundamento ético basado en la autonomía de la voluntad y reforzada por el bioderecho. El derecho civil muestra su fortaleza histórica al salvaguardar la herencia legítima frente a la autonomía de la voluntad y exige conciliar esta nueva realidad como un desafío frente al ámbito de acción para garantizar las necesidades de cuidado.

Palabras clave:

Derecho sucesorio, capacidades humanas, discapacidad, fideicomiso de residuo.

Abstract:

The Spanish legislator has sought to provide mechanisms to guarantee the protection of people with disabilities in different aspects of life through cross-cutting protection regulations that also cover the application of the inheritance regime. The legislator seeks to guarantee this protection through the fiduciary substitution in favor of legitimate heirs with disabilities. Two regulations were dedicated to regulating this institution: 1) Law 41/2003, which established the fiduciary substitution on the legitimate heirs of descendants, when the fiduciaries are the judicially incapacitated children and the rest of the legitimate heirs were encumbered, and 2) Law 8/2021, which reformulates the provisions contained in the CC, in particular arts. 782 and 808 CC, regarding the fiduciary substitution in favor of legitimate heirs with disabilities. A dilemma arises between inter-generational family solidarity, which in our legal system is represented by the legitimate inheritance, with the exceptions of the local laws, versus the autonomy of the will of the testator, which allows him to translate the emotional reality of his environment and compensate the person who cares for him or the person he wants to care for. This article analyses the fiduciary substitution constituted in favour of the legitimate heir with a disability as a legal mechanism for the protection of people with disabilities in the area of succession with the aim of guaranteeing their autonomy and inclusion. Controversial aspects of this regulation are analysed from the ethical foundation that inspires it based on the autonomy of the will and reinforced by biolaw. Civil law shows its historical strength by safeguarding the legitimate inheritance against the autonomy of the will and demands to reconcile this new reality as a challenge in the face of the scope of action to guarantee care.

Key words:

Care, disability, inheritance law, human capacities, residual trust.

Sumario:

- I. Marco jurídico del derecho de sucesiones.
 1. Libertad testamentaria y solidaridad familiar como principios generales.
 2. La legítima.
- II. Perspectiva iusfundamental: derechos del cuidado.
 1. Biolegislación y discapacidad.
 2. Teoría de las capacidades y los funcionamientos seguros: reconocimiento.
 3. El cambio operado por la ley 41/2003 (LPPPD).
- III. Sustitución fideicomisaria de residuo en favor del legitimario con discapacidad.
 1. Situación tras la ley 8/ 2021.
 2. Aspectos controvertidos del fideicomiso de residuo y las políticas de los cuidados.
 - A) Fundamento ético y biojurídico.
 - B) El análisis económico del derecho.
- IV. Conclusiones.
- V. Bibliografía.
- VI. Legislación.

I. Marco jurídico del derecho de sucesiones

El Derecho de Sucesiones constituye la rama del Derecho Civil que regula la transmisión del patrimonio de una persona fallecida, conocida como el causante, a sus herederos o legatarios. Esta rama del Derecho «se ocupa de ordenar el reparto de bienes y derechos del difunto, respetando tanto la voluntad testamentaria como los derechos de los herederos forzosos, cuando se aplique la sucesión intestada»¹. Cumple con una doble función; por una parte, garantiza la voluntad del testador y, en segundo lugar, protege los derechos de los familiares más próximos. En tal sentido, el Derecho Sucesorio asegura la continuidad patrimonial conforme a las reglas de justicia y equidad que establece cada sistema o principio de solidaridad familiar.

El principio fundamental de la sucesión determina en el artículo 657 del CC español que «los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte», siendo este el hecho jurídico que da lugar a la apertura de la sucesión, a partir del cual los herederos adquieren la titularidad del patrimonio del causante, lo que implica no sólo derechos, sino obligaciones, como la asunción de las deudas del fallecido².

1. Libertad testamentaria y solidaridad familiar como principios generales

El Derecho de Sucesiones se sustenta en una serie de principios generales que orientan su aplicación y constituyen la piedra angular para la configuración jurídica de esta rama y las diferencias que puedan surgir en los distintos ordenamientos autonómicos. Destaca la libertad testamentaria frente a la solidaridad familiar que se conjugan en un sano equilibrio:

1. Principio de Libertad Testamentaria. Otorga al testador la facultad de decidir el destino de su patrimonio según sus deseos, dentro de los límites que la ley establece. El artículo 667 del CC define el testamento como el acto mediante el cual una persona dispone de sus bienes, total o parcialmente, para después de su fallecimiento. Esta capacidad de disposición permite al causante organizar su herencia de acuerdo con sus preferencias. Libertad esencial que permite al testador organizar su sucesión, si bien limitada por la legítima, que garantiza derechos mínimos a los herederos forzosos y equilibra el principio de protección familiar³.
2. Principio de Continuidad del Patrimonio Familiar. Procura asegurar que el patrimonio se conserve dentro del núcleo familiar, en especial los bienes inmuebles o aquellos con valor sentimental o económico significativo. Como se refleja en la regulación de

1. DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A. *Sistema de derecho civil: volumen IV. Derecho de sucesiones*. Tecnos. 2017.

2. La sucesión puede ser testamentaria o intestada. En la primera (sucesión testamentaria), el reparto del patrimonio se lleva a cabo de acuerdo con la voluntad de la causante expresada en su testamento (testador) con respeto de las normas imperativas del derecho sucesorio, como la legítima, que protege los derechos de ciertos herederos forzosos (art. 658 CC). En la segunda (intestada) la sucesión se establece conforme a la ley, en cuyo caso se denomina sucesión legítima. *Vid.* DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, A. «*Sistema de derecho civil*», cit.

3. DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, A. «*Sistema de derecho civil*», cit.

la legítima y en el régimen de sucesión intestada, el Derecho Común español prioriza a los descendientes y ascendientes para proteger el núcleo familiar⁴. Este principio explica cómo a pesar de la existencia del principio de libertad testamentaria, este se encuentra restringido en el sistema español por la figura de la legítima, que asegura una porción obligatoria de patrimonio a los herederos forzosos (descendientes, ascendientes y cónyuge), una limitación que exhibe la voluntad del legislador de proteger la solidaridad familiar y el deber de sustento entre generaciones.

Otros principios son de aplicación:

3. Principio de Responsabilidad del heredero. Permite al heredero formar un inventario antes de decidir si acepta o rechaza la herencia (artículo 1.010 del CC), de especial utilidad ante pasivos significativos. Al aceptar la herencia, el heredero asume el patrimonio en su conjunto pudiendo optar por la aceptación a beneficio de inventario, lo que permite limitar su responsabilidad exclusivamente a los bienes heredados, evitando así cargar con deudas que superen el valor de los bienes.
4. Principio de Igualdad entre herederos. Garantiza que todos los herederos sean tratados sin discriminación alguna en las disposiciones sucesorias, prohibiendo cualquier trato desfavorable por razón de sexo, origen o estado civil con fundamento en el artículo 14 de la Constitución Española (en adelante CE) sin que ninguna circunstancia personal o social pueda afectar sus derechos hereditarios. Se garantiza a través de la regulación de la legítima y la partición equitativa de la herencia. No obstante, en el caso de pactos sucesorios o desheredación existe un margen legal o cierta flexibilidad⁵.
5. Peculiaridades del Derecho de Sucesiones en los Territorios Forales. Sin perjuicio de los principios generales del Derecho Común español, las diferencias de los territorios con Derecho Foral o especial son contempladas⁶.

2. La legítima

El Código Civil define la legítima recordando su característica esencial, como es su intangibilidad:

«la legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos» (art. 806 CC).

-
4. ALBALADEJO, M. *Derecho civil II: Sucesiones*. Edisofer. 2003.
 5. PAU PEDRÓN, A. *Los pactos sucesorios y sus excepciones en el Código Civil*. Civitas. 2008.
 6. A los españoles con vecindad civil común se aplica el Derecho Común español, mientras la normativa especial de los territorios con regulación propia es aplicada a aquellos cuya vecindad civil se halla en estos. Existen fueros propios en Navarra, y los municipios sujetos al Fuero de Ayala en los que hay plena libertad de testar, en las Islas Baleares la cuantía de la legítima varía en función del número de hijos y permite excepciones, como los pactos sobre la herencia futura y refleja la tradición local que ha sido preservada en la normativa y dota a las sucesiones de una flexibilidad específica, el de la legítima colectiva del resto del País Vasco o de Aragón, y el de la legítima crediticia de Cataluña y Galicia; donde la cuantía de la legítima es notablemente inferior a la que impone el derecho común.

En atención a lo anterior, el causante no puede privar de la misma sin justa causa. Así lo ha reafirmado el Tribunal Supremo señalando la relevancia de la legítima y la protección de los herederos forzosos frente a posibles actos del testador que eludan este derecho, sin perjuicio de la doctrina jurisprudencial que, a partir de la STS 258/2014, de 3 de junio, inició una tendencia más flexible dirigida a valorar las causas de desheredación, incluso perfilando el concepto de maltrato psicológico⁷. Cabe recordar que la porción legítima en la actualidad deviene el resultado de una evolución histórica que arranca en el Derecho romano, es atravesada por la influencia germánica y desemboca en la codificación francesa⁸.

En cuanto a los herederos forzosos, son los hijos y los descendientes, padres y ascendientes y el cónyuge (art. 807 CC). Si bien la referencia a hijos y descendientes se corresponde con los descendientes inmediatos, con la incorporación de los concebidos. Les corresponde la porción de un tercio del haber hereditario del padre y de la madre. En cuanto a la diferencia entre los herederos forzosos y los legitimarios señala la doctrina que el legitimario no es necesariamente heredero y solo lo será cuando resulte del testamento o por sucesión intestada. Si bien el legitimario puede haber sido nombrado también heredero y será responsable de las deudas, al igual que un sucesor extraño⁹.

Una excepción al régimen de la legítima emerge tras la LPPD por la cual se puede dejar toda la herencia al descendiente *judicialmente incapacitado* (art. 808 CC)¹⁰. Y, en

-
7. A pesar del tenor literal de la causa de desheredación del artículo 853 CC (art. «1.ª Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda. 2.ª Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra»). El concepto «*maltratado de obra*» ha sido desarrollado en sentencia STS 258/2014, de 3 de junio, señalando que, en la actualidad, el maltrato psicológico debe considerarse comprendido dentro de esta expresión, al representar una acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima con fundamento en la protección constitucional de la dignidad de la persona (art. 10 CE). Por su parte, la STS 258/2014, de 3 de junio, Civil, Sec. 1.ª, 03.06.2014 (RJ 2484; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO). [Roj: STS 4672/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4672] inició una tendencia dirigida a valorar las causas de desheredación de una manera más flexible y menos restrictiva, tendencia ratificada en sentencias posteriores, y en las que, mediante una inclusión interpretativa, ha insertado el maltrato psicológico reiterado dentro de la causa de desheredación de maltrato de obra del art. 853. 2.º del CC, al entender que es una acción que puede lesionar la salud mental de la víctima. Sin embargo, otras sentencias (por todas la STS 556/2023, del 19 de abril de 2023, Civil, Sec. 1.ª, 19.04.2023 (RJ 1676; MP: María de los Ángeles Parra Lucan) refuerza la legítima declarando que no concurre causa de desheredación porque no existía prueba suficiente de los actos de maltrato alegados por el padre en su testamento y se anula la institución de una heredera porque perjudicaba la legítima de la demandante. El Tribunal Supremo contribuye a la toma de decisiones prudentes con criterios orientadores y señala que no basta con las afirmaciones del testador sobre la falta de relación familiar para justificar la desheredación; «*se requiere una prueba clara y contundente de que el comportamiento del heredero constituyó maltrato psicológico o físico. Al no poderse demostrar tales hechos, se declaró nula la desheredación*»
 8. DÍAZ ALABART, S. «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 3, 2006, pp. 1-40.
 9. LACRUZ BERDEJO, J.M. *Derechos de sucesiones*. Bosch 5.ª ed. 1993, p. 321.
 10. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. «Comentario al art. 808 del Código Civil» en Cañizares Lasp, A., de Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J., Valpuesta Fernández, R. (dirs.), *Código Civil Comentado*

referencia a los padres y ascendientes, solo podrán ser herederos «a falta de los anteriores», es decir, a los hijos y descendientes (art. 807.2 CC). En otras palabras, no bastará con que los mismos la repudien o sean desheredados, sino que los hijos y descendientes no deberían de existir para que la recibieran los padres y ascendientes. Al cónyuge viudo le corresponde el usufructo de determinados bienes sin tener en cuenta ningún orden de preferencia ante los legitimarios¹¹.

Las únicas excepciones a la intangibilidad *cualitativa* de la legítima son las relativas al usufructo viudal y ello con relación al tercio de mejora (art. 813 CC) y el gravamen del tercio de mejora en favor de legitimarios o descendientes (art.782 CC). Dos excepciones se admiten a la intangibilidad de la legítima *estricta*: la sustitución fideicomisaria en favor de hijos o descendientes incapacitados (art. 808.2.º y 813) y los legados de usufructo y de renta vitalicia cuyo valor sea superior a la parte disponible¹². En relación con la constitución de la administración especial (art. 164.1 CC) este sector doctrinal no lo considera una excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima¹³.

A la legítima forzosa, que supone un tercio de la herencia, se añaden dos legítimas, como son el tercio de mejora y el de libre disposición. Estos serán determinados en el momento de fallecimiento del causante, cuando se fija el caudal relicto, con todos los bienes y derechos del causante, sobre el que se efectuar la reducción del importe de las deudas y obligaciones de aquel. El tercio de mejora dependerá de factores previos, como las causas de desheredación. En cuanto al tercio de libre disposición, con frecuencia se atribuye a personas que no tienen la cualidad de heredero forzoso y que resulta extraña al régimen de personas de parentesco con el testador, incluidas en la categoría de heredero forzoso¹⁴. Dos aspectos de estas legítimas serán tenidos en cuenta: 1) Su

Volumen II. Libro III-De los diferentes modos de adquirir la propiedad (arts. 609 a 1087), Civitas, 2016, p.2

11. **BADENAS BOLDÓ, J.** «Legítima y libertad de testar en el derecho civil español». *Revista Jurídica Valenciana*. 2021, p. 96.
12. La jurisprudencia del Tribunal Supremo avala la interpretación de las disposiciones testamentarias en el sentido literal de sus palabras, salvo que de forma indubitada parezca que fue otra la voluntad del testador, en cuyo caso se deberá observar lo que parezca más conforme a su intención (Por todas, STS 291/2008, de 29 de abril, Civil, Sec.1.ª, 29.04. MP: Salas Carceller, Antonio «[...] *Del contenido de la sentencia resulta evidente que la Audiencia se ha inclinado por una interpretación literal de la cláusula testamentaria, entendiéndola que la expresión «acciones que posee la testadora en el Banco Central» abarca todas las acciones depositadas en dicha entidad bancaria. Por otro lado, no se puede pretender que la función interpretadora del testamento que asumen los albaceas sustituya a la propia función jurisdiccional. Los juzgadores de instancia están facultados para interpretar las disposiciones testamentarias, y dicha interpretación debe ser mantenida en casación, salvo que resulte absurda, ilógica o contraria a la ley.*
13. **DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A.** «Sistema de derecho civil», cit. pp. 181-183; en cuanto a la administración, el FD6.º de la RDGRN 4 diciembre 2017 (RJ 2017, 5683) establece que en: «nuestro Derecho ninguna de las normas que se refiere a la capacidad para aceptar o repudiar herencias o legados menciona al administrador testamentario sino a los representantes legales (padres o tutores). Este es el caso del art. 166.2 (aplicable a los progenitores), el 271.3 CC (aplicable al tutor) y el 93.2 de la LJV (progenitores y tutores y el defensor judicial en su caso).
14. **MAGRO SERVET, V.** «La mejora y el tercio de libre disposición en los testamentos y sus consecuencias prácticas». *Revistas Derecho de Familia*. 2023. Este autor señala que el tercio de libre

redacción no puede exceder del tercio del caudal hereditario, porque el exceso en esa cantidad que resulte cuando fallezca el testador, será suprimida y pasará a la legítima de los herederos forzosos. 2) La identidad de la persona que resulta mejorada, a la que se le atribuye el tercio de libre disposición, sin la cual, el importe de la mejora se atribuiría al resto de herederos forzosos. Algunos factores, como la desheredación influyen en el tercio de mejora, el cual tiene las causas objetivamente tasadas en el Código Civil¹⁵, en la medida en que esté realizada correctamente se podrá incrementar la legítima del resto de herederos forzosos al resultar menos a repartir la legítima y, restando una mayor cantidad para realizar la mejora¹⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, el testador puede imponer algunas condiciones en su testamento como una forma más de expresar la libertad de testar (art. 790 CC) y, como quiera que los textos legales no concretan los límites, su integración con algunos artículos, como el art.792 CC, conviene que el límite común es la ilegalidad de la condición¹⁷. Dos grupos de condiciones se advierten; por simplificar, las que afectan a la libertad del sucesor y, las que afectan el derecho a la igualdad y a la no discriminación. En este orden de cosas, cabe señalar que hasta el año 1981, el Código Civil no equiparaba los derechos de los hijos biológicos al de los hijos adoptados, lo que motivó la eliminación de esta por contravenir

-
- disposición «es, como su palabra indica, libre y no es fiscalizable en cuanto a la persona a quien se otorga ese tercio en ese concepto de libre disposición, porque puede serlo a cualquier persona, sea o no heredero forzoso»
15. El art.852 CC Remite al art.756 LEC /apartados 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y .º6)
 - Para desheredar a hijos y descendientes (art.853 Código Civil).
 «1.ª Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda.
 2.ª Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra».
 Tiene especial importancia mencionar que a pesar del tenor literal del artículo donde se especifica «maltratado de obra», sentencias como la STS 258/2014, de 3 de junio, señalan que, en la actualidad, el maltrato psicológico debe considerarse comprendido dentro de esta expresión, pues supone una acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, cuyo fundamento radica en la protección constitucional de la dignidad de la persona (artículo 10 CE).
 - Para desheredar a padres y ascendientes (art.854 Código Civil).
 «1.ª Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 170.
 2.ª Haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo.
 3.ª Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, si no hubiere habido entre ellos reconciliación».
 Para desheredar al cónyuge (art.855 Código Civil).
 «1.ª Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales.
 2.ª Las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad, conforme el artículo 170.
 3.ª Haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge.
 4.ª Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación».
16. **MAGRO SERVET, V.** «La mejora y el tercio de libre disposición», cit.
17. En tal sentido, el art. 792 CC establece que: «Las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa». Dos criterios inspiran este precepto, uno objetivo, fundamentado en la infracción de la ley o las buenas costumbres, y otro subjetivo, basado en la voluntad del testador al establecer la condición. **VAQUER ALOY, A.** «Libertad de testar y condiciones testamentarias». *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona. 2015, p. 9.

el principio constitucional de la no discriminación, si bien, sin carácter retroactivo, por lo que podrá ser de aplicación según el momento de la adopción¹⁸.

II. Perspectiva iusfundamental: derechos del cuidado

1. Biolegislación y discapacidad

Para el ejercicio efectivo del principio constitucional de igualdad ante la ley, reconocido en el ordenamiento jurídico español en el artículo 14 CE, resulta comúnmente aceptado tratar de forma desigual a situaciones de desigualdad fáctica, denominadas medidas de discriminación positiva, a fin de equilibrar las diferencias de partida entre las personas en aras de la equidad e igualdad efectiva. A partir de esta premisa cabe analizar las normas legislativas inspiradas en este principio que, a su vez, sirven de fundamento a toda la teoría del derecho antidiscriminatorio.

En materia sucesoria, recordaremos que el testador puede imponer algunas condiciones en su testamento en aras de la libertad de testar (art. 790 CC) y de su integración con algunos artículos, como el art.792 CC, conviene que el límite común es la ilegalidad de la condición, entre las que se encuentran aquellas que afectan el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Por su parte, el Principio de Igualdad entre herederos garantizado a través de la regulación de la legítima y la partición equitativa de la herencia evita un trato discriminatorio o desfavorable con fundamento en el artículo 14 CE.

El marco conceptual del derecho antidiscriminatorio delimita el marco jurídico, que permite contemplar cómo la normativa que ignora los factores de vulnerabilidad puede constituir un incumplimiento de los deberes éticos. El estudio del Bioderecho permitirá transitar a través de algunas respuestas interdisciplinares a fin de integrar y ofrecer la mejor respuesta jurídica antes las realidades analizadas tras diseñar los escenarios susceptibles de vulneración de derechos. Ética y Derecho (o Moral y Derecho) interactúan en una relación colaborativa que se retroalimenta. Se invoca la necesidad del Bioderecho, pues, si la finalidad del Derecho ha sido servir de instrumento para armonizar los intereses diversos, la evolución de la realidad social origina nuevas situaciones, como exhibe la legislación sucesoria, dando lugar a relaciones complejas con intereses confrontados¹⁹.

En este sentido, el Derecho civil puede evitar así discriminaciones inaceptables e incluso ofrecer la mejor respuesta jurídica ante los efectos indeseables derivados de los

18 La Ley 11/1981, de modificación del Código Civil estableció la igualdad entre los hijos, sean o no matrimoniales, otorgando así el mismo trato a todos los descendientes. Indubitada resulta la aplicación del art. 178 del CC: «1. La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen», en consecuencia, ni su familia biológica tiene derechos sobre él ni viceversa

19. JUNQUERA DE ESTÉFANI, R. «El derecho y la bioética». *Aldaba: revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla*, 2004, vol. 32, pp. 119-138.

límites o imposibilidad de acceder a bienes o servicios o prestaciones a los que pueden acceder otras personas, bien por razón de edad, discapacidad, enfermedad o deterioro. Asistimos a un avance en la construcción de un denominado derecho antidiscriminatorio, cuyo objetivo es abordar el estudio de las situaciones discriminatorias en el seno de la contratación privada que, atraviesa todas las ramas del Derecho. Y es que la actitud de uno de los contratantes hacia las características personales o sociales del otro (como condición de salud, deterioro, incapacidad, entre otros factores) puede influir en el ejercicio de la autonomía privada que preside las relaciones contractuales, bien impidiéndole el acceso a bienes y servicios mediante la negativa a contratar o bien imponiéndole condiciones más gravosas que a otra persona con rasgos distintivos diferentes²⁰.

En el año 2006, tras la celebración de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD) se introdujeron medidas de apoyo dentro del ámbito de la discapacidad en una apuesta decidida por un modelo integrador e inclusivo que protege los derechos de las personas que sufren algún tipo de discapacidad, reconociendo su autonomía en la toma de decisiones²¹. El Preámbulo reconoce que el concepto de discapacidad se encuentra en constante evolución y que es resultado, por un lado, de la interacción entre aquellas personas que sufren algún tipo de discapacidad y, por otro lado, de las barreras que dificultan o impiden su participación activa y plena en la sociedad. Asimismo, describe las repercusiones que conlleva el tener una discapacidad y proscribire las situaciones de discriminación²².

La definición de las personas con discapacidad que formula la Convención en el párrafo segundo del art. 1, establece que son aquellas personas con cualquier tipo de deficiencia a nivel físico, mental, intelectual o sensorial a largo plazo y que, en igualdad de condiciones con el resto, al interactuar con determinados obstáculos se les impida participar en la sociedad. Ello imprime un nuevo paradigma a la concepción de la discapacidad, lejos de considerarse una enfermedad o algo fallido, se incorpora como elemento de diversidad de la persona, donde la compasión es desplazada por la promoción de la dignidad y libertad de las personas con discapacidad, y obliga al Estado a contemplar las particularidades de cada persona para que de forma efectiva e independiente ejerza sus derechos y libertades en las mismas condiciones que el resto. Por su parte, el Real Decreto Legislativo 1/2013, en el primer punto de su art. 4 establece que:

«Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás»²³.

-
20. VIVAS TESÓN, Derecho contractual antidiscriminatorio: drittwirkung y libertad negocial. *Cuadernos de derecho transnacional*. 2021.
 21. España. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Boletín Oficial del Estado, n.º 96, 21 de abril de 2008.
 22. BARBA, V., «El art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006» en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (dir.), CHAPARRO MATA-MOROS, P., BUENO BIOT, A. (coord.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, 2022, p. 31.
 23. El Real decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social

Asimismo, la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil*, de la *Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria* (LPPD)²⁴ considera que son personas con discapacidad aquellas con una minusvalía psíquica de, al menos, el 33 por ciento o con una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento (art. 2.2). Sin embargo, hasta la publicación de la LPPD aquellas personas a las que se le había acreditado administrativamente una discapacidad, pero no habían sido incapacitadas judicialmente, no poseían ningún tipo de reconocimiento jurídico en el Código Civil²⁵²⁶.

2. Teoría de las capacidades y los funcionamientos seguros

Como premisa de partida al análisis de los derechos del cuidado, utilizaré una aproximación que aúna una triple dimensión ética, política y jurídica desde la perspectiva global y del desarrollo humano sostenible, sustentada en los derechos fundamentales que han

(«BOE» núm. 289, de 03 de diciembre de 2013) recoge una definición similar a la expuesta en la CDPD, con la particularidad de que, en el segundo apartado del mismo artículo, se hace referencia a un percentil concreto que determina la discapacidad. En concreto, se establece que son personas con discapacidad aquellas con un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento.

24. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad («BOE» núm. 277, de 19 de noviembre de 2003).
25. BOTELLO HERMOSA, P. I., «Capítulo I. Introducción», *Mecanismos mortis causa de protección de las personas con discapacidad*, Ediciones Olejnik, 2021, pp. 17-50. Este autor razonaba, con anterioridad a la ley 8/2021, y respecto a la LPPDD que para una persona esté incapacitada judicialmente, debe tener una enfermedad física o mental de tal gravedad que no le permita ser gobernada por sí misma y, por ello, esa enfermedad que padece siempre implicará el cumplimiento del grado de discapacidad requerido en el art. 2.2 de la LPPD. Por consiguiente, se entiende que toda persona que ha sido judicialmente declarada incapaz cumple con los grados de discapacidad, y, por lo tanto, debe equipararse a las personas con discapacidad. La LPPD recoge en su art. 2.3 que el grado de discapacidad se podrá acreditar a través de un certificado oficial o mediante una sentencia judicial firme, por ello, es la literalidad de la LPPD la que sitúa en el mismo nivel a las personas con discapacidad y a las incapacitadas judicialmente, otorgándoles igualmente los beneficios que se desprenden de la norma. Otro motivo que conducen a la equiparación de ambas personas frente a la LPPD, y gran parte de la doctrina apoya, es que el legislador español debería establecer la equiparación expresa de la incapacitación judicial y la discapacidad en el ámbito del Derecho civil. De no entender que los beneficios contenidos en la LPPD para las personas con discapacidad deben extenderse a las judicialmente incapacitadas, se crearía una situación injusta y contraria al espíritu de la norma, la cual se fundamenta en la protección de personas que se encuentran en una posición vulnerable. BOTELLO HERMOSA, P. I., «Importantes incertidumbres jurídicas que en la actualidad sigue planteando la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español», *Anuario de derecho civil*, vol. 71, n. 2, 2018, pp. 339-393.
26. Como quiera que el número de colectivos incluidos dentro del concepto de discapacidad es laxo y, ante la imposibilidad de realizar un tratamiento unitario, una clasificación distingue entre: discapacidad física, discapacidad sensorial (auditiva o visual) y discapacidad psíquica (por déficit intelectual, por trastorno o anomalía mental).

sido reconocidos, tanto en los textos constitucionales, como en las declaraciones de derechos humanos. La conjunción tanto valores y derechos, como de principios y consecuencias, confiere una triple fundamentación: capacidades, funcionamientos seguros y teorías del reconocimiento²⁷.

Tender hacia un fin o proyecto moral permite a cada persona lidiar con la vulnerabilidad y sus limitaciones transformando las necesidades en oportunidades de vida, en atención a la fragilidad biológica y finitud de los seres humanos: premisa para una teoría de la justicia. Tras el concepto de salud biopsicosocial ofrecido por la Organización Mundial de la Salud (OMS) relacionado con el concepto de derecho humano, esta será el resultado de la interacción del individuo con el entorno, en términos de funcionamientos y capacidades, y en esta evolución semántica revalida su carácter histórico-biográfico y las perspectivas que la definen: la salud es una necesidad humana y un valor apreciado por los individuos y comunidades; y es algo merecido, en consecuencia, exigible²⁸.

La triple dimensión de los derechos humanos identifica, enuncia y garantiza las condiciones básicas de una vida digna en forma de pretensiones justificadas y exigibles: 1) como una *categoría moral*, articula las capacidades y los bienes más valiosos para el conjunto de la sociedad; 2) como una *categoría jurídica*, son normas jurídicas aplicables y vinculantes para los poderes públicos y los ciudadanos, en los textos constitucionales o disposición jurídica estatal de mayor rango, y en las disposiciones internacionales; 3) como una *categoría política*, o normas objetivas o institucionales, que articulan la estructura del orden jurídico y de la comunidad política; orientan y delimitan la actuación de los poderes públicos; y manifiestan el principal criterio de legitimidad en el ejercicio del poder.

Un enunciado de esta teoría de la justicia se articula en torno a tres momentos: 1. La teoría del reconocimiento o a qué persona protege, 2. El enfoque de las capacidades o qué protege. 3. El enfoque de los funcionamientos seguros que señalan lo que la persona «hace o es», y 4. Finalmente, una teoría política del cuidado o deber de justicia²⁹.

1. Teorías del reconocimiento: ¿a qué persona? Nuestra personalidad e identidad resultan construidas, en parte, por nuestras relaciones en un contexto de reconocimiento, comunidad y diálogo. El primer pilar de una teoría de la justicia en materia de salud y cuidados enlaza con las teorías del reconocimiento, en sus dos dimensiones: 1) el *reconocimiento subjetivo o individual*, que precisa de la identificación o conocimiento de uno mismo y de sus capacidades y atributos, y la aceptación propia o autoconfianza, auto respeto y autoestima, y 2) el *reconocimiento intersubjetivo*, que implica ser reconocido por los demás, y ratifica la anterior.

Tres niveles o formas de reconocimiento recíproco se identificaron: afectos, reconocimiento jurídico y estima social, cuya negación o menosprecio plantean cuestiones de justicia, y cuyo reconocimiento debe ser previo a la asignación, lo que mejora la justicia en la distribución, como explica AXEL HONNETH (1997)³⁰, mediante el

27. CRUZ VALIÑO, A. B. «Defensive Medicine and Health Justice.» *Anais VI Congreso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra: uma visão transdisciplinar*.

28. SEOANE, J.A. «El derecho a una capacidad de salud segura.» *Ius et scientia*; 2016, 2(2), pp. 42-53.

29. CRUZ VALIÑO, AB. «Defensive Medicine and Health Justice.» cit.

30. HONNETH, A. *La lucha por el reconocimiento*. Barcelona: Crítica, 1997; CRUZ VALIÑO, AB. «Defensive Medicine and Health Justice.» cit.

«reconocimiento recíproco» en la construcción de la identidad personal, influyendo en otras investigaciones.

2. El enfoque de las capacidades: ¿qué es lo que protege? La salud se considera valiosa porque nos capacita para perseguir nuestros objetivos vitales e interactuar en el marco social: es una oportunidad o posibilidad de vida, una capacidad humana básica. La noción de capacidad deviene idónea como facultades básicas de elección y de libre configuración de la propia vida. Proporciona los medios necesarios para que las personas pueden actuar y escoger una opción realista entre varias opciones.

De la fusión entre capacidad, libertad e igualdad resultan las *capacidades combinadas*; en otras palabras, las condiciones internas del individuo con condiciones externas adecuadas para su ejercicio, cuyo margen de libertad permite a cada individuo definir su bien y ser el agente o autor de su vida. Diez categorías capacidades humanas principales fueron identificadas por MARTA NUSSBAUM³¹ incluyendo la salud y otras relacionadas con su cuidado: 1) la Vida. 2) La Salud. 3) la Integridad física. 4) los Sentidos, la imaginación y el pensamiento. 5) las Emociones. 6) la Razón práctica. 7) la Afiliación. 8) la Relación con otras especies (animales, plantas y mundo natural). 9) el Juego. 10) el Control sobre el propio entorno: a) político; b) material. Esta última capacidad «el control sobre el entorno», será una de las premisas sobre la que se estructura la base ética de este análisis. Un contexto se invoca para traducir el ejercicio de esas capacidades, a modo de condiciones básicas de igualdad, para convertirlas en funcionamientos.

3. El enfoque de los funcionamientos seguros. Estos señalan lo que la persona «hace o es», y las capacidades lo que la persona puede o es capaz de hacer y ser. WOLFF J. Y DE-SHALIT (2007)³² complementan así el enfoque de las capacidades y permite sostener un nivel y garantía hacia una genuina oportunidad o funcionamientos seguros. A esta altura, la ética del cuidado y la ética de la justicia confluyen, al tiempo que destaca la dimensión activa y comunitaria y añade tres nuevas categorías a la lista de capacidades humanas básicas: 11) Hacer bien a los demás, ser capaces de cuidar y expresar gratitud, y 12) Respetar y cumplir el Derecho, poder vivir dentro de sus límites, sin sentirse obligado o forzado a incumplir la ley, a estafar, engañar o defraudar a las personas o instituciones. 13) Comprender el Derecho, las obligaciones y los derechos y facultades que otorga, lo que requiere un sistema jurídico accesible.

En lo que respeta a este trabajo deviene relevante la necesidad número 11) «Hacer bien a los demás, ser capaces de cuidar y expresar gratitud», pues presta su dimensión ética a la legislación en materia sucesoria.

4. La teoría política del cuidado. La clave de bóveda de la independencia se sostiene sobre el reconocimiento de la dependencia de los otros y de la condición humana, en lo que armoniza autonomía e independencia; es decir, el ejercicio libre de facultades para gestionar la vulnerabilidad y la dependencia con apoyo. Los seres humanos son dependientes para desarrollar sus capacidades básicas, y al modo que reciben cuidado están obligados a cuidar a los otros: el cuidado deviene una responsabilidad política impulsada mediante un conjunto de prácticas públicas. Como el cuidado es

31. NUSSBAUM M.C., MOSQUERA, A. S. *Crear capacidades*. Madrid: Paidós, 2012

32. WOLFF, J. y DE-SHALIT, A. *Disadvantage*. Oxford University Press: Oxford Scholarship Online, 2010.

una necesidad universal filosóficamente elevada a capacidad deviene una cuestión de justicia exigible, y ser entendida como un derecho (*entitlement*), denominado derechos del cuidado; 1) derecho a recibir cuidado, 2) derecho a cuidar, 3) derecho a decidir cómo cuidar y ser cuidado.³³

3. El cambio operado por la ley 41/2003 (LPPD).

A la pregunta que se formulaban algunos progenitores con preocupación respecto a l futuro de su descendiente cuando no pueda hacerse cargo o se muera³⁴ trata de responder la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria (LPPD)³⁵. A tal efecto, aparecen figuras valiosas como la sustitución fideicomisaria, la cual presta apoyo a las familias para atender a los gastos y canalizar las ayudas en favor del legitimario con discapacidad³⁶. En tal contexto, se administran las finanzas y recursos económicos de las personas con discapacidad a través de medidas para gestionar los ingresos que estas obtienen bien, por su trabajo, bien por pensiones públicas, asegurando un futuro de calidad.

La exposición de motivos de la LPPD sitúa el anclaje constitucional de la norma en el Apartado I con énfasis en el artículo 49 CE en íntima conexión con el artículo 9.2 CE, como respuesta a un mandato público, dada la especial situación de las personas con discapacidad que obliga a remover las trabas de los colectivos desfavorecidos con miras a su igualdad efectiva:

-
33. SEOANE, J.A. «El derecho a una capacidad de salud segura», cit. Defiende el autor que la teoría de la justicia se fundamenta en los derechos humanos y fundamentales que, como *universia iuris materialis*, deben estar presentes en cualquier tiempo y lugar (universalidad objetiva), y cuya perspectiva subjetiva, hace que sean universales en relación a los otros y en todas las direcciones (individuos, grupos, instituciones). La expresión «derecho a la salud» usada en lenguaje ordinario debe sustituirse por la apropiada como derecho al cuidado de la salud porque el derecho no es tener salud, sino disfrutar de libertades y derechos que permite a la persona estar sana o desarrollarse (art. 43 CE).
34. VIVAS TESÓN, I. *La protección económica de la discapacidad*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009, p. 8. Explica cómo la ley permite «planificar el bienestar económico de las personas con discapacidad, adoptando soluciones de protección patrimonial que, en el futuro, puedan, eficazmente, complementar los ingresos económicos que ellas mismas obtengan por su trabajo o por pensiones públicas de diversa índole y por consiguiente, permitirle vivir una mejor vida adulta. No es preciso esperar a formularse angustiosamente la pregunta: «¿Qué será de él/ella cuando no pueda hacerme cargo o me muera?», para iniciar la planificación económica de su etapa adulta, pues este proyecto de futuro puede comenzarse desde la niñez o adolescencia de la persona con discapacidad, contando, incluso, para ello, como tendremos ocasión de ver, con algunas ventajas fiscales».
35. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad («BOE» núm. 277, de 19 de noviembre de 2003).
36. MARÍN CALERO, C. *La herencia a favor de un hijo con discapacidad intelectual*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 11-12; DONADO VARA, A. «Recientes novedades en materia de discapacidad y derecho de habitación», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.19, 2023, p. 165.

«Son múltiples los mecanismos que, en cumplimiento del mandato que a los poderes públicos da el artículo 49 de la Constitución, tratan de responder a la especial situación de las personas con discapacidad, ordenando los medios necesarios para que la minusvalía que padecen no les impida el disfrute de los derechos que a todos los ciudadanos reconocen la Constitución y las leyes, logrando así que la igualdad entre tales personas y el resto de los ciudadanos sea real y efectiva, tal y como exige el artículo 9.2 de la Constitución».

La supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores aconseja que lo gastos de su asistencia sea asumida con cargo al propio patrimonio, más allá del Estado o la familia. En consecuencia, la finalidad de la ley es regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial³⁷. El apartado II anticipa el objeto inmediato de esta ley, que no es otro que la regulación de una masa patrimonial íntimamente ligada a la satisfacción de necesidades vitales:

«el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma».

Aclara que estos bienes y derechos que constituye un patrimonio, no tiene personalidad jurídica propia, sino que «se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico». Y, en cuanto a su naturaleza y finalidad, señala que se trata de un patrimonio de destino, «en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares». Respeto al alcance de las personas beneficiarias de este patrimonio queda exclusivamente limitado las siguientes³⁸:

«las personas con discapacidad afectadas por unos determinados grados de minusvalía, y ello con independencia de que concurren o no en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el artículo 200 del Código Civil y de que, concurriendo, tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas».

La constitución del patrimonio, que requiere de una aportación originaria de bienes y derechos corresponde a la persona con discapacidad que vaya a ser beneficiaria de

37. Preámbulo de la LPPD (I) «hoy constituye una realidad la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores, debido a la mejora de asistencia sanitaria y a otros factores, y nuevas formas de discapacidad como las lesiones cerebrales y medulares por accidentes de tráfico, enfermedad de Alzheimer y otras, que hacen aconsejable que la asistencia económica al discapacitado no se haga sólo con cargo al Estado o a la familia, sino con cargo al propio patrimonio que permita garantizar el futuro del minusválido en previsión de otras fuentes para costear los gastos que deben afrontar».

38. Conforme a la regla general contenida en el art. 13.2 del CC, la regulación contenida en esta ley se entiende sin perjuicio de las disposiciones que pudieran haberse aprobado en las comunidades autónomas con derecho civil propio, de aplicación preferente de acuerdo con el artículo 149.1.8.a de la Constitución española y los Estatutos de Autonomía, siéndoles de aplicación esta ley con carácter supletorio.

este o, en caso de que ésta no tenga capacidad de obrar suficiente, a sus padres, tutores o curadores de acuerdo con los mecanismos generales de sustitución de la capacidad de obrar en el ordenamiento jurídico, o bien a su guardador de hecho, en el caso de personas con discapacidad psíquica (Título III CC)³⁹. Tras la constitución, cualquier persona con interés legítimo puede realizar aportaciones a dicho patrimonio, incluso prevé la posibilidad de que tanto las aportaciones simultáneas a la constitución del patrimonio protegido como las posteriores puedan hacerse a pesar de la oposición de los padres, tutores o curadores, cuando así lo estime el juez por convenir al beneficiario del patrimonio. En todo caso, las aportaciones de terceros deberán realizarse siempre a título gratuito⁴⁰.

Como se advierte, los mecanismos de protección patrimonial sucesorios que salvaguardan los intereses patrimoniales sólo se aplican sobre aquellos a los que la LPPD reconoce como personas con discapacidad en el Derecho de sucesiones; es decir, las personas con una discapacidad de, al menos, un 33 por ciento de minusvalía psíquica o un 65 por ciento de discapacidad física o sensorial. Y es que, tras la entrada en vigor de la LPPD los testadores españoles pueden beneficiar a sus hijos o descendientes *incapacitados judicialmente* no sólo con el tercio de libre disposición y el de mejora, más su cuota de legítima estricta, sino que podrán establecer a su favor una sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta, vulnerando la legítima estricta del resto de herederos forzosos, y arrinconando los antecedentes históricos del Código civil.

En atención a lo anterior, asistimos *de facto* a una diferente libertad de testar entre los testadores desde su implementación en el Ordenamiento jurídico en España, entre aquellos con hijos o descendientes judicialmente incapacitados que tienen una mayor libertad de testar que los testadores que no se encuentran en esa situación porque estos no pueden establecer la sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta a favor de sus hijos o descendientes no incapacitados, para lo cual, el legislador modificó

-
39. El Título III CC establece límites y condiciones del aportante al patrimonio protegido de la persona con discapacidad: «Sin embargo, cuando la persona con discapacidad tenga capacidad de obrar suficiente, y de acuerdo con el principio general de autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad que informa nuestro ordenamiento jurídico (artículo 10.1 de la Constitución), no se podrá constituir un patrimonio protegido en su beneficio o hacer aportaciones al mismo en contra de su voluntad. Asimismo, cuando la aportación es realizada por un tercero, y por tercero se entiende cualquier persona distinta del beneficiario del patrimonio, incluidos los padres, tutores o curadores, constituyentes del mismo, el aportante podrá establecer el destino que a los bienes o derechos aportados deba darse una vez extinguido el patrimonio protegido, determinando que tales bienes o derechos reviertan en el aportante o sus herederos o dándoles cualquier otro destino lícito que estime oportuno. Sin embargo, esta facultad del aportante tiene un límite, ya que la salida del bien o derecho aportado del patrimonio protegido tan sólo podrá producirse por extinción de éste, lo que elimina la posibilidad de afecciones de bienes y derechos a término».
40. Este patrimonio, y el especial régimen de administración al que se somete el mismo, no modifica las reglas generales del Código Civil o, en su caso, de los derechos civiles autonómicos, relativas a los actos y negocios jurídicos. En el caso de que un tercero haga una aportación a un patrimonio protegido mediante donación, esta podrá rescindirse de realizarse en fraude de acreedores, revocarse por supervenencia o supervivencia de hijos del donante o podrá reducirse por inoficiosa, si concurren los requisitos exigidos.

los artículos 782, 808 y 813,2 CC⁴¹. Cabe preguntarse, tras justificar la relevancia de esta institución, cómo pudo implementarse con la sola modificación de tres artículos, en lo que un sector doctrinal considera una redacción técnico-jurídica deficiente⁴².

Tras esbozar una teoría de los cuidados avanzaré en el plan de cuidados que la institución fideicomisaria de residuo permite e, incluso impulsa con medidas fiscales. Dedicaré el siguiente epígrafe al análisis de una de las principales instituciones que protege el patrimonio del legitimario con discapacidad: la sustitución fideicomisaria de residuo.

III. Sustitución fideicomisaria de residuo en favor del legitimario con discapacidad

La sustitución fideicomisaria de residuo anuncia aquella disposición testamentaria en la cual el testador establece como última voluntad que otra persona tome el puesto del heredero y emerge como un mecanismo jurídico relevante que garantiza la protección de los herederos con discapacidad en el ámbito de las sucesiones. Un orden sucesivo en el llamamiento y disfrute de la masa hereditaria se establece así garantizando que el patrimonio se organice según la voluntad del testador⁴³. El fideicomiso de residuo, como

-
41. Tras la aprobación de la LPPD presentaban el siguiente contenido:
Artículo 782 CC: «Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayera sobre el tercio de mejora, sólo podrán hacerse a favor de los descendientes».
Artículo 808, párrafo 3º CC: «Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido *judicialmente incapacitado*, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los herederos forzosos».
Artículo 813, párrafo 2º, del CC: «El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados en la ley. Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los *hijos o descendientes judicialmente incapacitados*».
42. Como advierte BOTELLO HERMOSA, P. I. «Importantes incertidumbres jurídicas que en la actualidad sigue planteando la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español», *Anuario de derecho civil*, vol. 71, n. 2, 2018, pp. 339-393. «... consiste en una intangibilidad «real» de la legítima estricta la que permite la sustitución fideicomisaria en España, pudiendo llegar incluso a suponer, que la tangibilidad no sólo cualitativa, sino también, cuantitativa de la legítima estricta, a diferencia de las excepciones a su intangibilidad cualitativa que existían con anterioridad a la entrada en vigor de la LPPD, que suponían el aplazamiento del cobro de la legítima».
43. DÍAZ ALABART, S. «El discapacitado y la tangibilidad», cit. p. 5; PLANAS BALLVÉ, M., «La renovada sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta: instrumento de protección al hijo con discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. 9, n. 3, 2022, p. 432.

una excepción al principio de la intangibilidad de la legítima, opera, tanto en el caso de los hijos que son legitimarios, afectando al tercio de mejora, como cuando pretenda beneficiar al legitimario con discapacidad. Este último centrará nuestra atención, cuya finalidad es favorecer a las personas con discapacidad.

Tres actores aparecen involucrados en el fideicomiso: 1) el *causante o testador*, es decir, quien impone la sustitución en el testamento, 2) el *fiduciario*, que es el que recibe los bienes con la obligación de transmitirlos, y 3) el *fideicomisario*, o beneficiario final, que adquiere parte del patrimonio sin ningún gravamen o carga⁴⁴. La sustitución fideicomisaria, con origen en el Derecho romano, permite que el fiduciario que adquiere los bienes (la legítima) no adquiere el patrimonio de manera definitiva, sino que lo hace con la obligación de transferirlos al fideicomisario una vez finalizado el plazo o cumplida la condición⁴⁵.

Dos normas se dedicaron a regular esta institución: 1) la Ley 41/2003 (LPPD) que instauró la sustitución fideicomisaria sobre la legítima de los descendientes, cuando los fiduciarios sean los hijo/as incapacitado/as judicialmente y el resto de los legitimarios quedaban gravados, si bien seguía siendo limitada y escasa, y 2) la Ley 8/2021 que reformula disposiciones del Código Civil, en concreto los arts. 782 y 808, respecto de la sustitución fideicomisaria en favor de los legitimarios con discapacidad⁴⁶.

1. Situación tras la ley 8/ 2021

Dos motivos obligaban al legislador español a reformular la escasa regulación existente en el Código Civil, además de la problemática derivada de la deficiente redacción otorgada a la sustitución fideicomisaria especial. En primer lugar, la desaparición del término «persona incapacitada judicialmente» en nuestro ordenamiento jurídico, que limita las personas a las que se puede proteger con la nueva sustitución fideicomisaria especial⁴⁷. Y, en segundo lugar, resolver el interrogante de a favor de quién se podrán establecer las sustituciones fideicomisarias introducidas por la LPPD, pues en España se podía proteger mediante esta sustitución que recae sobre todo el tercio de legítima estricta, tanto los hijos o descendientes tutelados como a los curatelados, lo que, en opinión de algún sector doctrinal iría en contra de la voluntad del legislador español que introdujo la sustitución fideicomisaria especial para que «única y exclusivamente se pudiesen benefi-

44. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. «Las disposiciones testamentarias en beneficio de la persona con discapacidad: la sustitución fideicomisaria» en MURGA FERNÁNDEZ, J.P., GARCÍA MAYO, M. (coord.), LERDO DE TEJADA, M., CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA., G. (dir.), La persona con discapacidad en el derecho de sucesiones, Aranzadi, 2023, p. 4.

45. PLANAS BALLVÉ, M., «La renovada sustitución fideicomisaria», cit. p. 432.

46. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. «Las disposiciones testamentarias», cit., p. 3-5.

47. Término desterrado del Código Penal, a raíz de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1 de 2015 de modificación del Código Penal, que sustituye el término «incapacitado» por el de «persona con discapacidad necesitada de una especial protección», con algunas críticas, y la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria, sustituye el término «persona incapacitada» por el de «persona con capacidad modificada judicialmente».

ciar las personas tuteladas, tal y como ocurre con la sustitución fideicomisaria italiana»⁴⁸, incluso se denuncia la posible inconstitucionalidad de la ley⁴⁹.

Así las cosas, la nueva redacción del art. 782 CC, dada por 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*⁵⁰, elimina la referencia al hijo o descendiente «judicialmente incapacitado» en sustitución de «en una situación de discapacidad»⁵¹, en consonancia con la terminología contemporánea. En su disposición adicional cuarta aclara quiénes se consideran en *situación de discapacidad* para los efectos de la aplicación de la sustitución fideicomisaria. Al tiempo, mantiene la exigencia de que solo los descendientes puedan ser beneficiarios de la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de mejora⁵². Introduce un párrafo cuarto en el que proporciona una solución al problema que emerge cuando uno o varios legitimarios se encuentran en una situación de discapacidad; el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad, quedando gravado con una sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales

-
48. BOTELLO HERMOSA, P. I., «Capítulo I. Introducción», cit., pp. 18-19; BOTELLO HERMOSA, P. I. «Importantes incertidumbres jurídicas», cit. p. 364. El autor distingue entre la finalidad exclusivamente «asistencial» de la institución italiana frente a la institución española que se introdujo con una finalidad «patrimonial», lo que se hubiese adaptado mejor a las exigencias de la sociedad actual. Entre las incertidumbres que genera la aplicación práctica de la norma, tras la Ley 41/2003 (LPPD), señala que dentro del término persona incapacitada quedan englobados tanto los tutelados como los curatelados, por lo que el nuevo alcance de la sustitución fideicomisaria también protege a las personas curateladas. Pregunta si era la intención del legislador del 2003 y la conveniencia de limitar la figura exclusivamente a favor de los tutelados como en Italia: La sustitución fideicomisaria especial que puede establecerse a favor de los descendientes incapacitados judicialmente sobre todo el tercio de legítima estricta: El alcance exacto de la LPPD: ¿personas con discapacidad o personas incapacitadas judicialmente?. Las personas incapacitadas judicialmente como posibles beneficiarias de todas las medidas de protección introducidas por la LPPD. Imposibilidad de establecer la sustitución fideicomisaria especial a favor de las personas con discapacidad. El autor consideraba que la sustitución fideicomisaria estaba abocada a una inminente modificación que se producirá en la inminente reforma legislativa del procedimiento de incapacitación español o en la aprobación del futuro Código de la Discapacidad.
49. BOTELLO HERMOSA, P. «Posible inconstitucionalidad de la sustitución fideicomisaria española como medio de protección patrimonial de las personas incapacitadas». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, 769: 2527- 2447. EL autor anticipa una posible regulación inconstitucional al ordenar que esta sustitución fideicomisaria lo haga bajo la forma de un fideicomiso de residuo. *De facto*, existen más de cuatro millones de españoles que pueden dejar toda su herencia a un descendiente sin discapacidad. El autor pregunta ¿por qué no podrán entonces los testadores sujetos al Derecho común dejarle toda su herencia al descendiente legítimo con discapacidad?
50. 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*. Boletín Oficial del Estado, n.º 132, de 3 de junio de 2021.
51. La redacción anterior establecía que: «Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el art. 808. Si recayeren sobre el tercio destinado a mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes».
52. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. «Las disposiciones testamentarias», cit., p. 5.

bienes ni a título gratuito ni por acto *mortis causa*, salvo disposición contraria del testador. El testador puede favorecer así al legitimario con discapacidad accediendo a su porción de la legítima tras imponer un gravamen: la sustitución fideicomisaria a favor del resto de legitimarios cuya legítima resulta gravada. En otras palabras, los hijos en situación de discapacidad serán fiduciarios y los demás legitimarios serán los fideicomisarios⁵³.

Por otra parte, el alcance de las personas beneficiarias de la protección ofrecida en esta institución queda reducido en la nueva redacción del art. 808 CC respecto a la anterior que permitía favorecer al descendiente que se encontrase judicialmente incapacitado⁵⁴.

Se cuestiona si la Ley 8/2021 implementó una legítima estricta colectiva en el Derecho común para el supuesto en que el testador tenga un descendiente legitimario con discapacidad, pues a juicio del sector doctrinal que impulsaba el cambio legal se advierte en la literalidad del nuevo art. 808, párrafo cuarto. Como problemática relevante se plantea el caso extremo, cuando el fideicomitente hubiese concedido al fiduciario la facultad de disponer de todos los bienes fideicomitados, y si lo hiciese, provocar que el resto de los legitimarios, fideicomisarios, no reciban nada, al no quedar bienes fideicomitados⁵⁵.

El fideicomiso de residuo constituye una modalidad de sustitución fideicomisaria caracterizada por la facultad que el testador otorga al fiduciario para disponer de los bienes hereditarios a través de actos *inter vivos*. Una vez finalizado el plazo estipulado, o habiendo cumplido la condición, los bienes que no hubieran sido consumidos, deberán de trasladarse al patrimonio del fideicomisario, entendiéndose como legitimario sin discapacidad que ha visto perjudicada su legítima. El fideicomisario a su cumplimiento solo recibirá la parte de la herencia del testador que no haya dispuesto el fiduciario (o primer llamado). El

53. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al art. 808 del Código Civil, cit. p. 2.

54. Tras la aprobación de la Ley 8/2021, quedan redactados los preceptos indicados: Artículo 782 CC.: «Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo cuando se establezcan, en los términos establecidos en el artículo 808, en beneficio de uno o varios hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad. Si la sustitución fideicomisaria recayere sobre el tercio destinado a mejora, solo podrá establecerse a favor de los descendientes».

Artículo 808, párrafo 3.º CC:

«Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario de los progenitores. Sin embargo, podrán estos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.

La tercera parte restante será de libre disposición.

Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto *mortis causa*.

Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique».

55. BOTELLO HERMOSA, P. «La legítima estricta ¿colectiva? tras la Ley 8/21» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* ISSN 0210-0444, Año n.º 99, N.º 795, 2023, pp. 227-271.

fideicomisario, como segundo llamado, adquiere una cantidad indeterminada que dependerá del uso de los bienes hereditarios que haya realizado el fiduciario⁵⁶.

Una solución innovadora permite al fiduciario con discapacidad disponer de todos los bienes en caso de necesidad con la entrada en vigor de la Ley 8/2021, pues el testador dispone ahora de la libertad de elegir entre gravar la legítima estricta con un fideicomiso de residuo o con una sustitución fideicomisaria ordinaria⁵⁷, sin perjuicio de seguir el criterio de interpretación restrictivo de las facultades otorgadas al fiduciario según la paradigmática sentencia del Tribunal Supremo (STS núm. 77/1994, de 22 de julio)⁵⁸. En otras palabras, en ausencia de concreción se establece un fideicomiso de residuo y, en una interpretación subsidiaria, tan solo existirá una sustitución fideicomisaria ordinaria cuando el testador lo indique expresamente, en la que el fiduciario no podrá disponer de los bienes⁵⁹.

En el fideicomiso de residuo, el fiduciario, que es el hijo en situación de discapacidad, no tiene la obligación de salvaguardar los bienes hereditarios, sino que puede disponer de forma total o parcial de los bienes hereditarios y tan solo está obligado a preservar, a diferencia de la sustitución fideicomisaria ordinario, donde el fiduciario tiene la obligación de conservar y transferir al fideicomisario los bienes hereditarios de la legítima estricta. La consecuencia se avanza de inmediato, y es que el fideicomisario, o legitimario sin discapacidad, podría no recibir nada de la herencia⁶⁰. El legislador protege así al hijo con discapacidad por ser el más vulnerable de los legitimarios.

Por el contrario, al fideicomisario, o legitimario sin capacidad no se le permite disponer de los bienes ni a título gratuito ni *mortis causa*, únicamente por actos *inter vivos* y a título oneroso. Por consiguiente, podrá llevar a cabo negocios jurídicos que no sean gratuitos como la enajenación a través de precio u otra contraprestación o la constitución de derechos reales limitados. Ello sin perjuicio de que el testador otorgue al fiduciario facultades de disposición en el fideicomiso de residuo conforme al principio de libertad para testar.

Con respecto al testador, podrá indicar en el testamento la modalidad de fideicomiso de residuo que desea, según dos tipos: 1) *si aliquid supererit* («si queda algo»), pues el fideicomisario podría no recibir ningún bien al no existir límites a la facultad de disponer otorgada al fiduciario, 2) *eo quod supererit* («de aquello que deba quedar»), correlativo a la necesidad de que el fideicomisario reciba algo de la herencia⁶¹. La preferencia del legislador español por la primera opción es manifiesta. El fiduciario con discapacidad, o más vulnerable, debe ser protegido y sólo podrá disponer de los bienes a título oneroso, que generalmente será para satisfacer las necesidades derivadas de su propia discapacidad, como afrontar los gastos de su atención y cuidado.

56. PLANAS BALLVÉ, M., «La renovada sustitución fideicomisaria», cit. p. 437.

57. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., «Las disposiciones testamentarias», cit., p. 5.

58. STS 77/1994, de 22 de julio, sala de lo civil, sección 1.ª (RJ 1994/6578).

59. Esta novedad incluye la presunción *iuris tantum* del fideicomiso de residuo siempre que el causante no especifique el tipo de sustitución fideicomisaria que se establece en favor de las personas con discapacidad. En igual forma, la carga de la prueba recae en el fideicomisario en caso de querer impugnar el gravamen. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., «Las disposiciones testamentarias», cit., p. 5.

60. PLANAS BALLVÉ, M., «La renovada sustitución fideicomisaria», cit. p. 434; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., «Las disposiciones testamentarias», cit. p. 13.

61. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., «Las disposiciones testamentarias», cit. p. 13.

El alcance de las personas beneficiarias de la protección ofrecida en esta institución queda reducido en la nueva redacción del art. 808 CC respecto a la anterior que permitía favorecer al descendiente que se encontrase judicialmente incapacitado. La reforma excluye a los descendientes del testador que no sean legitimarios y sólo la legítima estricta del resto de legitimarios en favor de los hijos con discapacidad podrá ser gravada mediante la sustitución fideicomisaria⁶² con el objetivo de beneficiar a las personas en situación de discapacidad, siempre y cuando se trate del hijo con discapacidad del testador⁶³.

Por el contrario, si el legitimario no es hijo del testador, no podrá favorecerlo con la sustitución, aunque sea un descendiente con discapacidad. Una restricción que figura en el art. 782 CC y trae su causa del deseo del legislador de proporcionar más protección a los descendientes más cercanos, los hijos, y no a los lejanos, como los nietos⁶⁴. El art. 781 CC insiste así en circunscribir al segundo grado de parentesco la limitación de las sustituciones fideicomisarias. Sin perjuicio de su estudio más pausado, se adelanta que tal requisito se establece a fin de evitar que los bienes estén sustraídos de forma indefinida a la libre circulación⁶⁵.

La sustitución fideicomisaria conlleva la vinculación temporal de ciertos bienes que deben ser conservados para su posterior transmisión, restringiendo el número máximo de llamamientos a dos, salvo que las personas estén vivas en el momento del fallecimiento del testador: tanto el primer llamado como el segundo llamado deben de ser herederos del testador⁶⁶. Para que la sustitución fideicomisaria sea válida deberá ser establecida expresamente por el causante, conforme el art. 783 CC, sin la exigencia de utilizar el término «sustitución fideicomisaria» en el testamento. Tan solo debe imponer la obligación al fiduciario de entregar los bienes hereditarios al fideicomisario. Algunos requisitos deben concurrir en la sustitución fideicomisaria como establece la jurisprudencia (por todas, la STS de 13 de diciembre de 1974)⁶⁷, que se considera expresa cuando el testador establece el llamamiento de los herederos de manera sucesiva y temporal^{68:1} la existencia de un doble o múltiple llamamiento para heredar, y 2) la obligación al fiduciario de devolver los bienes en fideicomiso al llamado en segundo lugar en la sucesión, y 3) el establecimiento de un orden sucesivo y cronológico para la adquisición de la herencia⁶⁹.

62. PLANAS BALLVÉ, M., «La renovada sustitución fideicomisarias», *cit.* pp. 436-439.

63. BOTELLO HERMOSA, P. I., *cit.* p. 18.

64. PLANAS BALLVÉ, M., «La renovada sustitución fideicomisarias», *cit.* p. 437; DÍAZ ALABART, S. «El discapacitado y la tangibilidad», *cit.*

65. El art. 781 CC, a tal objeto establece que: «Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador». *Vid.* PÉREZ DE CASTRO, N. «comentario al art. 781 del CC». En BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (COORD.). Comentarios al código civil, ARANZADI, 2009, p.2.

66. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., «Las disposiciones testamentarias», *cit.*, p. 4.

67. STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 13 de diciembre de 1974, RJ 1974/4677.

68. DÍAZ ALABART, S. «El discapacitado y la tangibilidad», *cit.* p. 5; PÉREZ DE CASTRO, N., «Comentario al art. 785 del CC» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2009, p. 1-2.

69. CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 781 del Código Civil» en Cañizares Laso, A., de Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J., Valpuesta Fernández, R. (dirs.), *Código Civil Comentado Volumen II Libro III - De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Arts. 609 a 1087)*, Editorial Civitas, 2016, pp. 1-2.

La nulidad de las sustituciones fideicomisarias es abordada en el primer apartado del art. 785 CC cuando no se establece de forma expresa. Evitar la nulidad de la sustitución requiere una voluntad inequívoca y cierta del testador. El fideicomisario adquiere el derecho a recibir la sucesión en el momento del fallecimiento del testador, incluso si fallece antes el fiduciario conforme al art. 784 CC, que establece que la sustitución fideicomisaria supone una ampliación en las facultades del testador al permitir la imposición de un gravamen en la legítima estricta. Cumplir los requisitos evitará cualquier supuesto de nulidad para que la sustitución sea válida⁷⁰.

En apretada síntesis, el fideicomiso de residuo otorga mayor protección patrimonial al hijo del testador con discapacidad (fiduciario) que puede disponer de los bienes únicamente a título oneroso y mediante actos *inter vivos* para cubrir las necesidades ocasionadas por su situación de vulnerabilidad. En consecuencia, se le exime de la obligación de conservar los bienes hereditarios hasta su posterior transmisión.

Como aspectos controvertidos destaca la posibilidad de que, en el fideicomiso de residuo, el fideicomisario sin discapacidad no adquiera ningún bien hereditario porque el fiduciario con discapacidad dispusiera de todos los bienes y la reducción del alcance de las personas que pueden ser protegidas por la nueva redacción del art. 808 CC (excluye descendientes del testador que no sean legitimarios).

2. Aspectos controvertidos del fideicomiso de residuo y las políticas de los cuidados

Este trabajo esboza alguno de los desafíos actuales en torno a la legislación en materia de discapacidad que aconsejan una respuesta integradora y armonizada. A continuación, analizo algunos aspectos que son objeto de controversia en el fideicomiso de residuo tras la ley 8/2021: 1) la posibilidad de que, en el fideicomiso de residuo, el fideicomisario sin discapacidad no adquiera ningún bien hereditario porque el fiduciario con discapacidad dispusiera de todos los bienes, lo que se justifica por la necesidad del vulnerable, y 2) la exclusión a los descendientes del testador que no sean legitimarios; ante lo que cabe preguntarse ¿por qué no al nieto?⁷¹.

70. PÉREZ DE CASTRO, N. «comentario al art. 785 del CC», cit. p. 1. Otros supuestos de nulidad son contemplados en los apartados segundo y tercero y resultan correlativos al rechazo de las prohibiciones de disponer perpetuas o sin límite temporal definido, que en ningún caso puede sobrepasar el segundo grado. La nulidad del *fideicomiso secreto* se declara en el apartado cuarto del art. 785 CC, cuando el testador deja todo o parte de los bienes hereditarios en aras de aplicar instrucciones que han sido previamente comunicadas, un supuesto no equiparable a una sustitución fideicomisaria, pues consiste en una disposición de encargo sin fideicomisario.

71. BOTELLO HERMOSA, P. «Posible inconstitucionalidad de la sustitución», cit. El autor avanzaba la idea de que el Tribunal Constitucional debería pronunciarse sobre la constitucionalidad de una de las figuras jurídicas más importantes que existen desde 2003 en nuestro Derecho Sucesorio, como es la sustitución fideicomisaria, porque a partir de la entrada en vigor de la Ley 41/2003, «los españoles con hijos o descendientes judicialmente incapacitados podrán establecer en su testamento a favor de estos una sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta, lo cual puede suponer incluso la desheredación del resto de herederos forzosos».

A) Fundamento ético y biojurídico

La sustitución fideicomisaria resurge tras la ley 8/2021 y pretende dar apoyo a las familias que cuentan con una persona con discapacidad que necesita medidas de apoyo para su asistencia y cuidado, atendiendo a los gastos y canalizando las ayudas en favor del legitimario con discapacidad. En tal contexto, se administran las finanzas y recursos económicos de estas personas mediante medidas que permitan garantizar un futuro de calidad⁷² mediante la constitución de un patrimonio de destino con finalidades de cuidado.

En cuanto a las necesidades humanas básicas hemos señalado la necesidad número 10; es decir necesidad de tener el control sobre el propio entorno: a) político y b) material⁷³. En concreto, esta última, «el control sobre el entorno», acompaña el fundamento ético de las normas analizadas. Un contexto se invoca para traducir el ejercicio de esas capacidades, a modo de condiciones básicas de igualdad, para convertirlas en funcionamientos, y, en lo que respeta a este trabajo señalaré de especial relevancia la necesidad número 11 «Hacer bien a los demás, ser capaces de cuidar y expresar gratitud», pues presta su dimensión ética a la legislación que nos afecta en materia sucesoria.

Con énfasis en la dimensión intersubjetiva del reconocimiento, como presupuesto de una política de cuidados, o *reconocimiento intersubjetivo*, lo que implica ser reconocido por los demás en tres niveles o formas de reconocimiento recíproco que se identifican con los afectos, el reconocimiento jurídico y la estima social, su negación o menosprecio plantean cuestiones de justicia, mientras que su reconocimiento debe ser previo a la asignación, lo que mejora la justicia en la distribución. Asimismo, reconsidera la autonomía como capacidad para elegir el proyecto vital y adoptar decisiones propias en el ámbito de los cuidados requiere de una determinada sociedad y el sustento de las personas e instituciones que garanticen su ejercicio.

Analizaré, tras el fundamento ético y biojurídico explorado, la posición de los distintos actores en el fideicomiso de residuo:

1. El *causante o testador*, es decir, quien impone la sustitución en el testamento. En su caso, la necesidad humana señalada que adquiere una dimensión singular cuando el progenitor es la necesidad número 11 «Hacer bien a los demás, ser capaces de cuidar y expresar gratitud». Ser capaz de proyectar el plan de cuidados de un descendiente en situación de vulnerabilidad proporciona el reconocimiento y tranquilidad para poder afrontar la finitud propia dejando la seguridad y protección al

72. MARÍN CALERO, C., *La herencia a favor de un hijo con discapacidad*, cit, p. 165.

73. La salud es consecuencia de las condiciones en las que habita una persona, y explica cómo la inequidad de salud, es decir, las diferencias injustas y evitables relacionadas se comprendan a partir de los determinantes sociales de la salud o aquellas condiciones en las que las personas nacen, crecen, viven, trabajan y envejecen, y el conjunto de estructuras que configuran su vida diaria, entre ellos las políticas y los sistemas económicos, las agendas de desarrollo, las normas sociales, las políticas sociales y los sistemas políticos. Los determinantes de salud se consideran la causa «de las causas», lo que permite concluir que la salud personal es el resultado de la interacción de cuatro factores: 1) dotación y necesidades biológicas, 2) comportamiento individual, 3) entorno físico y 4) condiciones sociales (Seoane, 2016)

descendiente que por sus condiciones se encuentra en una situación desventajosa frente a otros descendientes.

2. El *fiduciario*, que es el que recibe los bienes con la obligación de transmitirlos. En su caso, las necesidades humanas señaladas para todas las personas adquieren una dimensión singular en el contexto de la discapacidad para realizar aquellas: 1) Vida. 2) Salud. 3) Integridad física. Y necesita con mayor énfasis apoyo en la número 10 «Control sobre el propio entorno: a) político; b) material», derivado de las dificultades físicas, sensoriales, motoras, o de otro tipo asociado a la situación de la discapacidad o dependencia. el fideicomiso se revela un instrumento jurídico idóneo que permite a la persona con discapacidad ejercer un mayor control sobre su propio entorno, en este caso el entorno material. La vulnerabilidad, con sus limitaciones, precisa ser compensada con acciones transformadoras para la igualdad de oportunidades y convertirlas en posibilidades de vida históricas o biográficas en el marco de una *interdependencia* reflexiva que invoca la afortunada locución de MACINTYRE ⁷⁴de razonadores prácticos independientes, cuya independencia es consciente de la vulnerabilidad, la fragilidad y la dependencia.
3. El *fideicomisario*, o beneficiario final, que adquiere parte del patrimonio sin ningún gravamen o carga. A su rol pertenece la obligación de cuidar, en este caso preservar el patrimonio como obligación para sostener las necesidades de cuidado del fiduciario, incluso a riesgo de que el fideicomisario sin discapacidad no adquiera ningún bien hereditario porque el fiduciario con discapacidad dispusiera de todos los bienes. Se presume que cuenta con la capacidad número 10 «Control sobre el propio entorno: a) político; b) material», lo que le faculta no solo para realizar su propio proyecto vital, sino además ejercer un control sobre el patrimonio de destino mediante su acrecentamiento con operaciones jurídicas y económicas convenientes, lo que aprovechará tanto a fideicomisario como a fiduciario.

Lo anterior explica por qué, en el fideicomiso de residuo, el fideicomisario sin discapacidad no adquiera ningún bien hereditario porque el fiduciario con discapacidad dispusiera de todos los bienes, lo que se justifica por la necesidad del vulnerable.

B) El análisis económico del Derecho

En el fideicomiso de residuo, La ley 8/2021 permite disponer al fiduciario de su patrimonio, mientras el fideicomisario sin discapacidad puede que no adquiera ningún bien hereditario porque el fiduciario con discapacidad dispusiera de todos los bienes. Por otra parte, no permite que se beneficien de su constitución más allá del segundo grado. Tal requisito se establece a fin de evitar que los bienes estén sustraídos de forma indefinida a la libre circulación. Ello sin perjuicio de considerar la medida idónea desde el enfoque iusfundamental (art 49 CE) que contempla a su vez la función social de la propiedad (art. 33 CE), e invita a explorar el valor económico que se trata de impulsar con esta medida.

A estos efectos, resulta conveniente retomar la motivación de la LPPD que, como reza en su Preámbulo: «la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores aconseja que lo gastos de su asistencia sea asumida con cargo al propio patrimonio, más allá

74. MACINTYRE, A. C. *Tras la virtud*. Barcelona: Crítica. 1977.

del Estado o la familia», lo que justifica por la insostenibilidad del sistema de atención sociosanitaria y la necesidad de disponer de recursos para cuidados de larga duración.

El análisis económico del Derecho aplica en el razonamiento jurídico métodos propios de la economía y proporciona claves para entender el ordenamiento sucesorio, al igual que otro sector objeto de regulación, por lo que obedece a la búsqueda de la eficiencia de las normas para una sociedad determinada. En otras palabras, propone evaluar las consecuencias reales de una norma existente o predecir los efectos de un proyecto diseñando estructuras legales eficientes para obtener el propósito deseado, pese a la reticencia de la doctrina jurídica de aceptar denominaciones que provienen de la Economía. En su virtud, una finalidad normativa de primer orden se vislumbra, enlazando la base del Derecho con nociones como la maximización de la riqueza social y la eficiencia, elementos que vertebran el análisis económico del Derecho, bajo un pretendido ideal normativo que procura la consecución de reglas justas que, por eficientes, promuevan el progreso.

El concepto de *externalidad* resulta clave, con fundamento en la teoría de RONALD COASE⁷⁵, lo que en un intento de trasponerlo a la figura estudiada conviene en que ante la posibilidad de que, en el fideicomiso de residuo, el fideicomisario sin discapacidad no adquiera ningún bien hereditario porque el fiduciario con discapacidad dispusiera de todos los bienes se puede invocar la economía en la explicación de toda institución legal, a partir de sus incentivos y con relación a sus posibles consecuencias jurídicas y efectos pues la externalidad derivada de la retención de ese dinero que no se puede tocar lo estaría internalizando la persona que es sustituida en el llamamiento

En mi opinión, los daños sufridos por fideicomisario sin discapacidad son externalidades negativas, internalizadas por reglas de su atribución a los fideicomisarios, quienes pueden reaccionar a través de un conjunto de actuaciones onerosas (actos *intervivos*) que puedan mejorar la masa patrimonial. De lo contrario, si el fideicomisario con discapacidad no pudiera utilizar el patrimonio generaría altos costos para el sistema económico (externalidades o ineficiencias), al tiempo que la posibilidad de utilizar el patrimonio activa el consumo de bienes y productos para la cobertura de necesidades de cuidado: servicios sociosanitarios, desarrollos tecnológicos o terapéuticos, entre otros.

Lo anterior ofrece una respuesta al interrogante de por qué en el fideicomiso de residuo, el fideicomisario sin discapacidad puede disponer del patrimonio. Y también un argumento de por qué se limita al segundo grado el alcance de las personas beneficiarias.

IV. Conclusiones

El Derecho sucesorio español, a través de desarrollos legislativos operados por la Ley 41/2003 y ley 8/2021, introduce reformas en el ámbito sucesorio realizadas en beneficio de legitimarios con discapacidad con una favorable protección de su patrimonio proyectado a través de una figura: el fideicomiso de residuo en favor del descendiente con discapacidad.

75. COASE, R.H. *El problema del coste social*. Hacienda Pública Española número 68.1981, págs. 245-274.

La institución del fideicomiso de residuo adquiere fuerza renovada tras la ley 8/2021. Evita la sucesión intestada y otorga mayor protección patrimonial al hijo del testador con discapacidad (fiduciario). Al garantizarle la disposición de los bienes hereditarios a fin sufragar los gastos derivados de su situación de vulnerabilidad, quedando exento de la obligación de conservar los bienes hereditarios hasta su posterior transmisión. El fideicomisario puede disponer de los bienes únicamente a título oneroso y mediante actos inter vivos.

Este fideicomiso de residuo tiene el objetivo de asegurar la inclusión y autonomía del fiduciario (persona con discapacidad) en la sociedad. Y unas consecuencias; amplía la libertad del testador para beneficiar al legitimario con discapacidad en una excepción a la intangibilidad de la legítima, en un difícil equilibrio que enfrenta el principio de solidaridad familiar y la libertad de testar, cuyas externalidades tiene que soportar el fideicomisario.

Algunos aspectos controvertidos de la nueva redacción del art. 808 CC se abordan sobre la equidad en la distribución de la herencia como es la posibilidad de que el fideicomisario sin discapacidad no adquiera ningún bien hereditario porque el fiduciario con discapacidad dispusiera de todos los bienes y la reducción del alcance de las personas beneficiarias (excluye descendientes del testador que no sean legitimarios) e incluso se invocan cuestiones de inconstitucionalidad para el caso extremo de no quedar bienes fideicomitados que invocan el principio de igualdad entre herederos (art. 14 CE).

Una aproximación a la teoría de la justicia en salud y los derechos del cuidado traduce las necesidades humanas a la legislación, en este caso civil, en materia sucesoria y presta su fundamentación ética e iusfundamental para hacer efectiva las necesidades de los cuidados en personas de especial vulnerabilidad.

Las externalidades que produce esta figura en el primer llamado se analizaron también desde el análisis económico del Derecho que explica el contenido de las normas eficientes para una sociedad determinada, en el que el derecho sucesorio es un sector objeto de regulación.

Este trabajo esboza alguno de los desafíos actuales en torno a la legislación en materia de discapacidad y régimen sucesorio que aconsejan una respuesta integradora y armonizada.

V. Bibliografía

ALBALADEJO, M. *Derecho civil II: Sucesiones*. Edisofer. 2003

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., «Las disposiciones testamentarias en beneficio de la persona con discapacidad: la sustitución fideicomisaria» en **MURGA FERNÁNDEZ, J.P.**, **GARCÍA MAYO, M.** (coord.), **LERDO DE TEJADA, M.**, **CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.** (dir.), *La persona con discapacidad en el derecho de sucesiones*, Aranzadi, 2023, pp. 1-21. 41

BADENAS BOLDÓ, J. «Legítima y libertad de testar en el derecho civil español». *Revista Jurídica Valenciana*. 2021.

- BARBA, V.**, «El art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006» en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (Dir.), CHAPARRO MATAMOROS, P., BUENO BIOT, A. (coord.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, 2022, p. 31.
- BOTELLO HERMOSA, P. I.**, «Capítulo I. Introducción», *Mecanismos mortis causa de protección de las personas con discapacidad*, Ediciones Olejnik, 2021, pp. 17-50.
- BOTELLO HERMOSA, P. I.**, «Importantes incertidumbres jurídicas que en la actualidad sigue planteando la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español», *Anuario de derecho civil*, vol. 71, n. 2, 2018, pp. 339-393.
- BOTELLO HERMOSA, P.** «La legítima estricta¿colectiva? tras la Ley 8/21» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* ISSN 0210-0444, Año n.º 99, N.º 795, 2023, pp. 227-271.
- BOTELLO HERMOSA, P.** «Posible inconstitucionalidad de la sustitución fideicomisaria española como medio de protección patrimonial de las personas incapacitadas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 769, pp. 2527 a 2547
- COASE, R.H.** «El problema del coste social». En: *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2000. p. 512-557.
- «El problema del coste social». *Hacienda Pública Española* número 68.1981, pp. 245-274.
- CRUZ VALIÑO, A. B.** «Defensive Medicine and Health Justice,» *Anais VI Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra: uma visão transdisciplinar*.
- DÍAZ ALABART, S.**, «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 3, 2006, pp. 1-40.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.** *Sistema de derecho civil: volumen IV. Derecho de sucesiones*. Tomo 2, Tecnos. 2017.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.**, «Comentario al art. 808 del Código Civil» en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dirs.), *Código Civil Comentado Volumen II Libro III-De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Arts. 609 a 1087)*, Editorial Civitas, 2016, pp. 1-11.
- HONNETH, A.** *La lucha por el reconocimiento*. Barcelona: Crítica, 1997.
- JUNQUERA DE ESTÉFANI, R.** «El derecho y la bioética». *Aldaba: revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla*, 2004, vol. 32, pp. 119-138.
- LACRUZ BERDEJO, J.M.** *Derechos de sucesiones*. Bosch 5ª ed 1993

- MAGRO SERVET, V.** «La mejora y el tercio de libre disposición en los testamentos y sus consecuencias prácticas». *Revistas Derecho de Familia*. 2023
- MACINTYRE, A. C.** *Tras la virtud*. Barcelona: Crítica. 1977.
- MARÍN CALERO, C.**, *La herencia a favor de un hijo con discapacidad intelectual*, Tirant lo Blanch, 2022.
- NUSSBAUM M.C. M.C., MOSQUERA, A. S.** *Crear capacidades*. Madrid: Paidós, 2012
- PAU PEDRÓN, A.** *Los pactos sucesorios y sus excepciones en el Código Civil*. Civitas. 2008.
- PLANAS BALLVÉ, M.**, «La renovada sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta: instrumento de protección al hijo con discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. 9, n. 3, 2022, pp. 429-444.
- PÉREZ DE CASTRO, N.** «Comentario al art. 781 del CC». En **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.** (COORD.). *Comentarios al código civil*, ARANZADI, 2009, pp. 1-3.
- PÉREZ DE CASTRO, N.**, «Comentario al art. 785 del CC» en **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.** (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2009, pp. 1-2.
- SEOANE, J.A.** «El derecho a una capacidad de salud segura». *Ius et scientia*; 2016, 2(2), pp. 42-53.
- VAQUER ALOY, A.** «Libertad de testar y condiciones testamentarias». *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona. 2015.
- VIVAS TESÓN,** *La protección económica de la discapacidad*, Bosch, Barcelona, 2009.
- VIVAS TESÓN, I.** *Derecho contractual antidiscriminatorio: drittwirkung y libertad negocial*. Cuadernos de derecho transnacional. (2021).
- WOLFF, J; DE-SHALIT, A.** *Disadvantage*. Oxford University Press: Oxford Scholarship Online, 2010.

VI. Legislación

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Boletín Oficial del Estado, n.º 96, 21 de abril de 2008. Acceso en línea www.boe.es/eli/es/ai/2006/12/13/1/con .

Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Jefatura del Estado «BOE» núm. 119, de 19 de mayo de 1981 Referencia: BOE-A-1981-11198. Modifica el título V del Código Civil.

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad («BOE» núm. 277, de 19 de noviembre de 2003).

Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006.

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. Boletín Oficial del Estado, n.º 132, de 3 de junio de 2021. Acceso en línea: www.boe.es/eli/es/L/2021/06/02/8/con

Reforma del artículo 49 de la Constitución Española, de 15 de febrero de 2024 («BOE» núm. 43, de 17 de febrero de 2024).

Real Decreto de 24 julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, n.º 206, de 25 de julio de 1889. Acceso en línea: [www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](http://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)

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. Boletín Oficial del Estado, n.º 289, de 3 de diciembre de 2013. Acceso en línea: www.boe.es/eli/es/rdlg/2013/11/29/1/con

HERRAMIENTAS JURÍDICAS PARA LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES VULNERABLES EN DERECHO CIVIL

LEGAL TOOLS FOR THE PROTECTION OF VULNERABLE OLDER PERSONS IN CIVIL LAW

Federico Arnau Moya

Profesor Contratado Doctor Derecho civil. Universitat Jaume I (España)

arnauf@uji.es

orcid.org/0000-0002-8434-6708

Resumen:

La legislación española no establece ningún tipo de protección específico para las personas en el ámbito del Derecho civil, por el contrario, en el campo del Derecho de consumo contamos con una regulación de los consumidores vulnerables. Proponemos la utilización de mecanismos civiles clásicos y otros nuevos para la protección de las personas mayores.

Palabras clave:

Gente mayor, capacidad de obrar, discapacidad, gente mayor vulnerable, consumidor vulnerable, protección del consumidor vulnerable, información precontractual, autonomía capacidad, voluntad, situación de dependencia, cuidador, contratos de consumo, servicios de atención al cliente.

Abstract: spanish legislation does not provide any protection for people in the field of civil law, in the field of consumer law we have a regulation of vulnerable consumers. We propose the use of classical and new civil mechanisms for the protection of the elderly.

Key words:

Elder people, capacity to act, senior, disability, vulnerable elderly person, vulnerable consumer, protections of vulnerable consumers, precontractual information, autonomy, will, dependency situation, guardianship, consumers contracts, customer services.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Conceptos de vulnerabilidad y de personas mayores.
 1. El concepto de vulnerabilidad.
 2. La capacidad jurídica de las personas mayores.
 3. La persona mayor vulnerable.
 4. La no equiparación entre ancianidad y discapacidad.
- III. La protección de las personas mayores en el derecho civil.
 1. Situaciones de vulnerabilidad contempladas por el Código civil.
 2. Medidas preventivas de protección de las personas mayores por iniciativa propia.
 3. Medias automáticas de protección al patrimonio y a la persona mayor vulnerable.
 4. Los vicios del consentimiento en contratos celebrados por mayores con discapacidad.
- IV. Bibliografía.

I. Introducción¹

Nuestros mayores están siendo objeto en los últimos años de un gran número de llamadas telefónicas en las que se les ofrecen ofertas relacionadas principalmente con servicios básicos de energía o de telefonía móvil. Asimismo, a través de la TV están soportando un bombardeo continuo de supuestos productores milagrosos que van desde las almohadillas anatómicas para conciliar el sueño o dejar de roncar. También sufren una cierta presión para comprar en esos viajes gratuitos para mayores a alguna ciudad, en la que como contraprestación hay que realizar una visita, pongo como ejemplo a una fábrica de mantas. A toda esta lista de formas de presionar a nuestros mayores habría que añadir las que durante años pasados se hacía en los bancos donde el director o el empleado de nuestro mayor le ofrecía productos financieros que con el paso de los años han resultado ser de dudosa rentabilidad. Por otro lado, nos encontramos ante otro listado de supuestos en los que a diferencia de los anteriores los ancianos ya no sufren la presión de un empresario sino de particulares como parientes y cuidadores. En estos casos los ancianos son constreñidos o simplemente manipulados para cambiar sus disposiciones testamentarias en favor de cuidadores, especialmente los informales, y de familiares². Las personas con frecuencia son despojados de parte de sus ahorros o se ven influenciados para realizar compraventas a precios irrisorios o directamente donaciones en favor de las personas de su entorno. Realmente nos encontramos ante

1. El presente trabajo se enmarca en el Proyecto MINECO PID2022-139899OB-100 (NUEVOS DESAFÍOS DEL DERECHO BIOMÉDICO EN LA PROTECCIÓN JURÍDICO-CIVIL DE LAS PERSONAS MAYORES) del que Esther Algarra Prats y Javier Barceló Doménech son los Investigadores Principales.
2. El art. 753 II CC establece la nulidad de las disposiciones hechas por el causante, internado en un centro público o privado, en favor de sus cuidadores. En el párrafo III establece medidas más laxas para otros tipos de cuidadores al decir que «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».

lo que cabría denominar prácticas desleales con personas vulnerables como son las personas mayores³.

Las situaciones que hemos descrito pueden ser objeto de relaciones de Derecho civil como de Derecho de consumo. Nuestro trabajo, sin embargo, lo centraremos en la protección de las personas mayores en el ámbito del Derecho civil, sin perjuicio de que en un futuro próximo completemos este estudio en el ámbito consumerista. No obstante, vamos a apoyarnos en algunas de las reflexiones que la doctrina ha realizado en el ámbito del Derecho de consumo sobre las personas vulnerables.

II. Conceptos de vulnerabilidad y de personas mayores

1. El concepto de vulnerabilidad

El concepto de vulnerabilidad vamos a abordarlo antes que el de persona mayor habida cuenta que el colectivo de personas vulnerables es mucho más amplio que el de personas mayores. Además, no todas las personas ancianas son vulnerables.

No obstante, volveremos a retomar el concepto de vulnerabilidad cuando esta tenga que aplicarse en el ámbito de las relaciones de Derecho de consumo.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define el término «vulnerabilidad» como la cualidad de vulnerable, lo que nos exige consultar el sentido de la expresión «vulnerable» que es conceptuada como «que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente»⁴. De esta definición hay que destacar el componente de potencialidad a la que conduce la utilización del verbo poder. En consecuencia, vulnerable no es necesariamente quien ya ha sido lesionado, sino quien tiene la posibilidad de llegar a serlo en un futuro. Lo anterior supone que el Derecho debe de actuar de manera preventiva para evitar que se produzca ese daño a la persona vulnerable (planteamiento preventivo), pero en el caso de que el daño ya se haya producido tendrá que ser reparado (planteamiento reactivo)⁵. La vulnerabilidad puede afectar tanto a la esfera personal como patrimonial de la persona, el riesgo de vulnerabilidad se produce cuando la situación personal y/o patrimo-

3. DABOVE, M.I.: «Autonomía y vulnerabilidad en la vejez: respuestas judiciales emblemáticas», *Revista de Derecho Privado*, n.º 34, enero-junio de 2018, pp. 53 a 85, estima que las personas mayores pueden verse sometidas a situaciones de aminoración, vulnerabilidad, discriminación, inestabilidad y/o abuso en general, por el hecho de ser «viejos. De ahí que se haga necesario el estudio de las herramientas jurídicas de intervención que pueden y deben ser utilizadas en estos casos.
4. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.8 en línea]. Disponible en: «<https://dle.rae.es>» [consultado el 2 de noviembre de 2024].
5. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: «La recepción de la idea de vulnerabilidad en el Derecho Civil Español. Materiales para un debate», en *Vulnerabilidad patrimonial: retos jurídicos* (dir. S. DE SALAS MURILLO, coord. M.V. MAYOR DEL HOYO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 35-36.

nial de la persona es frágil, lo que la expone a sufrir un daño superior al de la media⁶. Esta idea de que la persona vulnerable se encuentra en una situación de desigualdad respecto al resto de ciudadanos se hace evidente en el art. 3.2 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU) se ha define a la persona consumidora vulnerable -en el ámbito del Derecho de consumo- como la que se encuentra en « situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad». En las leyes autonómicas de protección a los ancianos podemos encontrar algunas definiciones, que sin utilizar el término vulnerable, sin embargo encajan con su contenido, así sucede con la referencia a las personas mayores que «por razones físicas y psíquicas, tienen enormes dificultades para obtener la protección de sus derechos o, más simplemente para formular sus quejas»⁷. La primera regulación sobre la vulnerabilidad en el ámbito europeo es la que se contiene en la Directiva/29/CE en cuyo considerando 19 se establece que «determinadas características como la edad, una dolencia física o un trastorno mental o la credulidad hagan que los consumidores sean especialmente sensibles a una práctica comercial o al producto correspondiente». Es de notar que aun a pesar de que se esté haciendo referencia a una especial sensibilidad, en el fondo se está haciendo referencia a una falta de capacidad, en el sentido clásico, si bien nos atrevemos a decir que de carácter leve. La doctrina se refiere a estos consumidores como indefensos, por oposición al consumidor medio, y en consecuencia este consumidor vulnerable, está necesitado de una protección reforzada por estar más expuesto a posibles abusos⁸.

La doctrina ha establecido diferentes categorías de vulnerabilidad, que cubren un espectro más amplio que las pequeñas faltas de capacidad de obrar:

1) **Vulnerabilidades de carácter permanente o estable.** Esta primera categoría, atiende a la duración de la vulnerabilidad, lo que permite distinguir, por un lado, entre vulnerabilidades de carácter permanente o estable, como la edad anciana, la minoría de la discapacidad, la enfermedad y, por otro vulnerabilidades temporales o transitorias, que en el caso de los ancianos podría ser una puntual situación sobreendeudamiento o un accidente cardiovascular del que se puede recuperar pasado un tiempo, o incluso la dificultad de acceso a internet si bien este último supuesto afectaría más a las relaciones propias del Derecho de consumo. En el caso de las personas mayores pueden concurrir ambas vulnerabilidades cuando una persona mayor tenga la condición de vulnerable por cuestio-

6. PEREÑA VICENTE, M.: «Vulnerabilidad y Derecho», *Otrosi, Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 8/2021, p. 31. Disponible en: https://www.otrosi.net/wp-content/uploads/2022/05/Otrosi_24_mayo2021_version_imprensa_compressed.pdf. Consultado: 19-12-2024. Blanco García, A.I.: «Consumidores sénior y los retos de su protección ante la digitalización», en *Derecho del consumo y protección del consumidor sustentable en la sociedad digital del siglo XXI* (ed. S. Barona Vilar), Publicaciones Universidad Autónoma de Chile, 2023, p.159.

7. Esta definición se encuentra en el Preámbulo de la Ley 7/1991, de 5 de abril de asistencia y protección al anciano, de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias. El art. 3 de esta ley se considera ancianos a las personas mayores de 75 años o las mayores de 70 que sean pensionistas.

8. PALAZÓN GARRIDO, M.L.: «¿Existe un estatuto del consumidor vulnerable tras la reforma del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios?», *Revista de Derecho Civil*, vol. X, núm. 4 (julio-septiembre, 2023), p. 201.

nes etarias y además haya sufrido un vicio de la voluntad al contratar con un tercero. También sería este el caso en el que una persona anciana que se encuentra en una situación de vulnerabilidad por cuestiones de salud al mismo tiempo se ha visto afectada por una grave de despatrimonialización por haber avalado a cualquier pariente o allegado que finalmente no ha respondido de sus deudas⁹.

Las vulnerabilidades permanentes permiten establecer un estatuto legal de esa vulnerabilidad en los casos de personas menores o con la discapacidad hasta el cambio de paradigma como consecuencia 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. El establecimiento de un estatuto para las personas mayores cuenta con un importante obstáculo puesto que, como veremos a continuación, los ancianos pueden encontrarse dentro de varias situaciones de capacidad con independencia de su edad, de ahí que en nuestra opinión no es aconsejable el establecimiento de un estatuto para las mismas con independencia del establecimiento de algunas medidas de protección que nunca podrán suponer limitaciones al ejercicio de su capacidad jurídica.

2) **Vulnerabilidades personales y específicas.** La segunda categoría de vulnerabilidades diferencia por un lado entre «vulnerabilidades ligadas a características personales», como la persona anciana, la persona menor de edad, la persona con discapacidad psíquica, y por otro lado las «vulnerabilidades ligadas a situaciones específicas» en que las que se encuentra una persona mayor que además es analfabeta o lo es en un entorno digital. Este sería también el caso de una persona mayor cuando actúa como consumidor ante una concreta situación de mercado¹⁰. En el caso de las personas mayores, desde un punto de vista meramente biológico, desde la Geriatria y la Gerontología, se ha mantenido que la vulnerabilidad ligada a características personales ha dado lugar al nacimiento del concepto de «anciano frágil». No obstante, como analizaremos más adelante no todos los ancianos por más mayores que sean pueden ser catalogados de frágiles. Esta categoría es muy similar a la primera, si bien no todas las vulnerabilidades personales son permanentes, como sucede con la minoría de edad. Ni tampoco todas las vulnerabilidades específicas tienen que ser temporales.

3) **Vulnerabilidades estructurales.** La tercera categoría de vulnerabilidades está conformada por un lado las «vulnerabilidades estructurales», en las que el factor de vulnerabilidad define estructuralmente la categoría en la que se integran las personas vulnerables (mayores, menores, personas con discapacidad) lo que convierte en asimétrica a cualquier relación jurídica en la que aquellas participen. Por el otro lado, se encuentran la «vulnerabilidades coyunturales» que depende de las circunstancias concretas de cada caso en particular de modo que genera situaciones determinadas de vulnerabilidad, como sucede cuando concurren vicios de la voluntad¹¹.

En el caso de las personas mayores, además de las causas de vulnerabilidad por causas endógenas, como enfermedades, discapacidades o la credibilidad nos encontramos con

9. PALAZÓN GARRIDO, M.L.: «¿Existe un estatuto?», cit., p.

10. BLANCO GARCÍA, A.I.: «Consumidores sénior», cit., p. 162, se refiere a esta categoría de vulnerabilidad como endógena permanente. Entre las causas productoras de la misma señala la discapacidad mental, física o psicológica, la edad, la credulidad o el género.

11. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: «La recepción de la idea de vulnerabilidad», cit., pp. 36-37.

otras dos que concurren en el ámbito financiero. En primer lugar, se encuentra la mala situación económico de muchos mayores como consecuencia de las bajas pensiones o de cualquier contingencia, como la manipulación de sus activos económicos por familiares o cuidadores. En segundo lugar, se encuentra la situación de analfabetismo digital de muchos mayores que les impide el manejo de las plataformas financieras digitales *on line* de los bancos, en un momento como el actual en el que asistimos al cierre de numerosas oficinas bancarias con la consiguiente desaparición incluso de cajeros automáticos. El que el anciano se encuentre dentro de la denominada brecha digital puede dejar desprotegidas sus finanzas que al ser manejadas desde dispositivos móviles pueden ser manipulados por las personas de su entorno. Ambas situaciones, si bien se encuentran extramuros del Derecho civil, pueden provocar situaciones de exclusión financiera de los mayores¹².

2. La capacidad jurídica de las personas mayores

El problema de la capacidad jurídica de las personas mayores es que estas no constituyen un bloque homogéneo puesto que la realidad biológica no siempre incide de la misma manera en la capacidad funcional de la persona. Entre el colectivo de personas ancianas podemos encontrar varios grupos de acuerdo con su capacidad de obrar¹³: en primer lugar, ancianos con plena capacidad de obrar, habida cuenta que aun a pesar de su elevada edad cuentan con plenas capacidades mentales y físicas. De modo que cuentan con capacidad suficiente para decidir por sí solos de cuantas medidas haya que adoptar tanto para el cuidado de su persona como de su patrimonio.

En segundo lugar, están aquellas personas mayores con discapacidad mental o que están aquejadas de alguna de las graves enfermedades propias de la vejez, como la demencia senil o el Alzheimer, que de modo progresivo pueden mermar sus capacidades mentales y sensoriales¹⁴. Existe un punto de no retorno en la evolución de estas enfermedades en las que los enfermos pasarán a convertirse en personas con una discapacidad severa¹⁵. De ahí que se haya dicho que el envejecimiento es una circunstancia potencial-

12. BLANCO GARCÍA, A.I.: «Consumidores sénior», cit., p. 163 y 167, también destaca que la existencia de la brecha digital en el colectivo de los mayores también está afectando al momento de hacer valer sus derechos ante la justicia donde nuevamente se encuentran con el obstáculo de la digitalización. .

13. LECIÑENA IBARRA, A.: «Autonomía decisoria y heteronomía en personas vulnerables por razón de edad». *Derecho Privado y Constitución*, 2022, núm. 40, p.139. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.40.04>. Consultado el 10-11-2024.

14. DABOVE, M.I.: «Autonomía y vulnerabilidad», cit., p.70, pone de relieve como en algunas resoluciones de los tribunales argentinos se distingue entre vejez normal y patológica. Así el ya antiguo fallo de la Cámara Nacional Civil de Buenos Aires, Sala D, de 22 de junio de 1982, donde se resalta la importancia de distinguir la «senectud» o simple ancianidad –envejecimiento normal– de la «senilidad patológica» o calificada como senilidad. Destaca la autora, que la sentencia pone de relieve que la vejez por sí sola no puede convertirse en causa de inhabilidad. En aquella sentencia no se reconoció la incapacitación de una persona de 90 años a pesar de que gastaba grandes sumas de dinero.

15. ATAZ LÓPEZ, J.: «Validez o invalidez de los contratos celebrados por personas de edad avanzada con deficiencias cognitivas, a la luz de la Ley 8/2021», en *Intervención en el tráfico jurídico-económico de las personas vulnerables por razón de edad*, (Dir. A. LECIÑENA IBARRA), Thomson

mente discapacitante por ser un factor que aumenta el riesgo de contraer enfermedades que dificultan el ejercicio de la autonomía de la voluntad¹⁶. Sin embargo, volvemos a insistir en que no se puede establecer una equiparación entre personas mayores y personas con discapacidad¹⁷. En consecuencia, sería tan erróneo considerar a todo el colectivo de ancianos como personas con discapacidad limitándoles o incluso privándoles de su autonomía decisoria¹⁸. A este grupo de ancianos habrá que aplicar el mismo tratamiento jurídico que al resto de personas con discapacidad.

En tercer lugar, en nuestra opinión, entre ambos grupos de ancianos se encuentra una zona gris con personas que si bien tienen ligeramente afectadas sus capacidades cognitivas y volitivas no pueden considerarse técnicamente aquejados de una discapacidad. Se trata los denominados ancianos frágiles o personas mayores vulnerables. Estas personas mayores presentan una mayor probabilidad de presentar episodios adversos de salud que pueden implicar una pérdida de capacidades funcionales, discapacidad o dependencia¹⁹. La situación en la que se encuentra este colectivo, así como las medidas que proponemos para su protección será objeto de análisis más detallado más adelante.

-
- Reuters Aranzadi, Cizur-Menor, 2022, pp. 137, señala que el declive de las facultades mentales y físicas acompaña inevitablemente al envejecimiento hace que las personas mayores experimenten trastornos o deficiencias cognitivas que les impiden o dificultan la emisión de un consentimiento totalmente libre y consciente.
16. **LECIÑENA IBARRA, A.:** «Contratación con personas de edad avanzada un reto para la autonomía decisoria en el marco del envejecimiento», *Diario La Ley*, núm. 10063, 2022, pp.1-6. **BARRANCO AVILÉS, M.C.:** «Envejecimiento y discapacidad», en *Estudios sobre el impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010, p.587. **ATAZ LÓPEZ, J.:** «Validez o invalidez», cit., p. 140, estima que sorprende que el envejecimiento pueda ser considerado como una circunstancia incapacitante pero que sin embargo no haya sido incluida en ningún texto legal.
 17. **SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.:** «La protección de las personas mayores consumidores vulnerables, por razón de la edad, en los contratos celebrados con empresas de suministros básicos o de prestación de ciertos servicios», en *Intervención en el tráfico jurídico-económico de las personas vulnerables por razón de edad*, (Dir. A. Leciñena Ibarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2022, Cizur-Menor, p. 1013, estima que el hecho de que las personas mayores puedan ver afectada su autonomía por el progresivo envejecimiento no significa que hayan de ser considerados como personas con discapacidad psíquica. Cuestión diferente es que el progresivo deterioro de la capacidad de los mayores los convierta en objetivo fácil que puede afectar tanto a su esfera personal como económica.
 18. Así se manifiesta en el Informe del Comité de Bioética de España sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad (2017: 1-31), p.13. Disponible en: <http://www.comitedebioetica.es/documentacion/>.
 19. **LLUESMA VIDAL, M. y PEYRÓ GREGORI, L.:** «La fragilidad y la vulnerabilidad en el anciano: un abordaje clínico y psicosocial», en: *Los vulnerables: estudios interdisciplinarios sobre la vulnerabilidad* (ed., dir. J.I. Grande Aranda), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, p. 89, desde un punto de vista estrictamente clínico, estiman que un anciano frágil es aquel que tiene una disminución de las reservas fisiológicas -este concepto se utiliza con frecuencia para referirse a los límites de funcionamiento de los órganos cuando están bajo estrés- lo que lo sitúa en una situación de mayor vulnerabilidad ante perturbaciones externas. Como resultado presenta una mayor probabilidad para presentar episodios adversos de salud (hospitalización, institucionalización, caídas) que implicarían una pérdida de capacidades funcionales, discapacidad o dependencia.

3. La persona mayor vulnerable

La primera cuestión antes de plantearnos la proposición de medidas para ayudar a las personas mayores es la de averiguar la edad a partir de la cual se puede considerar mayor a una persona. En el Código civil no encontramos respuesta a nuestra pregunta, puesto que del mismo modo que no establece un concepto de discapacidad tampoco fija una frontera etaria para poder hablar de ancianos²⁰. De ahí que tengamos que indagar en otros ámbitos, por ejemplo, al buscar el término anciano en el diccionario de la RAE nos dice que se trata de aquella persona que «tiene mucha edad y está en el final del ciclo vital»²¹. Sin embargo, esta definición no precisa en que exacto momento de la vida de una persona empieza el final del ciclo vital.

Estimamos que en el Código civil de modo similar a como se ha establecido la edad de 18 años para fijar la mayoría de edad, debería de fijarse una edad a partir de la cual establecer la presunción de que una persona mayor sea considerada vulnerable a los efectos de poder establecer toda una serie de medidas automáticas de protección, aunque no de limitación de capacidad jurídica.

La doctrina no consigue ponerse de acuerdo en el momento en el que comienza la vejez²². Se han formulado varias propuestas a partir de las cuales se considera a una

-
20. **ATAZ LÓPEZ, J.:** «Validez o invalidez», cit., p. 139, estima que tal vez sea una decisión consciente del legislador, para así permitir que bajo el manto de la ley quepa prácticamente cualquier supuesto. Destaca que para la Ley 8/2021 el concepto de discapacidad, a efectos civiles, no se corresponde con la calificación administrativa de discapacidad establecida por la Ley 39/2006 de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, pues expresamente señala la Ley 8/2021 que solamente las referencias a la discapacidad que se realizan en los arts. 96, 756.7, 782 y 1041 se refieren a «las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006»; y que «a los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida (sic) a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica»; lo que nos lleva a una completa y elegante tautología en la que son discapaces quienes precisan de medidas de apoyo, y precisan de medidas de apoyo los que son discapaces.
 21. Las personas mayores son uno de los grupos más numerosos de consumidores en España. Según los datos provisionales del Instituto Nacional de Estadística (INE) de enero de 2020, hay 9.278.923 personas de 65 o más años para un total de población española de 47.332.614, lo que supone un 19,6 % del total de la población.
 22. **SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.:** «La protección de las personas mayores», cit., p. 1014, señala la dificultad de establecer una concreta edad a partir de la cual a una persona se le otorga la condición de persona mayor o de anciano. Señala este autor que en la doctrina se ha propuesto la de la jubilación obligatoria, entre los 65 y los 70 años. En Portugal, **TÁVORA VITOR, P.:** «O dever familiar de cuidar dos mais velhos», *Lex Familiae*, vol. 5, núm. 2008, pp. 47-48, señala la misma dificultad para incluir a mayores dentro de una categoría. Argumenta que todos sabemos a qué nos referimos cuando se trata de personas mayores. Pero ¿mayores de que edad? Señala la autora que recorriendo el sistema jurídico portugués nos encontramos con diferentes barreras etarias. La de los 80 años del art. 114.1 del CC sirve para reducir de 10 a 5 el plazo de la presunción de fallecimiento desde las últimas noticias del ausente. La edad de 70 años es tenida en cuenta por el 1934, 1g) para que los que cuenten con 70 años puedan excusarse de la tutela.

persona como anciana: en primer lugar, está la edad de la jubilación, sin embargo, este dato presenta el inconveniente de que está sometido a continuos cambios en los últimos años. En España esta edad se está retrasando paulatinamente la edad de jubilación, en la actualidad esta edad gira alrededor de los 65 años²³, si bien depende de si se es un trabajador del régimen general de la seguridad social o se pertenece a las denominadas clases pasivas o incluso si se es un trabajador autónomo²⁴. Una segunda propuesta sería la edad de 75 años que según el Código civil es la edad a partir de la cual se reduce el plazo para la declaración de fallecimiento del ausente (art. 193 CC). Una tercera propuesta, esta de carácter esencialmente clínico es la de la universidad de Stanford alguno de cuyos estudios aseguran que la vejez biológica empieza a los 78 años²⁵. Finalmente, está la edad de 80 años que es cuando empieza la denominada cuarta edad; si bien dentro de este colectivo encontramos personas con buena salud, otras con discapacidades por enfermedades degenerativas y otras a mitad camino a las que podemos denominar personas frágiles²⁶. Este límite de los 80 años ha sido utilizado como uno de los factores

-
23. DE BETTENCOURT RODRIGUES MORAIS, D.: «Autonomía personal, autodeterminación sucesoria y financiación del cuidado de las personas mayores en el Derecho portugués», *Revista Boliviana de Derecho*, n.º. 38, 2024, p.262, estima razonable elegir el criterio de los 65 años para clasificar a una persona como mayor, si bien matiza que el criterio determinante ha de ser la vulnerabilidad, aunque no necesariamente está asociada a esa edad.
 24. En España desde el año 2013 se está retrasando paulatinamente la edad de jubilación en el Régimen General y elevando el mínimo de años cotizados, de momento hasta el año 2027 es posible jubilarse a los 65 años (si se cuenta con 38 años y 6 meses cotizados) o los 67 años (si se tiene una cotización inferior a la anterior). Disponible en Pensión de jubilación. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones <https://prestaciones.seg-social.es/servicio/pension-jubilacion.html>. Consultado el 10-10-2024.
 25. Garate, X.: «La Universidad de Stanford determina la edad en la que nos volvemos viejos», El Diario Vasco, 29-03-2024 (Disponible en <https://www.diariovasco.com/sociedad/ciencia-determina-edad-podemos-considerarnos-viejos-20240329103453-nt.html>). Un estudio realizado por investigadores de la Universidad de Stanford y publicado en la revista Nature Medicine analizó el plasma sanguíneo de 4.263 individuos de entre 18 y 95 años. Los investigadores identificaron cambios significativos en los niveles de proteínas a partir de los 78 años, lo que sugiere que este es el momento en el que comienza la vejez biológica. El estudio dividió en tres las etapas de envejecimiento. En la primera franja, a la que se refiere como edad adulta (34-60 años) los cambios son leves. En la segunda franja, calificada como madurez tardía (60-78 años) los cambios físicos se acentúan más. La tercera franja, a la que denominan vejez comienza en los 78 años. En las investigaciones que han arrojado estos resultados se especifica un envejecimiento biológico, que no es el mismo que el cronológico o, por supuesto, el psicológico. Sin embargo, es importante recordar que el envejecimiento es un proceso individual y que cada persona lo experimenta de forma diferente.
 26. ODDONE, M. J. y POCHINTESTA, P.: «La Cuarta Edad: La Fragilidad En Cuestión...», en *Desde La Niñez a La Vejez: Luchas, Resistencias y Actores Emergentes* (eds. M. Paredes y L.), CLACSO, 2019, pp. 325-44. JSTOR, Disponible en <https://www.teseopress.com/sociologiadelas edades/chapter/la-cuarta-edad-la-fragilidad-en-cuestion/>. Consultado: 3-10-2024. El concepto de «cuarta edad» surgió en la década de 1970, cuando los gerontólogos anglosajones y francófonos distinguieron entre la tercera y cuarta edad. La tercera edad se caracteriza por la autonomía e independencia, mientras que la cuarta edad, que empieza a los 80 años, se asocia inicialmente con enfermedad y dependencia. Según las autoras, los grupos de edades (young-old, old-old y oldest-old) no son homogéneos en términos de salud. En el primer grupo, predominan las

para determinar la fragilidad de las personas²⁷. En consecuencia, proponemos que en el ámbito jurídico se establezca la presunción de que toda persona mayor de 80 años sea considerada vulnerable con las consecuencias que más adelante señalaremos y que, como ya hemos señalado, no puede suponer una merma automática de su capacidad de obrar. Este límite lo fijamos en una fecha muy cercana a la esperanza media de vida al nacer que en España está fijada en 82.2 años²⁸. Por otro lado, a título de curiosidad, hemos de tener en cuenta que en el caso de los profesores universitario el art. 81 de Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario (LOSU) permite el nombramiento de profesorado emérito una vez alcanzada la edad de jubilación. La LOSU permite que sean los Estatutos de las universidades las que regulen en su ámbito los requisitos de desempeño y de accesibilidad a esta figura de modo que habrá que estar a la normativa de cada una de ellas, no obstante, la edad máxima para continuar como profesor emérito pivota alrededor de los 76 años²⁹. En consecuencia, por coherencia no nos atrevemos a adherirnos a ninguna corriente de las que proponen que la ancianidad se alcanza antes de esa edad. El establecimiento de una determinada edad para la protección de los mayores no ha de confundirse con el término edadismo que ha sido incorporado por la Real Academia

personas independientes, aunque existen casos de fragilidad y dependencia emergente. En el segundo grupo, prevalece la fragilidad y aumenta la dependencia. En el tercer grupo, la mayoría es dependiente, pero también hay personas frágiles y algunas que mantienen su independencia. En resumen, la fragilidad es la nota común entre los mayores de 80 años, pero no es la única condición posible. El análisis demuestra que la gran vejez no siempre equivale a dependencia. Existen dos perspectivas sobre la cuarta edad: una vinculada con altas patologías y otra con mayor fragilidad, pero altos niveles de autonomía y capacidad sociofuncional. Entre los gerontólogos anglosajones existe acuerdo en que la Cuarta Edad empieza a los 80 años: Laslett, P.: *A Fresh Map of Life: The Emergence of the Third Age*. Cambridge, Harvard University Press, 1989, estima en el Capítulo 5, «The Boundaries of the Ages» que la Cuarta Edad comienza cuando una persona experimenta deterioro físico y dependencia, asociado típicamente a edades avanzadas, alrededor de los 80 años. Asimismo, ROWE, J. W. y KAHN, R. L.: *Successful Aging. The Gerontologist*, 199 introducen la idea de una transición hacia la Cuarta Edad como un estado de fragilidad avanzada, asociada a la disminución de la autonomía en las personas mayores, generalmente en los últimos años de vida.

27. LLUESMA VIDAL, M. y PEYRÓ GREGORI, L.: «La fragilidad», cit., p. 92, estiman la dificultad que implica determinar los factores específicos que llevan a la fragilidad. En primer lugar, se han usado criterios clínicos, como la presencia de enfermedades crónicas, alteración de la marcha, déficits sensoriales, mala autopercepción de la salud, caídas reiteradas, polimedicación, hospitalizaciones frecuentes. En segundo lugar, se han empleado criterios funcionales establecidos en términos de la dependencia en actividades básicas de la vida diaria (ABVD) y dependencia en actividades instrumentales de la vida diaria (AIVD). Finalmente, están los criterios socioeconómicos (vivir solo, viudez reciente, edad mayor de 80 años, bajos ingresos económicos), y criterios cognitivos/afectivos (depresión, deterioro cognitivo).
28. En el año 2022 la esperanza de vida para los hombres se fijó en 80,3 años para hombres y 85,8 en mujeres. *Vid.* Esperanzas de vida en España, 2022. Disponible en: https://www.sanidad.gob.es/estadEstudios/estadisticas/inforRecopilaciones/ESPERANZAS_DE_VIDA_2022.pdf. Consultado el: 13-12-2024.
29. En el caso de la Universidad Jaume I, el art. 4 de la normativa sobre profesorado emérito permite su nombramiento por un periodo de tres años que puede ser prorrogado por otro periodo equivalente. En el art. 1 de dicha normativa, se exige entre otros requisitos haber cumplido 70 años de edad.

en su diccionario en el año 2020 con el significado de «discriminación por razón de edad, especialmente de las personas mayores o ancianas»³⁰.

4. La no equiparación entre ancianidad y discapacidad

Las medidas que hayan de tomarse en protección de las personas ancianas ha de preservar al máximo su autonomía decisoria. Los mayores no pueden quedar relegados a ser meros espectadores de la gestión de sus intereses, tanto personales como patrimoniales, al tiempo que también hay que dar una respuesta a la protección de las personas que sufren una discapacidad por razón de la edad.

Este cruce de caminos entre envejecimiento y discapacidad trae como consecuencia la aplicación a muchas personas mayores la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Nueva York de 2006 (CPPD) que, como ya es de todos sabido, ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico principalmente por la Ley 8/2021³¹. El actual paradigma parte de que las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica, entendiéndose que esta incluye tanto la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones como la de ejercer esos derechos y obligaciones (realizar transacciones y crear, modificar o poner fin a relaciones jurídicas). En este caso, en la doctrina se ha propuesto que la solución para la protección de las personas mayores con discapacidad ha de ser idéntica a la del resto de personas con discapacidad, en consecuencia, habrá que aplicar el nuevo sistema de provisión de apoyos introducido por la citada Ley 8/2021³². En la jurisprudencia en alguna sentencia de finales del siglo pasado ya se advertía que no es posible asimilar senectud con discapacidad³³. No obstante, el objeto de nuestro estudio

-
30. «La palabra "edadismo" entra en el diccionario de la RAE», *Noticias y Gestión de la Dependencia*, 23-diciembre 2023. Disponible en: <https://gestionydependencia.com/noticia/4651/actualidad/la-palabra-edadismo-entra-en-el-diccionario-de-la-rae.html>. Consultado el 10-10-2024. El término Ageism (edadismo) fue acuñado por el psiquiatra y gerontólogo Robert Neil Butler para referirse a la discriminación que padecen las personas mayores en una sociedad envejecida. El doctor Butler fue el primer director del National Institute on Aging de Estados Unidos y fundador del International Longevity Centre.
 31. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: «La protección de las personas mayores», cit., p. 1014, estima que solo cuando sea estrictamente necesario habrá que proteger a la persona mayor de acuerdo al nuevo paradigma introducido por la Ley 8/2021.
 32. GÓMEZ CALLE, E.: «En torno a la anulabilidad de los contratos de las personas con discapacidad», *Almacén de Derecho*, Dic 3, 2021. Disponible en: <https://almacenederecho.org/en-torno-a-la-anulabilidad-de-los-contratos-de-las-personas-con-discapacidad>. Consultado: 11-11-2024, pp. 1.
 33. En la STS 27 noviembre 1995 (RJ 1995, 8717) se estima la nulidad de un testamento abierto ante notario. No obstante, se reconoce que «la senilidad o senectud, como estado fisiológico, es diferente a la demencia senil, como estado patológico, de manera que es igualmente admisible en términos generales que 'la expresión cabal juicio del art. 663.2 CC no hay que entenderla en su sentido literal de absoluta integridad sino más bien en el de que concurren en una persona las circunstancias y condiciones que normalmente se estiman como expresivas de la aptitud mental'. Aún hemos de añadir nosotros que la aseveración notarial respecto de la capacidad de testamentación del otorgante adquiere, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción iuris tantum

no es tanto el de las personas mayores con discapacidad sino aquellas que se encuentran en aquella zona intermedia, de contornos grises y de difícil trazado, que se encuentra entre la plena capacidad y la discapacidad.

III. La protección de las personas mayores en el derecho civil

1. Situaciones de vulnerabilidad contempladas por el Código civil

El Código civil sólo se ha ocupado de regular dos clases de vulnerabilidad: la de los menores de edad y el de las personas con discapacidad psíquica. Estos colectivos son vulnerables porque su capacidad natural de conocer y querer está afectada, lo que a su vez incide en su capacidad de obrar en el Derecho. Esta vulnerabilidad, en ocasiones puede afectar a la capacidad para atender por sí solos al cuidado de su persona y de sus bienes³⁴. En el caso concreto de las personas con discapacidad, tras la comentada reforma de la Ley 8/2021, se pretende que las medidas de apoyo que en su caso se prevean que respeten los derechos, voluntad y preferencias de las personas con discapacidad. Al tratarse de un sistema asistencial de protección sin incapacitación, ha comportado la desaparición de las limitaciones directas de la capacidad de obrar, aunque se siguen manteniendo, si bien de forma mucho más restringida, las limitaciones reflejas que son consecuencia del establecimiento, en situaciones excepcionales, de mecanismos de representación legal, como la curatela representativa del art. 269 CC²⁹. En el caso de los menores de edad se considera que hasta que no alcanzan los 18 años carecen de madurez y experiencia para cuidar eficazmente de sus intereses personales y patrimoniales. En el caso de las personas con discapacidad, la falta de capacidad natural de autogobierno es consecuencia de una enfermedad o discapacidad psíquica, que afecta de forma duradera a las facultades intelectuales y volitivas de la persona, lo que a su vez -en grados extremos -puede afectar a su capacidad para tomar decisiones sobre su persona y bienes³⁵. En el caso de las personas mayores frágiles aun a pesar de poder tener algún tipo de afección leve a sus facultades decisorias habrá que mantener al máximo su libre albedrío.

En estos tres colectivos, la vulnerabilidad está determinada por la falta de capacidad natural de autogobierno. En el caso de las personas mayores, igual que en el caso de los menores y de las personas con discapacidad, la vulnerabilidad presenta como características comunes: en primer lugar, la de ser estable o duradera para todas las personas que se encuentran dentro de cada uno de estos colectivos. En segundo lugar, se trata de una vulnerabilidad estructural, puesto que está relacionada con las circunstancias personales que concurren en todos los integrantes de cada uno de estos tres colectivos³⁶.

de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario (SS 21 Jun. 1986, 10 Abr. 1987, 26 Sep. 1988 y 13 Oct. 1990).

34. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: «La recepción de la idea de vulnerabilidad», cit., p. 38.

35. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: «La recepción de la idea de vulnerabilidad», cit., p. 38.

36. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: «La recepción de la idea de vulnerabilidad», cit., pp. 38 y 39.

La diferencia entre el colectivo de las personas mayores vulnerables y los otros dos colectivos estriba en que en el Código civil se contienen reglas legales propias de cada categoría, pero no contiene ningún régimen jurídico propio de las personas mayores vulnerables³⁷. En la doctrina, como consecuencia del aumento de la esperanza de vida, se ha puesto de relieve la necesidad de que el Derecho preste una especial atención a las personas mayores. Se destaca la insuficiente presencia de la senectud en el Código civil salvo las referencias al derecho de alimento de ascendientes y a la sucesión mortis causa³⁸. El anciano debe de contar con una especial protección habida cuenta de los engaños, manipulaciones, y abusos de los que puede ser objeto. Esta falta de tratamiento específico del anciano en el ámbito del Derecho civil provoca que éste solo pueda ser protegido cuando cuente con un cierto nivel de discapacidad³⁹. En consecuencia, en la doctrina se ha dicho que sólo será posible proteger a los ancianos con discapacidad -salvo las previsiones para las personas consumidoras vulnerables del art. 3.2 TRLGDCU- mediante la normativa propia de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica previstas en el Título XI del Libro I del Código civil. No obstante, entendemos que como quiera que en el Código civil no se establece ningún grado de discapacidad para aplicar el sistema de medidas de apoyo que no hay ningún problema para aplicar este sistema a las personas mayores que lo precisaren, especialmente las de tipo voluntario.

2. Medidas preventivas de protección de las personas mayores por iniciativa propia

El problema del sistema del Código civil es que sólo es válido para determinar la validez o no de actos jurídicos ya consumados. Nuestro Código, a diferencia de lo que sucede con el sistema del TRLGDCU no prevé una protección preventiva ni de las personas con discapacidad ni tampoco de los mayores vulnerables. Las expresiones de persona vulnerable o frágil no aparecen contempladas en el Código civil, lo cual es comprensible puesto que estos términos no se aplicaban a las personas finales del siglo XIX⁴⁰. Sin embargo,

37. TÁVORA VITOR, P.: «O dever familiar», cit., p. 48, estima que la vejez no es base suficiente para la creación artificial de una categoría autónoma de vejez objetivo de un tratamiento unitario, a pesar de que determinadas situaciones potenciadas por el envejecimiento puedan ser tenidas en cuenta por el Derecho. Esto es así porque la edad avanzada no determina la existencia de una categoría homogénea de sujetos.
38. CORRIPIO GIL-DELGADO, M.R.: «La protección patrimonial de la persona mayor», *Anuario de derecho civil*, tomo LXXIII, fasc., 1, 2020, p.103, estima las otras referencias a la ancianidad son de carácter indirecto como el caso del antiguo art. 251 CC en el que permitía la excusa de la tutela cuando su ejercicio fuese excesivamente gravoso por edad o enfermedad. Tras la reforma efectuada por la Ley 8/2021 la excusa por edad ha sido eliminada. La otra referencia indirecta a la senectud es la del art. 193 CC que reduce los plazos para la declaración de fallecimiento cuando el desaparecido cuenta con más de 75 años. (Nota: este interesante artículo de la profesora Corripio fue publicado un año antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021).
39. CORRIPIO GIL-DELGADO, M.R.: «La protección patrimonial», pp. 103-104.
40. En la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, sí que existe una referencia a las personas vulnerables en el Preámbulo, al decir que: «Respecto a los intereses de los colectivos especialmente vulnerables, el ordenamiento civil debe hacer posible, no obstante las especiales necesidades de protección por

sorprende que la expresión anciano ni la de personas mayores o de edad avanzada tampoco aparezcan el Código⁴¹. Las únicas referencias a las personas mayores se efectúan en relación con la figura de la mayoría de edad usando la expresión «persona mayor de edad». De modo que las personas a las que se refiere el Código civil desde un punto de vista etario o son mayores de edad o menores. No obstante, dentro de los menores sí que encontramos referencias a distintas edades: 6 años (art. 173 bis), 12 años (arts. 156 III, 159, 161, 164.3, 172.1, 172 ter 3, 173.2, 176 bis 1, 177.1, 178.2.b y 4 II, 223 III), 14 años (arts. 14, 20.1 b), 21.1. b), 23-a), 663, 775), 16 años (art. 91 III, 156 II, 164, 166, 241, 243, 244, 245, 254, 701. Respecto de las personas mayores existen referencias a los 18 años (17, 19, 20, 21, 91, 240), a los 20 años (art. 20), también a los 25 años y 45 años (175.1 CC en sede de adopción).

La expresión abuelos, salvo una referencia en sede de nacionalidad (art. 22) no ha sido introducida en el Código civil hasta la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. Hoy en día podemos encontrar la expresión abuelos en los artículos 90. 1.b y 2. III, 94 VI, 103, 160.2, 161 CC. El término abuelo y abuela del Código civil no se utiliza con la segunda acepción del diccionario de la lengua española «persona anciana» sino con el de la primera acepción «respecto de una persona, padre o madre de su padre o de su madre»⁴². La expresión ascendiente sí que figura en el Código desde sus inicios con el sentido de «Padre, madre, o cualquiera de los abuelos o bisabuelos, de

razón de edad o de disminución psíquica o física, que todas las personas puedan desarrollar su proyecto de vida y tomar parte, en igualdad de derechos y deberes, en la vida social». Asimismo, se establece que en el capítulo VI incluye un nuevo instrumento de protección, la asistencia, dirigido al mayor de edad que lo necesita para cuidar de su persona o de sus bienes debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas. Se parte, así, de una concepción de la protección de la persona que no se vincula, necesariamente, a los casos de falta de capacidad, sino que incluye instrumentos que, basándose en el libre desarrollo de la personalidad, sirven para proteger a las personas en situaciones como la vejez, la enfermedad psíquica o la discapacidad. Este instrumento puede ser muy útil, también, para determinados colectivos especialmente vulnerables, pero para los cuales la incapacitación y la aplicación de un régimen de tutela o curatela resultan desproporcionadas, como las personas afectadas por un retraso mental leve u otras para las que, por el tipo de disminución que sufren, los instrumentos tradicionales no son apropiados para atender a sus necesidades».

41. En la Ley 21 del Fuero Nuevo de Navarra sí que se contiene una norma de protección a las personas vulnerables, si bien no utiliza este vocablo al establecer que: «Ley 21. La influencia indebida. Son anulables las declaraciones de voluntad realizadas en beneficio de quien, teniendo bajo su dependencia al otorgante, aprovecha esa situación para conseguir, para él u otros, una ventaja que de otro modo no hubiera obtenido.

Abuso de influencia. Asimismo, son anulables las realizadas por la influencia abusiva de otro que aprovecha la confianza en él depositada, la debilidad mental o la angustia del declarante, con obtención de un beneficio». Sin embargo, en el Preámbulo sí que se hace referencia a que «se añade, ley 21, una modalidad tendente a la protección de situaciones de vulnerabilidad o dependencia –influencia indebida y abuso de influencia–, que se presentan sociológicamente de forma mayoritaria por razón del envejecimiento de la población, pero que no se limitan exclusivamente a esos supuestos y resultan aplicables a cualesquiera otros de dependencia fáctica».

42. Voz: abuelo, la. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.8 en línea]. Disponible en: <https://dle.rae.es>. Consultado: 12-10-2024].

quien desciende una persona»⁴³. Esta expresión hoy en día se utiliza en sede de derechos y deberes de los cónyuges (art. 68), alimentos (arts. 143, 144) ausencia legal (art. 184) tutela y curatela (arts. 213 y 276) y principalmente se utiliza en el Derecho de sucesiones (arts. 712, 756, 775, 793, 807, 809, 810, 811, 812, 814, 837, 838, 853, 854, 931, 935, 938, 939, 940, 944, 1039 y 1041), asimismo hay referencia a los ascendientes en los arts. 1267 CC para referirse a la intimidación y finalmente en el 1653 CC dentro de la figura de la enfiteusis.

La única consecuencia jurídica que provoca la elevada edad en el Código civil es la prevista en el art. 193 CC que en caso la declaración de fallecimiento se reduce el plazo general de 10 años a 5 cuando el ausente hubiera cumplido 75 años⁴⁴. Con ocasión de las modificaciones efectuadas por la Ley 8/2021 ha desaparecido la otra consecuencia que producía la edad elevada que era la prevista en el antiguo art. 251 CC que permitía excusarse en el ejercicio de la tutela cuando por edad o enfermedad resultase excesivamente gravoso.

En el ámbito del derecho de consumo sí que se ha establecido un concepto de persona consumidora vulnerable en el art. 3.2 TRLGDCU. La introducción del término «persona consumidora vulnerable» en la normativa estatal de defensa de consumidores y usuarios corresponde al Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica que tras su convalidación, que ha sido derogado tácitamente tras la entrada en vigor de la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica. La citada normativa ha modificado varios preceptos del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (arts. 3.2, 8.1 y 2, 17.3, 18.2, 19.6; 20.2; 43.c, 47.l, 60.1.11, 72.11, 97.1 y 97 bis.1). Sin embargo, a pesar del amplio número de preceptos modificados las medidas que se establecen para proteger a los consumidores vulnerables quedan incardinadas en el ámbito de la información precontractual⁴⁵.

En el ordenamiento jurídico privado podemos encontrar toda una serie de instrumentos que las personas pueden utilizar en previsión de una futura discapacidad o como una forma de autoprotección de su persona y patrimonio para cuando lleguen a una edad avanzada en la que sus necesidades asistenciales se van a incrementar⁴⁶. Algunas de

43. Voz: ascendiente. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.8 en línea]. Disponible en: <https://dle.rae.es>. Consultado: 12-10-2024].

44. CORRIPIO GIL-DELGADO, M.R.: «La protección patrimonial», cit., p. 104, señala que la protección civil a las personas mayores se limita a los ámbitos regulados para las personas discapacitadas que sólo serán aplicables a la persona mayor cuando alcance cierto grado de discapacidad. Estas soluciones no son suficientes cuando las personas mayores todavía no han alcanzado los umbrales de capacidad o incapacidad requeridos.

45. La doctrina estima que la protección a las personas consumidoras vulnerables se ha focalizado principalmente en la información precontractual. Vid. CARRASCO PERERA, A.: «Consumidores vulnerables», *Otrosí, Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 8/2021, p. 42. Disponible en: https://www.otrosi.net/wp-content/uploads/2022/05/Otrosi_24_mayo2021_version_imprenta_compressed.pdf. Consultado: 19-10-2024.

46. CORRIPIO GIL-DELGADO, M.R.: «La protección patrimonial», cit. p. 105, estima que este tipo de medidas permiten que el patrimonio de la persona mayor quede vinculado al aumento de sus

estas medidas van a permitir a los ancianos una capitalización con la cual pagar los cuidados y asistencias que precisan⁴⁷:

1. El contrato de alimentos ex art. 1791 CC por el que una persona a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos puede exigir a otra que le proporcione vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida.
2. La hipoteca inversa permite a las personas mayores de 65 años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia, que sean propietarias de una vivienda, que sea su vivienda habitual y esté libre de cargas, la obtención de una renta mensual hasta el momento de su muerte. El beneficiario ni tiene que devolver en vida ni las cantidades recibidas como consecuencia del préstamo hipotecario ni los intereses. Esta figura está regulada por la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. La hipoteca inversa y la renta vitalicia permiten a la persona mayor garantizarse unos ingresos complementarios a los de su pensión de jubilación que están fuera del alcance de cualquier tipo de manipulación por familiares y cuidadores como sucede con los depósitos bancarios. La falta de liquidez tiene que ser prevista por la persona mayor de manera anticipada habida cuenta la dificultad de transformar rápidamente el patrimonio inmobiliario en dinero efectivo. El problema de esta figura es que los ciudadanos españoles, igual que nuestros vecinos portugueses tienen la mentalidad de conservar los bienes a para transmitirlos a sus familiares cuando fallezcan⁴⁸.
3. La renta vitalicia es un tipo de seguro que garantiza a la persona mayor una renta constante y periódica -habitualmente mes a mes- con carácter vitalicio, es decir, hasta el fallecimiento del asegurado. Las rentas vitalicias funcionan de la siguiente manera: el cliente aporta una prima inicial única por lo general a una aseguradora, cantidad que esta gestionará hasta el momento en que comiencen los pagos periódicos o en caso de que el cliente solicite el rescate. La ventaja para el cedente consiste en que le permite olvidarse de la preocupación de cómo administrar su dinero puesto que será la aseguradora la que irá entregándole cada mes la cantidad pactada, al tiempo que evita que desde su entorno familiar puedan intentar darle otro uso distinto. El contrato de renta vitalicia está regulado en los arts. 1802 a 1808 CC. La definición legal de esta figura se encuentra en el art. 1802 que establece que «el contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes

necesidades asistenciales que van unidas a su progresiva pérdida de autonomía. Entre estas medidas señala los contratos de alimentos y de vitalicio, las donaciones modales, la hipoteca inversa y el seguro de dependencia, o los contratos con centro residencial, así como las autotutelas, pactos de acogida o los pactos de convivencia y ayuda mutua.

47. DE BETTENCOURT RODRIGUES MORAIS, D.: «Autonomía personal», cit., p.267.

48. DE BETTENCOURT RODRIGUES MORAIS, D.: «Autonomía personal», cit., p.268, señala que en Portugal, ese mecanismo no está regulado por ley y que cuando estos productos han aparecido asociados a compañías de seguros no han tenido el éxito esperado.

muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión». En este contrato el *aleas* está representado por la vida probable del dueño de los bienes cedidos, que se establece como parámetro para medir la duración de la renta vitalicia⁴⁹.

4. El otorgamiento de poderes y mandatos preventivos con cláusula de subsistencia que permiten a una persona, que prevé que en un futuro va a necesitar de apoyo para ejercitar su capacidad jurídica, designar en escritura pública a otra de su absoluta confianza para que en un futuro lo represente sus intereses tanto personales como patrimoniales. Esta medida de apoyo voluntaria puede evitar el nombramiento de un curador y pervive aun en el caso de que se designase medidas judiciales de apoyo para el caso de perder la capacidad necesaria para manifestar su voluntad. Esta medida está prevista en ellos arts. 256 a 262 CC⁵⁰.

A través de estos poderes y mandatos el mayor vulnerable, que no está aquejado de discapacidad, puede configurarse una asistencia de modo similar a la asistencia prevista en el Código Civil de Cataluña (regulada en los artículos 226-1 a 226-8 del Código Civil de Catalunya) consistente en ofrecer protección jurídica complementaria a aquellas personas que, debido a sus condiciones psicofísicas puedan ser vulnerables, pero sin que implique la necesidad del otorgamiento de medidas de apoyo⁵¹. La principal función de esta figura, que fue introducida por Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, era que evitar la incapacitación judicial de una persona que era requerida para nombrar un curador o un tutor. Es la figura ideal para personas que tienen aptitud para ejercitar sus derechos, pero requieren la ayuda de un tercero, el asistente, para realizar determinadas actividades⁵². En la esfera personal, el asistente tiene que velar por el bienestar y cuidado de la persona asistida, respetando su voluntad y sus opciones personales. Al asistente le corresponde recibir la información sobre la salud de la persona asistida y dar consentimiento sobre la realización de tratamientos médicos, si la persona asistida no puede decidir por ella misma sobre la realización de actos y

49. DOMÉNECH GARRET, C.: *Vademécum de Derecho Civil y Procesal Civil*, 3.^a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 202-204.

50. BERROCAL LANZAROT, A.I.: «Las medidas voluntarias de apoyo en la Ley 8/2021, de 2 de junio: los poderes y mandatos preventivos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 786, pp. 2410 y 2413, estima que con estas medidas se posibilita que la persona la posibilidad planifique de forma anticipada la cobertura de sus necesidades vitales de modo que sean operativas para cuando no pueda ejercer adecuadamente su capacidad jurídica. Asimismo, destaca que estas medidas de apoderamiento admiten una doble configuración de mandato preventivo representativo o de mandato preventivo sin representación.

51. Al respecto más información en Solé Resina, J.: «La asistencia: la medida formal de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica del Derecho catalán», *Actualidad civil*, núm. 4, 2024, estima que como lo se trata de proporcionar al individuo medidas de apoyo que, además de permitirle planificar de forma anticipada la cobertura de sus necesidades vitales, sean operativos cuando no pueda ejercer adecuadamente su capacidad jurídica.

52. *La STSJC, Sala 1.^a de 7 de marzo de 2018 recogida por STSJC 52/2018, de 4 de junio se refiere a la asistencia prevista en el art. 226-1 CCCat, [...] para las personas mayores de edad que puedan tener cuidado de sí misma o de sus bienes, a causa de una disminución no incapacitante de sus facultades físicas y psíquicas (que no es el caso litigioso), pueden solicitar el nombramiento de un asistente por el procedimiento de jurisdicción voluntaria».*

tratamientos médicos y no ha otorgado un documento de voluntades anticipadas. En la esfera patrimonial, el asistente intervendrá junto con la persona asistida, en los actos jurídicos relacionados con las funciones de la asistencia. A petición de la persona asistida, la autoridad judicial también puede conferir al asistente funciones de administración del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de ésta de realizar actos de esta naturaleza por ella misma. En nuestra opinión es la figura de apoyo más adecuada para la persona mayor vulnerable por permitir a esta la máxima autonomía posible en su esfera personal y patrimonial al tiempo que le ofrece una protección adecuada de sus intereses. Representa el punto máximo de ponderación entre la autonomía de la voluntad de una persona y la protección de la misma sin incurrir en paternalismos intrusivos⁵³.

5. Otorgamiento de escritura de autocuratela en previsión de una futura discapacidad o situación de vulnerabilidad (arts. 271 a 274 CC). En este caso se nombra o excluye a una persona como curador, además podrá establecer «disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela, el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, etc. En este caso a diferencia de los poderes preventivos el curador necesitará autorización judicial para los actos de disposición patrimonial de los bienes de la persona con discapacidad. El juez queda vinculado por la escritura de autocuratela, salvo concurrencia de causas graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración sobrevenida de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta (art.272 CC). En cuanto a los tipos, se puede proponer una curatela asistencial, representativa o mixta (asistencial para unos actos y representativa para otros), según los actos de que se trate o designar un curador para el cuidado de la persona y otro del patrimonio.
6. El recurso a la guarda de hecho, prevista en los arts. 250 y 263 a 268 CC, que es una medida de apoyo de carácter informal pero reconocida por el derecho introducida por la Ley 8/2021. Realmente no se trata de una medida de apoyo voluntaria prevista por la persona mayor vulnerable o la persona con discapacidad puesto que se trata

53. En el Preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia., se hace referencia a la asistencia en los siguientes términos: «El capítulo VI incluye un nuevo instrumento de protección, la asistencia, dirigido al mayor de edad que lo necesita para cuidar de su persona o de sus bienes debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas. Se parte, así, de una concepción de la protección de la persona que no se vincula, necesariamente, a los casos de falta de capacidad, sino que incluye instrumentos que, basándose en el libre desarrollo de la personalidad, sirven para proteger a las personas en situaciones como la vejez, la enfermedad psíquica o la discapacidad. Este instrumento puede ser muy útil, también, para determinados colectivos especialmente vulnerables, pero para los cuales la incapacitación y la aplicación de un régimen de tutela o curatela resultan desproporcionadas, como las personas afectadas por un retraso mental leve u otras para las que, por el tipo de disminución que sufren, los instrumentos tradicionales no son apropiados para atender a sus necesidades. En línea con las directrices de la Recomendación R (99) 4, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 28 de febrero de 1999, y con los precedentes existentes en diferentes ordenamientos jurídicos del entorno de Cataluña, se considera más adecuado este modelo de protección, paralelo a la tutela o la curatela. Además, esta tendencia es la misma que inspira la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad».

de una medida que surge de la voluntad espontánea del guardador⁵⁴. La guarda de hecho es incompatible con las medidas voluntarias o judiciales de apoyo que se estén aplicando eficazmente (art. 250 IV CC). El guardador de hecho en circunstancias excepcionales puede realizar actuaciones representativas siempre que se obtenga autorización judicial (art. 264 CC)⁵⁵.

7. La constitución de un patrimonio protegido. Las personas mayores pueden realizar las previsiones necesarias para cuando en un futuro se encuentren en situación de discapacidad puedan constituir un patrimonio protegido de acuerdo con la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria (LPPPD). De ese modo pueden contar con una mejor conservación de su patrimonio, así como al mantenimiento de su calidad de vida habida cuenta que la persona anciana en los últimos años de su vida depende básicamente de los sistemas de protección públicos (pensiones) y, en su caso, del correcto rendimiento de su patrimonio. La aplicación de la LPPPD a las personas mayores se encuentra con el obstáculo que solo pueden acceder a los beneficios de la misma las personas con discapacidad psíquica igual o superior al 33 % o una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 % (art. 2.2 LPPPD). En consecuencia, quedan fuera del paraguas protector de la norma, tanto las persona cuya minusvalía no

54. LECIÑENA IBARRA, A.: «Función de los apoyos informales en la toma de decisiones de las personas mayores vulnerables», en *Personas vulnerables y derecho* (dirs. O. GARCÍA PÉREZ y C. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 351, estima que esta figura que ya estaba incorporada al Código civil desde 1983 podría haber sido renombrada de modo más acorde con la reforma de la Ley 8/2021. Asimismo, señala que en la guarda juega un papel muy importante la voluntad de la persona guardada que puede estar presente en el nacimiento de esta figura, así como en el desarrollo y extinción de la misma. El art. 267.1.º permite que la persona guardada solicite que el apoyo prestado sea organizado de otra forma.

55. La STS (Pleno) 20 octubre 2023 (ECLI: ES:TS:2023:4212) permite la sustitución de la guarda de hecho por una curatela representativa en favor del hijo que había venido actuando como guardador de hecho. Por otro lado, esta sentencia pone de relieve la amplitud del término vulnerable, puesto que en ese caso lo asimila al de persona con discapacidad. Este proceso se inicia a instancia del hijo de un anciano de 92 años con deterioro cognitivo que escapa de casa sin avisar aprovechando que su hijo está trabajando, y saca dinero del banco y abre nuevas cuentas sin saber por qué y para qué. En la sentencia de apelación que confirma la de primera instancia se reconoce que el médico forense concluye que el anciano «padece de un deterioro severo de sus funciones cognitivas, volitivas e intelectivas» y «carece por completo de autonomía alguna, precisando incluso para la supervivencia el apoyo que le prestan terceras personas». La Audiencia reconoce la condición de vulnerable del padre al decir que «La persona necesitada de apoyos presenta limitaciones para expresar su voluntad, deseos, preferencias; presenta limitaciones a la hora de tomar decisiones de manera autónoma, es una persona vulnerable y sus capacidades cognitivas-volitivas están condicionadas por la patología que presenta; en relación con la intensidad del apoyo, requiere el apoyo más intenso (representación) en las áreas económico-jurídico- administrativo y salud. Asimismo, la STS 18 junio 2024 (ECLI: ES:TS:2024:3527) en un caso de un anciano con Alzheimer degenerativo en estado muy avanzado estima la insuficiencia de la guarda de hecho para cubrir todas sus necesidades de apoyo, que alcanza no sólo a las funciones asistenciales, sino también a las de representación, prácticamente en todos los ámbitos personales y patrimoniales

alcance aquellos valores como aquellas a pesar de contar con ellos todavía no les ha sido determinada de acuerdo con las previsiones del art. 2.3 LPPPD (certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme). La doctrina ha criticado que la LPPPD no pueda aplicarse a personas mayores que aun a pesar de haber sido diagnosticadas de graves enfermedades incapacitantes como el Alzheimer, Parkinson, esclerosis múltiple, por encontrarse en una fase inicial de la enfermedad todavía no han alcanzado los grados de discapacidad exigidos por la ley⁵⁶. La solución sería la de permitir a la persona anciana la constitución de un patrimonio protegido, aun a pesar de no contar con el grado de discapacidad exigido por la ley⁵⁷. De *lege ferenda* proponemos que toda persona a la que se le diagnostique cualquier enfermedad discapacitante pueda constituir un patrimonio protegido desde el instante en que se le diagnostique la enfermedad. Asimismo, toda persona mayor de 80 años tendría que tener la posibilidad de constituir un patrimonio protegido aun sin contar con ningún tipo de discapacidad, solo por el hecho de haber alcanzado el estatus de persona mayor vulnerable. De modo que para la adopción de ambas medidas tendría que readaptarse el art. 2 LPPPD (Beneficiarios). Asimismo, tendría que reformarse el art. 3 LPPPD (Constitución) que si bien permite en su apartado 1.a) que pueda constituir un patrimonio protegido la «propia persona con discapacidad beneficiaria» debería permitir a cualquier persona la constitución de un patrimonio protegido cuyo nacimiento se produciría en el futuro cuando concurriese alguna de las siguientes causas: a) discapacidad psíquica (igual o superior al 33 por ciento), discapacidad física o sensorial superior al 65 por ciento). b) diagnóstico debidamente acreditado de enfermedad degenerativa con capacidad de provocar en el futuro discapacidades psíquicas o físicas o sensoriales que alcancen los citados grados. c) cumplir 80 años, con independencia de que en la persona concurran o no causas de discapacidad.

8. Los documentos de voluntades anticipadas. Estos documentos, también conocidos como testamento vital, permiten a una persona en previsión de una pérdida de su capacidad jurídica o, incluso de encontrarse en situación de vulnerabilidad pueda expresar sus deseos respecto de los cuidados y tratamientos médicos aplicables ante futuros problemas de salud que requieran intervención médica⁵⁸. A nivel estatal, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del

56. CORRIPIO GIL-DELGADO, M.R.: «La protección patrimonial», cit. pp. 109 y 134, estima que todo el colectivo de personas mayores, a partir de la edad de jubilación, debería tener acceso automático a los beneficios de la Ley de protección patrimonial de la persona con discapacidad.

57. CORRIPIO GIL-DELGADO, M.R.: «La protección patrimonial», cit. p. 110. Zurita Martín, I.: *Protección civil de la ancianidad*, Dykinson, Madrid, 2004, p.279, señala que los propios mayores o sus hijos previendo su futura discapacidad optaran por esa figura de protección.

58. ECHEVARRÍA DE RADA, T.: «El documento de voluntades anticipadas: Capacidad para otorgarlo y forma de emisión de la declaración», en *La voluntad de la persona protegida: Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (dir M. Pereña Vicente, coords. G. DÍAZ PARDO y M. NÚÑEZ NÚÑEZ;) Dykinson, Madrid, 2018, p. 282, estima que el documento de voluntades anticipadas, testamento vital o documento de instrucciones previas garantiza el respeto de la autonomía de las personas en el ámbito sanitario. Este documento constituye una excepción al régimen de otorgamiento del consentimiento por sustitución. Supone una extensión de la autonomía reconocida de las personas, al permitirles expresar sus deseos sobre cuidados y tratamientos aplicables en futuras situaciones médicas previsibles.

paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, la que regula en su art. 11 el denominado documento de «Instrucciones previas». Esta normativa se completa con el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro Nacional de Instrucciones Previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal. La mayoría de las comunidades autónomas cuentan con su correspondiente normativa de voluntades anticipadas⁵⁹.

9. La utilización del derecho de reversión. Este mecanismo está previsto en el art. 812 CC y opera en aquellos casos en los que los padres o ascendientes que en su día realizaron una donación en favor de sus hijos o descendientes, sobreviven a los donatarios. La reversión requiere de un segundo requisito consistente en que los donatarios carezcan de descendencia. En este caso los bienes donados no forman parte del activo hereditario del causante y han de regresar al patrimonio originario del que salieron⁶⁰. No obstante, en una sociedad envejecida tendrían que reconocerse derechos a los progenitores ancianos cuando se encontrasen en situación de necesidad, más allá de la figura de los alimentos entre parientes y coexistiesen con los herederos legitimarios (en cuyo caso no opera la reversión). Se podría ampliar a estos progenitores estableciendo por ministerio de la ley un derecho habitación similar al que en el 822 CC se puede establecer en favor del legitimario que esté en situación de discapacidad. Otra medida sería la de institucionalizar un legado de alimentos ex lege en favor de los progenitores que estuviesen en situación de vulnerabilidad, tomando como ejemplo los arts. 879 y 880 CC. Asimismo, instituyendo algún tipo de titularidad fiduciaria, sujeta a reserva, en favor de los progenitores vulnerables similar a la prevista en el art. 811 CC⁶¹.

3. Medias automáticas de protección al patrimonio y a la persona mayor vulnerable

Las medidas descritas en el apartado anterior se refieren a supuestos que pueden ser previstos de manera anticipada por una persona con plena capacidad en el ejercicio de sus derechos en previsión de una futura situación de discapacidad o vulnerabilidad. Sin embargo, el Código civil debería prever toda una serie de medidas que se aplicasen de modo automático cuando una persona cumpliera 80 años que es la edad que, de *lega*

59. Ley Foral 17/2010, sobre derechos de las personas en el ámbito sanitario, ha sido la última norma autonómica que ha sido dictada sobre voluntades anticipadas.

60. SÁNCHEZ LÓPEZ-MUELAS, C.E.: «El derecho de reversión: ¿Qué ocurre cuando un hijo que ha recibido una donación de sus padres fallece sin descendencia?», *LegalToday*, 24-08-2024. Disponible en: <https://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/el-derecho-de-reversion-que-ocurre-cuando-un-hijo-que-ha-recibido-una-donacion-de-sus-padres-fallece-sin-descendencia-2024-08-29/>. Consultado: 24-10-2024, estima que, fallecido el descendiente sin posteridad, estos bienes revierten al patrimonio de los ascendientes, la reversión opera de manera automática, sin necesidad de previa partición y liquidación de la herencia. Al no integrar la herencia del donatario, ni se computan para el cálculo de sus legitimas y no responden de sus deudas (RDGSJFP 13 junio 2016).

61. CORRIPIO GIL-DELGADO, M.R.: «La protección patrimonial», p. 111, propone todas estas medidas de tipo sucesorio como complemento del ya existente derecho de reserva del art. 812 CC.

ferenda, proponemos para establecer una presunción de vulnerabilidad. Estas medidas que proponemos a pesar de que presentan el inconveniente de que van a suponer un incremento de los requisitos contractuales que debe sortear una persona mayor, sin embargo, presentan la ventaja de que el anciano va a continuar detentando su absoluta autonomía a la hora de realizar las transacciones económicas a la par que le va a permitir una mejor protección de su patrimonio frente a injerencias de terceros. Se trata de evitar la posibilidad de que el patrimonio de una persona mayor pueda ser objeto de su expoliación por sus propios familiares o por terceros como sucede con los cuidadores de ancianos que aprovechándose de su pérdida de facultades ejercen una influencia indebida sobre los mismos⁶². En nuestra opinión sólo cuando el anciano conserva el poder de mando sobre su esfera patrimonial con contrapesos suficientes para evitar las influencias indebidas puede hacerse efectivo el mandato del art. 634 CC que establece en sede de donaciones que el donatario ha de reservarse «en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias». La dignidad de la persona del art. 10 CE exige que el anciano se vea respetado hasta el final de su vida, con frecuencia aquellas personas que en el lenguaje popular «han dejado en vida su heren-

62. Un supuesto de vaciamiento total del patrimonio de unos ancianos es el que se recoge en la STS (2.ª) 14 abril 2009 (JUR 2024, 460962). El condenado actúo amparado en su condición de presidente, apoderado y representante de fundación encargada de la gestión del geriátrico en el que estaban ingresados un matrimonio de nonagenarios, el marido con un grave Alzheimer y la esposa con demencia senil. El referido matrimonio, aparte de un significativo patrimonio inmobiliario, disponía de un importante capital en dinero depositado en una entidad bancaria. El presidente de la fundación consiguió que la mujer le nombrara autorizado en las cuentas bancarias. El autorizado, que creía que los ancianos carecían de herederos, empezó a transferir dinero desde las cuentas de los ancianos a otras de las que era titular la fundación. Fallecido el marido el presidente suscribe con la viuda un contrato privado de venta en el que el acusado compra, en nombre de la fundación, del geriátrico el piso donde había residido el matrimonio, varias casas y fincas rústicas. El precio ficticio nunca se llegó a pagar. Consciente de las irregularidades de las compraventas efectuadas, el acusado con la intervención de notario realiza una compraventa del principal inmueble en favor de una inmobiliaria al tiempo que un solo acto realiza la aceptación y adjudicación de la herencia intestada del finado marido. El Notario no hizo ninguna indagación sobre la capacidad de obrar de la anciana. En este momento la esposa ya había sido incapacitada. El comprador de la finca entregó el precio de la misma a un representante de la fundación. Se condena la presidente de la fundación como autor de un delito continuado de apropiación indebida a 5 años de prisión y al Notario por delito de falsificación por imprudencia grave de un documento público. Se declara asimismo, se declara la nulidad radical del documento privado otorgado en 9 de enero de 2001 entre mujer, como vendedora, y el comprador en nombre y representación de la Fundación San Rosendo. Se recoge en la sentencia que: «*sin desplegar un mínimo proceso indagatorio del estado mental de la vendedora, que ya había sido declarada judicialmente incapaz y no estaba en condiciones de firmar ni de intervenir en la venta, autorizó la escritura sin hacer constar aquel antecedente inicial, valiéndose de dos testigos instrumentales, uno de los cuales firmó por la vendedora, haciendo constar el Notario que aquélla a su juicio tenía capacidad legal para formalizar la escritura*». En esta sentencia se cita la STS 1038/2003 de 16/06/2003, que mantiene que nos encontramos ante un supuesto paradigmático de abuso de relaciones personales, en el caso de la directora de una Residencia de Ancianos y las personas confiadas a su cuidado, y ante una maquinación engañosa perfectamente urdida, facilitada por las relaciones entre defraudador y víctima, pero con sustantividad propia.

cia» a sus herederos no sólo se ven sin capacidad económica, sino que sus parientes les han situado en una contingencia en la que en ocasiones su única salida es trasladarse a vivir a una residencia⁶³.

1. Obligatoriedad del otorgamiento de escritura pública y autorización judicial en todos los contratos inter vivos que afecten a la disposición de su vivienda habitual cuando esta la pertenezca en propiedad. Obligatoriedad, ahora solo de la escritura pública, en todos los contratos traslativos de dominio recayentes sobre bienes inmuebles de su propiedad o sobre los que se que tenga que constituir o extinguir un derecho de usufructo o cualquier otro tipo de gravamen. Asimismo, necesidad de escritura pública en todos aquellos negocios jurídicos de disposición patrimonial cuyo valor sea superior a 1.000 euros, tales como donaciones, condonaciones, arrendamientos, etc. Someter a autorización judicial los apoderamientos generales, así como los especiales, conferidos por las personas mayores de 80 años⁶⁴. Habida cuenta la frecuencia con los que estos apoderamientos se utilizan para vaciar los patrimonios de los mayores⁶⁵. Obligatoriedad del testamento notarial abierto a partir de la edad de 80 años estableciendo la nulidad de cualquier otro tipo de testamento traspasada esa edad⁶⁶.
2. Obligatoriedad de la forma escrita para todo tipo de negocios jurídicos de los que sea parte una persona mayor de 80 años cuando su cuantía no sea superior a 1.000 euros y no sea obligatoria el otorgamiento de escritura pública.
3. Prohibición de la contratación telefónica con ancianos de 80 años, estableciéndose la nulidad de todos los contratos celebrados por esta vía con independencia de su

63. Mi querida abuela siempre me decía que los mayores si querían ser respetados hasta el final de sus días tenían que continuar mandando sobre su dinero. Sentenciaba que si perdías el control de tu patrimonio corrías el peligro de ir a morirte sólo y pobre al «asilo».

64. CORRIPIO GIL-DELGADO, M.R.: «La protección patrimonial», p. 124, va un poco más allá de nuestra propuesta y estima procedente introducir controles o restricciones a la libre disposición de su patrimonio personal o de su vivienda habitual.

65. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: «El mandato» en *Derecho civil II. Obligaciones y contratos* (Coord. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE) 6.ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 461, señalan como un caso de extralimitación en el mandato aquel en el que el mandante autoriza con carácter general para realizar donaciones a una persona cercana, y esta abusa de la confianza, disponiendo gratuitamente de los bienes en su favor o de un familiar. Proponen como ejemplo la STS 24 octubre 2008 (Tol 1393366) , en la que un matrimonio de ancianos autorizó a uno de sus hijos «para hacer y aceptar donaciones», facultándole para incurrir en autocontratación. El apoderado constituyó una sociedad a la que aportó dos inmuebles de sus padres, en los que estos residían, y, posteriormente, se donó a sí mismo y a su hija la totalidad de las participaciones sociales, sin conocimiento de los ancianos. El Tribunal consideró nulas las donaciones por extralimitación del mandatario, al haber aprovechado este la confianza que en él se había depositado para privar a los mandantes de todo su patrimonio.

66. En el ámbito sucesorio en el causante es una persona vulnerable, puede consultarse a VAQUER ALOY, A.: «El maltrato al causante vulnerable: a favor de una nueva causa de indignidad sucesoria», *ADC*, tomo LXXIII, 2020, fasc. III, pp. 1067-1095, propone la creación de una nueva causa de indignidad sucesoria que permita la protección a los causantes vulnerables del maltrato a que ha sido sometidos por sus allegados llamados a la herencia.

cuantía. Asimismo, la prohibición de las ventas a domicilio a las personas mayores de 80 años⁶⁷.

4. Los vicios del consentimiento en contratos celebrados por mayores con discapacidad

Los mecanismos clásicos de protección del consentimiento contractual han sido los denominados vicios del consentimiento: el error, el dolo, la violencia y la intimidación (arts. 1265 a 1270 CC). Los vicios del consentimiento se producen en situaciones típicas de déficit de consentimiento, en consecuencia, aquel no cuenta con la intensidad necesaria para producir los efectos propios que el derecho enlaza con su emisión⁶⁸. Cuando en la celebración de un contrato concurre un vicio de la voluntad sólo por ese hecho se convierte en vulnerable a la persona contratante que lo ha sufrido, porque su consentimiento se ha visto debilitado hasta el punto de ser incapaz de fundar la fuerza vinculante del contrato. En el caso de los ancianos que han sido presionados o incluso engañados por parientes o allegados el vicio aplicable a esta conducta es el dolo. A esta figura se refiere el art. 1269 CC, cuando afirma que «Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro celebrar un contrato que, sin ellas no hubiera hecho». El dolo para que pueda provocar la invalidez del contrato ha de ser grave, de acuerdo con lo expresado por el art. 1270 CC, lo que implica que, de no haber existido las manipulaciones engañosas de la otra parte, la persona afectada por el engaño no habría contratado⁶⁹.

67. La STS 14 octubre 2021 (ECLI: ES:TS:2021:3666) en un caso en el que hay que ponderar entre el derecho al honor y la libertad de expresión, por la existencia de insultos en una página web a empresas que se dedican a la venta de productos a ancianos en sus domicilios, se determina la prevalencia de la libertad de expresión. A los efectos de nuestro trabajo, destacamos el FD 6.º en el que se señala que «la sentencia recurrida da por probada: (i) la existencia de cierta alarma social por prácticas comerciales de venta a domicilio como las que llevan a cabo las demandantes y de las que han alertado, en otras páginas web, tanto trabajadores como presuntas víctimas, censurando la presencia de vendedores en domicilios de personas vulnerables como ancianos a los que, con promesas de regalos, ofrecen la venta de colecciones de libros u otros bienes a precios elevados y con financiación abusiva; (ii) así como la existencia de un debate público sobre la legalidad o, al menos, la moralidad de dichas prácticas».

68. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: «La recepción de la idea de vulnerabilidad», cit., p. 43.

69. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «El contrato y sus elementos esenciales», en *Derecho civil II. Obligaciones y contratos* (Coord. J. R de Verda y Beamonte) 6.ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 214-216, señala que por lo general, el dolo suele implicar un error que genera en el declarante una percepción falsa de la realidad, influyendo en su consentimiento. Sin embargo, en algunos casos también puede manifestarse como dolo concurrente, cuando una parte, aprovechándose de su posición de prevalencia, influye ilícitamente en la voluntad de otra persona vulnerable (anciana, enferma o socialmente aislada) sin necesariamente inducirla a un error. Este el caso de la STS 28 septiembre 2011 (Tol 2246826), la cual anuló por dolo una donación de varias fincas hecha por una anciana octogenaria celebrada bajo la presión provocada por un estado emocional creado por su hijo. Se estima la existencia de actuación dolosa de hijo de donante octogenaria en la preparación notarial de escrituras de donación de más fincas que las previstas por ella, sin contar con su voluntad y consentimiento: firma nula al otorgarse por la donante por la presión que le imponían las circunstancias bajo un estado emocional provocado por una situación deliberada para arrancar su consentimiento de forma irreflexiva y errónea.

La tradicional respuesta del ordenamiento jurídico en el caso de concurrencia de vicios del consentimiento ha sido la anulabilidad o nulidad relativa⁷⁰. En consecuencia, en el caso de una persona mayor vulnerable que hubiera sufrido un vicio del consentimiento nos encontraríamos ante un supuesto de concurrencia de vulnerabilidades, una de carácter permanente por su condición de persona mayor frágil y una segunda de carácter temporal y exógena como es la del vicio del consentimiento. Sin embargo, la realidad es que a día de hoy el Código civil no establece ninguna diferencia entre que le vicio lo sufra una persona mayor o no. De ahí que nos parecería recomendable que el Código incorporase un precepto similar al de la ley 21 del Fuero Nuevo de Navarra donde se incluye un nuevo vicio del consentimiento la «influencia indebida», del que las personas mayores son víctimas en numerosas ocasiones. El tenor literal del citado precepto establece que: «Son anulables las declaraciones de voluntad realizadas en beneficio de quien, teniendo bajo su dependencia al otorgante, aprovecha esa situación para conseguir, para él u otros, una ventaja que de otro modo no hubiera obtenido». Asimismo, también nos parecen interesantes y habría que incorporar al Código civil las previsiones de los artículos 527-8 (intimidación) y 527-9 (ventajismo) de la propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. En el primer caso porque incluye la edad como una de las circunstancias a tener en cuenta en la intimidación. En el segundo supuesto porque el ventajismo es una circunstancia de la que pueden aprovecharse las personas del entorno de los mayores frágiles⁷¹.

En el caso de las personas mayores, si estas cuentan con alguna discapacidad sí que habrá que tener en cuenta el contenido del nuevo art. 250 CC⁷². En la doctrina ha llegado a mantenerse que las personas de edad avanzada vulnerables pueden elegir entre actuar por sí solas o hacerlo con el auxilio de alguna de las medidas de apoyo a las que se refiere el art. 250 CC. La utilización o no de las medidas de apoyo no siempre constituye una *conditio sine qua non* para que tanto las personas discapacitadas como las vulnerables por razón de edad puedan contratar válidamente. Los defensores de esta tesis mantienen que las medidas de apoyo constituyen herramientas para ayudar a la formación libre y consciente de la voluntad que será válida en igualdad de condiciones con las demás personas. En aquellos casos en los que la persona pueda completar por sí sola el proceso de formación de la voluntad por no presentar discapacidad, o que -en el caso de presentarla- haya emi-

70. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: «La recepción de la idea de vulnerabilidad», cit., p. 44.

71. Preceptos que pueden consultarse en la Propuesta de Código Civil Obra completa. Tecnos. 2018. Disponible en: <https://www.derechocivil.net/index.php/actividades/propuesta-de-codigo-civil>. Consultado: 19-10-2024- Artículo 527-8. (Intimidación). Puede anular el contrato la parte que haya sido intimidada para prestar su consentimiento, con una amenaza injusta, que provoque un temor racional y fundado de un mal inminente y grave, de acuerdo a las circunstancias, incluidas la edad y condición de la persona; siempre y cuando no haya tenido una alternativa razonable a la perfección del contrato.

Artículo 527-9. (Ventajismo).1. Una de las partes puede anular el contrato que en el momento de su celebración otorga a la otra parte una ventaja excesiva, si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquel, resulta que, con conocimiento de causa, se ha aprovechado en contra la buena fe de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión. 2. También puede la parte perjudicada pretender el reequilibrio del contrato, sobre la base del precio generalmente practicado en el mercado.

72. LECIÑENA IBARRA, A.: «Contratación con personas», cit., p. 2.

tido su consentimiento con ayuda del notario, pero al margen de las medidas de apoyo, no existe motivo para cuestionar la eficacia del negocio jurídico así celebrado, aunque haya contratado como hemos dicho sin hacer uso de las medidas de apoyo⁷³.

La anterior afirmación solo es adecuada cuando las medidas de apoyo tienen carácter asistencial pero no funciona cuando aquellas tienen carácter representativo. En la que es requisito de validez que el consentimiento lo preste por sustitución la persona que tiene la representación.

En el caso de personas mayores con discapacidad, nos encontramos ante un grave inconveniente para la otra parte contratante, puesto que carece de posibilidad de averiguar si el anciano cuenta con medidas de apoyo y si además ha actuado dentro o al margen de estas⁷⁴. Esta situación de desconocimiento de las circunstancias personales de las personas con discapacidad es posible aun a pesar del mandato del art. 300 CC que obliga a que las resoluciones judiciales y documentos notariales sobre medidas de apoyo a personas con discapacidad se tengan que inscribir en el Registro Civil. El anterior mandato, realmente se convierte en papel mojado, pierde gran parte de su utilidad, por cuanto que el art. 15.4 Ley de Registro Civil (LRC) estima que quedan exceptuados del régimen general de publicidad los datos especialmente protegidos, que estarán sometidos al sistema de acceso restringido al que se refiere el art. 83 LRC. Entre el listado de datos con publicidad restringida del citado precepto se encuentran «b) la discapacidad y las medidas de apoyo». De acuerdo con el art. 84 LRC «sólo el inscrito o sus representantes legales, quien ejerza el apoyo y que esté expresamente autorizado, el apoderado preventivo general o el curador en el caso de una persona con discapacidad podrán acceder o autorizar a terceras personas la publicidad de los asientos que contengan datos especialmente protegidos [...]», también pueden acceder a estos datos las Administraciones Públicas y los funcionarios públicos cuando en el ejercicio de sus funciones deban verificar la existencia o el contenido de medidas de apoyo. Todo lo anterior supone que solo cuando la contratación se realice con la intervención de notario, habida cuenta de su condición de funcionario público, se podrá tener conocimiento de la existencia o inexistencia de medidas de apoyo en favor de la persona mayor.

La práctica imposibilidad de que la contraparte de una persona de edad avanzada o de una persona con discapacidad pueda tener conocimiento de que aquellas cuentan con medidas de apoyo hace de difícil aplicación la institución de la anulabilidad tal como ha sido prevista en el nuevo art. 1302.3 CC. El citado precepto a su vez se ve condicionado por la nueva redacción del art. 1263 CC del que ha desaparecido su apartado 2.º que establecía que no pueden prestar consentimiento «los que tienen su capacidad modificada judicialmente en los términos señalados por la resolución judicial»⁷⁵. Las personas mayores, incluso las que cuenten con algún tipo de discapacidad están absolutamente legitimadas para adoptar libremente sus decisiones en el ámbito de los negocios. Tras la reforma efectuada por la Ley 8/2021 de los artículos relativos a la nulidad contractual ya no es posible decretar la nulidad de los contratos celebrados por personas con discapa-

73. LECIÑENA IBARRA, A. «Contratación con personas», cit., p. 2.

74. LECIÑENA IBARRA, A. «Contratación con personas», cit., p. 2.

75. GÓMEZ CALLE, E.: «En torno a la anulabilidad», cit., critica que el Código civil a pesar de la reforma de 2021 sigue sin enumerar de manera expresa las causas de anulabilidad de los contratos que hay que deducir de los arts. 1301 y 1302.

cidad.⁷⁶ De modo que los mayores que presenten patologías propias de su edad, incluso las que afecten a su capacidad de querer y entender, como regla general podrán celebrar contratos con la misma validez que el resto de personas mayores de edad⁷⁷.

El reformado art. 1302 CC establece en su ordinal 1 que pueden ejercitar la acción de nulidad entendemos que relativa de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos. En el ordinal 3 se señala que «los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas, pueden ser anulados por ellas, con el apoyo que precisen. También pueden ser anulados por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción». Asimismo, se establece que esos contratos «también pueden ser anulados por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. Sin embargo, en este caso, la anulación solo procede cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta⁷⁸. También es importante destacar el apartado 4.º del mismo artículo, que establece que, como es lógico, los contratantes no podrán aprovecharse y alegar [...] la minoría de edad ni la falta de apoyo de aquel con el que contrataron; ni los que causaron la intimidación o violencia o emplearon el dolo o produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del contrato.

La nueva redacción del art. 1203 CC ha sido contestada por la doctrina que estima que el nuevo apartado 3 permite un derecho a rectificar a las personas con discapacidad que, provistas de medidas de apoyo, contrataron prescindiendo de aquellas. Se alega que ese privilegio de las personas con discapacidad va en contra de los postulados de la Convención que precisamente persigue la igualdad de todas las personas⁷⁹. Se estima que no

76. ATAZ LÓPEZ, J.: «Validez o invalidez», cit., p. 147, estima que el anterior art.1263 CC se refería a la capacidad contractual pues en él se indicaban las personas que no podían contratar en ningún caso: las personas no incluidas en él en principio podían contratar salvo que se demostrara su falta de capacidad natural. Así pues, como la nueva redacción del precepto ya no menciona a las personas con discapacidad cabe concluir que estas personas ya no son ya incapaces de contratar en el sentido de que se presume que pueden emitir un consentimiento libre y consciente igual al de cualquier otra persona.

77. LECIÑENA IBARRA, A. «Contratación con personas», cit., p. 2, estima que con la nueva redacción del art. 1263 CC es evidente que el legislador considera que las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a las que se refiere el art. 1 de la Convención de Nueva York, entre las cuales tienen cabida las enfermedades o deficiencias propias de la edad dejen de ser un obstáculo para que aquellas personas puedan celebrar válidamente contratos. Lo cual puesto en relación con el art. 12 de la Convención supone que las personas con discapacidad igual que el resto de personas mayores de edad pueden controlar sus asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y cualesquiera otras operaciones de crédito.

78. GÓMEZ CALLE, E.: «En torno a la anulabilidad», cit., p. 6, estima que si el cocontratante era conocedor de la existencia de medidas de apoyo el contrato es anulable, incluso en el supuesto de que se hubiera aprovechado de la persona con discapacidad.

79. LECIÑENA IBARRA, A. «Contratación con personas», cit., p. 3, señala que ese pretendido derecho de las personas con discapacidad a equivocarse al prescindir de las medidas de apoyo y a

se debería de permitir a este colectivo vulnerable rectificar cuando hubiera contratado al margen de las medidas de apoyo, salvo en aquellos casos en los que se pudiese probar que la persona con discapacidad ha contratado más allá del umbral intelectual necesario para formar su voluntad⁸⁰.

La importancia de que las personas con discapacidad o las personas mayores con vulnerabilidad contraten ante notario se pone de manifiesto por el hecho de que si la persona mayor celebra el contrato en un momento de lucidez el contrato será firme, sin que una situación de discapacidad sobrevenida pueda servir de causa para una impugnación retroactiva de su consentimiento. Se entiende que si una persona, incluso en el caso en que se le haya provisto medidas de apoyo, decide contratar ante notario, este último a través del juicio de discernimiento (el anteriormente conocido como juicio de capacidad) previsto en el art. 145.I del Reglamento notarial podrá determinar la validez del negocio jurídico.

Cuestión totalmente distinta es cuando a la persona con discapacidad se le hubiera provisto de una medida de apoyo representativa, en ese caso la voluntad emitida carecería de validez porque faltaría uno de los requisitos exigidos por el art. 1261 CC para la existencia de contrato: la voluntad. En este caso, ni tan siquiera el otorgamiento ante notario podría salvar la validez del negocio celebrado. La persona que debió de prestar el apoyo, el curador representativo o el guardado representativo o el defensor judicial, estará legitimada para impugnar el contrato celebrado por la persona con discapacidad. Además, el art. 1304 CC estima que el contratante que prescindió de las medidas de apoyo cuando fueran precisas solo estará obligado a restituir en cuanto se enriqueció con la prestación precisa, siempre que el contratante con derecho a la restitución fuera, bien conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de contratar o se hubiera aprovechado de la situación de discapacidad obteniendo una ventaja injusta.

Es de señalar que el nuevo art. 1301.4.º ha introducido una destacable modificación respecto al plazo para interponer la acción de anulabilidad puesto que empieza a correr desde la celebración del contrato y no desde que el incapacitado saliera de la tutela como sucedía en el antiguo precepto⁸¹.

El inconveniente del nuevo régimen legal de los contratos celebrados por las personas con discapacidad es que es más severo para con estas que el vigente hasta la reforma

rectificar si ejerce la acción de nulidad no lo tienen las personas sin discapacidad. Estas últimas están sometidas al mandato del art. 1256 CC para el que el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes. Este numeral 3 contradice el espíritu del nuevo art. 1263 CC que permite que las personas con discapacidad e incluso las personas con edad avanzada puedan prestar consentimiento.

80. LECIÑENA IBARRA, A. «Contratación con personas», cit., p. 3, opina que en este caso la anulación del contrato obedece no al hecho de la discapacidad sino porque el consentimiento prestado carece de los estándares necesarios para reconocerle efectos obligatorios.
81. GÓMEZ CALLE, E.: «En torno a la anulabilidad», cit., p. 13, estima que el anterior sistema suponía que mientras que la persona no estuviese en condiciones de ejercitar la acción por sí misma, el plazo no comenzara a correr. Plazo que tras la modificación ya se contempla expresamente como de caducidad. Por otro lado, al fijarse un *dies a quo* de absoluta certeza y de determinación inmediata se ha dado preferencia a la seguridad jurídica y estabilidad de los negocios jurídicos.

de 2021, porque comporta un importante recorte de los privilegios de que hasta ahora disfrutaban⁸². En la doctrina también se ha destacado la situación en la que se encuentran las personas ancianas con una grave discapacidad a las que nadie hubiera solicitado el establecimiento de medidas de apoyo; se estima que estas personas se encuentran en una situación idéntica a la anterior a la reforma, puesto que si una persona no se encuentra en situación real de emitir un consentimiento eficaz, puesto que precisaría de un apoyo representativo, los contratos que haya podido emitir serán considerados nulos de pleno derecho⁸³. Pero si se trata de una persona que precisando medidas de apoyo, careciese de estos, si estos no tuviesen carácter representativo no podrá ejercitar la acción de anulabilidad que solo es viable cuando se actúa al margen de las medidas de apoyo.

V. Bibliografía

ATAZ LÓPEZ, J.: «Validez o invalidez de los contratos celebrados por personas de edad avanzada con deficiencias cognitivas, a la luz de la Ley 8/2021», en *Intervención en el tráfico jurídico-económico de las personas vulnerables por razón de edad*, (Dir. A. LECIÑENA IBARRA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur-Menor, 2022, pp. 137-156.

BARRANCO AVILÉS, M.C.: «Envejecimiento y discapacidad», en *Estudios sobre el impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010., pp.573-600.

BLANCO GARCÍA, A.I.: «Consumidores sénior y los retos de su protección ante la digitalización», en *Derecho del consumo y protección del consumidor sustentable en la sociedad digital del siglo XXI* (ed. S. BARONA VILAR), Publicaciones Universidad Autónoma de Chile, 2023, pp. 153-170.

CARRASCO PERERA, A.: «Consumidores vulnerables», *Otrosí, Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 8/2021, pp. 42-43. Disponible en: [/https://www.otrosi.net/wp-content/uploads/2022/05/Otrosi_24_mayo2021_version_imprenta_compressed.pdf](https://www.otrosi.net/wp-content/uploads/2022/05/Otrosi_24_mayo2021_version_imprenta_compressed.pdf). Consultado: 19-12-2024.

CORRIPIO GIL-DELGADO, M.R.: «La protección patrimonial de la persona mayor», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIII, fasc.1, 2020, pp.101-141.

DABOVE, M.I.: «Autonomía y vulnerabilidad en la vejez: respuestas judiciales emblemáticas», *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 34, enero - junio de 2018, pp. 53 a 85. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/01234366.n34.03>. Consultado: 10-12-2024.

DE BETTENCOURT RODRIGUES MORAIS, D.: «Autonomía personal, autodeterminación sucesoria y financiación del cuidado de las personas mayores en el Derecho portugués», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 38, 2024, pp.260-295.

82. GÓMEZ CALLE, E.: «En torno a la anulabilidad», cit., p. 21.

83. ATAZ LÓPEZ, J.: «Validez o invalidez», cit., p. 147, p. 156.

- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.:** «El contrato y sus elementos esenciales», en *Derecho civil II. Obligaciones y contratos* (Coord. J. R DE VERDA Y BEAMONTE) 6.ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 197-232.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.:** «El mandato» en *Derecho civil II. Obligaciones y contratos* (Coord. J. R DE VERDA Y BEAMONTE) 6.ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 453-473.
- DIÉGUEZ AGUILERA, L.:** «El consumidor vulnerable: en especial, la vulnerabilidad de las personas mayores ante la acusada digitalización del mercado financiero», *Diario La Ley*, N.º 10223, 2023.
- DOMÉNECH GARRET, C.:** *Vademécum de Derecho Civil y Procesal Civil*, 3.ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.
- ECHEVARRÍA DE RADA, T.:** «El documento de voluntades anticipadas: Capacidad para otorgarlo y forma de emisión de la declaración», en *La voluntad de la persona protegida: Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (dir. M. PEREÑA VICENTE, coords. G. DÍAZ PARDO y M. NÚÑEZ NÚÑEZ;) Dykinson, Madrid, 2018, pp.281-304.
- GÓMEZ CALLE, E.:** «En torno a la anulabilidad de los contratos de las personas con discapacidad», *Almacén de Derecho*, Dic 3, 2021. Disponible en: <https://almacenederecho.org/en-torno-a-la-anulabilidad-de-los-contratos-de-las-personas-con-discapacidad>. Consultado: 11-11-2024.
- LECIÑENA IBARRA, A.:** «Autonomía decisoria y heteronomía en personas vulnerables por razón de edad», *Derecho Privado y Constitución*, 2022, núm. 40, pp. 131-169. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.40.04>.
- «Contratación con personas de edad avanzada un reto para la autonomía decisoria en el marco del envejecimiento», *Diario La Ley*, núm, 10063, 2022, pp.1-6.
- «Función de los apoyos informales en la toma de decisiones de las personas mayores vulnerables», en *Personas vulnerables y derecho* (dirs. O. GARCÍA PÉREZ y C. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 349-382.
- LLUESMA VIDAL, M y PEYRÓ GREGORI, L.:** «La fragilidad y la vulnerabilidad en el anciano: un abordaje clínico y psicosocial», en: *Los vulnerables: estudios interdisciplinares sobre la vulnerabilidad* (ed., dir. J. I. GRANDE ARANDA), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 83-100.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.:** «La recepción de la idea de vulnerabilidad en el Derecho Civil Español. Materiales para un debate», en *Vulnerabilidad patrimonial: retos jurídicos* (dir. S. DE SALAS MURILLO, coord. M.V. MAYOR DEL HOYO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 33-54.
- PALAZÓN GARRIDO, M.L.:** «¿Existe un estatuto del consumidor vulnerable tras la reforma del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usua-

rios?». *Revista de Derecho Civil*, vol. X, núm. 4 (julio-septiembre, 2023), pp. 199-223. Disponible en: <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>. Consultado: 13-12-2024.

PEREÑA VICENTE, M.: «Vulnerabilidad y Derecho», *Otrosí, Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 8/2021, pp. 30-33. Disponible en: https://www.otrosi.net/wp-content/uploads/2022/05/Otrosi_24_mayo2021_version_imprenta_compressed.pdf. Consultado: 19-12-2024.

SOLÉ RESINA, J.: «La asistencia: la medida formal de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica del Derecho catalán», *Actualidad civil*, núm. 4, 2024.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: «La protección de las personas mayores consumidores vulnerables, por razón de la edad, en los contratos celebrados con empresas de suministros básicos o de prestación de ciertos servicios», en *Intervención en el tráfico jurídico-económico de las personas vulnerables por razón de edad*, (Dir. A. LECIÑENA IBARRA), Thomson Reuters Aranzadi, 2022, Cizur-Menor, pp. 1013-1048.

SÁNCHEZ LÓPEZ-MUELAS, C.E.: «El derecho de reversión: ¿Qué ocurre cuando un hijo que ha recibido una donación de sus padres fallece sin descendencia?», *Legal-Today*, 24-08-2024. Disponible en: <https://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/el-derecho-de-reversion-que-ocurre-cuando-un-hijo-que-ha-recibido-una-donacion-de-sus-padres-fallece-sin-descendencia-2024-08-29/>. Consultado: 24-10-2024.

TÁVORA VITOR, P.: «O dever familiar de cuidar dos mais velhos», *Lex Familiae*, vol. 5, núm. 2008, pp. 41-62.

VAQUER ALOY, A.: «El maltrato al causante vulnerable: a favor de una nueva causa de indignidad sucesoria», *ADC*, tomo LXXIII, 2020, fasc. III, pp. 1067-1095.

ZURITA MARTÍN, I.: *Protección civil de la ancianidad*, Dykinson, Madrid, 2004.

DISCAPACIDAD E INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA CLÍNICA: PROTEGER LA VULNERABILIDAD

DISABILITY AND CLINICAL BIOMEDICAL RESEARCH: PROTECTING VULNERABILITY

Ana Belén Cruz Valiño
Universitat Jaume I (España)
al430956@uji.es

Resumen:

El marco jurídico que regula la investigación biomédica en España se han visto afectado con ocasión de armonizar el ordenamiento jurídico a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad por las reformas del Código Civil, operada por Ley 8/2021, y de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad para adecuar el ejercicio de la capacidad jurídica y para garantizar la accesibilidad cognitiva, operada por Ley 6/2022 El cambio de paradigma sobre la dependencia introduce nuevos retos en la investigación biomédica clínica en ausencia de medidas formales de representación y promueve la accesibilidad cognitiva. Exige nuevas cautelas para proteger la vulnerabilidad a fin de evitar una instrumentalización indebida detectando los potenciales conflictos de interés, en especial, en la persona del guardador de hecho. Refuerza el papel de los comités de investigación a fin de evaluar la corrección ética de la investigación clínica.

Palabras clave:

Accesibilidad cognitiva; discapacidad; guarda de hecho; investigación biomédica; medidas de apoyo.

Abstract:

The legal framework that regulates biomedical research in Spain has been affected on the occasion of harmonizing the legal system with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities by the reforms of the Civil Code, operated by Law 8/2021, and the General Law of Rights of Persons with Disabilities to adapt the exercise of legal capacity and to guarantee cognitive accessibility, operated by Law 6/2022 The paradigm shift on dependency introduces new challenges in clinical biomedical research in the absence of formal representation measures and promotes cognitive accessibility. It requires new precautions to protect vulnerability to avoid undue instrumentalization by detecting potential conflicts of interest, especially in the person of the de facto guardian. Strengthens the role of research committees in evaluating the ethical correctness of clinical research.

Key words:

Cognitive accessibility; biomedical research; disability; conservatorship; support measures.

Sumario:

I. Consideraciones previas.

1. Autonomía.
2. Discapacidad.
3. Dignidad.
4. Equidad.

II. Marco de referencia

1. La participación de personas en la investigación.
2. Criterios en ética de la investigación.

III. Régimen de toma de decisiones de personas con discapacidad en investigación biomédica

1. Normativa sectorial sobre investigación biomédica en España.
2. Novedades legislativas en materia de discapacidad y accesibilidad cognitiva.
3. Nuevo marco normativo de la investigación biomédica con personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

IV. Conclusión.

V. Bibliografía.

I. Consideraciones previas

La investigación biomédica enfrenta continuos retos y desafíos. Uno de los cuales ha sido la participación de colectivos vulnerables. A ello se ha dedicado la ética de la investigación y las normas internacionales (*Soft Law*) traspuestas al ámbito jurídico nacional con soluciones variadas y contradictorias. La especial cautela ha oscilado entre la prohibición hasta el fomento de su participación en condiciones de respeto y dignidad. La conveniencia de incorporar a las personas con discapacidad a las investigaciones ha sido reclamada desde diversas instancias, como el supuesto de grandes dependencias (demencias) a lo que ha dado respuesta la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la Convención CDPD),¹ que opera como criterio interpretativo de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución (artículo 10.2 CE) y forma parte del ordenamiento jurídico (ex. artículo 96 CE), tras la firma, ratificación y publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE).

Dos preceptos de la Convención destacan al efecto de este trabajo: 1) El artículo 12.2 CDPD, que reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y la consiguiente obligación positiva y 2) el artículo 9 CDPD, que establece que los Estados Parte adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapa-

1. España. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Boletín Oficial del Estado, n.º 96, 21 de abril de 2008. Acceso en línea www.boe.es/eli/es/ai/2006/12/13/1/con

cidad, en igualdad de condiciones². En atención al creciente interés que despierta la temática y a fin de encuadrar el marco de referencia para su mejor comprensión, realizaré algunas precisiones conceptuales previas que permitirán situar el marco de referencia: 1. La autonomía. 2. La discapacidad. 3. La dignidad. y 4. La equidad.

1. La autonomía

Desde la perspectiva ética, la autonomía no es una mera propiedad que se tiene de hecho, sino a la que se le concede un valor y, como ideal regulativo, es un valor intrínseco, no un mero valor instrumental. La autonomía no es una cuestión individual, sino que solo adquiere sentido y se puede garantizar en el seno de una sociedad con el soporte de otras personas y las instituciones. No cabe identificar la autonomía con la independencia, pues desconocería los presupuestos biográficos que posibilitan nuestras posibilidades de elección y acción: la autonomía es una noción relacional, contingente y graduable, y el Derecho debe de tutelarla e interpretarla como tal (SEOANE, 2013)³.

En cuanto a las definiciones legales, cabe señalar algunos preceptos que delimitan el concepto de autonomía, tales como el artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de *promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia* (LPAP)⁴ que la define como:» *la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencia propias, así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria*». El principio general del Consentimiento informado, ético antes que jurídico, es considerar a cada persona libre y competente para definir el proyecto vital y decidir sobre su integridad, incluso enferma, para aceptar o denegar las alternativas terapéuticas e intervenir en las decisiones clínicas que le afectan tras obtener la información necesaria, lo que en la investigación clínica incluye conocer los riesgos de las intervenciones. El derecho al Consentimiento informado es una manifestación del derecho fundamental a la integridad física y moral (artículo 15 CE) que protege la capacidad de tomar decisiones sobre uno mismo, cuya ausencia hace inviable una decisión autónoma y conlleva condenas judiciales por falta de información de los riesgos, como también en la investigación biomédica, para lo cual algunas investigaciones requieren la suscripción de un seguro de responsabilidad civil para garantizar la cobertura de indemnización a los sujetos participantes. Por el contrario, someter al paciente o sujeto de investigación a procedimientos innecesarios y consecuencias adversas lesiona la autonomía y lo cosifica cuando se oculta la información previa, no en vano los incentivos

2. Cfr. España. Instrumento de Ratificación de la Convención ... [Artículo 12.2 «Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida». Artículo 9 CDPD «A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales.».]
3. SEOANE, J. A. «La construcción jurídica de la autonomía del paciente». *Eidon* vol. 39: pp.13-34. 2013.
4. España. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de *Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*. BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006.

profesionales obligan a publicar y fomenta la réplica de estudios que no añaden valor e incrementa las consultas de seguimiento, las imágenes y las pruebas de laboratorio, que no proporciona utilidad terapéutica (PONS, M. & ADAM P., 2018)⁵.

En todo caso, conviene no olvidar que la finalidad del Consentimiento informado es garantizar la autonomía de la voluntad del paciente y, jurídicamente delimitar la responsabilidad del profesional asistencial o investigador al cumplir con el deber de informar y obtener la autorización para realizar una intervención. La autonomía decisoria ha sido la primera dimensión en surgir y consolidarse, y también la más desarrollada ética y jurídicamente a partir de la teoría del consentimiento informado. Requiere de un proceso comunicativo entre los profesionales asistenciales y las personas usuarias, conforme a unos requisitos: 1. información (prestación y comprensión), 2. voluntariedad y 3. Capacidad. Este tercer elemento, la capacidad, anuncia tres escenarios: 1) la decisión capaz, en el momento presente (Consentimiento informado), 2) la decisión durante la capacidad para un momento futuro (planificación anticipada, directivas o instrucciones previas), y 3) la decisión durante la incapacidad (decisiones de representación o sustitución) (SEOANE, 2013:30)⁶.

2. La discapacidad

Un gran número de colectivos pueden agruparse bajo el término-paraguas de la discapacidad, lo que impide un tratamiento unitario. Distinguir entre realidades diversas y abordar el estudio de las características y fisonomía de cada una de ellas es parte de la dificultad de trazar los ajustes razonables precisos (SANTOS, 2022: 17-18)⁷. Dos visiones sobre la discapacidad han sido las predominantes desde el abordaje científico y social, a la que se suma una tercera más contemporánea:

1. El modelo clínico-rehabilitador, que responde a una cultura centrada en la enfermedad y las carencias (discapacidad intelectual o trastorno mental), donde el otro es un ser sin capacidad y a la vez sujeto de diagnóstico y de tratamiento.
2. El modelo hermenéutico social supera la visión clínica e intenta corregir el canon social centrado en el capacitismo que reduce a la persona a lo que no es.
3. El modelo centrado en los derechos, que impregna la convención de Nueva York, pone el acento en las personas, sin las discapacidades que impone la sociedad sobre estas y su visión de cómo vivir la diferencia. Se pregunta cómo es la persona con unos condicionantes fruto de su discapacidad, que puede llevar a cabo su vida en condición de igualdad.

5. PONS, M. & ADAM P. «La investigación biomédica en la encrucijada y vías de salida». *Medicina Clínica*; vol. 151, 3, pp. 109-110, 2018. <http://dx.doi.org/10.1016/j.medcli.2017.12.013>

6. Cfr. SEOANE, JA. «La construcción jurídica...

7. SANTOS, F. «La ley 8/2021 de apoyo a las personas con discapacidad: una norma alentada por una revolución ética». En *Discapacidad y equiparación de derechos*. Cuadernos de la Fundación Griffolls, Vol 61, pp. 106-112, 2022. Expone una clasificación básica distinguiendo entre; 1. Discapacidad física, 2. Discapacidad sensorial 3. Discapacidad motórica. 4. Discapacidad psíquica. 5. Trastornos de conducta. 6. Demencias.

Desde el punto de vista legislativo, existen algunas definiciones legales, como la que aporta el art. 26 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de *Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, el cual establece tres grados de dependencia (Grado I, II y III). La Ley 8/2021 considera esta clasificación en su artículo segundo, y establece que la referencia a las personas con discapacidad se entenderá hecha a las personas que estén en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006. Una diferencia de grados de discapacidad que mantiene el art. 2 de la Ley 41/2003, es decir, continúa apostando por los criterios médicos para establecer el concepto de discapacidad. La reforma del Código Civil⁸, e introduce como veremos, un concepto laxo⁹. El legislador no ha definido qué es una «situación de discapacidad» o cuando una persona se halla en dicha situación. Una clave interpretativa la ofrece el artículo 2.a) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el *Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social* (LGDPD) cuando al definir «discapacidad» señala que «es una 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»¹⁰.

3. La dignidad

El ser humano tiene valor, pero no precio y no es un mero medio, sino un fin en sí mismo, en su condición de sujeto moral, tal y como anuncia la ética kantiana (Kant, 1996)¹¹. La atribución de finalidad intrínseca a la humanidad implica que cada persona posee un valor moral absoluto que debe ser respetado de forma incondicional. Esto no evita que posea un valor relativo y pueda ser tratada como un medio; lo que niega es que el criterio último de acción moral sea el tratarlo como medio, sino subordinado al criterio de la finalidad. La expresión «nunca sólo como un medio» significa dos cosas: que es inevitable tratar a las personas como medios, y que un trato digno como medio ha de tener que ser medido desde algún otro criterio. Esta nueva lectura permite afirmar que la dignidad es una articulación responsable de fines y medios, un criterio moral que permite articular ambos en las situaciones concretas (POSE, 2009: 109-110).¹²Tan solo desde esta premisa podrá

8. España. Real Decreto de 24 julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, n.º 206, de 25 de julio de 1889. Acceso en línea: www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/1/con

9. La Ley 8/2021 no afecta sólo a las personas con discapacidad que tengan reconocido administrativamente un grado de discapacidad igual o superior al 33 % sino también que podrán beneficiarse de las medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de la capacidad jurídica cualquier persona en «situación de discapacidad» que lo precise (Exposición de Motivos, apartado III). Cuando el artículo 249 CC vincula las medidas de apoyo a los titulares («*personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen*») amplía el concepto de «persona con discapacidad» más allá del artículo 4.2 LGDPD. la filosofía del modelo social de la discapacidad queda patente: no sólo se fija en la condición personal, sino en la situación social.

10. España. 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. Boletín Oficial del Estado, n.º 289, de 3 de diciembre de 2013. Acceso en línea: www.boe.es/eli/es/rdlg/2013/11/29/1/con

11. KANT, I. «Fundamentación de la metafísica de las costumbres». Barcelona: Ariel. 1996.

12. POSE, C. *Lo bueno y lo mejor. Introducción a la Bioética Médica*. Madrid: Triacastela. 2009.

entenderse la evolución de la ética de la investigación con seres humanos que trataré en el siguiente título, y que se desarrolló en un intento de conciliar el necesario avance de la ciencia con el impedimento de acometer la instrumentalización o abuso de las personas, con especial énfasis en los colectivos vulnerables.

Por su valor nuclear en el sistema de derechos fundamentales, la Constitución española (CE 1978) proclama «*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de su razonable limitación*» (art. 10.1 CE). Y en este precepto se apoya la reforma de la legislación civil y procesal (ley 8/2021) para tutelar los derechos fundamentales en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo¹³.

4. La equidad

En aras de la investigación, conviene distinguir dos acepciones de interés para este trabajo: la accesibilidad a la información y la selección equitativa de participantes. Los sujetos de investigación, al igual que los pacientes, presentan antecedentes socioeconómicos muy dispares y pocos podrían identificar las preguntas relevantes sin una explicación previa del médico o del investigador. Presupone un grado de sofisticación del que carecen muchos ciudadanos y conlleva graves inequidades, lo que se conoce como alfabetización en salud. La igualdad como un bien jurídico protegido y valor constitucionalmente garantizado (artículo 14 CE) puede verse comprometida con el uso del Consentimiento Informado como herramienta procedimental¹⁴. Además de inequidad de trato, el

13. Cfr. Ley 14/2022... Preámbulo: «*La nueva regulación está inspirada, como nuestra Constitución en su artículo 10 exige, en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás*»

14. El marco jurídico español proporciona algunas definiciones legales de Consentimiento informado en el ámbito de la investigación biomédica, sin perjuicio de la que proporciona la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LABP). Según el art. 3 de la Ley 14/2007, de 13 de julio, de investigación biomédica (LIB), en sede de «definiciones», el CI es la «*manifestación de la voluntad libre y consciente válidamente emitida por una persona capaz o por su representante autorizado precedida de la información adecuada*». Asimismo, los ensayos clínicos (EC) se rigen por su normativa específica, y a tal fin se aprobó el RD 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos, en cuyo art. 2, de las «definiciones», apartado w) define el CI como: «*La expresión libre y voluntaria por parte de un sujeto de un ensayo clínico de su voluntad de participar en un ensayo clínico determinado, tras haber sido informado de todos los aspectos del mismo que sean pertinentes para su decisión de participar o, en el caso de los sujetos de ensayo menores o incapaces, una autorización o acuerdo de sus representantes legalmente designados de incluirlos en el ensayo clínico*». En cuanto a la definición jurisprudencial, en el orden constitucional queda reflejada en la STC 37/2011 (FJ. 17)

empleo como mera herramienta burocrática permite aflorar un problema de justicia en relación con los niveles de alfabetización de la salud y la diversidad cultural. Por ello, en sede de calidad asistencial, algunos sistemas de acreditación han impulsado aspectos relacionados con la diversidad a efectos de implementar el Consentimiento Informado, tales como que sea realizado por personal capacitado, una vez tomada en consideración la particularidad de los pacientes y la traducción al lenguaje o adaptación sensorial, todo ello con las condiciones espacio-temporales necesarias para reflexionar y ser revisado con el paciente o sujeto de investigación (CRUZ-VALIÑO, 2020)¹⁵.

En cuanto a la selección de las muestras de sujetos participantes en el protocolo de investigación cabe apreciar retos y desafíos para la equidad, pues como advierten los autores (Seoane y Álvarez Lata, 2020)¹⁶, a la hora garantizar la calidad y la seguridad de la investigación y la protección de las personas participantes a través del respeto de su autonomía y derechos (por ejemplo, los colectivos vulnerable como personas con demencia) la vía tradicional para protegerlas ha sido excluirlas de la investigación, lo que lesiona otros valores como el avance de investigaciones orientadas a su tratamiento e introduce un trato discriminatorio e injusto.

II. Marco de referencia

sobre la que se edifica toda la arquitectura iusfundamental que da soporte al CI (art. 15 CE) [I] «el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Ésta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el TEDH, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal (STEDH de 29 de abril de 2002, caso Pretty c. Reino Unido, § 63), y también por este Tribunal (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9)»(STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 17).

15. CRUZ-VALIÑO, A. B. «El argumento «negocial» del consentimiento informado como incentivo para cumplir en la práctica clínica los requisitos de la doctrina ética y jurídica». *Journal of Healthcare Quality Research*, JHQR, vol. 35,4, pp. 267-268, 2020.
16. SEOANE, J A.; ÁLVAREZ LATA, N; El marco normativo de la investigación biomédica en personas con demencia. *Derecho Privado y Constitución*, vol. 36: pp. 131-177, 2020.

El conjunto de normas que regulan la investigación biomédica atesora las principales respuestas éticas formuladas a través de declaraciones o códigos y disposiciones de *Soft Law* que conforman las disposiciones jurídicas. Una visión completa de este entramado normativo exige transitar por los hitos históricos que permiten comprender cómo evoluciona desde un modelo sustentado en la autorregulación y la intención subjetiva de los investigadores a otro que incorpora la regulación basada en pruebas objetivas o evidencias y evaluaciones externas.

1. La participación de personas en la investigación

La construcción de una investigación ética con seres humanos se comprende desde una ética de la responsabilidad que presta sus materiales a partir de tres principios: respeto de las personas o autonomía, beneficencia y justicia. Acudir al principio de precaución deviene un instrumento idóneo por su triple dimensión: jurídica, política y ética, al tener en cuenta los efectos de las acciones sobre las generaciones futuras¹⁷. Esto requiere un proceso de aprendizaje, cuya flexibilidad permita adaptar cada decisión a la información científica, la incertidumbre, la comunidad afectada y las alternativas existente. Sin ánimo exhaustivo se da cuenta de alguno de estos pilares:

El *Código de Núremberg* (1947) trató de regular la investigación clínica con seres humanos y establecer mecanismos de control y regulación de la actividad de los investigadores tras las atrocidades realizadas en Alemania y territorios ocupados por el nacionalsocialismo: proteger a los sujetos participantes evitando su instrumentalización¹⁸. Para ello introduce la obtención del consentimiento voluntario como principal exigencia (con los requisitos de capacidad, información y voluntariedad) y contempla la posibilidad de retirarse libremente de la investigación a fin de evitar conductas maleficientes.

A instancias de la Asociación Médica Mundial se promulgó la *Declaración de Helsinki* (1964; octava revisión, 2013, Declaración de Fortaleza) que detalla principios éticos de la investigación en seres humanos y se ocupa de forma específica de la investigación con personas incapaces, siendo una de las normas más relevantes a nivel internacional, de factura menos garantista que la versión de Corea (2008), define «*como aquellos que pueden tener más posibilidades de sufrir abusos o daño adicional*»¹⁹. Continúa pendiente

17. JONAS, H. El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Traducción de A. Sánchez Pascual. Barcelona: Herder. 1995 [Original] JONAS, H. (1987). *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technische Zivilisation*.

18. DE NÚREMBERG. Código. «Código de ética médica de Núremberg». 1947.

19. ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL. Declaración de Helsinki – Principios éticos para la investigación médica en seres humanos. Fortaleza. 2013. (64.ª Asamblea General, Fortaleza, Brasil, octubre 2013). Acceso en línea: www.wma.net/es/policias-post/declaracion-de-helsinki-de-la-amm-principios-eticos-para-las-investigaciones-medicas-en-seres-humanos/. Constituye la referencia clásica de la ética de la investigación, en particular para las disposiciones jurídicas, que suelen remitirse a ella. Su versión actual destina un apartado al consentimiento informado (principios 25-32) que incluye una referencia expresa a la inclusión y la participación de las personas incapaces de consentir y el alcance de su intervención en el proceso de toma de decisiones, ratificando las condiciones antes indicadas (principios 28 y 29). La versión aprobada por la 59.ª Asamblea General en Seúl, Corea en octubre 2008

el debate sobre la experimentación en seres humanos en países pobres en condiciones que serían inaceptables en los países desarrollados (doble estándar) y la necesidad de garantías adicionales para permitir este tipo de investigación.

El *Informe Belmont*, elaborado por la *National Commission*, tuvo gran influencia en el desarrollo de la ética de la investigación, la ética biomédica y la bioética²⁰. Recoge los tres principios éticos para la regulación de la investigación con seres humanos (Beauchamp y Childress, 2013)²¹: 1) El *principio de respeto* de las personas, que incorpora a su vez dos requisitos: a) tratar a los individuos como agentes autónomos capaces de tomar decisiones y proteger a las personas con autonomía disminuida (por razón de edad, deficiencia o enfermedad mental o por estar privadas de libertad e institucionalizadas) y b) El consentimiento informado, como instrumento a través del que se realice la autonomía y permite decidir voluntariamente y con información previa adecuada participar o no en una investigación. 2) El *principio de Beneficencia*, que se desdobra en dos máximas: a) no hacer daño, y b) aumentar posibles beneficios y disminuir daños. Las cuales darán origen a dos principios éticos: no maleficencia y Beneficencia. 3) El *principio de justicia*, que significa la distribución equitativa de beneficios y cargas y la selección equitativa de las personas participantes. Lo que resulta relevante a los efectos de este trabajo, pues incorpora la idoneidad frente a la disponibilidad o posibilidad de manipulación de los sujetos de investigación. La selección de las personas constituye su expresión, a través de procedimientos y resultados justos a nivel individual y social, con especial atención a las personas y los grupos vulnerables.

La tendencia actual amplía la posibilidad de participación de las personas con discapacidad, y ello a pesar de que no puedan prestar su consentimiento de forma autónoma procurando su mayor grado de participación mediante una información ajustada a sus necesidades, la consideración y el respeto de su asentimiento y disasentimiento. Esto será posible en investigaciones que redunden directamente en un beneficio para su salud

establecía que algunas poblaciones sometidas a la investigación son particularmente vulnerables y necesitan protección especial, incluyendo los que no pueden otorgar o rechazar el consentimiento por sí mismos y los que pueden ser vulnerables a coerción o influencia indebida. establecía que la investigación médica en una población o comunidad con desventajas o vulnerable sólo se justificaba si la investigación responde a las necesidades y prioridades de salud de esta población o comunidad y si existen posibilidades razonables de que la población o comunidad, sobre la que la investigación se realiza, puede beneficiarse de sus resultados. la actualización de Fortaleza reclama una protección específica en esta población, de manera que únicamente se justifica si no puede realizarse en un grupo no vulnerable, se modifica la definición de vulnerable. *como aquellos que pueden tener más posibilidades de sufrir abusos o daño adicional*. Resulta menos garantista al eliminar la exigencia de que existan posibilidades razonables de que la población o comunidad sobre la que se realiza la investigación pueda beneficiarse de sus resultados. contempla que pueda beneficiarse de los resultados derivados de la investigación.)

20. NATIONAL COMMISSION FOR THE PROTECTION OF HUMAN SUBJECTS OF BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH. (1979). *The Belmont Report: Ethical principles and guidelines for the protection of human subjects of research*. Disponible en: <https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/index.html>.

21. BEAUCHAMP, T.L. & CHILDRESS, J.F. *Principles of biomedical ethics*. (7th ed). New York, Oxford: University Press. 2013.

(«terapéuticas») con la finalidad de no excluir su selección para aquellas que no le proporcionen un beneficio directo («no terapéuticas»). No obstante, asegurar su protección exige cumplir tres criterios: 1) *subsidiariedad*: los objetivos de la investigación no pueden lograrse con personas participantes capaces de consentir y solo puedan alcanzarse mediante la participación de aquellas; 2) *beneficio del grupo*: la investigación proporcione beneficios al colectivo de participantes; y 3) *minimización de riesgos y cargas*: mínimos y menores que los beneficios esperables. Garantías que se refuerzan exigiendo la supervisión por parte de un Comité de ética de la investigación.

La *Declaración universal sobre bioética y derechos humanos* elaborada por la UNESCO (2005)²² reafirma la prioridad de la persona sobre el interés social (art. 3.2)²³, obligando a respetar su autonomía (art. 5) previo consentimiento libre, expreso e informado para la investigación científica (art. 6.2). Para proteger los derechos y los intereses de la persona que carece de capacidad para ejercer su autonomía establece medidas especiales (art. 7), conforme a la legislación nacional y al mejor interés de esa persona y los criterios de la Declaración de Helsinki. De gran relevancia resulta el principio de la responsabilidad social en salud para una comprensión más idónea (Vivanco, 2018)²⁴.

Las *Pautas éticas internacionales para la investigación relacionada con la salud en seres humanos*, elaboradas por el Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) dedica la pauta 16 a la investigación con adultos que no tienen capacidad para dar consentimiento informado (cuarta versión, 2016)²⁵. Su inclusión deviene la regla general, si bien aconseja establecer modos específicos de garantía de su bienestar y sus derechos por mor de la falta de capacidad (como por ejemplo la supervisión por un comité de ética).

2. Criterios para una investigación ética con seres humanos

En todo caso, resulta un lugar común acudir a los siete requisitos éticos formulados por Emanuel (2003)²⁶ para evaluar que la investigación con seres humanos se éticamente correcta que, como sistema de valores consensuado obliga a contextualizar y concretar su aplicación, siendo todos necesarios: el incumplimiento de uno hace que la investigación devenga éticamente incorrecta²⁷. Destaco por su especial interés para este trabajo

22. UNESCO, Declaración universal sobre Bioética y derechos humanos (19 de octubre de 2005). Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

23. Cfr. Declaración universal sobre Bioética... art. 3.2) «los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad»,

24. VIVANCO, L. «Responsabilidad social y salud: una tarea pendiente». *Atención Primaria*, vol. 50, pp. 653-654, 2018. doi: 10.1016/j.aprim.2018.05.007.

25. CIOMS [Council for International Organizations of Medical Sciences], Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS), 2016. *Pautas éticas internacionales para la investigación relacionada con la salud con seres humanos*. 4.ª edición. Ginebra. 2016. Disponible en: https://cioms.ch/wp-content/uploads/2017/12/CIOMS-EthicalGuideline_SP_INTERIOR-FINAL.pdf

26. Aunque la exigencia de consentimiento ha sido el motor de la reacción normativa frente a los excesos y abusos en investigación biomédica con seres humanos,

27. EMANUEL, E. «¿Qué hace que la investigación clínica sea ética? Siete requisitos éticos». *Pautas*

los requisitos enumerados como 1) Valor social, 3) selección equitativa y 4) proporción favorable riesgo-beneficio.

1. Valor social, derivado de la finalidad de la investigación clínica como un medio para generar conocimiento que proporciona un beneficio para la salud, el bienestar o el avance científico.
2. Validez científica, derivada del empleo de principios y métodos científicos aceptados que generen datos válidos y fiables que puedan ser interpretados y usados. Obliga a revisar la competencia del equipo investigador, la idoneidad de las instalaciones, los procesos y los materiales empleados.
3. Selección equitativa de las personas participantes, lo que garantiza que son elegidas por su idoneidad para lograr los objetivos de la investigación y no por la facilidad de su reclutamiento (vulnerabilidad, marginalidad, pobreza, discapacidad, etc.). Exige minimizar el riesgo y aumentar el valor social de la investigación y las posibilidades de beneficiar a las personas participantes²⁸.
4. Proporción favorable riesgo-beneficio, de tal forma que la investigación clínica solo está justificada cuando los riesgos y los daños potenciales para las personas participantes se identifican y maximizan los beneficios potenciales como superiores a aquellos para las personas participantes o la sociedad. No está justificada cuando los riesgos sobrepasan la ponderación de beneficios potenciales para el individuo y el conocimiento social.
5. Evaluación independiente, lo que reclama la supervisión de un órgano independiente y con competencia para evaluar la corrección del diseño de la investigación (protocolo de investigación) para garantizar la selección justa y el respeto de las personas participantes, confirmar el balance riesgo-beneficio y comprobar el cumplimiento del resto de requisitos metodológicos y éticos y de los procedimientos, como un comité de ética de la investigación. Evita el conflicto de intereses de los investigadores y promueve la responsabilidad social.
6. Consentimiento informado, que garantiza el respeto de la autonomía de las personas participantes, al decidir cómo quieren contribuir a la investigación. Debe proporcionar información suficiente y adecuada para que la persona comprenda qué

éticas de investigación en sujetos humanos: nuevas perspectivas. Santiago: Programa Regional de Bioética OPS/OMS, pp. 83-96. 2003.

Cfr. SEOANE, J. A.; ÁLVAREZ LATA, N. El marco normativo de la investigación ...

28. Lata. Retos la capacidad de una decisión de representación en asuntos tan personales como los referidos a la salud; la presunta vulnerabilidad de las personas con demencia y su influencia en las concepciones del proceso de toma de decisiones; cómo se evalúa el balance entre riesgo y beneficio, solo sería admisible la investigación que brindase un beneficio directo a la persona participante; qué criterio de selección de sujetos participantes se debe considerar justo: aquel que los incluye o aquel más restrictivo que los excluye para protegerlos. la evaluación de su capacidad decisoria, el alcance de la capacidad preservada para intervenir en dicho proceso decisorio o la característica variabilidad de los estadios de la demencia y el establecimiento de herramientas flexibles para su tratamiento

significa participar en la investigación y pueda tomar una decisión de forma libre y voluntaria, incluyendo la posibilidad de revocación del consentimiento sin perjuicios.

7. Respeto de los sujetos participantes, lo que aglutina cuestiones tales como: a) supervisar la salud y el bienestar de las personas participantes e intervenir para prevenir o tratar daños que puedan surgir en la investigación, b) proteger la intimidad y garantizar la confidencialidad de la información y los datos, y c) Proporcionar información obtenida en la investigación con implicaciones para su salud (acceso a los resultados). En este último supuesto cabe mencionar aquellos estudios que conlleva cesión de muestras biológicas a los biobancos de especial relevancia en medicina genómica, pues los datos afectan a terceros y comprometen la privacidad e identifican factores hereditarios que revelan susceptibilidad de sufrir enfermedades, lo que obliga a prestar especial precaución, sobre todo en los denominados consentimientos en blanco, que permite que sean utilizadas en líneas de investigación futuras y no identificadas de las que ignoramos que se podrá hacer con los nuevos desarrollos o como serán utilizados con fines ajenos a la salud. Ello sin perjuicio de efectuar la donación a una línea de investigación o grupo de investigación concretos (Sáenz, 2017)²⁹.

Queda dibujado con meridiana nitidez el escenario ético sobre el que ha discurrido la regulación ética de la investigación con seres humanos y los valores protegidos a través de su historia reciente. Abordo a continuación el marco normativo nacional de aplicación.

III. Régimen de toma de decisiones de personas con discapacidad en investigación biomédica

Las normas vigentes que establecen las condiciones de participación y decisión en los ensayos clínicos y las investigaciones biomédicas presentan rasgos y ámbitos de aplicación diferentes. En ocasiones se solapan y dejan ver la influencia de los criterios éticos expuestos. Por su parte, la convención de Nueva York de 2006 (CDPD) obligó a reformar tanto la legislación civil sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que sean mayores de edad como la normativa de discapacidad para garantizar la accesibilidad cognitiva a la información³⁰. Sin embargo, la regulación de la investigación biomédica ya había asumido las exigencias de la CDPD al diferenciar la situación de

29. SÁENZ, F. M. «Tratamiento jurídico del consentimiento informado y la donación de muestras biológicas a un biobanco para investigación biomédica: los consentimientos en blanco». *DS: Derecho y salud*, vol. 27, (1), pp. 106-132, 2017.

30. España. Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica. Boletín Oficial del Estado, n.º 159, de 4 de julio de 2007. Disponible: www.boe.es/eli/es/L/2007/07/03/14/con. Así las cosas, cabe decir que en el caso de las personas con discapacidad incluye previsiones sobre la accesibilidad de la información proporcionada para obtener un consentimiento válido (artículo 4.2 RD 1090/2015). Así se expresan los artículos 4 y 15 de la Ley 14/2007 (LIB) respecto al formato de la información.

las personas con discapacidad de la situación de las personas con la capacidad modificada. También ha resultado decisiva, para una interpretación armonizada, la relectura de la incapacitación operada por los tribunales en torno a dos ejes: a) la incapacitación no altera la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí su forma de ejercicio, y b) la incapacitación no puede responder a un modelo rígido, sino que debe adaptarse a las necesidades particulares de cada persona, una graduación que ha dado lugar a la tesis del «traje a medida»³¹. Integrar las reformas operadas en materia de capacidad civil y medidas de apoyo, así como medidas que garantizan la accesibilidad en el marco de la investigación biomédica requiere una breve remisión a la normativa sectorial de aplicación en España.

1. Normativa sectorial sobre Investigación biomédica en España

A fin de transitar el panorama normativo vigente, enunciaré las siguientes normas con su regulación más característica. Ello sin perjuicio de considerar la regulación comunitaria *ad hoc* con los principales aspectos jurídicos recogido en el Reglamento (UE) 536/2014, de 16 de abril, sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano, y más en concreto, lo dispuesto en los arts. 28 y ss. del Reglamento (UE) al establecer las condiciones *sine qua non* del ensayo clínico (EC), y más allá del obligado respeto a la integridad física y mental del sujeto participante su intimidad y la protección de datos que le concierne, con especial énfasis en la información de la persona participante con carácter previo a consentir así como la ausencia de influencia indebida. Contempla el consentimiento por representación o sustitución en atención a ciertas condiciones objetivas del propio ensayo sin perjuicio de que el sujeto incapaz participe en la medida de lo posible en el proceso de toma de decisiones.

En el ámbito nacional, el marco regulatorio para investigaciones relacionadas con la salud humana (básica y clínica) aparece esbozado en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica (LIB) que en su artículo primero delimita su ámbito de actuación con exclusión expresa de los ensayos clínicos. Y regula las condiciones de participación de las personas en investigaciones biomédicas o clínicas estableciendo la exigencia de

31. Por todas STS 6 mayo 2021 (RJ 2021, 2381), 18 julio 2018 (RJ 2018, 2957), 7 de marzo 2018 (RJ 2018, 934), 6 marzo 2018 (RJ 2018, 1062), 11 de octubre 2017 (RJ 2017, 4290), 18 julio 2017 (RJ 2018, 2957), 4 abril 2017 (RJ 2017, 1505), 3 junio 2016 (RJ 2016, 2311) 20 octubre 2015 (RJ 2015, 4900), 13 mayo 2015 (RJ 2015, 2023), 1 julio 2014 (RJ 2014, 4518). Esta última sentencia la que explica dicha tesis: «La incapacitación ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacitación. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Se trata de un traje a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para, ha provocado que se terminara construyendo un régimen de asistencia y apoyos *ad causam* que, según algunas, voces no termina correspondiéndose en esencia ni con la curatela ni con la tutela».

prestar «previamente su consentimiento expreso y escrito una vez recibida la información adecuada» (artículo 4 LIB)

Dos instrumentos normativos establecen, por su parte, el régimen específico de los ensayos clínicos: a) el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios*, y b) el Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, *por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos*³².

El Real Decreto Legislativo 1/2015 proporciona una definición de ensayo clínico en su artículo 58 y señala que deberá de realizarse «en condiciones de respeto a los derechos fundamentales de la persona y a los postulados éticos que afectan a la investigación biomédica en la que resultan afectados seres humanos» (art. 60.1). Reproduce reglas generales del Reglamento comunitario (UE) como el consentimiento escrito; revocabilidad *ad nutum*; representación; preceptiva información previa sobre alcance, implicaciones, riesgos del ensayo y régimen de responsabilidad³³.

Al objeto de este trabajo deviene útil observar cómo se aparta del régimen del Reglamento en el apartado definiciones: sustituye al «sujeto incapaz» por la «persona con la capacidad modificada para dar su consentimiento», que es definida como el «sujeto de ensayo que, por razones distintas a las de la edad legal para dar su consentimiento informado, no es capaz de prestar su consentimiento informado, según la ley nacional» (art. 2.2.k). En cuanto a los requisitos del consentimiento informado establece que «el sujeto del ensayo prestará su consentimiento libremente, expresado por escrito, tras haber sido informado sobre la naturaleza, importancia, implicaciones y riesgos del ensayo clínico». En el caso de personas que no puedan emitir libremente su consentimiento, «éste deberá ser otorgado por su representante legal previa instrucción y exposición ante el mismo del alcance y riesgos del ensayo. Será necesario, además, la conformidad del representado si sus condiciones le permiten comprender la naturaleza, importancia, alcance y riesgos del ensayo» (art. 60.4). En lo demás, incorpora las cautelas y condiciones de la obtención del consentimiento informado en los ensayos clínicos: Señala la relevancia del papel que asume el comité de ética de la investigación con medicamentos (CEIm) a la hora de rea-

32. España. Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos. Boletín Oficial del Estado, n.º 307, de 24 de diciembre de 2015. Acceso en línea: www.boe.es/eli/es/rd/2015/12/04/1090/con

33. Cfr. Real Decreto 1/2015... «1. A los efectos de esta ley, se entiende por «ensayo clínico» toda investigación efectuada en seres humanos con el fin de determinar o confirmar los efectos clínicos, farmacológicos y/o demás efectos farmacodinámicos, y/o de detectar las reacciones adversas, y/o de estudiar la absorción, distribución, metabolismo y eliminación de uno o varios medicamentos en investigación con el fin de determinar su seguridad y/o su eficacia. Todos los ensayos clínicos, incluidos los estudios de biodisponibilidad y bioequivalencia, serán diseñados, realizados y comunicados de acuerdo con las normas de «buena práctica clínica» y con respeto a los derechos, la seguridad y el bienestar de los sujetos del ensayo, que prevalecerán sobre los intereses de la ciencia y la sociedad». (art. 58).

lizar un control o evaluación externa del protocolo por órgano independiente y multidisciplinar a lo que Dedicar los apartados 6 y 7 del artículo 60³⁴.

Por su parte, el Real Decreto 1090/2015, y en atención al proceso de consentimiento informado, efectúa una remisión en su artículo 4 a lo dispuesto en el Reglamento comunitario (UE) y a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* LBAP (arts. 8 y 9). Equipara a cualquier persona que no es capaz para tomar decisiones, -incluidas las personas con capacidad judicialmente modificada-, siempre que conste en sentencia (es decir, sin posibilidad de consentir). El consentimiento por representación aparece regulado en el art. 9.3 LBAP al establecer que: «*el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación*. Y continúa estableciendo los requisitos para prestar tal consentimiento cuando carezca de representante legal: «*Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho*» y «*Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia*», en lo que vendría a ser una figura asimilada a la guarda de hecho.

Asimismo, y en el ámbito de la investigación relativa a productos sanitarios, cabe efectuar una mención a la reciente aprobación del *RD de Productos sanitarios 192/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan los productos sanitarios*, acorde al Reglamento UE 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2017, pues la evaluación de la conformidad de los productos requiere disponer de datos clínicos, siendo la investigación clínica una de las etapas cruciales en el desarrollo de nuevos productos o de nuevas aplicaciones³⁵. En consecuencia, dedica el capítulo VII a la regulación de los aspectos relativos a las investigaciones clínicas y establece el régimen lingüístico y la aprobación por los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos (CEIm). Tras definir producto sanitario y acotar el ámbito de su aplicación [artículo 3.1.a)], dedica el capítulo 30 y siguientes a los aspectos que regulan la investigación clínica conducente a probar la eficacia de los productos sanitarios, en atención a los principios éticos, metodológicos y

34. Cfr. Cfr. Real Decreto 1/2015....

Artículo 60. Garantías de respeto a los postulados éticos.

[...]

«6. Ningún ensayo clínico podrá ser realizado sin informe previo favorable de un Comité Ético de Investigación Clínica, que será independiente de los promotores e investigadores y de las autoridades sanitarias. El Comité deberá ser acreditado por el órgano competente de la Comunidad Autónoma que corresponda, el cual asegurará la independencia de aquél. La acreditación será comunicada a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios por el órgano competente de la respectiva Comunidad Autónoma.

7. Los Comités Éticos de Investigación Clínica estarán formados, como mínimo, por un equipo interdisciplinar integrado por médicos, farmacéuticos de atención primaria y hospitalaria, farmacólogos clínicos, personal de enfermería y personas ajenas a las profesiones sanitarias de las que al menos uno será licenciado en Derecho especialista en la materia.

35. España. Real Decreto 192/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan los productos sanitarios. Boletín Oficial del Estado, núm. 69, de 22 de marzo de 2023, <https://www.boe.es/eli/es/rd/2023/03/21/192>.

de protección de los sujetos del ensayo, contemplados en el Real Decreto 1090/2015, así como lo establecido en el capítulo VI y anexos XIV y XV del Reglamento (UE) 2017/745³⁶.

2. Novedades legislativas en materia de discapacidad y accesibilidad cognitiva

La Ley 8/2021, 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 acomete una profunda reforma del Código Civil (CC) en sede de medidas de apoyo que deberán de articularse para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica³⁷. La nueva regulación pivota sobre la idea de que ni la incapacitación legal ni la modificación de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad será la norma general, lo que supone un auténtico cambio de paradigma. Al tiempo, la reforma exhibe la función pedagógica del Derecho cuando este impulsa los cambios sociales y no espera a que se produzcan. El sistema resultante está basado en el respeto a la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona con discapacidad quien tomará sus propias decisiones sin cercenar el derecho a tener la oportunidad de ser feliz conforme a su voluntad, deseos y preferencias (artículo 249 del CC): arrinconada la idea de que todas las personas con discapacidad mayores de edad, en especial con discapacidad intelectual, tienen un representante legal que tomará la decisión. La capacidad ya no es vista desde un punto de vista restrictivo de la denominada capacidad de obrar, sino que exige una actitud proactiva que propugna la creación de un sistema de apoyos y salvaguardas en favor de las personas con discapacidad, que les permita el ejercicio, por sí mismas, de los derechos de que son titulares en virtud de su capacidad jurídica. Y es que, tal y como afirmó el Tribunal Supremo en Sentencia de 6 de mayo de 2021, predominaba la judicialización en sede de incapacitación, frente a la razonable desjudicialización (presente y futura) que se impone de la vida de las personas con discapacidad, pues los actos relevantes que precisan de autorización judicial en la vida de una persona (artículo 28 del CC) se producen apenas en dos ocasiones³⁸. Sin embargo, no se trata de pasar de un control rígido a toda ausencia de este, sino de establecer cuándo y cómo procede obtener la tutela judicial efectiva al igual que el resto de los ciudadanos. Por ello, se suprime la incapacitación y, en el ámbito de las medidas judiciales, que solo se constituirán en defecto de medidas voluntarias o de existencia de una guarda de hecho que funcione adecuadamente, se sustituye la tutela por la curatela,

36 Cfr. España. Real Decreto 192/2023... Se define producto sanitario como: «*todo instrumento, dispositivo, equipo programa informático implantable, material u otro artículo destinado por el fabricante a ser utilizado en personas, por separado o en combinación, con alguno de los siguientes fines médicos específicos*».

37. España. 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. Boletín Oficial del Estado, n.º 132, de 3 de junio de 2021. Acceso en línea: www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8/ con

38. La STS 6 mayo 2021 (RJ 2021, 2381) establece los principios jurisprudenciales derivados del convenio: 1.º) El principio de presunción de capacidad de las personas 2.º) El principio de flexibilidad (o del traje a medida). 3.º) El principio de aplicación restrictiva 4.º) El principio de la no alteración de la titularidad de los derechos fundamentales. 5.º) El principio del interés superior de la persona con discapacidad. 6.º) El principio de consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad. 7.º) El principio de fijación de apoyos.

que solo excepcionalmente, comprenderá poderes de representación³⁹ (En detalle, Vivas Tesón, 2023).

El reconocimiento de la dignidad de las personas con discapacidad y su capacidad para tomar decisiones en igualdad de condiciones impregna la reforma, así la Ley 8/2021 introduce algunas medidas que suponen un giro respecto a la tradición jurídica, como el cuestionamiento de la figura de la capacidad de obrar o la supresión de la tutela respecto de las personas con discapacidad. La premisa es que las personas con discapacidad son suficientes a la hora de tomar sus decisiones y de expresar sus deseos y preferencias. Establece dos clases de medidas: voluntarias y judiciales, y dentro estas distingue entre medidas asistenciales y representativas. Se espera que, en primer término, las medidas de apoyo no tengan una función representativa, sino que estarán encaminadas a que las personas con discapacidad reciban ayuda para el ejercicio de su capacidad jurídica y, al tiempo, contribuyan a fomentar una menor necesidad de apoyos en el futuro⁴⁰. La Ley 8/2021 efectúa una interpretación laxa del texto de la CDPD, en contra de la recomendación del comité sobre los derechos de las personas con discapacidad⁴¹, así nuestro ordenamiento mantiene las medidas de apoyo sustitutivas, no obstante, suprime la figura del interés superior de la persona con discapacidad. Lo que invoca el papel de la jurisprudencia para conciliar la voluntad a ultranza de la persona con discapacidad respecto a las medidas de apoyo que se le van a aplicar con el desaparecido principio. Establece un sistema de intervención progresivo en el que solo cabe pasar a la segunda fase si no existe la primera (sistema voluntario), y de la segunda a la tercera (sistema judicial) solo «cuando falte guarda de hecho que suponga apoyo suficiente» (artículo 255.5 del CC). La guarda de hecho emerge como la institución de apoyo preferente, llamada a ser la opción mayoritaria. Las personas que ejerzan esta guarda de hecho deben ser vistas como facilitadores de la participación, pues no van a tomar la decisión. La curatela se consolida como principal medida de apoyo judicial de carácter asistencial, y con carácter excepcional para ejercer la representación de las personas con discapacidad bajo la fórmula de la curatela representativa. El sistema de apoyos previsto sugiere fomentar la decisión autónoma a través de dos mecanismos: a) Utilización del sistema voluntario de apoyos, mediante el otorgamiento de mandato y poderes preventivos y b) Agotar las posibilidades de la guarda de hecho, auténtica estrella de la reforma e institución de apoyo preferente. Considera las valoraciones periciales de los expertos en enfermedades mentales pues el paso de las medidas de apoyo voluntarias a las judiciales sólo será posible en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se traten.

La Ley 6/2022 incorpora la accesibilidad cognitiva a la definición de accesibilidad universal en la nueva redacción del artículo 2.k de la LGDPD. Al tiempo, establece los

-
39. VIVAS TESÓN, I. «La curatela como principal medida judicial de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica: fundamento y claves de su nuevo régimen legal». En *La reforma de la discapacidad* A. CASTRO-GIRONA, C. PÉREZ, F. CABELLO DE ALBA (coords.) Madrid: Fundación Notariado. pp. 485-529, 2023.
40. La Disposición Adicional Cuarta del Código Civil señala además que «toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica».
41. COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Observación general núm. 1 (2014). 11.º periodo de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad>.

requisitos para su efectividad⁴². La premisa de partida es que la accesibilidad constituye una condición previa para el ejercicio de los derechos, tener reconocido un derecho de nada sirve cuando se carece de medios adecuados y pertinentes para hacerlo efectivo. La exposición de Motivos señala las circunstancias que han de concurrir para la accesibilidad cognitiva: «cuando los entornos, procesos, actividades, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos permiten la fácil comprensión y comunicación». Elementos sobre los que construye la idea de «lectura- fácil», que aprovecha para definir, también en Exposición Motivos, como el «*método que aplica un conjunto de pautas y recomendaciones relativas a la redacción de textos, al diseño y maquetación, y a la validación de la comprensibilidad de estos, destinado a hacer accesible la información a las personas con dificultades de comprensión lectora*». Esta reforma de la LGDPD trata de garantizar la accesibilidad de la información para las personas con discapacidad y promueve remover las trabas para que las personas con dificultades de comprensión y comunicación no se encuentren con entornos cognitivamente no accesibles.

3. Nuevo marco normativo para la investigación con personas dependientes en medidas de apoyo y accesibilidad.

El mapa de apoyos resultantes (personales y materiales), fruto de la combinación de la ley 8/2021 y la Ley 14/2022 con la normativa sectorial que regula la investigación biomédica, permite observar el cambio operado en el marco normativo de la investigación, como consecuencia de las referencias a la participación de las personas con discapacidad y al diseño o formato de la información que se les proporciona. Así las cosas, la Ley 14/2007 (LIB) y, en concreto, el Real Decreto 1090/2015 deberá interpretarse y aplicarse según aquellas. Tal y como ocurre con la definición de consentimiento incluida en el artículo 3.1.f de la Ley 14/2007 que incluye el término «incapaz». En consecuencia, las consideraciones éticas y legales de los protocolos de investigación se verán afectados por aquellas, lo que aconseja su análisis y estudio por parte de los agentes que participan en la investigación biomédica clínica, desde los promotores e investigadores, como las personas de las CRO (*Contract Research Organization* u Organización de Investigación por contrato) que se encarga del proceso de gestión, monitorización y desarrollo de un ensayo clínico, hasta los miembros de los comités de ética de la investigación (autorizados o no a evaluar ensayos clínicos con medicamentos-CEIm). Una mayor transparencia de los criterios exigidos para la aprobación de los protocolos de investigación y garantía de que estas medidas son efectivamente exigidas recomiendan la modificación de los protocolos normalizados de trabajo (PNT). Recapitulando lo anterior, conviene diferenciar dos cuestiones que han sido objeto de reforma. 1. Las medidas de apoyo para la capacidad jurídica y 2. La adecuación del formato de la información sobre la investigación.

1. **Las medidas de apoyo.** La Ley 8/2021 confía en las medidas voluntarias de apoyo como opción preferente, que adopta la propia persona con discapacidad anticipando las circunstancias que puedan dificultar el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad y

42. España. Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del *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, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación (LGDPD) Boletín Oficial del Estado, n.º 78, de 1 de abril de 2022. Disponible en: www.boe.es/eli/es/l/2022/03/31/6/con.

hace efectivo el principio de autonomía (arts. 255 y 271 del CC). Dos tipos de medidas voluntarias se contemplan: los poderes y mandatos preventivos y la autocuratela. Esta última, en manera similar a la figura anterior de la autotutela, establece que:» *Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador...*» (art. 271 del CC) acogiendo las modalidades doctrinales de autocuratela positiva (designación de eventuales curadores) y negativa (exclusión de posibles curadores). La propia persona establece las reglas de funcionamiento y contenido de la curatela y, en particular, las relativas al cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación o dispensa de hacer inventario y demás medidas de vigilancia y control. Por su parte, las medidas formales requerirán de una escritura pública. En todo caso, deberá de ser articulada alguna de las modalidades contempladas y, en coherencia con lo anterior, el protocolo de investigación correspondiente deberá de incorporarlas. Lo que obligará al control de su existencia y contenido con mecanismos adecuados que constan en los procedimientos normalizados de trabajo (PNT) (en detalle, Ramiro Avilés, 2023)⁴³. Se advierten novedades significativas para la investigación biomédica en función de las características de cada una de las medidas de apoyo establecidas, a saber:

- a) La guarda de hecho. Esta medida informal podría ejercerse por un familiar, un/a amigo/a o personal sanitario en la que confluyan las notas de confianza y confiabilidad, tanto en lo personal como en lo profesional (Exposición de Motivos)⁴⁴. Esto

43. RAMIRO AVILÉS, M. A. «¿Cómo afectan la Ley 8/2021 y la ley 6/2022 a la investigación biomédica desarrollada en España?» *Revista Bioética y Derecho*. Rev Bio y Der; vol. 59, pp. 63-75, 2023. 10.1344/rbd2023.59.41787 www.bioeticayderecho.ub.edu

44. SAP de A Coruña núm. 23/2023. 31 enero, Sección 6.ª, Sánchez González, FJ 3.º subraya lo más relevante de la reforma «...*la regularización de la guarda de hecho como un medio de provisión de apoyos. Figura que difiere radicalmente del concepto que definía antes el Código Civil. Se ha normado ahora como una medida de apoyo, de origen legal, estable y con vocación de permanencia, ya que las medidas judiciales tienen carácter subsidiario, de manera que solo en defecto de guarda de hecho eficaz habrá de acudir al correspondiente expediente de Jurisdicción Voluntaria de provisión de apoyos. Se ha querido reflejar la realidad social, donde habitualmente es la familia quien presta ese primer apoyo, como guardadores de hecho*», reconoce así que la guarda podrá ser tanto asistencial como representativa. SAP de Cádiz núm. 58/2023, 20 enero, Sección 5.ª, Sanabria Parejo, FJ 1.º. Sobre eventuales actuaciones del guardador declara que el último inciso del art. 255 CC recoge un «mandato de desjudicialización «razonable» que pasa por asumir con naturalidad que las facultades de actuación no vienen dadas por una resolución judicial, sino directamente de la ley. Las posibles actuaciones en las que el guardador de hecho puede ejercer su función como medida de apoyo, pueden concretarse en otros numerosos contextos: peticiones de recursos sociales, pensiones, plazas residenciales, centros de día, ayuda a domicilio, matriculaciones en centros de educación o formación profesional, entre otras, solicitudes a los bancos, etc. La función del guardador tiene reconocimiento en otros entornos. En el ámbito de la salud el guardador de hecho se encuentra asimilado al «cuidador principal», «allegado» o «persona vinculada por razones familiares o de hecho» (arts. 5.3 y 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y el apartado 7.7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios

no solo otorga flexibilidad al sistema de apoyos, sino que permite tener más de un guarda de hecho en función del ámbito material en que deba pronunciarse la persona a la que presta apoyo para «desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias». El párrafo cuarto del art. 250 del CC la considera una medida informal de apoyo «que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente», cual medida desjudicializada que podrá concurrir con otras medidas de apoyo que no se vengán materializando como es debido o devengan ineficaces para cumplir con su objetivo, como reitera el art. 263 del CC que ordena a quien venga ejerciendo la guarda «adecuadamente» proseguir con el desempeño de su función. El RD 1090/2015 obliga a arbitrar las medidas de apoyo en el protocolo de la investigación, para lo cual, promotor de la investigación o de responsable del equipo de investigación deben recibir formación adecuada. Sin embargo, la única medida de apoyo recogida en la Ley 8/2021 que se podría articular desde el protocolo de investigación sería la *guarda de hecho*, como medida informal ejercida por una persona de confianza con capacidad de resolver las dudas y contestar las preguntas que una persona con discapacidad o en situación de discapacidad pudiera tener. La persona que actúe como guarda de hecho debe ser independiente de la investigación; libre de conflicto de interés. La manera de implementar esa medida de apoyo puede ser variada, sin perjuicio de implicar al comité de ética que evalúa el protocolo. No obstante, conviene estar alerta y prestar especial cautela al potencial conflicto de intereses que pueda crearse en torno a la condición de doble agente (facultativo e investigador) de la persona que ejerza la guarda de hecho, cuando es profesional asistencial a la hora de indicar una opción terapéutica. Ello sin obviar la denominada *deuda de lealtad* que el paciente contrae con su médico a la hora de ser reclutado como sujeto de investigación o las *preferencias adaptativas* que la persona adopta en aras de no disgustar a quien por ella decide a causa de su dependencia. Para una lectura detallada sobre los posibles conflictos de interés (Cruz-Valiño, 2021)⁴⁵.

- b) La curatela es una medida formal que aparece regulada en detalle en los arts. 268 a 294 del CC y la actual redacción se aparta de nuestra tradición jurídica. Emerge en detrimento de la tutela a la que reemplaza como principal medida de apoyo judicial para las personas con discapacidad, destacando su naturaleza de cuidado, como subraya el epígrafe III, párr. quinto, del preámbulo «...*El propio significado de la palabra curatela –cuidado–, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, y sólo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas*». Mas allá de su carácter asistencial y representativo, puede tener naturaleza «complementadora» del ejercicio de la capacidad jurídica «que exige el consentimiento del curador a los actos y contratos concluidos por la persona a la que

comunes del sistema nacional de salud y el procedimiento para su actualización). Las peticiones de auxilio a las FFCCSE por parte de guardadores de hecho ante agitaciones, incidentes, altercados familiares de la persona con discapacidad o trastorno mental tienen amparo en el marco del art 11.1 LO 2/1986 de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado».

45. CRUZ-VALIÑO, A. B. «Medicina defensiva: aproximación conceptual». Granada. Comares. pp- 65-69. 2021.

apoya, como requisito de validez de los mismos» pudiendo existir sólo una curatela que confiere al curador «diferentes facultades de asistencia o de representación o una mezcla de estas», sin perjuicio de constituir una medida judicial de carácter residual subordinada a revisión periódica (De Verda y Beamonte, 2022)⁴⁶. Se exige de quien la ejerza el fomento de aptitudes para que la persona con discapacidad no solo realice la toma de decisiones con autonomía, sino que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro (art. 282 del CC). Para el supuesto de la curatela representativa, requiere contar con la autorización judicial que será requerida para: «realizar actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de (...) consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales» (art. 287.1.º del CC). Como podemos observar, contempla los actos de trascendencia personal en el ámbito asistencial, no así en la investigación clínica, pues hace referencia a las personas vinculadas al paciente (por razones familiares o hecho) en dos momentos del ámbito asistencial: al recibir información (art. 5) o prestar consentimiento (art. 9). Como quiera que esta previsión no se estableció para la investigación biomédica, tanto la Ley 14/2007, como el RD 1090/2015, regulan el consentimiento a través de un representante legal. No obstante, esta línea divisoria entre práctica clínica habitual e investigación clínica se desdibuja en cuanto la clínica y la investigación se solapan (Kas, 2013)⁴⁷.

En cuanto al formato adecuado de la información de los documentos del protocolo de investigación en las que participen personas con discapacidad mayores de edad y, tras la reforma de la Ley 6/2022, cabe prescindir de los documentos que solicita el testimonio de los representantes legales afirmando que las personas con discapacidad han comprendido la información, a modo de consentimiento expreso, así como las Hojas de información al paciente (HIP) realizadas exprofeso para los representantes. No en vano, la accesibilidad de la información para las personas con discapacidad y en general de las personas participantes siempre ha estado en entredicho, por su difícil comprensión, contenido científico-técnico y volumen inabarcable, hasta el punto de caer en un mero formulismo para evitar responsabilidades de los promotores e investigadores. Un déficit de accesibilidad cognitiva dificulta la vida independiente e impide participar en la sociedad y obtener un consentimiento libre e informado, tanto en práctica clínica como en investigación biomédica⁴⁸. Es por ello por lo que conviene mejorar el nivel de comprensión de las HIP, y hacerlo extensivo a otros grupos poblacionales con escasa alfabetización en salud (personas mayores, bajo nivel educativo). La lectura fácil, como primera opción, es contemplada como una mejora que facilita la comprensión, mientras que la ley

46. DE VERDA Y BELMONTE, J. R., et. al. «Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad». Diario La Ley, vol. 10021: 1, 2022.

47. KAS N. E., FADEN, R. R., GOODMAN, S. N., PRONOVOST, P., TUNIS, S. & BEAUCHAMP, T. L. The research treatment distinction: a problematic approach for determining which activities should have ethical oversight. Hastings Center Report, 43(s1), S4-S15, 2013.

48. Cfr. CRUZ CRUZ-VALIÑO, A. B. «Medicina defensiva. Las hojas de información al paciente (HIP) de los ensayos clínicos (EC) son ilegibles y devienen investigación defensiva, un término acuñado por Diego GRACIA (2016), que invita a preguntarse a quién protege: al paciente, al promotor, a la compañía de seguros o al banco ante los potenciales litigios, y no tanto al investigador que a menudo coincide con el profesional médico, cuya cobertura de riesgos acostumbra a estar garantizada por la institución sanitaria a través del seguro de responsabilidad profesional.

prevé sistemas alternativos y aumentativos de comunicación, pictogramas y otros medios humanos y tecnológicos disponibles para una accesibilidad efectiva. Al mejorar la accesibilidad cognitiva de los documentos de información y participación de la investigación biomédica, las medidas de apoyo devienen innecesarias. Cabe diseñar una única hoja de información HIP y un documento de consentimiento que deberán ser redactados, diseñados y maquetados para cumplir las exigencias de lectura-fácil. En otros casos, el ajuste de las medidas puede consistir en un sistema alternativo de comunicación o requerir otro medio tecnológico, y confeccionar documentos de consentimiento especiales y ajustes razonables. Habrá que estar a la razonabilidad de la medida, pues en caso contrario se produciría una vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades por motivo o por razón de discapacidad (art. 2 CDPD, art. 63 LGDPD).

Algunos residuos del marco normativo anterior y los consiguientes desafíos a los que trata de responder permanecen, tales como la «participación condicionada», que se mantiene por la protección que proporciona, y supedita la inclusión de las personas con discapacidad grave a que la investigación sea de interés específico, guarde relación directa con alguna enfermedad que padezcan; por ejemplo, cuando resulta esencial para validar datos procedentes de ensayos clínicos o la información que se busca reviste especial valor social. Tras esas condiciones se podrá hacer el balance entre los riesgos que supone la participación y los beneficios colectivos que espera obtener. En situación excepcional, la persona con discapacidad deberá participar en el proceso de toma de decisión para que preste su asentimiento y atendiendo a su nivel de comprensión procurando dar valor normativo a cualquier manifestación de rechazo. Se puede aventurar que esto carece de trascendencia especial, pues el diseño de la investigación biomédica no tiene finalidad terapéutica y por ello no cabe que se produzca el malentendido terapéutico⁴⁹. No obstante, hay que considerar el uso compasivo de medicamentos en fase experimental y la legítima expectativa de pacientes o familiares de obtener para el momento presente o futuro una alternativa terapéutico-efectiva para sus dolencias. Otro aspecto digno de contemplar es el riesgo para la privacidad y la confidencialidad de los datos de salud, que con fines de investigación permite recopilar, previo cumplimiento de los requisitos éticos y legales, lo que no se puede hacer en la práctica clínica, en la era de los datos masivos donde el estudio observacional es la clave de bóveda de la investigación (Lezcuona (de l., 2018).

IV. Conclusión

Este trabajo identifica el marco jurídico que regula la investigación biomédica en España y en qué manera se ha visto afectado con ocasión de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad. Las reformas introducidas por Ley 8/2021 y Ley 6/2022, modifican, respectivamente el Código civil y la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad. Ambas reformas tratan de adecuar el ejercicio de la capacidad jurídica y promueven la accesibilidad cognitiva

49. APPELBAUM, PS, LIDZ, CW «The therapeutic misconception». The Oxford Textbook of Clinical Research Ethics. EJ EMANUEL, C GRADY, RA CROUCH, RK LIE, FG MILLER and D WENDLER (eds). New York: Oxford University Press, pp. 633-644. 2008

A través de una exposición previa de los hitos normativos, rasgos principales y criterios para interpretación y aplicación de la ética de la investigación y normativa se intentó contextualizar la respuesta sobre las personas con discapacidad en el modelo de los derechos, nuevo paradigma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad.

Una relectura ajustada de la incapacitación ha sido aplicada por nuestros tribunales tras la ratificación por España de la CDPD, pues esta no puede alterar la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí su forma de ejercicio. Lejos de responder a un modelo rígido, debe de ser flexible adaptándose a las necesidades particulares de cada persona, graduación que ha dado lugar a la tesis del traje a medida.

El cambio de paradigma sobre la dependencia pivota sobre la idea de capacidad jurídica de las personas como regla general. Introduce nuevos retos en la investigación biomédica clínica en ausencia de medidas formales de representación y promueve la accesibilidad cognitiva.

En tal sentido, la curatela constituye la figura principal de apoyo (que puede ser representativa), mientras que la guarda de hecho, como medida informal, será la preferente. Exige nuevas cautelas para proteger la vulnerabilidad a fin de evitar una instrumentalización indebida. Lo anterior refuerza el papel de los Comités de ética y los agentes de investigación con énfasis en el tratamiento de la figura del guardador de hecho, a fin de detectar y neutralizar el potencial conflicto de intereses, mediante la evaluación de la corrección ética de la investigación clínica.

La preocupación por garantizar la calidad y la seguridad de la investigación y la protección de las personas participantes a través del respeto de su autonomía y derechos invoca una actitud proactiva que afecta a la configuración del proceso de toma de decisiones en la investigación biomédica, cuya respuesta idónea vendrá de la mano de promover modelos que ajustan de forma prudencial el alcance de la capacidad de cada persona para comprender y decidir su participación en una evaluación *ad hoc*.

V. Bibliografía

APPELBAUM, PS, LIDZ, CW «The therapeutic misconception». *The Oxford Textbook of Clinical Research Ethics*. E. J EMANUEL, C. GRADY, R. A CROUCH, R. K LIE, F.G MILLER and D. WENDLER (eds). New York: Oxford University Press. pp. 633-644, 2008.

ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL. *Declaración de Helsinki-Principios éticos para la investigación médica en seres humanos*. Fortaleza. 2013. Acceso en línea: www.wma.net/es/polices-post/declaracion-de-helsinki-de-la-amm-principioseticos-para-las-investigaciones-medicas-en-seres-humanos/

BEAUCHAMP, T.L. & CHILDRESS, J.F. *Principles of biomedical ethics*. (7th ed). New York, Oxford: University Press. 2013.

- CIOMS** [Council for International Organizations of Medical Sciences], *Pautas éticas internacionales para la investigación relacionada con la salud con seres humanos*. 4.^a edición. Ginebra. 2016. Disponible en: https://cioms.ch/wp-content/uploads/2017/12/CIOMS-EthicalGuideline_SP_INTERIOR-FINAL.pdf
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON ISCAPACIDAD**. «Observación general núm. 1 (2014). 11.º período de sesiones». 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad>.
- CRUZ-VALIÑO, A. B.** «El argumento "negocial" del consentimiento informado como incentivo para cumplir en la práctica clínica los requisitos de la doctrina ética y jurídica». *Journal of Healthcare Quality Research*, JHQR, vol. 35,4, pp. 267-268, 2020.
- CRUZ-VALIÑO, A. B.** *Medicina defensiva: aproximación conceptual*. Granada. Comares. 2021.
- DE VERDA, J. R., et. al.** «Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad». *Diario La Ley*, vol. 10021: 1, 2022.
- DE NÚREMBERG**. *Código de ética médica de Núremberg*. 1947.
- EMANUEL** «¿Qué hace que la investigación clínica sea ética? Siete requisitos éticos» *Pautas éticas de investigación en sujetos humanos: nuevas perspectivas*. Santiago: Programa Regional de Bioética OPS/OMS, pp. 83-96, 2003.
- KANT, I.** «Fundamentación de la metafísica de las costumbres». Barcelona: Ariel. 1996.
- KASS N. E., FADEN, R. R., GOODMAN, S. N., PRONOVOST, P., TUNIS, S. & BEAUCHAMP, T. L.** (2013). «The researchtreatment distinction: a problematic approach for determining which activities should have ethical oversight». *Hastings Center Report*, 43(s1), S4-S15.
- LECUONA (DE), I.** «Evaluación de los aspectos metodológicos, éticos, legales y sociales de proyectos de investigación en salud con datos masivos (bigdata)». *Gaceta Sanitaria*; vol. 32(6), pp. 576-578, 2018. <https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2018.02.007>
- PALACIOS, A.** *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cinca. 2008.
- PONS, M. & ADAM P.** «La investigación biomédica en la encrucijada y vías de salida». *Medicina Clínica*; vol. 151, 3, pp. 109-110, 2018. <http://dx.doi.org/10.1016/j.medcli.2017.12.013>
- POSE, C.** *Lo bueno y lo mejor. Introducción a la Bioética Médica*. Madrid: Triacastela. 2009.
- RAMIRO AVILÉS, M. A.** «¿Cómo afectan la Ley 8/2021 y la ley 6/2022 a la investigación biomédica desarrollada en España?» *Revista Bioética y Derecho*. Rev Bio y

Der. 2023; vol. 59, pp. 63-75 10.1344/rbd2023.59.41787 www.bioeticayderecho.ub.edu

ROSENSTEIN, D L.; MILLER, F G. *Research involving those at risk for impaired decision-making capacity*. New York: Oxford University Press, 2008.

SÁENZ, F. M. «Tratamiento jurídico del consentimiento informado y la donación de muestras biológicas a un biobanco para investigación biomédica: los consentimientos en blanco». *DS: Derecho y salud*, vol. 27, (1), pp. 106-132, 2017.

SANTOS, F. «La ley 8/2021 de apoyo a las personas con discapacidad: una norma alentada por una revolución ética». En *Discapacidad y equiparación de derechos*. Cuadernos de la Fundación Grifols, Vol 61, pp. 106-112, 2022.

SEOANE, J. A. «La construcción jurídica de la autonomía del paciente». *Eidon* vol. 39: pp.13-34. 2013.

SEOANE, J A; ÁLVAREZ LATA, N. *El marco normativo de la investigación biomédica en personas con demencia*. *Derecho Privado y Constitución*, vol. 36: pp. 131-177. 2020.

UNESCO. *Declaración universal sobre Bioética y derechos humanos* (19 de octubre de 2005). 2005. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

VIVANCO, L. «Responsabilidad social y salud: una tarea pendiente». *Atención Primaria*. vol. 50, pp. 653-654, 2018. doi: 10.1016/j.aprim.2018.05.007.

VIVAS TESÓN, I. *La curatela como principal medida judicial de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica: fundamento y claves de su nuevo régimen legal*. En «La reforma de la discapacidad», A CASTRO-GIRONA, C PÉREZ, F CABELLO DE ALBA (coords.) Madrid: Fundación Notariado, pp. 485-529, 2023.

VI. Legislación

ESPAÑA. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Boletín Oficial del Estado, n.º 96, 21 de abril de 2008. Acceso en línea www.boe.es/eli/es/ai/2006/12/13/1/con.

ESPAÑA. Real Decreto de 24 julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, n.º 206, de 25 de julio de 1889. Acceso en línea: www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/1/con

ESPAÑA. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006.

- ESPAÑA.** Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Boletín Oficial del Estado, n.º 274, de 15 de noviembre de 2002. Acceso en línea: www.boe.es/eli/es/L/2002/11/14/41/con
- ESPAÑA.** Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica. Boletín Oficial del Estado, n.º 159, de 4 de julio de 2007. Acceso en línea www.boe.es/eli/es/L/2007/07/03/14/con
- ESPAÑA.** Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos. Boletín Oficial del Estado, n.º 307, de 24 de diciembre de 2015. Acceso en línea: www.boe.es/eli/es/rd/2015/12/04/1090/con
- ESPAÑA.** 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. Boletín Oficial del Estado, n.º 289, de 3 de diciembre de 2013. Acceso en línea: www.boe.es/eli/es/rdlg/2013/11/29/1/con
- ESPAÑA.** 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. Boletín Oficial del Estado, n.º 132, de 3 de junio de 2021. Acceso en línea: www.boe.es/eli/es/L/2021/06/02/8/con
- ESPAÑA.** Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 172013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación. Boletín Oficial del Estado, n.º 78, de 1 de abril de 2022. Acceso en línea: www.boe.es/eli/es/L/2022/03/31/6/con.
- ESPAÑA.** Real Decreto 192/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan los productos sanitarios. Boletín Oficial del Estado, núm. 69, de 22 de marzo de 2023, <https://www.boe.es/eli/es/rd/2023/03/21/192>.

EL TRATAMIENTO OFRECIDO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE Y DE LA JURISPRUDENCIA¹

THE TREATMENT OFFERED TO PERSONS WITH DISABILITIES
IN LIGHT OF CURRENT LEGISLATION AND CASE LAW

Manuel Ortiz Fernández

Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil. Universidad Miguel Hernández de Elche (España)
m.ortizf@umh.es

Resumen:

La entrada en vigor de Ley 8/2021, de 2 de junio, supuso un cambio de paradigma en el respeto a los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, pueden detectarse discrepancias en los distintos pronunciamientos dictados hasta la fecha a la hora de aplicar esta reforma y ciertas disfuncionalidades en relación con otras normas del ordenamiento jurídico español.

Palabras clave:

Derechos, discapacidad, jurisprudencia, personas, reforma.

Abstract:

The entry into force of Law 8/2021 of 2 June represented a paradigm shift in respect for the rights of people with disabilities. However, discrepancies can be detected in the different pronouncements issued to date when applying this reform and specific dysfunctions in relation to other rules of the Spanish legal system.

1. El presente estudio se encuadra en la actividad desarrollada tanto por el Laboratorio Social de la Universidad Miguel Hernández de Elche como por la Cátedra del Sistema Público Valenciano de Servicios Sociales de la Universidad Miguel Hernández de Elche que, a su vez, se enmarcan en los Convenio de colaboración suscritos entre la Generalitat, a través de la Vicepresidencia Segunda y Conselleria de Servicios Sociales, Igualdad y Vivienda, y la Universidad de Alicante, la Universitat Jaume I, la Universidad Miguel Hernández, la Universitat Politècnica de València y la Universitat de València-Estudi General, para el fomento de la investigación en servicios sociales de la Comunitat Valenciana para el ejercicio 2024.

Key words:

Rights, disability, case law, people, reform.

Sumario

- I. Cuestiones preliminares.
- II. El respeto de la voluntad de las personas con discapacidad y sus límites.
- III. Guarda de hecho y curatela: desjudicialización, «jerarquía» y excepciones.
- IV. La participación de las personas con discapacidad en algunos sectores concretos: luces y sombras.
- V. Principales conclusiones.
- VI. Bibliografía.

I. Cuestiones preliminares

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 discapacidad² en el ejercicio de su capacidad

2. Ya para la elaboración del Informe Especial elaborado por el Sindic de Greuges de la Comunitat Valenciana referido a la atención residencial de las personas con problemas de salud mental en la Comunitat Valenciana del año 2016 en el que se cursaron visitas a centros residenciales, se comprobó que, de las 428 personas atendidas en los centros visitados, 312 tenían su capacidad de obrar limitada judicialmente, de las cuales, 298 tenían una limitación total y 14 parcial. De los cargos tutelares respecto a las personas que tenían limitada judicialmente su capacidad de obrar, 196 casos fueron ejercidos por sus familiares y 116 por la Generalitat. Disponible en: https://www.elsindic.com/wp-content/uploads/2017/03/548_SINDIC-Informe-especial-Salud-Mental-CASTELLANO-segunda-edici%C3%B3n-003.pdf [fecha última consulta 10.11.2024]. Si atendemos a la Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y Situaciones de Dependencia. Población residente en centros (EDAD centros) del INE para el año 2023, publicada el 30 de abril de 2024, un total de 357.894 personas residentes en centros (94,7 de cada 100 residentes) afirmaron tener alguna discapacidad. Las discapacidades más frecuentes estaban relacionadas con actividades básicas de la vida diaria. El 88,6 % de las personas con discapacidad tenía problemas de cuidado personal, el 86,9 % con la vida doméstica y el 86,2 % dificultades importantes de movilidad. Disponible en: https://www.ine.es/dyns/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176782&menu=ultiDatos&idp=1254735573175 [fecha última consulta 10.11.2024]. Asimismo, según la última publicación de la Base Estatal de Datos de Personas con Discapacidad (BEDPD), que elabora el IMSERSO, en 2023 un 7 % de la población española (aproximadamente, 3,3 millones de personas) tiene una discapacidad de entre el 33 % y el 100 %. En la Comunitat Valenciana, dicho porcentaje es del 6,2 % (cerca de 325.000 personas). Con respecto a la discapacidad intelectual, encontramos un total de 294.328 personas en toda España, de las que 15.052 personas se sitúan en la Comunitat Valenciana. Disponible en: <https://imserso.es/el-imserso/documentacion/estadisticas/base-estatal-datos-personas-con-discapacidad> [fecha última consulta 10.11.2024]. Por su parte, en la Estadística 2023 de personas amb reconeiximent de grau de discapacitat publicada por la Generalitat Valenciana se destaca que, del total de personas con discapaci-

jurídica³ supuso la adaptación del ordenamiento jurídico español a las exigencias de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006⁴.

Así las cosas, la finalidad de la Ley 8/2021, ex artículo 1, 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».

De esta suerte, se suprime la incapacitación judicial (si se quiere, la modificación judicial de la capacidad). Todas las personas, pues, tendrán a partir de este momento plena capacidad jurídica, sin que quepa restringir el ejercicio de sus derechos. Ya no cabe dife-

dad de la Comunitat Valenciana (326.623), 202.168 (esto es, el 61,9 %) tiene una discapacidad de entre el 33 - 64 %, 77.838 (el 23,8 %) de entre el 65 - 74 % y 46.617 (el 14,3 %) de igual o superior al 75 %. Disponible en:

<https://inclusio.gva.es/va/estadistica-de-persones-amb-reconeixement-de-grau-de-discapacitat> [fecha última consulta 10.11.2024].

3. Con anterioridad, algunos autores se pronunciaron sobre el Anteproyecto de Ley presentado y sobre las implicaciones del mismo. Por todos, *vid.* PAU PADRÓN, A.: «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 5-28; GARCÍA RUBIO, M.P.: «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 29-60; «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 173-197; PEREÑA VICENTE, M.: «La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 61-83; ESCARTÍN IPIÉNS, J.A.: «La autotutela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 85-119; «Disposiciones transitorias del Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, pp. 227-245; MUNAR BERNAT, P.A.: «La curatela: Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 121-152; PALLARÉS NEILA, J.: «La revisión de las sentencias dictadas en el nuevo procedimiento de provisión de apoyos», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 153-171; MAGARIÑOS BLANCO, V.: «Comentarios A La Propuesta Para La Reforma Del Código Civil Sobre Discapacidad», *Revista De Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 199-225.
4. No obstante, con anterioridad se aprobaron otras normas que también fueron relevantes en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad, entre las que destacan, la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el 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 o la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. Sobre esta última, cabe reseñar la SAP Jaén (Sección 1.ª) n.º 1538/2021, de 25 noviembre.

renciar, por tanto, entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, sino que se parte de la autonomía de la voluntad y, llegado el caso, se pueden aplicar medidas de apoyo que faciliten el desarrollo de las personas con discapacidad.

Entre las modificaciones más relevantes, conviene destacar la separación entre mayores y menores de edad o el reforzamiento de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo. Desde la perspectiva del Derecho civil, estas cuestiones se traducen, entre otras medidas, en la supresión de la incapacitación y, en consecuencia, en la eliminación de figuras como la tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada.

En consonancia con lo anterior, se otorga especial atención a otras como la guarda de hecho, el defensor judicial y la curatela, de tal forma que se permite realizar un «traje a medida» para cada persona con discapacidad. De hecho, esta última es la que recibe una regulación más detallada en la Ley 8/2021 y se erige como la principal institución de origen judicial para las personas con discapacidad. La finalidad de la misma es, como hemos tenido ocasión de señalar, asistir, apoyar y ayudar en el ejercicio de la capacidad jurídica a este colectivo, siendo su naturaleza de carácter asistencial. Las funciones representativas, por tanto, únicamente tendrán vigencia de forma excepcional y cuando sean necesarias en atención al caso concreto.

Por todo lo anterior, debemos entender que las consecuencias de las medidas se imponen al organismo de apoyo y no a las personas con discapacidad, como ocurría hasta este momento. No puede perderse de vista que el objetivo es atender a la voluntad de estos sujetos⁵, por lo que, llegado el caso, si no tuvieran formada dicha voluntad, se tendrá que contribuir en su formación. La discapacidad, por tanto, ya no aparecerá como un estado civil. Sin duda, la correcta integración de las personas con discapacidad requiere de un cambio en distintas dimensiones (política, cultural, ética, jurídica, etc.).

Y es que, como muy acertadamente pone de relieve la doctrina⁶, «Este modelo entiende que la discapacidad está originada no tanto por las limitaciones personales ocasionadas por el padecimiento de una deficiencia –como sostiene el modelo médico– sino por las limitaciones de una sociedad que no tiene presente en su diseño la situación de las personas con discapacidad generando barreras que las excluyen y discriminan. De este modo, no son las personas con discapacidad las que tienen que adaptarse y rehabilitarse para poder participar plenamente en la vida social, sino que es la sociedad la que debe re-diseñarse para garantizar su inclusión en igualdad de condiciones».

-
5. A este respecto, al comentar el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, destaca **DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.**: «El consentimiento de los menores e incapacitados a las intromisiones de los derechos de la personalidad», *AJI*, núm. 1, 2014, p. 38, que se trata de una norma impregnada por el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, «que lleva a considerar que en los actos jurídicos que no afectan a intereses puramente patrimoniales, sino a la dimensión personal del ser humano, los menores e incapacitados deben poder ejercitarlos, si se hallan en condiciones de poder apreciar y querer sus consecuencias, lo que, inexorablemente, remite a la apreciación judicial».
 6. **CUENCA GÓMEZ, P.**: «El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española», *REDUR*, núm. 10, 2012, p. 71.

Además, en la línea de lo señalado en la Convención, se persigue que las personas con discapacidad puedan decidir en todos los ámbitos de su vida, por lo que la representación se prevé como medida excepcional y subsidiaria. De esta forma, el tradicional «modelo de sustitución» ha sido superado y se ha establecido un «modelo de apoyo o asistencia»⁷. Desde esta perspectiva, se entiende que las consecuencias de estas medidas se imponen a las personas capaces y no a las personas con discapacidad, que deberán respetar su voluntad y promover su formación cuando la misma no exista. De hecho, incluso en los casos de representación han de tenerse en cuenta las preferencias, la personalidad, las creencias y la voluntad de las personas con discapacidad⁸.

A diferencia de lo que ocurre con los menores de edad, el «interés de la persona con discapacidad» queda relegado por la protección de su autonomía de la voluntad. Como se observa, de nuevo nos estamos refiriendo a la protección de la dignidad y a la necesaria adecuación de la legislación a sus postulados. Así, la Exposición de Motivos la precitada Ley 8/2021 destaca que estamos ante un nuevo enfoque de la realidad que incluye un aspecto que ha estado desapercibido, esto es, «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».

Siendo ello cierto, esta regulación que ha conllevado un cambio de paradigma presenta importantes retos e incertidumbres, como se ha detectado en la propia aplicación práctica de la misma. Los tribunales se han visto obligados a convivir con una disposición que, en muchos casos, no ampara a las personas con discapacidad o no ofrece una respuesta clara y satisfactoria a los problemas que se generan. No obstante, del análisis conjunto de la Ley 8/2021 y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se pueden inferir una serie de principios o pautas generales que consideramos de vital importancia en este ámbito.

II. El respeto de la voluntad de las personas con discapacidad y sus límites

Una de las principales modificaciones que ha comportado la mencionada Ley 8/2021 ha sido, en palabras de la doctrina más autorizada⁹, «un claro cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad, la cual ya no se contempla desde un punto de vista negativo o restrictivo de la tradicionalmente denominada capacidad de obrar: se contempla en positivo, es decir, propugnándose la creación de un sistema de apoyos y salvaguar-

7. A este respecto, algunos autores venían abogando por la toma de decisión apoyada como medio más respetuoso con las personas que presentan alguna limitación en sus capacidades, relegando la tutela a un espacio residual. En este sentido, *vid.* ROSENVALD, N.: «A tomada de decisão apoiada», *Cadernos da Lex Medicinae (Saúde, novas tecnologias e responsabilidades)*, núm. 4, vol. II, 2019, pp. 381-394.
8. Para más información acerca de los derechos de las personas con discapacidad, *vid.* Martínez-PUJALTE, A.L.: *Derechos fundamentales y discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2015.
9. *Vid.* DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 115, 2022, p. 16.

das en favor de las personas con discapacidad, que les permita el ejercicio, por sí mismas, de los derechos de que son titulares en virtud de su capacidad jurídica».

Como corolario lógico de tal extremo, existe una preferencia evidente en favor de las medidas de apoyo voluntarias, esto es, designadas por la propia persona con discapacidad, frente a las de origen legal o judicial (*vid.* artículo 249 párrafo primero CC). De esta forma, adquieren especial vigencia figuras como la autotutela (*vid.* Disposición transitoria 3.^a Ley 8/2021 en relación con las previsiones referidas a la derogada autotutela), los poderes preventivos o con cláusula de subsistencia. Sobre el particular, puede destacarse, por ejemplo, la STS n.º 3770/2021, de 19 octubre, en la que se revoca la sentencia recurrida por no respetar la disposición testamentaria en la que se había constituido una autotutela.

De hecho, esta tutela de la autonomía de la voluntad se puede detectar, ya no en la constitución *ex ante* de la medida de apoyo que se desea, sino incluso que, sin tenerlo previsto, se atienda a las preferencias de la persona en el marco de un procedimiento judicial de provisión de apoyos. A modo de ejemplo, *vid.* en este sentido la SJPI n.º 9 de Castellón de la Plana n.º 479/2021, de 23 septiembre o la STS n.º 4879/2021, de 21 diciembre.

Sea como fuere y como no puede ser de otro modo, se trata de una regla general que cabe excepcionar en aquellos casos en los que esté justificado. Así las cosas, a pesar del tenor literal algo confuso del artículo 276 CC, en su párrafo primero, permite, *in fine*, que la autoridad judicial altere el orden previsto en el precepto y, a nuestro parecer, también le faculta a que nombre a la persona más idónea para desempeñar el apoyo¹⁰, con independencia de la voluntad de la persona con discapacidad. Tal extremo se produjo en el ámbito de una persona con discapacidad que padecía Diógenes que se oponía a la provisión de medidas de apoyos. En este sentido, la STS n.º 3276/2021, de 8 septiembre, haciendo un verdadero esfuerzo interpretativo, admitió que es posible adoptar dicha medida (en el caso, un curador), pues el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que tenga una conciencia clara de su situación, ya que no sólo produce esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que, además, le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda.

En un sentido similar, encontramos la SAP Santander n.º 1237/2021, de 29 octubre en la que, pese a la negativa de la persona con discapacidad, se aprobó el mantenimiento de las medidas de supervisión instauradas en atención a la esquizofrenia paranoide que sufría y al consumo de drogas. De igual modo, constituyen una curatela asistencial, en contra de la voluntad de la persona con discapacidad, entre otras, las SSAP de Murcia (Sección 4.^a) n.º 2429/2021, de 8 octubre, de Valencia (Sección 10.^a) n.º 3651/2021, de 20 de octubre, de Valladolid (Sección 1.^a) n.º 1565/2021, de 2 noviembre y de Oviedo (Sección 5.^a) n.º 4036/2021, de 22 diciembre.

10. A modo de ejemplo, podemos mencionar la SAP de Cantabria (Sección 2.^a) n.º 179/2022, de 14 febrero, rechazó la pretensión del padre de que, a través de un juicio de modificación de medidas, se declarase la guarda de hecho conjunta de su hijo mayor con discapacidad, cuya custodia había sido atribuida a la madre en la sentencia de divorcio, cuando el mismo era menor de edad. Asimismo, cabe aludir a la SAP Ciudad Real (Sección 2.^a) n.º 1470/2021, de 29 noviembre que revocó la sentencia que había nombrado curadora de una persona a la Comisión de Tutelas de Castilla La Mancha, para nombrar al sobrino como curador con facultades de representación.

En todo caso, todavía cabe aplicar una solución más drástica y excepcional: la constitución de una medida de apoyo con funciones representativas. Dicha posibilidad viene amparada en el artículo 249 párrafo tercero CC al destacar que «En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas». Encontramos supuestos de este tipo, por ejemplo, cuando la persona con discapacidad padece un trastorno esquizo-afectivo, trastorno de la personalidad grupo B y consumo tóxico, con alteraciones del comportamiento en relación con tal consumo, siendo tal patología de carácter crónico y persistente. En dicho contexto, en la SAP de Valencia (Sección 10.^a) n.º 3274/2021, de 16 septiembre se aplica una curatela representativa y se nombra al IVASS a pesar de que solicitaba la designación de sus hermanos como curadores.

Igualmente, se ha producido este extremo ante un trastorno esquizoafectivo con patrón bipolar (SJPI n.º 9 de Castellón de la Plana n.º 1531/2021, 4 octubre), a una persona que presenta un cuadro psicótico de tipo delirante (SAP La Coruña (Sección 5.^a) n.º 2903/2021, de 22 diciembre), un trastorno delirante de tipo persecutorio (SAP Valladolid (Sección 1.^a) n.º 1821/2021, 7 diciembre), con padecimiento de deterioro cognitivo (SAP Oviedo (Sección 5.^a) n.º 3929/2021, de 1 de diciembre) o, sin especificar la enfermedad, se ha reconocido una curatela representativa con amplias funciones a la Fundación tutelar CIAN en la SAP de Palma de Mallorca (Sección 4.^a) n.º 2333/2021, de 5 octubre. Más recientemente, la STS (Sala 1.^a) n.º 3527/2024, de 18 junio ha constitución de curatela con funciones de representación en apoyo de una persona con deterioro cognitivo muy avanzado de origen degenerativo, tipo Alzheimer, que la hace totalmente dependiente para todas las actividades básicas de la vida diaria.

Sin embargo, como ya se tuvo ocasión de señalar, estas excepciones se han de interpretar de forma restrictiva y, por supuesto, aplicando los principios de necesidad y proporcionalidad. Así se prevé en el artículo 249 párrafo primero CC, *in fine*. A modo de ejemplo, la SAP de Vizcaya (Sección 4.^a) de 14 de julio de 2022 revocando la sentencia anterior que, conforme a la legislación anterior a la reforma de 2021, había sujetado a tutela a una persona diagnosticada de esquizofrenia paranoide, declaró la inexistencia de necesidad de fijar medidas de apoyo. Por otro lado, podemos destacar pronunciamientos que consideran que no procede medida de apoyo alguna por no existir motivos suficientes en dicho momento.

Por ejemplo, la SAP Palma de Mallorca (Sección 4.^a) n.º 8/2022, de 17 enero, que entendió que, a pesar de tratarse de una persona de edad avanzada y con una situación de salud precaria, con serias limitaciones por sus dificultades de movilidad y por la hipoacusia que padecía, era conocedora de su situación y se encontraba capacitada para solicitar las ayudas que precisaba encontrándose correctamente atendida, por lo que no procedía recurrir a ninguna medida de apoyo. En igual sentido, las SSJPII (Sección 1.^a) Tafalla n.º 1070/2021, de 22 octubre y de Massamagrell (Sección 4.^a) n.º 922/2021, de 16 noviembre y las SSAP de La Coruña (Sección 4.^a) n.º 2310/2021, de 8 de octubre, de La Coruña (Sección 3.^a) n.º 2304/2021, de 20 de octubre, de León (Sección 2.^a) n.º 1441/2021, de 28 octubre, de La Coruña (Sección 3.^a) n.º 2608/2021, de 18 de noviembre, de Santander (Sección 2.^a) n.º 2304/2021, de 13 de diciembre. De una forma muy llamativa, aplicando ese principio de necesidad, la SAP de Badajoz (Sección 2.^a) n.º 1369/2022, de 25 octubre, frente a la solicitud de la propia persona con discapacidad de constituir una medida de apoyo judicialmente, rechazó la misma dado que la mera voluntad de aceptar medidas judiciales de apoyo no permite constituir las, si no existe una necesidad objetiva de adoptarla.

Asimismo, a pesar de las semejanzas entre la curatela con funciones representativas y la derogada tutela, pueden detectarse diferencias fundamentales. Piénsese, por ejemplo, en que el artículo 249 párrafo tercero CC, *in fine*, exige que el curador, al ejercer las funciones, tenga en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación. En suma, que lleve a cabo un (en ocasiones, complejo) examen probabilístico para dirimir, si fuera posible, la opción que escogería la persona con discapacidad. Es también reseñable que, como impone el artículo 249 párrafo segundo CC, las personas que presten apoyo han de fomentar que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

Desde esta perspectiva, se ha de buscar la fórmula idónea, la elaboración de un «traje a medida» en atención a las necesidades de la persona concreta. Así, resulta interesante la SAP Madrid (Sección 24.ª) n.º 14902/2021, de 20 diciembre que declaró, de forma mixta y combinada, aspectos para los cuales la persona no precisaba de apoyos, cuestiones para las que se nombró Agencia Madrileña de Tutela de Adultos como curadora representativa y sectores para los que su padre ejercería una curatela asistencial. Y, con un fallo similar, la SAP La Coruña (Sección 3.ª), n.º 2586/2021, de 11 noviembre constituyó una curatela mixta: asistencial, respecto de la toma y control de la medicación, ejercida por la Asociación que dirige el piso tutelado; y representativa, respecto de los actos de disposición o gestión patrimonial, salvo el dinero de bolsillo (30 euros semanales), ejercida por la Fundación Gallega para la Tutela de Adultos.

También es reseñable la SAP de Alicante (Sección 6.ª) n.º 2955/2022, de 20 octubre, que aplica una curatela, limitada al estricto apoyo del tratamiento médico farmacológico contra la voluntad de una persona que padece un trastorno mixto de personalidad y un trastorno adaptativo mixto reactivo a los problemas de carácter sociofamiliar. Por su parte, la SAP Málaga (Sección 6.ª) n.º 357/2022, de 13 julio que aprobó una curatela con facultades de representación en contra de la voluntad de una persona, que padecía una enfermedad psíquica, que le originaba una acusada tendencia a la prodigalidad. Pero la curatela se restringió, exclusivamente, al ámbito puramente patrimonial. También es el caso de la reciente STS (Sala 1.ª) n.º 3430/2024, de 12 junio, revocando la sentencia recurrida, ha suprimido la curatela que afectaba a todos los ámbitos de la vida de una persona con un trastorno psicótico, con síntomas propios de un trastorno de afectividad, aplicando una más restrictiva.

A este respecto, muchas sentencias han rechazado, recurriendo al principio de proporcionalidad, el establecimiento de una curatela representativa. Entre otras, la STS n.º 1894/2021, de 6 mayo (incluso antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021), la SJPI n.º 5 Córdoba n.º 343/2021, de 30 septiembre 2021, la SJPI n.º 5 Córdoba n.º 346/2021, de 30 septiembre 2021, la SAP Pontevedra n.º 2086/2021, de 21 septiembre, la SAP Badajoz (Sección 3.ª) n.º 1318/2021, de 8 octubre y de la SAP Madrid n.º 12716/2021, de 25 octubre. En este último supuesto, incluso a pesar de que la persona padecía un trastorno psicótico no especificado y rasgos paranoides de personalidad y se reconoce que «no tiene conciencia de enfermedad, por lo que no responde de manera regular al tratamiento psicofarmacológico que tiene pautado».

Estas consideraciones son extrapolables, sin duda, por lo que se refiere a la persona que ha de desempeñar las funciones de que se trate. Como pone de relieve la SAP de

La Coruña (Sección 4.^a) n.º 1048/2023, de 24 abril, no todo familiar próximo de la persona con discapacidad «ha de ser reconocido, por esa sola circunstancia, como su guardador de hecho». Como se ha podido comprobar a lo largo de las presentes líneas, existen personas muy variadas que son nombradas medida de apoyo. Por ejemplo, a la madre de la persona con discapacidad, dado que las relaciones con el otro progenitor no eran todo lo buenas que sería deseable (*vid.* la SAP Sevilla (Sección 2.^a) n.º 2424/2022, de 4 octubre) a la sobrina (SAP Málaga (Sección 6.^a) n.º 4362/2022, de 20 septiembre) y, en defecto de todas ellas, a una persona jurídica que tutele sus derechos (como en la SAP de Valencia (Sección 10.^a) n.º 3273/2021, de 16 septiembre en favor del IVASS o en la SAP de Alicante (Sección 6.^a) n.º 623/2023, de 27 abril dada la conflictividad entre la persona con discapacidad y quien pretende asumir su guarda de hecho).

III. Guarda de hecho y curatela: desjudicialización, «jerarquía» y excepciones

Además de la preferencia de las medidas de origen voluntario que hemos analizado, la Ley 8/2021 estableció otra suerte de «jerarquía» entre los posibles nombramientos a adoptar. Nos referimos a la desjudicialización del procedimiento de provisión de apoyos, erigiéndose la guarda de hecho, cuando exista¹¹, como la solución óptima para asistir a la persona con discapacidad. De este modo, si no existiera medida de origen voluntario (o incluso con ella, si no se está aplicando de forma eficaz), «Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función» (art. 263 CC), que se convierte, así, en una «verdadera guarda de derecho, otorgándole la categoría de institución jurídica de apoyo» (Exposición de Motivos Ley 8/2021). Solo cuando «no exista otra medida de apoyo suficiente [de origen voluntario o guarda de hecho, se entienda]», la «autoridad judicial constituirá la curatela».

Esta última, en todo caso, se erige como la (principal) medida de apoyo de origen judicial de carácter general, tal y como se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, toda vez que el «propio significado de la palabra curatela –cuidado–, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial». Sea como fuere, como vimos, en última instancia y de forma excepcional, cabe atribuir funciones representativas al curador.

11. Cuando no existía esa guarda de hecho previamente, muchas sentencias han nombrado un curador asistencial o representativa, según las necesidades de la persona con discapacidad. Es el caso, por ejemplo, SAP de Valencia (Sección 10.^a) n.º 1869/2022, de 6 mayo, en la que se nombró curador al IVASS de la persona con una esquizofrenia paranoide crónica, porque ni su madre, ni sus hermanos, se han mostrado con disposición para desempeñar el cargo, aduciendo la madre su edad e impotencia, y los hermanos, la necesidad de un apoyo especializado. Igualmente, cabe destacar la ya mencionada SAP de Valencia (Sección 10.^a) n.º 3274/2021, de 16 septiembre, en la que se aplica una curatela representativa y se nombra al IVASS a pesar de que solicitaba la designación de sus hermanos como curadores.

En este sentido, a modo de ejemplo, la SAP de León (Sección 2.^a) n.º 724/2023, de 2 junio, denegó la curatela solicitada en atención a la guarda de hecho que existía y que funcionaba correctamente. También cabe destacar, en esta línea, entre otras, la SJPI n.º 5 Córdoba n.º 343/2021, 30 septiembre, la SJPI n.º 5 Córdoba n.º 346/2021, 30 septiembre, la SAP de Cádiz (Sección 5.^a) n.º 2126/2022, de 5 septiembre, la SAP León (Sección 1.^a) n.º 489/2022, de 21 marzo, la SAP de Vizcaya (Sección 4.^a) n.º 801/2022, de 29 marzo, la SAP de Santander (Sección 2.^a) n.º 456/2022, de 30 marzo, la SAP Cantabria (Sección 2.^a) n.º 623/2022, de 31 mayo, la SAP de La Coruña (Sección 3.^a) n.º 1903/2022, de 17 julio y, más recientemente, la STS (Sala 1.^a) de 23 de enero de 2023.

De hecho, se ha aplicado esta solución ante una persona que padecía un deterioro cognitivo grave por demencia prefrontal con trastorno de conducta (*vid.* SAP de La Coruña (Sección 6.^a) n.º 162/2023, de 31 enero). Y se ha afirmado la suficiencia de la guarda de hecho en favor de una persona de 76 años, que padecía enfermedad de Alzheimer GDS 5-6, con intensidad moderada a grave, y necesitaba supervisión y ayuda constante (*vid.* SAP de Madrid (Sección 31.^a) n.º 20007/2022, de 31 marzo).

Este sistema, se completa con la previsión, en la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, referida a la necesidad, para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, «de que obtenga una autorización judicial *ad hoc*, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias». Posibilidad, que posteriormente ratifica el artículo 264 párrafo primero CC para las situaciones en que, excepcionalmente, se requiera este extremo¹².

Sea como fuere, no deja de llamar la atención que el legislador catalogue esta figura como una «verdadera guarda de derecho», lo cual nos pone sobre el aviso de los problemas que, en la práctica, se enfrentan las personas que desempeñan estas funciones. En suma, las dificultades se centran en la prueba de la condición de guardador de hecho para realizar los trámites oportunos en favor de la persona con discapacidad. Por ejemplo, en relación con las entidades de crédito, el AJPI n.º 3 Córdoba n.º 8/2022, de 11 enero, tuvo que declarar que la madre se encontraba legitimada para realizar funciones de administración ordinaria y disposición en las cuentas bancarias de su hija.

Asimismo, el AJPI n.º 5 Córdoba n.º 8/2022, 7 febrero, reconoce que la guarda de hecho no precisa de una investidura judicial formal y, no obstante, llega a la incoherencia, dados los obstáculos a los que se enfrenta la demandante para poder ejercer sus funciones, de acceder a su pretensión y declararla guardadora de hecho de su hermana «a todos los efectos legales». Por su parte, las SSJPII n.º 2 Tafalla n.º 47/2022, de 3 febrero y n.º 47/2022, de 3 febrero plantean el absurdo de nombrar judicialmente al guardador de hecho. Por otro lado, la SAP de Álava (Sección 1.^a) n.º 32/2023, de 17 enero determina una revisión de la declaración de guardador de hecho a los tres años, medida esta solamente se contempla para las medidas judiciales de apoyo ex artículo 268 párrafo segundo CC

12. En todo caso, el párrafo tercero del mencionado precepto exime de este deber cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

que, en cierta medida, «es una manifestación más de la paradoja de la judicialización de la desjudicialización¹³».

Todo lo anterior, ha llevado a que no pocas sentencias, apartándose del principio de jerarquía comentado, opten por el establecimiento de otras medidas en lugar de por la guarda de hecho existente. Uno de los principales temas que han provocado esta solución ha sido la deficiente administración del patrimonio por parte de la persona con discapacidad y la imposibilidad del guardador de hecho para actuar correctamente. A este respecto, cabe aludir, entre otras, a la SAP de La Coruña (Sección 5.ª) n.º 1075/2023, de 2 mayo y a la STS (Sala 1.ª) n.º 4129/2023, de 20 octubre, que optaron por la constitución de una curatela.

Otro hecho que ha resultado fundamental ha sido, con algunas excepciones como las que anteriormente comentamos (*vid.*, a este respecto, las antes mencionadas SSAP de La Coruña (Sección 6.ª) n.º 162/2023, de 31 enero y de Madrid (Sección 31.ª) n.º 20007/2022, de 31 marzo), la existencia de enfermedades mentales graves que imposibilitaban el desarrollo de la guarda de hecho, imponiéndose la necesidad, incluso, de recurrir a una curatela representativa. Con respecto al Alzheimer, por ejemplo, encontramos las SSJPII de Massamagrell (Sección 4.ª) n.º 916/2021, de 21 septiembre y de Tafalla (Sección 1.ª) n.º 1137/2021, de 23 noviembre y las SSAP de Valencia (Sección 10.ª) n.º 111/2022, de 19 enero, de Badajoz (Sección 3.ª) n.º 1338/2022, de 10 octubre, de Badajoz (Sección 3.ª) n.º 952/2022, de 27 junio, de León (Sección 1.ª) n.º 186/2023, de 8 febrero, de Navarra (Sección 3.ª) n.º 342/2023, de 6 febrero y de Pontevedra (Sección 6.ª) n.º 288/2023, de 1 febrero.

Más recientemente, podemos encontrar fallo similar en la STS (Sala 1.ª) n.º 3527/2024, de 18 junio, en la que se optó por una curatela con funciones de representación en apoyo de una persona con deterioro cognitivo muy avanzado de origen degenerativo, tipo Alzheimer, que le hacía totalmente dependiente para todas las actividades básicas de la vida diaria. Declara que procede esta medida al tener en cuenta las frecuentes dificultades con las que el guardador (que ejercía uno de los hijos, con el consentimiento del resto de los hermanos) se encontraba en el ámbito administrativo y bancario para cualquier gestión que intentara llevar a cabo.

En otros supuestos, se ha procedido en esta línea cuando se trataba de:

- Una persona que padecía Parkinson (SAP de Alicante (Sección 6.ª) n.º 598/2023, de 20 febrero).
- Una persona que sufría un deterioro cognitivo con grave repercusión a nivel funcional (SAP de Madrid (Sección 31.ª) n.º 20020/2022, de 14 diciembre).
- Una persona que no sabía leer, ni escribir, que tenía una sordera severa y que apenas podía ver (SAP Valencia (Sección 10.ª) n.º 15/2023, de 9 febrero).

13. *Vid.* DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «Denegación de curatela, por existir guarda de hecho que funciona correctamente, con constatación de la persona que la ejerce y determinación de sus facultades representativas. Revisión de la declaración a los tres años y obligación de rendir cuentas anuales», *IDIBE. Jurisprudencia Derecho civil*, disponible en: <https://idibe.org/derecho-civil/denegacion-curatela-existir-guarda-hecho-funciona-correctamente-constatacion-la-persona-la-ejerce-determinacion-facultades-representativas-revision-la-declaraci/> [fecha última consulta 10.11.2024].

- Una persona con una esquizofrenia paranoide, enfermedad que cursa con brotes, con ideaciones delirantes y juicio de la realidad alterado (SSAP de La Coruña (Sección 5.^a) n.º 1075/2023, de 2 mayo, de Cádiz (Sección 5.^a) n.º 2247/2021, de 27 octubre).
- Una persona con un cuadro negativo de esquizofrenia típico (SAP Valencia (Sección 10.^a) n.º 3743/2021, de 20 octubre).
- Una persona con la enfermedad de «Corea de Hutchington» (SAP de Cádiz (sección 5.^a) n.º 1662/2022, de 3 junio).

En última instancia, se ha optado por una curatela cuando existían evidentes conflictos entre el guardador y la persona con discapacidad (entre otras, podemos reseñar las SSJPI n.º 9 Castellón de la Plana n.º 222/2021, de 23 septiembre y Guadalajara (Sección 7.^a) n.º 2537/2021, de 27 octubre y las SSAP de Valencia (Sección 10.^a) n.º 3705/2021, de 20 octubre y n.º 1877/2022, de 6 mayo) o, en general, dificultades que han llevado al curador a desistir de sus funciones (por ejemplo, por tener que regresar a su empleo, como ocurre en la SAP de Jaén (Sección 1.^a) n.º 1123/2022, de 14 septiembre).

IV. La participación de las personas con discapacidad en algunos sectores concretos: luces y sombras

En este momento, corresponde que nos refiramos, siquiera brevemente, a determinados sectores concretos en los que, o bien la regulación o bien las resoluciones judiciales, han sido restringidos de la actuación de las personas con discapacidad. Y ello, con la finalidad de lograr varios objetivos. Por un lado, poner de relieve la necesidad de estudiar, *ad hoc*, el caso específico y el ámbito de actuación para concluir en un sentido y otro. Por otro lado, incidir, de nuevo, en la idea anterior relativa a que, al margen de que la regla general es la atribución de la capacidad jurídica y el pleno ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad existe la posibilidad de que, excepcionalmente, se apliquen otras soluciones. Por último, además, se podrán detectar determinadas incoherencias en el ordenamiento jurídico español, ofreciendo un tratamiento diferente a situaciones bastante similares.

En primer lugar, cabe aludir a uno de los campos en los que la normativa vigente, a diferencia de lo que ocurrió con otras disposiciones, no fue reformada (lo cual no deja de ser llamativo) y, por tanto, mantiene un contenido que no es todo lo respetuoso que sería deseable con respecto a la Ley 8/2021¹⁴.

14. En el ámbito de la curatela representativa, cabe destacar lo dispuesto en el artículo 287 párrafo primero CC, que incluso parece excluir de la autorización judicial los actos que lleve a cabo el «curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo (...) en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales». La norma, por tanto, remite a la legislación especial que sea de aplicación para determinar estas disquisiciones.

Al margen de la desfasada terminología (que, por lo demás, hubiera sido motivo suficiente para proceder a su reforma), la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica contempla un régimen que, con carácter general, parte de lo que se ha venido a denominar «consentimiento por representación», esto es, en el que corresponde decidir al representante (de no haberse procedido a la revisión de las medidas) o, en su caso, al sujeto vinculado, por razones familiares o de hecho. Tal sistema se aleja, pues, del modelo de apoyos que proclama la Ley 8/2021 y se asemeja al que estaba vigente anteriormente.

Así, en el caso del derecho a la información el artículo 5 apartados 2 y 3 Ley 41/2002 obliga a que se informe tanto al paciente como a su representante legal o a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho (en caso de «incapacidad natural»). En particular, el artículo 5.2 Ley 41/2002 amplía los sujetos a los que se deben comunicar los datos relativos a la salud del paciente y señala que el usuario será informado, «incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal». De otro lado y en consonancia con lo señalado, el artículo 9.3 letras a) y b) Ley 41/2002 recogen el mencionado «consentimiento por representación» en estos casos. En este sentido, establece la necesidad de acudir a la representación cuando «el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación» y cuando «el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia», respectivamente. Como se puede comprobar, la información previa a los terceros tiene sentido, pues serán los que, a la postre, decidan lo más adecuado para el usuario.

Sobre el particular, apunta TORRELLES TORREA¹⁵ que «mientras las normas sanitarias no sean modificadas existe un problema», esto es, «una laguna axiológica sobrevenida, pues los nuevos principios no se corresponden con unas reglas preexistentes. Hay que decidir si la Ley 8/2021 deroga a las anteriores, o si éstas han de prevalecer por su carácter especial frente al Código civil. Creemos que mientras no se adapten dichas leyes al nuevo modelo, es necesario que estas normas se interpreten a la luz de la nueva regulación».

A partir de estas premisas, la vacunación, como intervención sanitaria, presenta una problemática similar y así quedó patente en el tratamiento ofrecido por los juzgados y tribunales que se enfrentaron a la autorización de la vacuna de la Covid-19 en residencias gerontoasistenciales de mayores. Ciertamente, existen dos vertientes de la vacunación, tal y como se ponen de relieve en la STC n.º 38/2023, de 20 de abril de 2023: la perspectiva de la protección de la salud pública¹⁶ o, en palabras de la Sentencia, en la vacunación

15. TORRELLES TORREA, E.: «La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el «mayor beneficio para la vida y salud del paciente» en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario», *InDret*, núm. 3, 2022, p. 81. En igual sentido, alude a esta problemática Elizari Urtasun, L.: «Reconsideración de la vacunación de adultos vulnerables: de la vacunación forzosa al consentimiento informado con apoyos», en *La protección de la salud frente al riesgo de contagio*, Bosch, Madrid, 2022, p. 350.

16. A este respecto, señala TORRES DÍAZ, M.C.: «El derecho a la integridad personal ante la vacunación no consentida: ¿qué ha dicho el Tribunal Constitucional? Comentarios a la Sentencia del Pleno 38/2023, de 20 de abril, de 2023, en el recurso de amparo promovido sobre la ad-

practicada en virtud de una «cláusula de obligatoriedad»; y la tutela de la salud individual del paciente, esto es, su mayor beneficio. De hecho, este pronunciamiento rescata algunas de las reflexiones adoptadas por la STEDH 8 abril 2021, asunto Vavříčka y otros c. La República Checa¹⁷, que, acogiendo un criterio «mixto», avaló la vacunación obligatoria de menores de edad en la República Checa, aplicando sanciones y restricciones en caso de incumplimiento.

Sea como fuere, ambas descansan en fundamentos diferentes y presentan problemáticas particulares y, en nuestro caso, tiene relevancia el segundo aspecto; esto es, la protección de la salud del paciente. Así las cosas, **BARCELÓ DOMÉNECH**¹⁸ realiza un análisis

-
- ministración de la vacuna frente a la Covid-19 [BOE, núm. 121 de 22/05/2023]», *Diario La Ley*, núm. 10333, Sección Tribuna, 2023, p. 6 que se pueden encontrar tres sistemas: vacunación obligatoria, vacunación obligatoria y supuestos híbridos (o intermedios). En estos últimos, «la vacunación se articula como recomendable por parte de los poderes públicos, incorporándose en el calendario vacunal como una actividad prestacional a nivel estatal. Dentro de estos supuestos híbridos también cabría englobar los supuestos de «obligatoriedad indirecta» en donde la vacunación aparece vinculada con la obtención de alguna prestación o servicio, etc». En el caso de la pandemia, apunta la autora que «la vacunación adquiere un carácter bifronte», ya que, por un lado, «se articula para dar respuesta a un interés estrictamente individual», pero, por otro lado, también se configura para «responder a un interés público y/o de protección general».
17. En este sentido, en atención al artículo 8 CEDH y al denominado test de Estrasburgo, entiende que la medida está justificada y es necesaria. Por lo que se refiere al interés público, alude a la necesidad de que exista una solidaridad social para alcanzar la inmunidad comunitaria para proteger a las personas que, debido a su salud, no puedan vacunarse. Y, por su parte, en cuanto a la salud individual de los menores de edad, concluye señalando que su interés superior requiere que se tutele su integridad, por parte del Estado, frente a enfermedades graves (como ocurrió con la Covid-19).
18. **BARCELÓ DOMÉNECH, J.**: «Vacunación de las personas mayores con discapacidad en el contexto de la pandemia de la Covid-19: comentario a la STC 38/2023, de 20 de abril», en *Derecho y salud: retos jurídicos actuales* (Dir. Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ y Manuel ORTIZ FERNÁNDEZ), Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 195-204. La primera que encontramos es la SJPI n.º 2 de Santiago de Compostela, 9 enero 2021. En este caso, se analizan las razones vertidas por la hija de una anciana que se encontraba en una residencia para mayores contrarias a la vacunación de su madre. En este sentido, el Juzgado, teniendo en cuenta que tanto la vacunación como la no vacunación conllevan riesgos, valora que los beneficios son mayores con la primera opción. El mismo razonamiento se sigue en la SJPI n.º 17 de Sevilla, de 15 enero 2021, de los AAJPI n.º 6 de Santiago de Compostela, de 19 enero 2021 y de 20 enero 2021 y del AAP de Lleida, de 27 octubre 2022, en los que, a pesar de que considere comprensibles, legítimos y razonables los argumentos de los familiares, se autoriza la vacunación en atención a la seguridad de las vacunas y a «la dramática experiencia acreditada desde marzo de 2020 evidencia los inasumibles índices de contagio y mortalidad en el ámbito residencial de nuestros mayores». Un escenario muy similar es el que se plantea en el AJPI n.º 2 de Telde, de 26 noviembre 2021 y, una vez recurrido, en el AAP de Las Palmas, de 1 abril 2022. En este supuesto, los servicios médicos de la residencia en la que se encontraba la anciana solicitaron la administración de la vacuna de la Covid-19. Su hijo, tutor de su madre que padecía Alzheimer, mostró su negativa a dicha vacunación y la autoridad judicial, de nuevo, valorando las circunstancias concurrentes (los riesgos, las alternativas y la salud de la paciente), consideró adecuado que se inoculara la misma.

exhaustivo de las resoluciones judiciales que se emitieron en el inicio de 2021 y que, a nuestro parecer, son muy ilustrativas del razonamiento que se siguió por los tribunales. Y es que, como destaca el autor citado, se autorizó la vacunación en atención a circunstancias tales como la edad, la falta de capacidad para decidir, la vida en una residencia, las recomendaciones sanitarias, en contra de la postura del familiar.

En este marco, se pronuncia la reciente STC n.º 38/2023, de 20 de abril 2023 que avala la actuación judicial previa, entendiendo que la vacunación es más beneficiosa para los intereses del paciente con discapacidad. Así, fijando doctrina al respecto, afirma que la ponderación judicial, atendiendo a la norma habilitante para la injerencia (art. 9.6 Ley 41/2002), fue adecuada. Destaca CIERCO SIEIRA¹⁹, que esta Sentencia «transmite un mensaje firme: la vacunación persigue un objetivo que, sobre ser legítimo, está plenamente contrastado científicamente y tiene mucho peso específico a la hora de justificar una injerencia en el derecho a la vida privada y familiar».

En este punto, cabe pensar que el legislador, a pesar de la reforma producida por la Ley 8/2021, ha decidido restringir el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el campo sanitario. De hecho, esto último se confirma en algunas disposiciones como la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

No obstante, esta conclusión se ve alterada si atendemos a otras normas aprobadas. Es el caso, por ejemplo, de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo que, de forma expresa, alude a la posibilidad de acudir a estas prácticas.

Este hecho se agrava más, si cabe, por la STC n.º 44/2023, de 9 de mayo, que, al resolver el recurso de inconstitucionalidad planteado frente a la mencionada Ley Orgánica 2/2010, reconoce un derecho fundamental de la mujer a interrumpir voluntariamente su embarazo, afirmando que esta decisión se encuentra amparada en la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE), y en el derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE).

Si se depara con detención, existe una evidente disfuncionalidad en el ordenamiento jurídico español. No parece tener excesivo sentido que una persona con discapacidad no pueda prestar, con carácter general, su consentimiento informado en el ámbito sanitario y, sin embargo, pueda acceder a la interrupción voluntaria del embarazo. Esta última, además de ser una intervención médica, conlleva la eliminación de un bien jurídicamente protegido como es la vida prenatal. En otros sectores, tal problemática se plantea, sencillamente, por la propia inconcreción de la norma. Es el caso, por ejemplo, de las instrucciones previas, pues el artículo 11.1 Ley 41/2002 se limita a exigir que se trate de una persona «capaz y libre», sin mayor detalle. En este punto, por tanto, se plantea la cuestión relativa a si las personas con discapacidad pueden otorgar (así como modificar

Estas decisiones fueron impugnadas ante el Tribunal Constitucional que, por un lado, denegó la medida cautelar de suspensión (mediante el ATC n.º 139/2022, de 26 octubre) y, por otro lado, emitió la STC n.º 38/2023, de 20 abril.

19. CIERCO SEIRA, C.: «Un recorrido por la vacunación desde el Derecho Público: la vacunación obligatoria», en *La protección de la salud frente al riesgo de contagio*, Bosch, Madrid, 2022, p. 308.

o revocar) estos documentos o si, por el contrario, disponen de una limitación en este campo (en atención a la regla general del artículo 9 Ley 41/2002).

Sea como fuere, del análisis antes efectuado de los pronunciamientos judiciales, puede detectarse que, lejos de excluir, de facto, la participación de las personas con discapacidad, se manifiestan sobre los contextos concretos sobre los que precisan asistencia y apoyo y aquellos en los que pueden, de forma autónoma, actuar.

Por lo que se refiere al matrimonio, encontramos la STS (Sala 1.^a) n.º 241/2024, de 24 enero, que declaró la nulidad por falta de capacidad natural de entender y de querer, al sufrir uno de los contrayentes un Alzheimer que le afectaba, en tal grado, que no pudo emitir un consentimiento matrimonial válido. Sin embargo, en otras se ha afirmado que la intervención del curador no es preceptiva para el ejercicio de la acción de divorcio (STS (Sala 1.^a) n.º 2920/2024, de 30 mayo), cuando la persona padecía un proceso de deterioro cognitivo.

En el caso de las sucesiones, la SAP de Cádiz (sección 5.^a) n.º 1636/2022 de 17 de junio señaló que la necesidad de aceptar una herencia a la que está llamado una persona con discapacidad no es motivo para establecer medidas judiciales de apoyo, existiendo una guarda de hecho, ejercida por su mujer, que funciona correctamente, sino que lo procedente es que la guardadora de hecho pida autorización para aceptar la herencia de la madre de su marido en expediente de jurisdicción voluntaria. Así pues, revocando la sentencia que había constituido una curatela representativa, consideró que era precisa la intervención de la guardadora de hecho para la aceptación de la herencia.

En cuanto a la custodia de los hijos, SAP de Córdoba (Sección 1.^a) de 24 de febrero confirmó el régimen de custodia compartida impuesto en la sentencia de primera instancia, desestimando el recurso interpuesto por el padre de que se le concediera la custodia monoparental de la hija con el argumento de que la madre había sufrido un derrame cerebral del que aún no se había recuperado y como consecuencia del cual tenía limitaciones neuronales, por lo que precisaba la ayuda de terceras personas.

En el sector patrimonial, la SAP de Cádiz (sección 5.^a) n.º 929/2022, de 27 de mayo refiere que, para enajenar la vivienda de una persona con discapacidad (para poder pagar la residencia en la que vive) lo procedente es que los guardadores de hecho pidan autorización para realizar la venta en expediente de jurisdicción voluntaria. No considera oportuno, por tanto, el establecimiento de una curatela, existiendo una guarda de hecho, ejercida por sus hijos, que funcionaba correctamente, revocando la sentencia que había constituido una curatela representativa, nombrando curadora a una de las hijas.

V. Principales conclusiones

En primer lugar, parece evidente que existe un orden de preferencia en cuanto a las medidas de apoyo a adoptar y así se puede deducir de la normativa vigente. De existir medidas voluntarias, estas han de ser las aplicadas. En su defecto, siempre que alguien ejerza esta función, se optará por la desjudicialización a través de la guarda de hecho. De forma subsidiaria, la curatela asistencial aparece como la medida judicial de carácter

general. Y, en último término de forma excepcional, cabe recurrir a la atribución de funciones representativas. En todo caso, cabe plantear algunas cuestiones a colación.

Por un lado, a pesar de que la persona con discapacidad no haya previsto con anterioridad la medida que desea (ya a través de una autocuratela, ya con poderes preventivos o con cláusula de subsistencia), no quiere decir que su participación desaparezca. Muy al contrario, la autoridad judicial deberá consultar y tener presente sus preferencias tanto a la hora de escoger la medida oportuna como para seleccionar la persona idónea para ejercerla.

Por otro lado, se plantea una disquisición fundamental como es la relativa a si, con independencia de la existencia de medidas de apoyo voluntarias y de la propia manifestación de voluntad de la persona con discapacidad, la autoridad judicial puede decidir una solución diferente. Como vimos, tal posibilidad parece deducirse, con algunas lagunas, de la legislación vigente y, sea como fuere, al admitir las funciones representativas se está admitiendo, indirectamente, este extremo. Sin embargo, esta discusión dista de ser baladí, pues al margen de otras cuestiones quizás más teóricas como la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, esta entronca con el que se ha venido a denominar principio de interés superior de la persona con discapacidad y, en definitiva, si ha desaparecido o no del ordenamiento jurídico español.

Y es que, si atendemos a las Observaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, parece que dicho principio ha sido suprimido, superado y sustituido por la voluntad y preferencias. De hecho, esta interpretación no se conjuga adecuadamente con la moderna tendencia acogida por el Tribunal Constitucional de reconocimiento de derechos fundamentales y proclamación, así sin límites, de la autonomía de la voluntad. Así ha ocurrido, por ejemplo, en relación con la eutanasia en la STC n.º 19/2023, de 22 de marzo y, más recientemente, en la STC n.º 94/2023, de 12 de septiembre o, en el ámbito de la interrupción voluntaria del embarazo, en la STC n.º 44/2023, de 9 de mayo y en la STC n.º 78/2023, de 3 de julio.

Pues bien, obviando que algunas sentencias (como la STS n.º 1894/2021, de 6 mayo) aludan al mencionado principio, la solución que adopta parte de la doctrina²⁰ y que nos parece muy acertada es modificarlo por un derecho general y compartido por todas las personas: la dignidad (artículo 10.1 CE) y que recoge el 249 párrafo primero CC. En definitiva, la mayor o menor intervención de la persona con discapacidad dependerá de muchos factores, sin que quepa extraer ninguna suerte de regla general.

Como no puede ser de otro modo, la determinación y concreción de la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad no será posible porque la propia enfer-

20. 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*, núm. 10168, 2022, p. 23. Igualmente, apunta Arnau Moya, F.: «Aspectos polémicos de La ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 2022, p. 537 y pp. 554-555, que la misión de la jurisprudencia pasa por «conciliar la voluntad a ultranza de la persona con discapacidad respecto a las medidas de apoyo que se le van a aplicar con el desaparecido principio del interés del discapaz». Así las cosas, señala que, con buen criterio, este principio será «rescatado» por la jurisprudencia.

medad provoque que el sujeto carezca de capacidad para discernir y formar la pretendida voluntad²¹. Así lo pone de relieve **DE VERDA Y BEAMONTE**²² al señalar que en algunas discapacidades como la sensorial o la provocada por el síndrome de Down, efectivamente, «la restricción de la tradicionalmente llamada capacidad de obrar carece de sentido o resulta desproporcionada, por lo que lo procedente es establecer un sistema de apoyos tendente a posibilitar el ejercicio de los derechos de las personas que las padecen, por ellas mismas, de acuerdo con las propias inclinaciones y preferencias (con derecho, pues, a equivocarse)».

No obstante, no ocurre lo mismo con aquellos escenarios, por lo demás, cada vez más frecuentes dado el avance de la esperanza media de vida, en los que será necesario el recurso «a un sistema de adopción de medidas sustitutivas a través de la actuación de un representante legal que obre en nombre de la persona con discapacidad (curador con facultades de representación)».

Por lo demás, también sería interesante estudiar si la persona influye en los efectos de la enfermedad, es decir, si la capacidad de discernimiento varía, en la misma situación, dependiendo de otros factores del sujeto. Sobre el particular, cabe plantear si sería adecuada la realización de una suerte de lista de enfermedades que pueden afectar a la capacidad intelectual o si, por el contrario, la pretendida seguridad jurídica desembocaría en una injusticia por la propia desactualización constante. Si resulta vital que se apliquen de forma adecuada los principios de proporcionalidad y necesidad y que, como apunta la doctrina²³ y se deduce de los pronunciamientos judiciales, se atienda al momento de establecer las medidas (y no a futuro), se especifiquen los actos concretos para las que se precisa apoyo y asistencia y se revise, de forma periódica, la solución adoptada judicialmente.

Asimismo, hemos podido comprobar que existen disfuncionalidades en el sistema por contemplarse en la regulación diferencias en atención al ámbito de actuación que no encuentran justificación alguna. Y, por supuesto, consideramos que han de ser modificadas. También se ha podido detectar un tratamiento distinto en algunos pronunciamientos

-
21. Más tajante se muestra **CARRASCO PERERA, Á.**: «Diógenes en el basurero (de la reforma civil de la discapacidad)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 978, 2021, al destacar que el legislador ha cometido «un desenfoque» (que no duda en catalogar de «parafernalia ideológica») al no regular civilmente la capacidad «como un régimen relativo a la restricción de la capacidad de obrar», toda vez que, como consecuencia, se producen «disparates» como el de Diógenes. Desde esta perspectiva, alaba la solución de la jurisprudencia al apuntar que se ha escogido «una vía peligrosísima para el funcionamiento del espurio sistema de apoyos diseñado por la ley 8/2021. No importa que Diógenes no quiera apoyos, porque su decisión procede precisamente de la deficiencia cognitiva que define su síndrome. Sigase por ahí y habremos dinamitado la parafernalia ideológica sobre la que se construye el nuevo sistema. De momento, no ha podido soportar el primer rejón que le mete el discreto Sr. Sancho Gargallo. Otros vendrán que le apuntillarán».
 22. **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*, núm. 10168, 2022, p. 2.
 23. *Vid.* **DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.**: «Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 115, 2022, pp. 26-28.

que, quizás, no sea adecuado (salvando, en este último caso, las distancias que existen en cada uno de los escenarios de las sentencias pronunciadas). Ello no es óbice para que reconozcamos que el sector en el que pretenda actuar la persona con discapacidad tiene relevancia. No parece que sea equivalente la repercusión negativa que, en su caso, tendría una decisión en el ámbito patrimonial que el acceso a la prestación de ayuda para morir.

Por último, solamente queda apuntar la cuestión relativa a la incapacidad natural (o de hecho) y a la necesidad de concreción en este punto. No parece que atribuir toda la responsabilidad al profesional para valorar supuestos tan diferentes sea aceptable, sino que debería articularse una vía rápida y eficaz de acceso a la vía judicial para decidir la solución óptima para cada escenario.

VI. Bibliografía

ARNAU MOYA, F.: «Aspectos polémicos de La ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 2022, pp. 534-573.

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: «Vacunación de las personas mayores con discapacidad en el contexto de la pademia de la Covid-19: comentario a la STC 38/2023, de 20 de abril», en *Derecho y salud: retos jurídicos actuales* (Dir. Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ y Manuel ORTIZ FERNÁNDEZ), Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 193-220.

CARRASCO PERERA, Á.: «Diógenes en el basurero (de la reforma civil de la discapacidad)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 978, 2021.

CIERCO SEIRA, C.: «Un recorrido por la vacunación desde el Derecho Público: la vacunación obligatoria», en *La protección de la salud frente al riesgo de contagio*, Bosch, Madrid, 2022, pp. 293-321.

CUENCA GÓMEZ, P.: «El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española», *REDUR*, núm. 10, 2012, pp. 61-94.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «El consentimiento de los menores e incapacitados a las intromisiones de los derechos de la personalidad», *AJI*, núm. 1, 2014, pp. 35-42.

«Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 115, 2022, pp. 11-116.

«Denegación de curatela, por existir guarda de hecho que funciona correctamente, con constatación de la persona que la ejerce y determinación de sus facultades representativas. Revisión de la declaración a los tres años y obligación de rendir cuentas anuales», *IDIBE. Jurisprudencia Derecho civil*, disponible

en: <https://idibe.org/derecho-civil/denegacion-curatela-existir-guarda-hecho-funciona-correctamente-constatacion-la-persona-la-ejerce-determinacion-facultades-representativas-revision-la-declaraci/> [fecha última consulta 10.11.2024].

«Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad», *Diario La Ley*, núm. 10168, 2022, pp. 1-31.

ELIZARI URTASUN, L.: «Reconsideración de la vacunación de adultos vulnerables: de la vacunación forzosa al consentimiento informado con apoyos», en *La protección de la salud frente al riesgo de contagio*, Bosch, Madrid, 2022.

ESCARTÍN IPIÉNS, J.A.: «La autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 85-119.

«Disposiciones transitorias del Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, pp. 227-245

GARCÍA RUBIO, M.P.: «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 29-60.

«Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 173-197

MAGARIÑOS BLANCO, V.: «Comentarios A La Propuesta Para La Reforma Del Código Civil Sobre Discapacidad», *Revista De Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 199-225.

MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L.: *Derechos fundamentales y discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2015.

MUNAR BERNAT, P.A.: «La curatela: Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 121-152.

PALLARÉS NEILA, J.: «La revisión de las sentencias dictadas en el nuevo procedimiento de provisión de apoyos», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 153-171.

PAU PADRÓN, A.: «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 5-28.

PEREÑA VICENTE, M.: «La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 61-83.

ROSENVALD, N.: «A tomada de decisão apoiada», *Cadernos da Lex Medicinæ (Saúde, novas tecnologias e responsabilidades)*, núm. 4, vol. II, 2019, pp. 381-394.

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

TORRES DÍAZ, M.C.: «El derecho a la integridad personal ante la vacunación no consentida: ¿qué ha dicho el Tribunal Constitucional? Comentarios a la Sentencia del Pleno 38/2023, de 20 de abril, de 2023, en el recurso de amparo promovido sobre la administración de la vacuna frente a la Covid-19 [BOE, núm. 121 de 22/05/2023]», *Diario La Ley*, núm. 10333, Sección Tribuna, 2023, pp. 1-8.

INCENTIVOS Y MEDIDAS LEGALES PARA IMPULSAR LA EJECUCIÓN DE OBRAS DE SANEAMIENTO DE HUMEDALES EN ESPAÑA DURANTE EL SIGLO XIX

INCENTIVES AND LEGAL MEASURES TO PROMOTE THE IMPLEMENTATION OF WETLAND DRAINAGE WORKS IN SPAIN IN THE 19TH CENTURY

Francisco José Abellán Contreras¹
Profesor Ayudante Doctor de Historia del Derecho
Universidad de Alicante
fj.abellan@ua.es

Resumen:

Las zonas húmedas, desde tiempos inmemoriales y hasta épocas muy recientes, han sido objeto de atención especial por parte del legislador español debido a su condición de áreas improductivas e insalubres. El «interés general» exigía impulsar y fomentar obras públicas de desecación por toda la geografía española, lo que explicaría las múltiples medidas legales destinadas a promover y estimular dicha actividad, con el fin de acrecentar la superficie de cultivo, especialmente el regadío, amén de acabar con las fiebres endémicas que ocasionaban graves problemas a la salud de la colectividad. De ahí el protagonismo de los Ayuntamientos decimonónicos en el ramo de la sanidad y, en particular, en la desecación de estos espacios naturales tan singulares.

Palabras clave: incentivos, salud pública, desecación de humedales, Administración Local.

Abstract:

Wetlands, since time immemorial and until very recent times, have been the object of special attention by the spanish legislator due to their condition as unproductive and

1. Profesor Ayudante-Doctor de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Alicante, coordinador de Calidad de la Facultad de Derecho, miembro del Grupo de Investigación *Instituciones Jurídicas Valencias* y del Instituto Universitario del Agua y de las Ciencias Ambientales (IUACA), Editor de la revista *Sostenibilidad: Económica, Social y Ambiental*.

unhealthy areas. The 'general interest' required the promotion and encouragement of public drainage works throughout Spain, which would explain the multiple legal measures aimed at promoting and stimulating this activity, in order to increase the area under cultivation, especially irrigation, as well as to put an end to the endemic fevers that caused serious problems for the health of the community. Hence the leading role played by the nineteenth-century town councils in the health sector and, in particular, in the drying up of these unique natural areas.

Key words: incentives, public health, wetland drainage, Local Administration.

Sumario:

I. Introducción.

II. Las zonas húmedas y su condición de enclaves insalubres: cuna de fiebres endémicas.

1. Exégesis histórico-jurídica de la tutela sanitaria en España con especial mención al tratamiento de los humedales y áreas lacustres.

2. La Administración decimonónica española en el ramo de la salud pública: el papel activo de los Ayuntamientos en la erradicación de humedales.

III. Las zonas húmedas y su condición de terrenos baldíos, incultos e improductivos.

1. Aproximación al estudio de la regulación de los baldíos en España.

2. Principales incentivos para estimular la conversión de humedales, por su condición baldíos, en tierras de labor.

3. Medidas y estrategias para favorecer la ejecución de proyectos de obras de desecación.

IV. conclusiones.

V. Bibliografía.

VI. Fuentes.

I. Introducción

Los humedales y áreas lacustres de la geografía española, desde tiempos inmemoriales, recibieron el calificativo peyorativo de enclaves marginales, terrenos baldíos y focos infecciosos por parte de la opinión pública y las autoridades, debido a la insalubridad de sus aguas estancadas y su nulo rendimiento productivo. En la España decimonónica se desarrolló un importante entramado normativo que tuvo por principal objetivo prevenir y controlar las epidemias de enfermedades endémicas contagiosas -por ejemplo, las fiebres tercianas o paludismo-², al tiempo que se intentaba fomentar el desarrollo socioeco-

2. En los tratados o textos de medicina del siglo XVIII se conocía con el nombre de «*tercianas o cuartanas*» (paludismo) a una enfermedad endémica e infecciosa que causaba unas fuertes fiebres y debilidad corporal generalizada. Por entonces se creía que la enfermedad se debía a ambientes corruptos de aguas estancadas (como en los humedales). Pero no será hasta el siglo XIX cuando se descubra que el origen real de la enfermedad se debía a la picadura de

nómico a través de la conversión masiva de humedales y aguazales en tierras de labor³. Por tanto, el saneamiento de estos espacios constituyó una actividad administrativa desarrollada, fundamentalmente, por las Corporaciones locales en su competencia de «policía sanitaria»⁴. Las singularidades ambientales de estos enclaves los hacían propicios para infundir temor entre la población por sus devastadores efectos en la salud, de ahí que los Ayuntamientos, desde los primeros años del liberalismo, recibieran la misión de acometer obras de desecación dentro de su competencia de «policía sanitaria rural»⁵. Cualquier humedal de la geografía española catalogado por las autoridades competentes como insalubre debía ser desecado o saneado de inmediato en pro de la salubridad pública colectiva y del fomento de la riqueza agraria; práctica que podía ejecutarse aun no contando con la autorización expresa de su titular, tal y como se recogía en la Exposición de Motivos de la *Ley de Aguas* de 3 de agosto de 1866⁶. Esta norma sentó las bases para la realización de todo tipo de obras de saneamiento por todo el territorio, a través de la concesión -a particulares y empresas- de importantes beneficios e incentivos como por ejemplo, auxilios económicos, exenciones fiscales⁷.

La Administración española, a lo largo del siglo XIX, tuvo un gran papel en la prevención y policía sanitaria, quedando en manos de los Ayuntamientos la tutela de la sanidad colectiva hasta su descentralización, habida cuenta que la Administración estatal o central asumió, de manera gradual, las competencias sanitarias locales⁸. De ahí que los Ayun-

-
- un mosquito. Para más información sobre estas cuestiones véase entre otros autores: *Vid.*, **ABELLÁN CONTRERAS, F.J.**, *La desecación de los humedales en el sur del Reino de Valencia (ss. XVII-XX). Estudio histórico-jurídico*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 42-55. **MATEU TORTOSA, E.** *Aroz y paludismo. Riqueza conflictos en la sociedad valenciana del siglo XVIII*, Ediciones Alfons el Magnànim, Valencia, 1987, pp. 79-80. **ALBEROLA ROMÁ, A** y **BERNABÉ GIL, D.**, «Tercianas y calenturas en tierras meridionales valencianas: una aproximación a la realidad médica y social del siglo XVIII», *Revista de Historia Moderna*, núm. 17, 1988-1999, pp. 95-112.
3. **ARDELÚS, G** y **RUZA, F.**, *Las zonas húmedas*, Debate-Círculo, Barcelona, 1988, pp.7-21.
 4. El profesor Vicente Santamaría aducía al respecto que una de las finalidades de los Ayuntamientos era la de «*combatir las causas perturbadoras de la salud que nacen de las condiciones naturales del campo*». Cfr. **SANTAMARÍA DE PAREDES, V.**, *Curso de Derecho administrativo*, Librería Jiménez, Madrid, 1891, p. 361.
 5. **DELGADO PIQUERAS, F.**, *Derecho de aguas y medio ambiente. El paradigma de la protección de los humedales*. Tecnos, Madrid, 1992, p. 250.
 6. Exposición de motivos de la *Ley de Aguas* de 3 de agosto de 1866. [Consultado en «La Gaceta de Madrid», núm. 119, 7 de agosto de 1866. Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1866/219/A00001-00004.pdf>].
 7. *Vid.*, **ABELLÁN CONTRERAS, F.J.**, «El aprovechamiento de las aguas en la Ley de 13 de junio de 1879. Trayectoria de un texto legislativo a la luz de la optimización y eficacia de los recursos hídricos», en *Irrigation, society and landscape, tribute to Thomas F. Glick: proceedings of the International Conference, Valencia, September 25th, 26th and 27th, 2014 / coord. Por Carles Sanchis Ibor*, Universidad de Valencia, 2014, pp. 686-698. *Idem.*, «Exégesis sobre el tratamiento de las zonas húmedas en el ordenamiento jurídico español de aguas decimonónico», *Revista de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*, núm. 28, 2021, págs. 15-42. **CALVO CHARRO, M.**, *El régimen jurídico de los humedales*, Instituto Pascual Madoz, Universidad Carlos III, Madrid, 1995, pp. 44-46.
 8. Ello era debido a que la organización centralizada, a medida que la actividad sanitaria pública se fue haciendo más y más compleja, se especializó y fortaleció asumiendo, entre otras

tamientos quedaran relegados a un papel de meros entes encargados de financiar los nuevos servicios estatales⁹. Las continuas intromisiones e injerencias de la autoridad central en las competencias locales se convirtieron en práctica muy común. Y prueba de ello son los múltiples instrumentos y técnicas que la legislación especial sanitaria contemplaba para interferir en las funciones propias y exclusivas de los municipios¹⁰.

Con anterioridad a la codificación de las aguas, la Administración local asumió un papel protagonista en la erradicación de humedales por las razones ya expuestas; muestra de ello son los numerosos textos legales que atribuyeron a los Ayuntamientos, dentro de su competencia de «policía de salubridad o sanidad», la desecación y saneamiento para la prevención y contención de determinadas enfermedades infecciosas y la conversión de estos terrenos baldíos o yermos en tierras feraces (regadío)¹¹.

En suma, a lo largo del presente trabajo se realizará un profundo y detallado estudio analítico de diversas fuentes (legales, doctrinales y documentales) con el fin de visibilizar y dar a conocer, el papel activo de la Administración local española decimonónica en la policía sanitaria en pro de la erradicación de humedales o zonas húmedas como eficaz «mecanismo» de prevención higiénico-sanitaria y de fomento de la actividad agraria. Asimismo, se dará a conocer los mecanismos legales para estimular la desecación y conversión agrícola de estos enclaves naturales.

competencias locales, la dirección y policía sanitaria en asuntos que en el pasado habían sido asumidas de manera exclusiva por los Ayuntamientos. *Vid.*, MOREL OCAÑA, L., «La evolución y configuración actual de la actividad administrativa sanitaria», *Revista de Administración Pública*, núm. 63, 1970, pp. 131-165.

9. MUÑOZ MACHADO, S., M., *La sanidad pública en España. Evolución histórica y situación actual*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975, pp. 59-91.
10. En aquellos momentos en que la voluntad del legislador era favorable a la descentralización del sistema sanitario. A modo de ejemplo, en la Exposición de Motivos del *Reglamento de Sanidad Municipal*, aprobado por Real Decreto de 9 de febrero de 1925, se disponía con suma claridad que los «Ayuntamientos con su plena autonomía y las Administración central con sus exigencias» tenían el objetivo común de cuidar de la salud y bienestar de la ciudadanía en su conjunto. Y acto seguido se aludía a los motivos de la injerencia o «intromisión» de la Administración central en la esfera municipal a causa del retraso de un gran número de Corporaciones locales españolas en materia higiénico-sanitaria, pero también al hecho de que el Estado tenía como principal misión velar por el control, defensa y preservación de la salubridad colectiva [*Reglamento de Sanidad Municipal*, aprobado por Real Decreto de 9 de febrero de 1925. Consultado en «La Gaceta de Madrid», núm. 48, de 17 de febrero de 1925. (págs. 726 a 733). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1925-1506https>].
11. La Constitución gaditana, por ejemplo, dispuso que la cuestión sanitaria –entre ellas la actividad desecadora– debía ser asumida por la Administración local, en este sentido el artículo 321 de la *Constitución de Cádiz de 1812*. [Consultado en la página oficial del Congreso de los Diputados el 10 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://www.congreso.es/cem/const1812>]. Asimismo, las *Instrucciones* «para el gobierno económico y político de las provincias» de 13 de junio de 1813 y de 3 de febrero de 1823, encargaban a los Ayuntamientos la «policía de salubridad y comodidad» incluyendo en la misma la desecación de ambientes insalubres como los humedales. Años después esta competencia se desarrolló en la Ley Municipal de 2 de octubre de 1877, al encomendar las acciones, medidas y actividades en materia sanitaria a cargo de los Ayuntamientos.

II. Las zonas húmedas y su condición de enclaves insalubres: cuna de fiebres endémicas

1. Exégesis histórico-jurídica de la tutela sanitaria en España con especial mención al tratamiento de los humedales y áreas lacustres

El poder regio, desde tiempos inmemoriales, tuvo un papel destacado en la actividad sanitaria española, habida cuenta que su participación se reflejó en las proliferas disposiciones legales aprobadas tanto para el ejercicio de las profesiones sanitarias como para solventar todo tipo problemática que versara, directa o indirectamente, sobre cuestiones higiénico-sanitarias¹². En este sentido, las *Partidas* de Alfonso X preveían una serie de mecanismos legales para el ejercicio y desarrollo de la profesión sanitaria y sus responsabilidades -civil y penal- por mala praxis en cualquier reino de la Corona de Castilla¹³. En tiempos de los Reyes Católicos, siglo XV, la práctica legal de estos profesionales continuó en manos de los monarcas a través del *Tribunal del Protomedicato*¹⁴. En el Reino de Navarra y en la Corona de Aragón también se crearon instituciones de similares o análogas características¹⁵ pero su nombramiento no dependía del rey, sino a las autoridades concejiles a pesar de los continuos intentos por parte de la Corona de asumir algunas de sus funciones¹⁶. En el caso particular del Reino de Valencia, desde la Baja Edad Media, quedó perfectamente reglamentado el ejercicio profesional en el marco de la sanidad, de

12. El *Fuero Juzgo* (FJ. XI, I, I-VIII) preveía acciones y/o medidas higiénico-sanitarias para la protección de la colectividad. [Consultada la edición en papel de Ibarra-Impresor de Cámara de S.M. Madrid, 1815].

13. De igual modo, aludían a la responsabilidad sanitaria del propio monarca para con sus súbditos y la suya propia. *Partidas.*, I, IV, 37 y *Partidas.* II, XI, 1. [Consultada la edición en papel -con comentarios de Gregorio López-, Lex-Nova, Madrid, 1988.]

14. Una institución de origen castellano que llegó al Nuevo Mundo, donde alcanzó gran prestigio, hasta su supresión definitiva a comienzos del siglo XIX. Para más información sobre constitución y funcionalidad en Latinoamérica véase entre otros trabajos: GARDETA SABATER, P., «El nuevo modelo del Real Tribunal del Protomedicato en la América española. Transformaciones sufridas ante las Leyes de Indias y el cuerpo legislativo posterior», *Dynamis. Acta hispanica ad medicinae scientiarum que historiam illustrandam*, núm.16, 1996, pp. 237-260. GARDETA SABATER, P., «El Real Tribunal del Protomedicato en la Audiencia de Santa Fe durante la segunda mitad del siglo XVIII. Un acercamiento al estudio de las transformaciones de esta institución española», *Dynamis. Acta hispanica ad medicinae scientiarum que historiam illustrandam*, núm. 12, 1992, pp. 209-224.

15. Por ejemplo, el «*Protofísico*» o los «*Alcaldes examinadores*», entre otras instituciones.

16. LÓPEZ PIÑERO, J. M., «Los orígenes de los estudios sobre la salud pública en la España renacentista», *Revista Española de Salud Pública*, núm. 80, 2006, pp. 445-442.

manera que aquel que tuviera intención de ejercer como médico o cirujano debía primero superar una prueba teórico-práctica¹⁷.

La intervención directa de la Corona en la rama sanitaria también se circunscribió al patronato y fundación de hospitales y albergues para el «*socorro de los pobres y enfermos*» exigiéndose, por orden real, un certificado médico para que los enfermos de lepra y tifus pudieran ser asistidos en un centro especializado¹⁸. Menos profusa fue la intervención de la Corona en la prevención colectiva de las enfermedades infecciosas de carácter endémico, limitada sólo a disposiciones circunstanciales con motivo de epidemias graves. La Administración -y no la Corona- fue quien acabó asumiendo tal capítulo, ante la virulencia de algunas epidemias (como el cólera, la peste o el paludismo). Lo que explicaría que tuviera encomendado, a comienzos del siglo XVIII, la adopción de cuantas acciones y medidas fueran necesarias para preservar la salud colectiva¹⁹. Por ejemplo, la dirección y «*policía de salubridad o sanitaria*» recayó, durante los primeros años del siglo XIX, en los Ayuntamientos²⁰. Pero no será hasta la promulgación de la *Ley de Sanidad* de 28 de noviembre de 1855 cuando finalmente se desarrolló y amplió esta competencia administrativa, entendida como la obligación de vigilancia, control y prevención a cargo de los municipios, abarcando también la dirección del sistema sanitario y el ejercicio de sus profesiones médicas²¹. Dentro de esta función se hallaba la desecación y/o saneamiento de humedales, dependiendo de si su erradicación obedecía a motivos agrícolas (expansión de la superficie de cultivo) o sanitarios (prevenir enfermedades infecciosas como, por ejemplo, el paludismo). Aunque hoy día estas áreas de transición atesoran una gran variedad de fauna y flora, cumpliendo un papel fundamental en la conservación ambiental e hídrica, en tiempos pretéritos se consideraban enclaves marginales y baldíos²².

-
17. Vid., GALLET MARCOS, M., «Licencias reales para ejercer la medicina y la cirugía a judíos aragoneses», *Revista de Historia Medieval*, núm. 15., 2008, p. 48. GARCÍA LUQUERO, G., «Organización sanitaria en España durante las Edades Media y Moderna», *Revista de Sanidad e Higiene Pública*, núm. 7, 1951, pp.1-15. En las Cortes de Monzón de 1363 se autorizó a los miembros de distintas comunidades -mudéjar y hebrea- a ejercer la medicina bajo supervisión de un médico cristiano dentro de los dominios de la Corona de Aragón. Los aspirantes a médico o cirujano, a partir del siglo XV, eran evaluados por protomédicos o protofísicos, y aquellos que lograban superar con éxito las pruebas (teórico-prácticas) obtenían permiso para el desempeño de la profesión. Estos permisos o licencias podían ser de dos tipos: municipales y reales. Las primeras sólo se concedieron a Cataluña y Aragón, en cambio, las reales -otorgadas por el rey o su representante- se dieron en todos los territorios de la Corona de Aragón para evitar el intrusismo profesional. GALLET MARCOS, M., «Licencias reales...», *op. cit.*, pp. 51-53.
 18. LÓPEZ PIÑERO, J. M., «Los orígenes...» *op. cit.* pp. 446-448.
 19. Real Cédula de 8 de noviembre de 1721, «dictada sobre la *Junta Suprema de Sanidad*».
 20. Artículo 1 de la «Instrucción para el Gobierno Económico Político de las Provincias de 23 de junio de 1813». [Disponible en http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/1813_112/Decreto_Instruccion_para_el_gobierno_econ_mico_pol_tico_de_las_provincias.shtml]
 21. CAMPOS DÍEZ, M. S., «De la policía sanitaria en el Antiguo Régimen al orden constitucional», *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 81, 2011, pp.1009-1028. ABELLA Y BLAVE, F. Tratado de sanidad y beneficencia: arreglado á todas las disposiciones vigentes que se han dictado sobre los diversos puntos, servicios y detalles que comprenden estos ramos hasta julio de 1885, Imprenta E. de la Riva, Madrid, 1885., pp. 294-327.
 22. La política desecadora se «popularizó» y adquirió notoriedad en España a lo largo de la Edad Moderna, pero será a partir de la segunda mitad del siglo XIX coincidiendo con la aprobación

Este hecho explicaría el alto número de disposiciones legales decimonónicas aprobadas para incentivar su erradicación como medida extraordinaria de prevención sanitaria y fomento de la agricultura, mediante la construcción de determinadas obras de «utilidad pública»²³. A modo de ejemplo, el Real Decreto de 10 de octubre de 1845 aludía directamente a la necesidad de «satisfacer objetivos de necesidad o conveniencia general», las *Leyes de Aguas* de 3 de agosto de 1866 y de 13 de junio de 1879 otorgaban, entre otros beneficios, la titularidad de las tierras saneadas, auxilios económicos y exenciones fiscales a favor de las personas que se comprometían a acometer los trabajos de desecación y, por último, la *Ley General de Obras Públicas*, de 13 de abril de 1877, incluía a las desecaciones entre las obras de utilidad pública por razón de su «conveniencia general»²⁴.

Esta medida de prevención sanitaria (la desecación) también se extendió al cultivo del arroz, habida cuenta que sus cualidades o características naturales (tierras anegadas) presentan notables similitudes con los humedales²⁵. Desde la llegada de la población islámica a la Península, allá por el siglo VIII, una gran parte del litoral valenciano se transformó o acondicionó en arrozales; práctica que se perpetuó en el tiempo y originó un gran número de textos legales que limitaban, acotaban e incluso prohibían esta actividad agraria bajo severas penas (incluida la muerte)²⁶. La preocupación e interés de las autoridades públicas por preservar la salud de la colectividad se consolidó durante toda la Edad Moderna, pero

de las *Leyes de Aguas* de 3 de agosto de 1866 y de 13 de junio de 1879, cuando se alcance en España el anhelado objetivo de sanear y poner en cultivo vastas superficies de humedal en favor del interés general: preservar la salud pública y desarrollar la actividad agraria. Para más información véase los comentarios de ABELLÁN CONTRERAS, F. J., «Exégesis sobre el tratamiento de las zonas húmedas en el ordenamiento jurídico español de aguas decimonónico», *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 28, 2021, pp. 15-42. CALVO CHARRO, M., *El régimen jurídico...*, op. cit. pp. 40-49. DELGADO PIQUERAS, F., *Derecho de aguas...*, op. cit. pp. 249-258.

23. Son «obras públicas» «todas las que se ejecuten por conveniencia y utilidad general del Estado, de las provincias y de los pueblos». [Vid., Recopilatorio de textos legislativos del Dr. Don Marcelo Martínez Alcubilla. *Diccionario de la Administración de España. Compilación de la Novísima Recopilación de España Peninsular y Ultramar*. Imprenta Administración Arco de Santa María, Madrid, 1892, pp. 689].
24. Artículo 27 de la *Ley General de Obras Públicas*, de 13 de abril de 1877 *Ley General de Obras Públicas*, de 13 de abril de 1877 [Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1877-5191>].
25. Las plantaciones de arroz -o arrozales- como superficies cubiertas, de manera temporal, de agua presentan notables semejanzas con las zonas húmedas, especialmente, en cuanto a la posibilidad de convertirse en epicentros de epidemias de «fiebres tercianas». MATEU TORTOSA, E. *Arroz y paludismo...*, op. cit., pp. 58-82.
26. A modo de ejemplo, a principios del siglo XV, en virtud de un Privilegio de 21 de mayo de 1448, se prohibió el cultivo de arroz en todo el Reino de Valencia, bajo pena de muerte y expropiación o comiso de los bienes, muebles e inmuebles, del contraventor. Pero a pesar del castigo infringido, los labriegos continuaron con su cultivo, aunque de manera clandestina en las zonas bajas de los humedales, debido a los pingües ingresos que reportaba su venta. Para más información sobre la problemática sanitaria en el cultivo de arroz y las medidas legislativas históricas adoptadas en la lucha contra la epidemia de «fiebres tercianas» asociadas a estas plantaciones véase los comentarios de: BUENO MARÍ, R., «Crónicas de arroz, mosquitos y paludismo en España: el caso de la provincia de Valencia», *Hispania. Revista Española de Historia*, núm. 236, 2010, pp. 687-708. BELTRÁN Y FÓS, E., *problemática del arroz en el País valenciano*, Conselleria de Trabajo del País Valenciano, Valencia, 1980.

no será hasta mediados del siglo XIX cuando, por vez primera, se desarrolló una norma específica que sometió el cultivo del arroz a un exhaustivo control de la Administración a través de un sistema restringido de acotamientos²⁷. En efecto, solo se permitió cultivar arroz en aquellos terrenos que cumplieran determinadas características naturales²⁸. De tal modo que el interés sanitario, en convergencia con el económico resultó antagónico a la supervivencia de los humedales, hecho que explica su erradicación masiva a lo largo del siglo XIX y parte del XX justificado por motivos de «interés general».

2. La Administración decimonónica española en el ramo de la salud pública: el papel activo de los Ayuntamientos en la erradicación de humedales

La supervisión, control y policía sanitaria en la Corona de Castilla fue desarrollada, desde comienzos de la Edad Moderna, por los *Alcaldes Examinadores Mayores* de nombramiento regio. Se encargaban de inspeccionar tanto la actividad realizada por los «profesionales médicos o sanitarios» de la época como de sus respectivos centros de trabajo para evitar el intrusismo y la mala praxis. Tenían entre sus obligaciones, fijar las medidas y/o acciones necesarias para prevenir cualquier tipo de enfermedad contagiosa y potencialmente peligrosa para la colectividad. El control sanitario, a partir del siglo XV, ya no fue ejercida por los *Alcaldes Mayores* sino por el denominado *Tribunal del Protomedicato*²⁹ —o por las autoridades municipales en el caso de la Corona de Aragón—. Sin embargo, con ocasión de la aplicación de los *Decretos de Nueva Planta* de Felipe V, se dispuso, en todos reinos hispánicos, una subdelegación de aquel Tribunal especial, pero debido a un problema de dispersión jurisdiccional, sus funciones quedaron bajo la *Junta Suprema de Sanidad*³⁰.

-
27. La Real Orden de 10 de mayo de 1860, por ejemplo, señalaba que el Ministerio de Fomento era el único competente para expedir las autorizaciones y/o licencia de acotación de terrenos destinados a este cultivo, prohibiendo aquéllos que se hicieren fuera de coto «*bajo las penas que se expresarán*». (Artículo 1 de la Real Orden de 10 de mayo de 1860 para la «*autorización de la acotación de terrenos destinados al cultivo de arroz*»).
28. «*Terrenos naturalmente pantanosos e improductivos para otras cosechas y en los que el estancamiento de las de las aguas pueda ser perjudicar a la salud*». Artículo 2 del Reglamento ejecutivo aprobado por Real Orden de 15 de abril de 1861.
29. Éste fue el primer órgano con competencia en materia de sanidad en España. Su origen se remonta al siglo XV, en tiempos de los Reyes Católicos, y desarrolló sus funciones hasta su supresión definitiva a principios del siglo XIX. El *Tribunal del Protomedicato* tenía entre sus principales funciones la vigilancia de la actividad o profesión médica, la inspección de los centros médicos y boticas, así como la observancia y castigo de la mala praxis o excesos cometidos. Para más información sobre este tribunal especial véase:
CAMPOS DÍEZ, M.^a S., *El Real Tribunal del Protomedicato castellano (siglos XIV-XIX)*, Universidad de Castilla la Mancha, 1999. **RODRIGUEZ OCAÑA, E.** y **MARTÍNEZ NAVARRO, F.** *Salud pública en España. De la Edad Media al siglo XXI*, Escuela Andaluza de Salud Pública, 2008. **MARTÍNEZ SANZ, R.**, «La cirugía en la España de los siglos XVIII-XIX: papel de la universidad, la armada y las reales academias»; *Revista española de investigaciones quirúrgicas*, núm.4, 2021, pp. 461- 472.
30. Habida cuenta de que el Consejo de Castilla asumió una serie de funciones —como la salubridad, higiene y prevención contra epidemias sanitarias, entre otras— que habían quedado fuera del ámbito competencial *Tribunal del Protomedicato*.

Durante la etapa ilustrada, la nota característica de los órganos centrales sanitarios fue la amplitud teórica de las competencias que le estaban atribuidas. En cambio, en la etapa constitucional, estos órganos no sólo cumplieron un destacado papel asesor, además se ocuparon de la gestión directa sobre las cuestiones propias de sus funciones en la rama sanitaria; al menos hasta la primera mitad del siglo XIX, ya que desde entonces cederán sus competencias de administración activa a favor de órganos monocráticos, limitándose en lo sucesivo a la mera función de consejo y de deliberación³¹. El sistema público sanitario español se configuró y consolidó a lo largo de la centuria, circunstancia que explicaría la manera de entender las relaciones entre la ciudadanía y la propia Administración. A la Administración, con la separación de tres poderes, se le atribuyó un papel destacado en la salvaguarda de la ciudadanía en su conjunto frente a aquellas posibles perturbaciones que demandan una respuesta urgente, satisfactoria y contundente del poder organizado. Dentro del campo de la sanidad pública, y conforme al pensamiento decimonónico, la Administración se limitó a la vigilancia, prevención y defensa de aquellas enfermedades que podían causar un mayor perjuicio a la colectividad. La prevención y policía sanitaria, dentro de los principios que inspiraban al Estado constitucional liberal, se convirtió en la única razón de ser del sistema público de salud español³².

La sanidad pública, como función administrativa, en los primeros años del constitucionalismo se atribuyó fundamentalmente a la Administración local. De hecho, en la Constitución gaditana se disponía que entre las competencias de los Ayuntamientos se hallaba la «policía de salubridad»³³. El contenido de la competencia quedó desarrollada en la *Instrucción para el gobierno económico-político de las Provincias* de 13 de junio de 1813, disponiéndose al respecto que todos los Ayuntamientos de los pueblos en virtud de la competencia propia de «policía de salubridad y comodidad» se hallaban obligados no sólo a «cuidar de la limpieza de las calles, mercados, plazas públicas, hospitales, cárceles, casas de caridad o beneficencias», sino también a velar sobre «la calidad de los alimentos de toda clase y a ordenar la ejecución de las obras de desecación y /o saneamiento de humedales»³⁴.

Debido a las múltiples funciones de los municipios, no resultaba fácil que pudieran ser desarrolladas de manera satisfactoria y eficaz sólo desde la esfera de la Administración local. De ahí que algunas competencias en materia sanitaria, quedaran excluidas del régimen local como, por ejemplo, el protocolo de prevención contra epidemias. Cuando se registraba un foco infeccioso -paludismo, por ejemplo-, en un punto determinado de la geografía española, el Ayuntamiento afectado tenía el deber de dar cuenta de tal circunstancia al Jefe Político provincial para que adoptara, por sí mismo o de acuerdo con la *Junta de Sanidad*, cuantas acciones fueran necesarias para solucionar el problema higiénico-sanitario³⁵, y dar aviso al Gobierno de todo lo acontecido y de las precauciones sanitarias a adoptar³⁶. Asimismo, con el propósito de garantizar una rápida y eficaz respuesta

31. MUÑOZ MACHADO, S., *La sanidad...*, op. cit., pp. 34-82.

32. *Ibidem.*, pp. 25-97.

33. Artículo 321 de la Constitución de 1812. [Consultado en la página oficial del Congreso de los Diputados el 10 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://www.congreso.es/cem/const1812>].

34. Artículo 1 de la *Instrucción para el gobierno económico-político de las Provincias* de 13 de junio de 1813.

35. Artículos 2 y 3.

36. Artículo 11.

contra cualquier posible amenaza sanitaria, se preveía la creación, en todas las capitales de provincia, de un órgano asesor -la *Junta Provincial de Sanidad*-³⁷, que en convergencia con las *Juntas Municipales de Sanidad* cuidarían de la salud pública³⁸. A partir de entonces, el ejercicio de la función pública sanitaria dependía de los delegados del Gobierno provincial y municipal, sin embargo, esta atribución con el tiempo recayó en la Administración central; tendencia centralizadora que se intensificó con los años hasta finalizar con la privación a los entes locales de sus primitivas competencias³⁹.

Coincidiendo con el inicio del Trienio Liberal se produjo en España un tímido intento reformista del sistema sanitario; reforma que no sólo afectó a la estructura orgánica del sector sanitario, también al plano legislativo. En 1822, con el fin de crear un reglamento general que ordenase, por vez primera, la actividad administrativa sanitaria y atesorase el conocimiento necesario -metodología y nuevas técnicas necesarias- para prevenir, controlar y repeler cualquier enfermedad endémica, se elaboró un proyecto de *Código sanitario*, que acabó fracasando. En todo caso, se ha de tener en consideración que, hasta el fin del Antiguo Régimen, se aprobaron en España un alto número de disposiciones que pretendían, con más o menos fortuna, subsanar las deficiencias de la Administración en la lucha contra las epidemias⁴⁰.

En 1855, con la aprobación de la *Ley sobre el servicio general de la Sanidad pública*, de 28 de noviembre (*Ley de Sanidad*), se dio a este sector una nueva fisonomía sin afectar a la actuación sanitaria de la Administración. La legislación dedicó una gran parte de su articulado a reglamentar las técnicas, acciones y/o medidas a adoptar para combatir y prevenir la entrada de enfermedades infecciosas por vía terrestre y marítima⁴¹. A pesar de sufrir algunas modificaciones parciales -por las Leyes de 24 de mayo de 1866 y de 29 de junio de 1898- la *Ley de Sanidad* gozó de una larga vida en beneficio de la colectividad y de la prevención sanitaria⁴².

37. Artículo 12.

38. Artículo 4.

39. *Vid.*, GARCÍA DE ENTERRÍA, A., «Administración local y administración periférica del Estado: problemas de articulación» *La Administración Española*, 4.^a ed., Alianza Editorial, Madrid, 1995, pp. 120-ss. MUÑOZ MACHADO, S. *La sanidad...*, *op. cit.*, pp. 78-79. MOREL OCAÑA, A., «La evolución...», *op. cit.*, pp. 131-165. ABELLÁN CONTRERAS, F.J., «Policía sanitaria y problemática de los arrozales y humedales del litoral valenciano: estudio histórico-jurídico», *Revista Jurídica Valenciana*, núm. 41, 2023, pp. 5-32.

40. MUÑOZ MACHADO, S. *La sanidad...*, *op. cit.*, pp. 85-120.

41. Era muy rigurosa en la vacunación, como principal medida de prevención, al obligar tanto a los Ayuntamientos como a las delegaciones -y subdelegaciones- de sanidad a efectuar un control exhaustivo de la misma (especialmente entre los/as niños/as por ser el colectivo más vulnerable).

42. Con la entrada al nuevo milenio, la ley -como era ya costumbre con la legislación decimonónica-, quedó obsoleta en la medida en que sus principios «administrativos-sanitarios y científicos» ya no respondían a los nuevos retos y demandas de la sociedad. Por este motivo, el 12 de enero de 1904 se aprobó la *Instrucción General de Sanidad*; norma que sirvió de puente entre la vieja *Ley de sanidad* de 1855 y la nueva ley de 1944. La *Instrucción*, en su extenso articulado, prestó especial atención a los instrumentos normativos para luchar contra las enfermedades infecciosas. De ahí que estableciera la obligación de todos los Ayuntamientos de los pueblos el dictar, a propuesta de la *Junta municipal de Sanidad*, reglamentos de higiene en los que se detallarían las competencias propias de las autoridades municipales en lo concerniente a este campo. Precisamente,

El ordenamiento jurídico español de aguas decimonónico mostró y manifestó su rechazo absoluto hacia los humedales por razones varias: constituir un foco infeccioso y su nulo aprovechamiento agropecuario. Hecho que explicaría el interés inusitados de las autoridades públicas, desde tiempos inmemoriales, por acabar con estos parajes y reconvertirlos en tierras feraces⁴³. Las obras de desecación o saneamiento sólo se vieron frenadas o ralentizadas, a partir de la segunda mitad del siglo XX, por el influjo de las primeras corrientes ecologistas de la época y por las políticas de protección de los recursos naturales que alertaban de la importancia de estos ecosistemas en la recarga de acuíferos, en la conservación ambiental y en la mejora del ciclo hidrológico⁴⁴.

La inclusión de la sanidad dentro de las competencias municipales respondía a ciertas razones de lógica compensación: prevenir y/o acabar con todas aquellas enfermedades que, con independencia de su naturaleza y procedencia, pudieran ocasionar graves pro-

para garantizar un cumplimiento efectivo de esta medida, se aprobó en virtud de una Real Orden de 12 de octubre de 1910, las bases generales para la elaboración de los *Reglamentos de Higiene*. Sus bases eran lo suficientemente amplias que no dejaban margen alguno de innovación a los reglamentos municipales; prueba de ello era su capacidad para resaltar, en reiteradas ocasiones, que los Gobernadores Civiles, asesorados por la Junta Provincial de Sanidad, eran la máxima autoridad en materia de higiene y salubridad. *Vid.*, MUÑOZ MACHADO, S. *La sanidad...*, *op. cit.*, pp. 99-170. MOREL OCAÑA, L., «La evolución...», *op. cit.* pp. 131-ss. RODRIGUEZ OCAÑA, E., *Salud pública en España...*, *op. cit.* pp. 44-70. En 1924, con la aprobación del Estatuto municipal, en lo que se refiere a una extensa regulación de las funciones sanitarias propias de los municipios, se retornará a las primeras disposiciones provinciales y municipales. En este sentido, se atribuía a los Ayuntamientos, entre otras competencias, la «*preservación o extirpación de epidemias o contagios, limpieza e higiene de las calles y lugares públicos*». [Artículo 150. *Estatuto Municipal* de 9 de marzo de 1924 [Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1924-2607>].

43. El célebre arquitecto romano Vitrubio Pelión, en el siglo I. d. C., llegó a afirmar que para erigir una ciudad resultaba de vital importancia escoger con diligencia el lugar de su ubicación. Por ello se debía evitar a toda costa lugares próximos a lagunas y terrenos pantanosos porque «*traen consigo los humores nebulosos que esparcen sobre los cuerpos de los vecinos venenosos efluvios nocivos para la salud*». Cfr. MARTÍN MATEO, R. *Tratado de Derecho Ambiental*, (vol. I). Trivium, Madrid, 1981, p.275. En el *Digesto* de Justiniano se aludía a la desecación de terrenos pantanosos, lagunas y ciénagas por motivos de interés general. Distinguía entre desecación forzosa -por motivo de salubridad- y voluntaria -por motivos de expandir la agricultura de riego- (*Digesto*, VII. IV.10-3). Los trabajos de saneamiento de áreas lacustres de dominio público debían ser realizados únicamente por orden del Pretor o autoridad competente, en caso contrario los infractores eran sancionados al pago de elevadas sumas de dinero (*Digesto*, XXXIX.III.24). [*Digesto. Iustiniani Augusti*. Mediolani Formi Societatis Editricis Librariae. Picola Biblioteca Scientifica, Roma, 1949]. En el medievo se consolidó la visión o concepción peyorativa de los humedales. En el caso particular del Reino de Valencia, los *Furs* calificaban a los terrenos pantanosos -o áreas de marjal- como espacios marginales que debían ser desecados y acondicionados para uso agrario en beneficio del interés general (*Furs*, IX. XII. 14). [*Furs e Ordinacions fetes per les gloriosos reys de Aragó als regnicoles del Regne de Valencia*, Valencia, 1482. Seguimos la edición de la Universidad de Valencia, 1977].
44. ARGÜELLES MARTÍN, A., «Tratamiento de los humedales en la planificación hidrológica de carácter estatal vigente en España» en *Conflictos entre el desarrollo de las aguas subterráneas y la conservación de los humedales: aspectos legales, institucionales y económicos*. Fundación Marcelino Botín, Madrid, 2003, pp. 24-25

blemas de «orden público». Las enfermedades de rápida y fácil transmisión situaban a la Administración local ante una situación de alarma social frente al que por fuerza debía ceder cualquier derecho⁴⁵. Las *Instrucciones para el gobierno económico y político de las provincias*, de 13 de junio de 1813 y de 3 de febrero de 1823, hacían referencia al deber de los Ayuntamientos de animar y/o fomentar las obras de desecación de sus humedales insalubres, dentro de sus competencias de policía de «salubridad y comodidad». Estas normas serían confirmadas por el Real Decreto de 21 de septiembre de 1835, instando a las Diputaciones provinciales a que informaran de manera detallada sobre las actividades de los Ayuntamientos en las desecaciones⁴⁶.

Tiempo después, una Real Orden de 18 de diciembre de 1865, reguló, por vez primera, el procedimiento para la tramitación de expedientes administrativos dirigidos al aprovechamiento del agua procedente de los drenajes de humedales. Las autoridades provinciales además de velar por la salud pública, para prevenir todo tipo de enfermedades infecciosas, debían activar dichos expedientes con la mayor celeridad posible para «*el desarrollo de la agricultura y el aumento de la riqueza nacional*»⁴⁷. No en vano este objetivo también quedaría plasmado en la Exposición de Motivos de «*Ley de desecación de lagunas, marismas y terrenos pantanosos*», de 14 de julio de 1918, al disponer la necesidad de acabar con los focos de paludismo en España a través del saneamiento de los humedales⁴⁸.

En la legislación sobre prevención y lucha contra determinadas enfermedades infecciosas se aconsejaba, entre otras medidas o acciones, el exterminio de todos humedales próximos a los núcleos de población o el dar «*curso a las aguas insalubre*» a un río o mar. La *Ley Municipal* de 2 de octubre de 1877, encargó toda cuestión o actividad relacionada, directa o indirectamente, con el ramo de la sanidad (incluida el saneamiento) a los Ayuntamientos⁴⁹. Esta medida que también se recogió en la Real Orden de 7 de enero de 1878 por el que se daba instrucciones a los Gobernadores civiles para luchar contra determinadas enfermedades como la lepra. Las autoridades municipales, como medida de prevención, debían «*promover la desecación de los pantanos y evitar la formación de charcos duraderos cuando son copiosas las lluvias: desaguar por los medios convenientes y sanear los terrenos y zonas húmedas...*»⁵⁰.

45. CALVO CHARRO, M., *El régimen...*, op. cit., p. 38.

46. Artículo 27 de la *Instrucción para el gobierno económico y político de las provincias*, de 13 de junio de 1813.

47. Artículo 15 de la Real Orden de 18 de diciembre de 1865.

48. «(...) *No solo para el bien de la salubridad pública, sino aumentando las superficies de producción que de incultas pasan a ser tierras feraces*». Exposición de Motivos de la *Ley de desecación de lagunas, marismas y terrenos pantanosos*, de 14 de julio de 1918. [Consultado en «Gaceta de Madrid», núm. 208, 27 de julio de 1918, (páginas 268 a 270). Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1918-3999>]. Para más información, en el plano doctrinal, véase ABELLÁN CONTRERAS, F. J.: «Consideraciones histórico-jurídicas sobre el saneamiento de terrenos pantanosos, lagunas y marismas en España (ss. XIX-XX): exégesis de la «Ley Cambó»», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 58, 2022, pp. 7-34

49. Artículo 64 de la *Ley Municipal* de 2 de octubre de 1877, [Consultado en «Gaceta de Madrid», núm. 277, Tomo IV, jueves 4 de octubre de 1877].

50. Artículo 10 del Real Orden de 7 de enero de 1878 «*por el que se daba instrucciones a los Gobernadores civiles para luchar contra determinadas enfermedades infecciosas*».

A comienzos del milenio, con la aprobación de la *Instrucción General de Sanidad* de 12 de enero de 1904 -en desarrollo de la *Ley de Sanidad*- se inició un proceso centralizador, aunque los Ayuntamientos siguieron aún conservando la responsabilidad ambiental para la prevención y contención del paludismo. A pesar de tal proceso, el *Estatuto Municipal*, conservó la actividad desecadora en manos de la Administración local, pero sólo un año después -tras la aprobación del *Reglamento Municipal de Sanidad*- los municipios dejaron de asumir dicha competencia. A partir de entonces, el Estado español recibió la obligación de cuidar de la salud pública «con el conocimiento, vigilancia e intervención en el régimen sanitario de los municipios». A su vez, la norma reconocía a los Ayuntamientos, en su labor de policía sanitaria, la detección y supresión de «charcas y aguas estancadas (...) que pueda servir de pábulo a la reproducción de los mosquitos» transmisores del paludismo⁵¹.

III. Las zonas húmedas y su condición de terrenos baldíos, incultos e improductivos.

1. Aproximación al estudio de la regulación de los baldíos en España

En el Antiguo régimen la gran mayoría de «cosas públicas» como aguas, caminos, prados, salinas, albuferas, baldíos, entre otras propiedades, pertenecían a la Corona -en concepto de *regalía*-. Quien tenía la potestad y jurisdicción para velar, cuidar y proteger determinados bienes públicos, con la posibilidad de incorporarlos al Real Patrimonio con fines fiscales⁵². A través de autorizaciones, concesiones o licencias regias, un particular podía usar y aprovechar los bienes privativos del monarca a cambio del pago de un canon. Los ingresos derivados de la explotación y comercialización de determinados recursos naturales de bienes de realengo (la sal, pesca, caza, etc.) servían para nutrir las arcas reales. Empero, con la creación del Estado constitucional, se produce un aprovechamiento del bien o cosa pública desprovista del marco jurídico patrimonial, habida cuenta que las cosas son *res nullius*, es decir, de nadie, ya que son de todo el conjunto de la nación. Esto significaba que el Estado no tenía el dominio absoluto y pleno sobre el bien, pero en virtud del ejercicio del poder público se hallaba facultado para conceder o denegar autorizaciones y concesiones administrativas para la ejecución de grandes obras públicas hidráulicas, como se comentará más adelante⁵³. Otra medida estrella del ideario

51. *Reglamento de Sanidad Municipal*, [Consultado en «Gaceta de Madrid», núm. 48, 17 de febrero de 1925, (pp. 726-733). | Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1925-1506>].

52. ABELLÁN CONTRERAS, F.J.: *La desecación de los humedales en el sur del Reino de Valencia (SS. XVII-XX). Estudio histórico jurídico*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2019.

53. Vid. VILLARES PAZ, R.: «Reformas institucionales y expansión agraria en la España liberal», *Estudios de historia (Homenaje al profesor Jesús María Palomares)*. Elena MAZA ZORRILLA (Coord.), Universidad de Valladolid, Valladolid, 2006, pp. 351-368. RUIZ TORRES, P.: «Reforma agraria y revolución liberal en España», *Reformas y políticas agrarias en la historia de España (de la Ilustración al primer franquismo)*, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, Madrid, 1996, pp. 201-245. RUEDA HERNÁZ, G.: «La supresión de señoríos y el proceso desvinculador de los bienes nobiliarios», *Aportes. Revista de Historia Contemporánea*, núm.

revolucionario liberal fue la desamortización de baldíos y de bienes en *manos muertas*. A finales del siglo XVIII, en virtud del Real Decreto, de 19 de septiembre de 1798, se inició en España la Desamortización de Godoy con el propósito de:

«(...) procurar por todos los medios posibles el bien de mis amados vasallos en medio de las urgencias presentes de la Corona (...) disponiendo al respecto de un fondo cuantiosos que sirva al doble objeto subrogar en lugar de los Vales Reales otra deuda con menor interés e inconveniente (...) y siendo dispensable su autoridad soberana para dirigir a estos y otros fines del Estado los establecimientos públicos, he resuelto (...) se enajene -en pública subasta- todos los bienes raíces pertenecientes a hospitales, hospicios, casas de misericordia, de reclusión y de expósitos, cofradías, obras pías y patronatos de legos, poniéndose los productos de estas ventas y los capitales de censos que se redimiesen, en mi Real Caja de amortización bajo el interés del tres por cien (...)»⁵⁴.

En esta primera desamortización gestará la idea de romper con los bienes eclesiásticos para sanear las maltrechas y enjutas arcas del erario público. Por Decreto de 13 de septiembre de 1813, el Estado adquirió *ex lege*, los fundos rústicos y urbanos de los maestrzgos, órdenes militares, conventos y monasterios arruinados tras la Guerra de Independencia. Años después, el Real Decreto de 5 de marzo de 1836 y las Leyes de 29 de julio de 1837 y de 2 de septiembre de 1841 extendieron dichas medidas a los bienes eclesiásticos -de las comunidades monacales y del clero secular- estableciéndose la redención de todos los censos, imposiciones y cargas debidas a los mismos. Además, se declaró extinguido los diezmos y la Hacienda tuvo que asumir los gastos del culto de la Iglesia. Será con la Ley de 1 de mayo de 1855 cuando se culmine el proceso desamortizador, al ampliarse a todos los bienes pertenecientes al Estado, a los municipios, a las órdenes militares y al clero. Por tanto, a «bienes propios y comunes» de los pueblos, a fundos rústicos y urbanos, censos y foros, con la sola excepción de los terrenos de aprovechamiento comunal. Asimismo, confería ventajosas condiciones a los labradores para adquirir la propiedad sobre la tierra sujeta a cualquier tipo de censo⁵⁵. La Ley permitió la redención de los censos en España, procediéndose, una vez cumplido el plazo legal estipulado de seis meses, a la venta en pública subasta⁵⁶, siendo el comprador -en los censos enfiteúticos- a quien le correspondía el pago del *laudemio*, perdiéndose los atrasos que se adeudasen a los censatarios

30. 2015, pp. 41-58. CALATAYUD GINER, S: El Estado y la sociedad ante la regulación del agua: Ley de 1866», El estado desde la sociedad: espacios de poder en la España del siglo XIX, Salvador Calatayud Giner (Coord.). Servicios de Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 2016, pp. 299-327.

54. Exposición de Motivos del Real Decreto, de 19 de septiembre de 1798. Cfr. CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA, F.J., «Textos legales de las desamortizaciones eclesiásticas españolas y con ellas relacionados» *La desamortización el expolio del patrimonio artístico y cultural de la Iglesia en España*, Ediciones Escorialenses-Estudios Superiores del Escorial. Madrid, 2007, pp. 5-30.

55. Los contratos de censo enfiteútico, tan característicos en el Antiguo Régimen para el uso y aprovechamiento hídrico de interés privado, experimentaron en este periodo que nos ocupa importantes cambios, ya que se transformaron en concesiones administrativas, conservando, en la legislación decimonónica, su carácter de perpetuidad como en épocas pretéritas. Estos actos administrativos unilaterales por medio de los cuales el Estado otorga aprovechamientos espaciales del dominio público (aguas),

56. Artículos 7 y 8.

por cualquier causa (por tratarse de censos desconocidos, dudosos o que no se hubieran podido reclamar en los últimos cinco años)⁵⁷.

Con anterioridad a la codificación de aguas decimonónica (*Leyes de Aguas* de 1866/79), numerosas disposiciones decimonónicas introdujeron importantes medidas para estimular la roturación de baldíos y fomentar la agricultura, no sólo por motivos productivos sino también sanitarios. Los baldíos, a finales del siglo XVIII y primera mitad del siglo XIX, por su condición de tierras improductivas, constituyeron una seria amenaza para el desarrollo socioeconómico de la nación española, de ahí el interés de los poderes públicos por su enajenación y conversión en tierras de labor. Por este motivo, Merchor Gaspar de Jovellanos calificó a los baldíos como el primero de los «estorbos políticos» que se oponían abiertamente al desarrollo de la riqueza de España⁵⁸. A comienzos del siglo XIX, se produjeron importantes cambios en España que afectaron al dominio o propiedad de estos terrenos. Prueba de ello, el Decreto de 4 de enero de 1813 reducía los baldíos, realengos, bienes de propios y arbitrios a dominio particular, salvo los ejidos de los pueblos, considerándolos de interés de los mismos y de la agricultura. Desde entonces, se aprobaron un gran número de disposiciones que afectaban a la propiedad y venta de baldíos, entre otras: la Instrucción de 22 de julio de 1819, el Decreto de 29 de junio de 1822 o el Real Decreto de 23 de mayo de 1845 por la que se establecía un conjunto de exenciones fiscales para dichas tierras⁵⁹.

2. Principales incentivos para estimular la conversión de humedales, por su condición de baldíos, en tierras de labor

En el Decreto de 4 de enero 1813, se fomentó la enajenación de baldíos, como lo eran las zonas húmedas, para su transformación en tierras feraces para la agricultura según las circunstancias y necesidades. Para ello, los vecinos de los pueblos en cuyo término existían estos terrenos tenían preferencia para adquirirlos frente a otros particulares⁶⁰.

57. Artículos 10 y 11.

58. En su *Informe sobre la Ley Agraria* (publicado en 1793) preveía como urgente, necesaria y perentoria que el ordenamiento jurídico «removiera» y superara cualquier obstáculo político, físico y moral que pudiera obstaculizar el progreso o avance de la economía agraria en España. Los terrenos marginales e improductivos (baldíos), junto a la Mesta, la amortización eclesiástica y civil y las propiedades concejiles, en palabras de Jovellanos eran «estorbos políticos» y, por tanto, debían ser erradicados en pro del desarrollo y la riqueza nacional. La *Novísima Recopilación* (VII, XXIII, 1, 2 y 3) prohibía cualquier clase de enajenación de baldíos, pero gracias a la labor de Jovellanos, entre otras grandes personalidades de la época, se logró derogar aquellas leyes y, a través de la venta de baldíos en pública subasta, se logró colonizar extensas áreas y dotarlas de agua para uso agrario.

59. Exenciones entre otras medidas encaminadas a favorecer la venta y transformación de baldíos que tuvieron un enorme recorrido en la *Ley de Colonización Interior*, de 30 de agosto de 1907. Así es, esta normativa concedía auxilios y gratificaciones en metálico a todas aquellas personas que ocuparan y transformaran baldíos en fértiles cultivos, además de quedar éstos exentos del pago del impuesto de derechos reales las cesiones o enajenaciones de baldíos que realizase el Estado, Ayuntamientos y pueblos (arts. 1, 4 y 5). Para el estudio sobre la legislación específica sobre baldíos que se desarrolla en este apartado se ha consultado la transcripción de MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Diccionario de la Administración de España. Compilación de la Novísima Recopilación de España Peninsular y Ultramar*. Imprenta Administración Arco de Santa María, Madrid, 1892.

60. Artículo 3.

Se reservaba la mitad de los baldíos y realengos del Estado, salvo los ejidos, para que sirvieran de hipoteca al pago o amortización de la deuda pública «*con preferencia a los créditos que tengan contra la Nación los vecinos de los pueblos a quienes correspondan los terrenos*», teniendo preferencia los que procedían de suministros para el ejército nacional o de los préstamos para la Guerra de Independencia que hubieran realizado los vecinos desde el 1 de mayo de 1808⁶¹. El resto de baldíos —y de realengos— podían ser entregados mediante sorteo a favor del «*capitán, teniente o subteniente que por su avanzada edad o por haberse inutilizado durante el servicio militar se retire con la debida licencia (...) y lo mismo a cada sargento, cabo o soldado que por las propias causas obtengan licencia final*»⁶². El señalamiento del sorteo, a modo de premio patriótico, recayó en los Ayuntamientos y junto a los militares retirados también los civiles -inutilizados en la Guerra de Independencia o en América-, tenían derecho a participar en el mismo⁶³. En caso de que el número de participantes excediera al de baldíos, el sorteo se podía hacer extensible «*a las tierras labrantías de propios y arbitrios, imponiéndose sobre ellas un canon redimible equivalente al rendimiento de la misma en el quinquenio hasta fin de 1807*»⁶⁴. Si el agraciado dejaba a deber el pago del canon dos o más años consecutivos, los terrenos pasaban —por orden del Ayuntamiento— a «*otro vecino más laborioso que carezca de tierra propia*»⁶⁵. Los agraciados -y sus sucesores- tenían prohibido no sólo enajenar las tierras antes de cumplido los cuatro años desde su concesión, también transmitir las a manos muertas por cualquier título. Pero quedaban exentos, por espacio de ocho años, del pago de cualquier impuesto o contribución sobre aquellas tierras y sus frutos⁶⁶.

Por Real Cédula de 22 de julio de 1819 se decretó la consolidación de la deuda pública del Estado y para este fin se aplicó el producto líquido de los baldíos, estableciéndose al respecto una serie de reglas para su enajenación. Durante el Trienio Liberal, se aprobó el Decreto de 29 de junio de 1822, que reproducía las mismas medidas recogidas en el anterior Decreto de 1813, pero con la novedad de que los terrenos que no pudieran «entrar en surte» —por ser pantanosos o infructíferos—, podían ser adquiridos por vecinos y comuneros con la única obligación de hacerlos productivos⁶⁷. En el caso de las zonas húmedas o humedales, su desecación y conversión a tierras de labor confería a la persona que acometía tales obras, la adquisición de la propiedad de los terrenos; incentivo, que años después, se recogió en las *Ley de Aguas* de 3 de agosto de 1866 y en la de 1879⁶⁸.

Tanto el Real Decreto de 31 de diciembre de 1829 como las Reales Órdenes de 6 de marzo de 1834 y de 18 de mayo de 1837, contemplaban la enajenación de baldíos, bienes de realengo, propios y comunes como una solución para sanear las arcas del Estado y fomentar la riqueza agraria. Precisamente, para estimular la conversión de baldíos para fines agrícolas, la *Ley* de 23 de mayo de 1845 preveía la «*exención absoluta y permanente*

61. Artículos 5 y 6.

62. Artículo 9.

63. Artículos 12 y 13.

64. Artículo 15.

65. Artículo 16.

66. Artículos 18 y 19.

67. Artículo 13 del Decreto de 29 de junio de 1822.

68. ABELLÁN CONTRERAS, F. J., Exégesis sobre el tratamiento de las zonas húmedas en el ordenamiento jurídico español de aguas decimonónico», *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 28, 2021, pp. 15-42.

de la contribución territorial a favor de los nuevos titulares de baldíos de aprovechamiento común, mientras no se enajenaran a particulares»⁶⁹. Idéntica ventaja e inmunidad tributaria tenían aquellos particulares que desecaban zonas húmedas y los reducían a cultivo o pasto para el ganado⁷⁰, y los terrenos incultos que, por espacio de quince años, hubiesen estado sin aprovechamiento y se destinasen a cultivo⁷¹.

La Real Orden, de 12 de mayo de 1851, con el fin de despejar cualquier duda sobre qué debía entenderse por «terrenos baldíos de aprovechamiento comunal», a los efectos de aplicar las correspondientes exenciones y beneficios fiscales, señalaba que eran aquellos terrenos que «no correspondiendo al dominio privado ni de los particulares ni de los pueblos, pertenecen al dominio público para su común disfrute o aprovechamiento, y no están destinados a labor ni adhesados». La citada disposición normativa también incluía a los terrenos incultos que por su mala calidad y escaso rendimiento productivo «no se aplicaban ni pueden aplicarse a labor ni al arrendamiento de pastos»⁷². Por tanto, a mediados del siglo XIX, se consideraban baldíos a aquellos terrenos que -sin ser propiedad privada- permanecían yermos, incultos e infecundos. Por este motivo, la norma instaba a los Ayuntamientos a arrendarlos para pastos o bien convertirlos en fértiles campos de labor, «aplicando sus productos al pago de atenciones municipales, cuya sola razón bastaría para no considerarlos exentos de la contribución»⁷³.

La Ley de 6 de mayo de 1855 reconoció la propiedad particular respecto de los terrenos baldíos, de realengo, comunes, arbitrios y propios que años antes habían sido objeto de reparto por los Ayuntamientos para su conversión en tierras de labor. Los propietarios agraciados por el «premio patriótico» o por repartimientos gratuitos se convertían en dueños de los terrenos con pleno dominio sobre los mismos, pero sobre las tierras agregadas en el pasado tenían solo el dominio útil, reconociendo previamente el canon del 2 por 100 sobre el valor actual de la tierra agregada siempre que se hubiese destinado a uso agrario⁷⁴. Por otro lado, la Ley de 21 de noviembre de 1855, preveía numerosos mecanismos para fomentar la roturación de baldíos y la colonización agrícolas. El Estado garantizaba la protección del establecimiento de estas colonias -o de nuevas poblaciones rurales- no solo con la misión de reducir a cultivo los baldíos y realengos de la geografía española, también para introducir mejores técnicas y favorecer la expansión de la irrigación por el país⁷⁵. Además, la ley autorizaba al Gobierno para conciliar los efectos de la legislación desamortizadora vigente con los intereses de las colonias agrícolas⁷⁶. Cualquier persona física o jurídica, española o extranjera, que tuviera interés en fundar una colonia agrícola quedaba obligado a remitir su propuesta formal ante el Ministerio de Fomento solicitando el señalamiento de los terrenos baldíos y especificando la localización, extensión y nombre del término municipal donde se ubica, así como los recursos con los que cuenta para el establecimiento de la colonia, entre otros datos relevantes. Por cuenta y disposición del Gobierno se verificaba el señalamiento

69. Artículo 3 de la Ley de 23 de mayo de 1845.

70. Artículo 4.

71. Artículo 2 de la Real Orden, de 12 de mayo de 1851.

72. Artículo 3.

73. Artículo 3.

74. Artículo 3 de la Ley de 6 de mayo de 1855. [Gaceta de Madrid, núm. 852, mayo 1866. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1855-2175>].

75. Artículo 1 de la Ley de 21 de noviembre de 1855.

76. Artículo 3.

de los terrenos a colonizar y el amojonamiento de los mismos sin perjudicar los derechos del dueño de los terrenos limítrofes⁷⁷. La concesión de los baldíos realizada a empresas o a favor de los colonos tenía carácter provisional; transcurrido cuatro años desde la concesión, y una vez verificado que se habían cumplido las condiciones del contrato estipuladas con el Gobierno, adquirirán de manera definitiva la propiedad de los terrenos. En caso contrario, se declaraba caducado y sin efectos la concesión, quedando las obras y construcciones a favor del Estado⁷⁸. Los colonos establecidos en los baldíos, por espacio de diez años contados desde la fecha de la concesión provisional, no estaban obligados al pago de ninguna clase de contribución directa, amén de quedar exentos del «servicio de bagajes y alojamientos del de veredero y cualquier otra carga», con la única obligación de satisfacer la prestación personal con destino a los caminos vecinales que las colonias precisaban para comunicarse con los núcleos poblacionales inmediatos⁷⁹. De estas exenciones también se beneficiaban los colonos establecidos en terrenos de propiedad privada y, con el fin de favorecer aún más la empresa colonizadora, se eximía del servicio militar -para el remplazo del ejército- a los colonos extranjeros y a sus hijos nacidos fuera del territorio español. Por su parte, el Gobierno tenía el deber de auxiliar los trabajos necesarios para el establecimiento de los colonos con todos los recursos naturales y materiales a su alcance como, por ejemplo, maderas para la construcción de viviendas e infraestructuras para el cultivo⁸⁰. En último término, para el fomento de la población rural, la Ley de 11 de julio de 1866 y su Reglamento definían y enumeraban un conjunto de beneficios, derechos y exenciones para favorecer la roturación y cultivo de baldíos a través de la creación de «caserías». A los efectos de disfrutar de los beneficios y exenciones legales, tenían dicha condición jurídica:

«Aquellos establecimientos de uno o más edificios destinados a la explotación agrícola y a la habitación de un dueño o cultivador de un terreno fuera del poblado, aplicado al cultivo de cereales, viñas, arbolado, prados, cría de ganado y cualquier otro ramo de agricultura, en una u otra combinación, estando situado el edificio o edificios en cualquier punto del terreno que constituye la finca»⁸¹.

Para estimular la creación de «caserías» —en zonas húmedas desecadas o saneadas—, el Gobierno concedía, entre otros derechos, el de vecindad para el aprovechamiento de los recursos hídricos y naturales de la zona, en idénticas condiciones a la de los vecinos de los pueblos en cuyo término radiquen⁸². Los pueblos y propietarios de 50 o más casas que gozaban de los beneficios de la presente disposición legal, tenían derecho a solicitar la elaboración de cualquier plano o informe técnico requerido por la Administración para la ejecución de «presas, acequias y demás obras conducentes al establecimiento de riegos», cuyo coste era asumido íntegramente por el Estado, a excepción de las dietas que recaían en los interesados⁸³. Los particulares que hubieran solicitado la creación de una colonia agrícola dentro de sus propiedades, con arreglo a la Ley de 21 de noviembre de 1855, podían también beneficiarse de las exenciones y derechos que se recogían en la misma. Ahora bien, quedaban subsistentes los privilegios y exenciones otorgados a particulares por las Leyes

77. Artículos 7 a 10.

78. Artículo 12.

79. Artículo 15.

80. Artículos 18 a 20.

81. Artículo 1. Ley de 11 de julio de 1866

82. Artículo 9.

83. Artículo 7

de 23 de mayo de 1845 y de 24 de junio de 1849 sobre otros cualesquiera concedidos a favor de obras de riegos, desecaciones de terrenos pantanosos, y plantaciones nuevas⁸⁴. En último lugar, se ha de señalar que la Ley de 3 de junio de 1868, también introdujo un variado abanico de privilegios, exenciones, inmunidades y demás ventajas para el fomento de la agricultura mediante la conversión de humedales en tierras de labor. Los propietarios de estos terrenos incultos sólo pagarían la contribución de los bienes inmuebles cuando se hubieran roturado y puesto en cultivo (por espacio de tiempo de diez años)⁸⁵. Los eriales y baldíos cubiertos de árboles frutales quedaban exentos de toda contribución por veinticinco años, cuarenta —en el caso de planicie de secano— y por cincuenta —en las cimas y llanuras de los montes⁸⁶. Los propietarios y arrendatarios de los terrenos, mientras disfrutaran de los beneficios que les confería la presente ley, gozaban del derecho a introducir en España toda clase de aperos de labranza, instrumentos y maquinaria para uso agrícola, sin abonar más derechos de arancel que el 1 por 100 de su valor⁸⁷. A los extranjeros también se les permitían introducir libremente en el país cualquier instrumento de su oficio e incluso dos cabezas de ganado mayor o cuatro de ganado menor por persona, sin necesidad de pagar derechos de arancel⁸⁸. Los dueños de fincas o terrenos cultivables que adquirían nuevas tierras colindales —por compra o permuta— quedaban exentos del pago del derecho de transmisión del dominio del bien inmueble por espacio de quince años⁸⁹.

En suma, antes y después del proceso desamortizador, las exenciones y beneficios de carácter fiscal fueron una de las principales medidas para impulsar la conversión de humedales, entre otros baldíos, en campos de cultivos. Lo que explica el deseo e interés del Estado en poner fin a este «estrobo político», animando a fundar colonias agrícolas e impulsando la ejecución de grandes obras hidráulicas a cargo de compañías privadas, a las que se les ofrecía importantes ventajas para asegurar el rédito a los capitales invertidos⁹⁰.

3. Mecanismos y estrategias para favorecer la ejecución de proyectos de obras de desecación

Los humedales son uno de enclaves naturales con mayor biodiversidad, de ahí que no resulte extraño la tutela y la férrea protección que tanto los gobiernos como las administraciones e instituciones —nacionales e internacionales— confieren a estos singulares ecosistemas⁹¹. En la España decimonónica, siguiendo con la vetusta tradición de épocas

84. Artículo 9.

85. Artículo 8 de la Ley de 3 de junio de 1868.

86. Artículo 11

87. Artículo 15.

88. Artículo 14.

89. Artículo 21.

90. Vid. DELGADO PIQUERAS, F., *Derecho de aguas y medio ambiente. El paradigma de la protección de los humedales*, Técnos, Madrid, 1992, pp. 83-84. GALLEGO ANABITARTE, A., *El Derecho de Aguas en España*, MOPU, Madrid, 1986, pp. 248-270.

91. Para más información sobre esta cuestión véase los siguientes estudios: BRUFAO CURIEL, P. «Normativa internacional y europea aplicable a la conservación de los humedales», *Conflictos entre el desarrollo de las aguas subterráneas y la conservación de los humedales: aspectos legales, institucionales y económicos*, Fundación Marcelo Botín, Madrid, 2003 pp. 3-20. ABELLÁN

pretéritas, recibieron un tratamiento específico que en nada se parece al actual. Vemos como antaño, el interés sanitario y el agrario conformaban un binomio inseparable, circunstancia que explica la motivación del legislador por acometer obras de acondicionamiento con el propósito de acabar con estos terrenos⁹². Si atendemos al Decreto de 29 de junio de 1822, «*para el repartimiento de terrenos baldíos, realengos, de propios y arbitrios del Reino*» aquellos particulares (militares y civiles) que sufrieron algún tipo de mutilación o dicacidad física a causa de la Guerra de Independencia y se comprometían a poner en marcha alguna obra de desecación y saneamiento, recibían a cambio la titularidad plena de los terrenos adjudicados mediante sorteo⁹³. Este incentivo, a lo largo de la centuria, favoreció la roturación masiva de baldíos y eriales, tal y como había defendido y propuesto, a finales del siglo XVIII, Jovellanos en su célebre *Informe sobre la Ley Agraria*⁹⁴. La concesión de la titularidad de los terrenos se plasmaría años después en las *Leyes de Aguas* de 3 de agosto de 1866 y de 13 de junio de 1879 como una de las principales medidas para fomentar e incentivar las desecaciones por todo el país con la sola obligación del concesionario de abonar a los antiguos dueños la «*suma correspondiente al rendimiento anual capitalizado*» de los terrenos saneados⁹⁵.

Respecto al deber de la Administración de vigilar y cuidar la salud pública, en una *Instrucción de Fomento* —aprobada por el Real Decreto de 30 de noviembre de 1833— se dispuso que solo la Administración tenía plenas competencias para solucionar cualquier problema sanitario por «*tercianas endémicas*», fijándose como medida preventiva el «*dar salida a las aguas estancadas*»⁹⁶. En este caso en particular, se mencionaba de manera expresa algunas acciones para evitar las aguas estancadas y con ello la proliferación de las *fiebres tercianas* (o paludismo): desaguar las aguas estancadas y conducirlas hasta un río o bien avenarlas directamente al mar a través de canales de drenaje. En esta misma línea, una Real Orden de 28 de junio de 1859 disponía que la Administración también debía cooperar en los estudios y en la ejecución de obras de utilidad pública, provinciales o municipales, que tuvieran por misión la desecación o saneamiento de un terreno pantanoso⁹⁷. En este sentido, el Real Decreto de 29 de abril de 1860⁹⁸, precedente inmediato

CONTRERAS, F.J., «Fundamentos jurídicos sobre la protección de los humedales en España: sostenibilidad hídrica y ambiental en el marco del Sistema de Zonas Húmedas del Sur de Alicante», *Sostenibilidad: económica, social y ambiental*, núm. 4. 2022, pp. 1-24. BRUFAO CURIEL, P., «El régimen jurídico de la protección de los ríos y humedales bajo la directiva de hábitats y la directiva marco del agua», en *Retos y experiencias de restauración fluvial en el ámbito de la Red Natura 2000*, Gobierno Vasco-Servicio Central de Publicaciones, 2018, pp. 120-136.

92. ABELLÁN CONTRERAS, F. J., «Consideraciones histórico-jurídicas sobre el saneamiento de terrenos pantanosos, lagunas y marismas en España (ss. XIX-XX): exégesis de la Ley Cambó», *Revista Jurídica de Castilla y León*, N.º 58: pp. 7-34.
93. Artículo 13 del Decreto de 29 de junio de 1822, «*para el repartimiento de terrenos baldíos, realengos, de propios y arbitrios del Reino*».
94. CAMACHO Y PEREA, A. M.^a. *Estudio crítico de las doctrinas de Jovellanos en lo referente a las ciencias morales y políticas*, Imprenta de Jaime Ratés, 1913, Madrid, pp. 42-ss.
95. *Vid.*, artículo 105 de la *Ley de Aguas* de 1866 y artículo 64 de la de 1879.
96. Artículo 29 del Real Decreto de 30 de noviembre de 1833.
97. Artículo 12 de la Real Orden de 28 de junio de 1859.
98. Con esta norma, precedente inmediato de la *Ley de Aguas* de 3 de agosto de 1866, los humedales se integraron dentro del Derecho de aguas. Tan solo se refería al aprovechamiento de aguas públicas y, por ello, contemplaba únicamente los humedales formados en terrenos del

de la Ley de Aguas de 3 de agosto de 1866, para incentivar la ejecución de obras de desecación por todo el país, otorgaba al concesionario el título de propiedad de los terrenos del Estado o del común que resultase saneado⁹⁹. De esta manera se consolidaba el sistema de cesión gratuita de los terrenos a favor del concesionario que se comprometía a desecar y poner en cultivo los terrenos saneados. Dicho sistema, a partir de la *Real Orden del Ministerio de Fomento* de 18 de diciembre de 1865, quedó perfectamente reglamentado, al establecerse las nuevas reglas para la instrucción de los expedientes administrativos relativos a todas las cuestiones que versaban, directa o indirectamente, sobre la rama del agua pública. Por tanto, reglamentaba el procedimiento de tramitación de los proyectos de aprovechamiento de las aguas y de desecación de humedales presentados por particulares, cuyo conocimiento era atribuido a los Gobernadores civiles y a los Ingenieros Jefes de las provincias¹⁰⁰.

Junto a la concesión de la titularidad de los terrenos saneados, las exenciones tributarias también fomentaron la construcción de infraestructuras de desecación y saneamiento por todo el país. La *Ley General de Obras Públicas* de 18 de abril de 1877, contemplaba, por ejemplo, medidas de carácter fiscal a favor de particulares y empresas, como la exención del pago del impuesto de Derecho reales y la transmisión de bienes devengados por las transacciones de dominio¹⁰¹. Por otro lado, la *Ley de Colonización* de 30 de agosto de 1907, concedía premios en metálico a las familias o particulares que colonizaban antiguos humedales, quedando exentos del pago del impuesto de Derecho reales sobre los bienes inmuebles cedidos o enajenados por el Estado y los Ayuntamientos de los pueblos¹⁰². Años después, la *Ley de desecación de lagunas, marismas y terrenos pantanosos* de 24 de julio de 1918, (más conocida como «*Ley Cambó*»)¹⁰³, además de reproducir las mismas medidas para el fomento de la desecación previstas en la legislación de aguas decimonónica, reglamentaba el procedimiento administrativo para declarar insalubre un humedal y presentar los proyectos de desecación¹⁰⁴.

Uno de los principales incentivos que preveía la ley era la obtención de la titularidad de los terrenos saneados pudiendo los concesionarios inscribir aquéllos a su nombre en el Registro de la Propiedad. Pero en caso de que el humedal fuese de dominio estatal, los terrenos saneados revertirían nuevamente al Estado, transcurrido noventa y nueve años desde la finalización de las obras, salvo que el beneficiario devolviese el auxilio o subvención recibida más un 3 por 100 de interés¹⁰⁵. Las ventajas y múltiples facilidades que

Estado, comunales o si dueño conocido (artículo 26).

99. Artículo 26 del Real Decreto de 29 de abril de 1860.

100. Artículo 16 de la *Real Orden del Ministerio de Fomento* de 18 de diciembre de 1865.

101. Artículo 115 de la *Ley General de Obras Públicas* de 18 de abril de 1877.

102. Artículos 1, 4 y 5 de la *Ley de Colonización* de 30 de agosto de 1907. [Consultado en «Gaceta de Madrid», núm. 251, 8 de septiembre, pág. 1009-1010. Referencia BOE A- 1907-6490. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1907-6490>]

103. Para más información sobre esta normativa véase los comentarios de ABELLÁN CONTRERAS, F.J., «Exégesis...», *op. cit.*, pp. 15-42.

104. La ley vino a completar la regulación de una antigua Real Orden de 21 de marzo de 1895, que sentó las bases sobre los mecanismos para la tramitación de los expedientes administrativos para la declaración de un humedal como área insalubre.

105. Artículo 1.B de la *Ley de desecación de lagunas, marismas y terrenos pantanosos*, de 24 de julio de 1918.

ofrecía la legislación hicieron que se incrementaran los trabajos y obras de desecación; aunque su objetivo inicial de transformación agraria se vio modificado por otras actividades económicas más rentables (la urbanística e industrial, por ejemplo)¹⁰⁶.

Llegado a este punto se ha de tener en consideración que un gran número de obras de desecación y/o saneamiento proyectados en buena parte de la Península y, en particular, en el Levante¹⁰⁷ se desarrollaron al amparo de la legislación decimonónica ya citada. No obstante, con anterioridad se ejecutaron algunos importantes proyectos que han sido merecedores de un profuso estudio por parte de la historiografía. Algunos ejemplos son harto elocuentes; las bonificaciones de terrenos pantanosos en la Vega Baja del Segura -a expensas del realengo oriolano- y en el Baix Vinalopó¹⁰⁸, las colmataciones practicadas en la Albufera de Valencia¹⁰⁹ o la gran obra de desecación de la laguna de Villena como último recurso para la prevención sanitaria. Respecto a esta última, cabe destacar que a finales del siglo XVIII, con el fin de erradicar una grave epidemia de «tercianias» que ocasionó importantes pérdidas humanas¹¹⁰, las autoridades locales autorizaron de inmediato la desecación de la laguna infecta, pero no fue hasta el año 1803 cuando se iniciaron

106. La vida de este cuerpo legal fue bastante longeva, a pesar de las continuas modificaciones que sufrió a lo largo del siglo XX, ya que no fue derogada hasta el año 1985, con la aprobación de la nueva *Ley de Aguas* de 2 de agosto del mismo año (que sería reformada tiempo después por el Real Decreto legislativo 1/2001 de 20 de julio). Vid., DELGADO PIQUERAS, F., *Derecho de aguas...*, op. cit., pp. 258-264.

107. Esta zona de la Península y en particular el sur del antiguo Reino de Valencia, desde tiempos inmemoriales, estuvo dominada por extensas superficies de humedal que se extendían, sin solución de continuidad, por el antiguo «*Sinus Illicitanus*»; nombre con el que se conocía en época romana al golfo abierto al Mediterráneo que por acción de los ríos (Segura y Vinalopó) se colmató y cerró, paulatinamente, al mar y con el paso del tiempo se acabó transformando en un extenso aguazal donde se desarrolló una importante albufera (la de Elche) y una serie de áreas salineras y de marjal. Para más información véase el trabajo de ABELLÁN CONTRERAS, F.J., «Gestión hídrica, protección ambiental y aprovechamiento agrario en el entorno del antiguo «*Sinus Illicitanus*». El Hondo y los Carrizales de Elche», *Congreso Nacional del Agua: Innovación y Sostenibilidad*, Servicios de publicaciones de la Universidad de Alicante, 2018, pp.731-744.

108. Vid., RUIZ TORRES, P., «Propiedad de la tierra y estructuras de clases en el campo valenciano durante el siglo XVIII y XIX. Los Carrizales d'Elx», *Estudis d' Història Contemporànea del País Valencià*, núm. 1, 1879, pp. 75-134. SERRANO JAEN, J., «Las tierras saladares de Elche. Apropiación municipal de una extensión comunal», *Revista de Historia Moderna*, núm. 7, 1978, pp. 261-280.

109. Vid., CARUANA TOMÁS, C. *Estudio histórico jurídico de la Albufera de Valencia*, Sucesor de Vives Mora, Valencia, 1954, pp. 120-157. ABELLÁN CONTRERAS, F.J., «Estudio histórico jurídico de un realengo valenciano. La Albufera (1245-1708)», *Wasser-Wege-Wissen auf der iberischen Halbinsel*, Nomos, Berlín, 2018, pp. 281-210. GARCÍA MONERRIS, C., *Rey y señor, Estudio de un realengo del país valenciano (La Albufera 1761-1836)*, Servicio de Publicaciones del Ayuntamiento de Valencia. Delegación Municipal de Cultura, Valencia, 1985, pp. 91-125. ABELLÁN CONTRERAS, F.J., «Régimen Jurídico de las zonas húmedas del Reino de Valencia (XV-XVIII). Aproximación a la política colonizadora y a la gestión de aprovechamientos», *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm., 91,

110. AMV (Archivo Municipal de Villena). *Actas Capitulares*, 2 de octubre de 1784, fol. 2. «(...) el agua estancada de la laguna infecta y trae consigo la muerte de jóvenes y ancianos de Villena (...) vemos necesario se ejecute con urgencia un plan para desaguarla y crear cultivos (...)».

los primeros trabajos de desagüe ante el rechazo de algunos pueblos próximos de la comarca¹¹¹.

Tras numerosos litigios, durante la segunda mitad de la centuria, finalmente se llegó a un acuerdo para poner en marcha el proyecto; se convino la ejecución de unas obras de alumbramiento de las aguas en las partidas *de Campo*, *el Carrizalejo* y *Lagunilla* del término de Villena, y el reparto de las aguas sobrantes entre los pueblos que se opusieron a las obras¹¹². Y aunque en un principio hubo acuerdo, finalmente se frustró el proyecto por dificultades técnicas y falta de recursos económicos¹¹³. Por Real Decreto de 23 de abril de 1803, se reanudaron las obras y tres años después culminaron con éxito bajo la dirección y supervisión del arquitecto real don Juan de Villalonga¹¹⁴. Finalmente, los terrenos pasaron a manos privadas para más tarde, al amparo de la Constitución de 1837, retornar al Estado español¹¹⁵.

111. En efecto, las villas de Elda, Novelda, Sax y Elche no vieron con buenos ojos las obras por dos motivos: por un lado, si la laguna se desecaba los terrenos saneados necesitarían un suministro regular de agua de riego que provendría, con toda seguridad, del manantial de la *Fuente del Chopo* que nutría a varias poblaciones vecinas. De manera que estos núcleos próximos a Villena contarían con menos caudales de agua para satisfacer sus necesidades agrarias. Por otro lado, el agua de la laguna contenía niveles muy elevados de sodio, de manera que en caso de efectuarse el desagüe -a través del río Vinalopó-, la totalidad de las huertas de la comarca quedarían destruidas por acción de la sal. AMV (Archivo Municipal de Villena). *Actas Capitulares*, 2 de octubre de 1784. fol. 7-8.

112. HERNÁNDEZ MARCO, J. L., *Propiedad de la tierra y cambio social en un municipio fronterizo: Villena (1750-1888)*, Alicante, Caja de Ahorros Provincial de Alicante, 1983, pp. 74-79. GARCÍA MARTÍNEZ, S. «Evolución agraria de Villena hasta finales del siglo XIX», *Saitabi*, núm. 13, 1977, pp. 180-185.

113. AHN (Archivo Histórico Nacional), *Consejos*, Legajo. 11.522, núm., 148, fol.122.

114. AHN (Archivo Histórico Nacional) *Consejos*, Legajo. 11.522, núm., 148, fols.148-179.

A la luz de la documentación se desprende que las obras se iniciaron esta vez bajo la dirección del arquitecto de Carlos IV, Juan de Villalonga, quien ordenó la construcción de un canal para evacuar las aguas estancadas, y una vez desecada la laguna (aprox. 1.400 Has) se procedió al establecimiento de lotes de tierras -no inferiores a 100 tahúllas cada una- sujetas a censo enfiteútico, cuya principal nota característica era que el dominio sobre la tierra quedaba compartida entre la Real Hacienda -como titular del dominio directo- y los enfiteutas que detentaban el dominio útil. La cesión de la tierra quedó sujeta a una serie de condiciones de obligado cumplimiento, entre otras: la obligación de los colonos-labradores de cultivar la tierra en tiempo y forma, así como abonar todos los años un canon de «dos diezmos», una quinta parte de la cosecha. A comienzos de la colonización unos 86 colonos habían tomado en cultivo casi 3000 tahúllas que se sembraron de cebada, trigo, vid y olivo.

115. AHN (Archivo Histórico Nacional), *Consejos*, Legajo. 11.522, núm., 148, fols. 209-240.

En base a esta documentación histórica sabemos que tras la donación de los terrenos a favor del Marqués de la Lealtad, por Real Cédula de 22 de junio de 1826, se modificó la condición jurídica de los colonos, y a partir de entonces, el nuevo señor territorial dispuso variar el pago del censo o canon en especie o en metálico a la vez que anulaba un gran número de contratos de enfiteusis. Ya en 1837, al amparo de la nueva Constitución española, los terrenos saneados de la laguna pasaron a poder estatal y se sustituyó el censo en metálico por el contrato de enfiteusis, con canon de los dos diezmos tal y como se vino haciendo antes de la donación. Años después, la *Junta Superior de Venta de Bienes Nacionales*, decidió en el año 1845 enajenar el dominio directo, capitalizándose su renta de 73.000 reales a razón del tiempo estipulado para el contrato de enfiteusis. Y tras sucesivas ventas o enajenaciones a favor de distinguidas perso-

Al amparo de la *Ley de Aguas* de 1866 también se practicaron proyectos de gran calado, como, por ejemplo, el saneamiento de la marisma del río Aboño (Oviedo), por una Real Orden de 6 de marzo de 1868, o el de la laguna de Antela (Asturias) por el Real Decreto de 15 de abril del mismo año. La nueva *Ley de Aguas* de 13 de junio de 1879, también auspició la ejecución de algunos interesantes y ambiciosos proyectos para proteger la salud pública, como por ejemplo, la desecación de la *Laguna de Salinas* (Alicante), a comienzos del siglo XX¹¹⁶. Con esta nueva normativa junto a la «*Ley Cambó*» de 1918 se promovieron un alto número de obras de desecación de humedales y aguazales con el propósito de acrecentar la superficie agraria y expandir la irrigación por sus múltiples beneficios para la economía española. A partir de entonces, la utilidad de la tierra, su rendimiento y aprovechamiento (agropecuaria, industrial, urbanístico...etc.) pasó a ser la principal causa de la desecación de los humedales en España¹¹⁷.

IV. Conclusiones

Los humedales, a lo largo del siglo XIX, constituían espacios insalubres, incultos, improductivos. Precisamente, en el tránsito del Antiguo Régimen al Estado constitucional se desarrolló una variada amalgama de disposiciones legales (de diverso rango) que, en todo momento, trataron de favorecer la erradicación de estos enclaves naturales mediante la ejecución de obras de desecación, concediendo importantes incentivos y beneficios de todo tipo a quienes se comprometían a acometerlas en tiempo y forma. En efecto, junto a la concesión de auxilios, subsidios y premios en metálico se concedió también la titularidad de los terrenos saneados con la condición de ser transformados en tierras de labor y, de este modo, acrecentar la superficie de cultivo.

Por otro lado, la «policía sanitaria» se configuró, a lo largo del siglo XIX, como una importante actividad administrativa a cargo de los Ayuntamientos, con el objetivo de ordenar de manera inmediata la preservación de la salud del conjunto de la sociedad, que a menudo se veía alterada por brotes epidémicos como el paludismo o el tifus. La Administración Local -en los primeros años del liberalismo- recibió el encargo de la desecación de los humedales en su papel de «*policía de salubridad y comodidad*», con el firme propósito de luchar contra enfermedades infecciosas (como paludismo o el tifus). En esta misma dirección, la *Instrucción* de 3 de febrero de 1823 contemplaba tanto a la desecación y/o saneamiento como «el dar curso a las aguas estancadas e insalubres» como unas

nalidades de Villena, en 1912 los colonos enfiteutas obtuvieron el pleno dominio de las tierras. Desde entonces y hasta la fecha, los terrenos desecados (aproximadamente 500 Has.) son objeto de un aprovechamiento agrario de cultivos de regadío (hortalizas y frutas) que se nutren de las aguas de la Fuente del Chopo, propiedad de la *Comunidad de Regantes de la Laguna*.

116. A comienzos del siglo XX, tras un nuevo episodio de paludismo localizado en la laguna de Salinas, las autoridades alicantinas aprobaron un proyecto de desecación al amparo de la *Ley de Aguas* de 13 de junio de 1879 como medida de prevención sanitaria. Éste obtuvo buena acogida y por Real Orden de 21 de marzo de 1904 se materializó poniendo fin a la epidemia de paludismo. Los terrenos se sanearon e intentaron reconvertir sin mucho éxito en tierras de labor debido a la salinidad del suelo. [AGMOPU. *Laguna de Salinas*. Legajo núm. 4. «Memoria del Proyecto de des-agüe de la laguna de Salinas por Jean Marie Jouassin y Dubois». fol. 10-16].

117. ABELLÁN CONTRERAS, F. J., «Consideraciones histórico...». *Op. cit.* pp. 7-34.

acciones esenciales de la policía sanitaria a cargo de los Ayuntamientos para prevenir y acabar con los focos infecciosos con origen en los humedales y aguazales. A decir verdad, la desecación se convirtió muy pronto en la medida estrella para favorecer la erradicación masiva de estos espacios. En este sentido señalar, que fueron muchos los proyectos que se desarrollaron por todo el territorio peninsular al amparo del Derecho hidráulico.

Las *Leyes de Aguas* de 3 de agosto de 1866 y de 13 de junio de 1879 animaron de manera muy activa el desarrollo de un ingente número de infraestructuras de saneamiento concediendo importantes, incentivos, ayudas, auxilios y beneficios a los particulares que acometiesen las obras. La sanidad y el desarrollo de la economía agraria eran dos objetivos en estrecha armonía y convergencia con la política desecadora; basta observar las exposiciones de motivos de ambas leyes para comprender que el interés general demandaba la desecación como medida eficaz para poner fin a la problemática higiénico-sanitaria y la falta de tierras feraces para cultivar. De ahí que la simbiosis de ambos binomios -salubridad y utilidad agraria- fuera un factor capital y decisivo para justificar el saneamiento y acondicionamiento agraria de un gran número de humedales repartidos por todo el país.

Las enfermedades infecciosas, y de fácil transmisión a la población, situaba a los Ayuntamientos ante un «estado de necesidad» por la alarma social que generaba detección de un brote epidémico grave. Por ello, la inclusión de la policía sanitaria en el «*pouvoir municipal*» respondía a dos razones yuxtapuestas: la necesidad de rapidez e inmediatez en la lucha contra todas las enfermedades infecciosas, en particular de aquellas que se originaban en los humedales y, por otro lado, la solución de la problemática sanitaria en el propio terreno donde se originaba el foco infeccioso. Por todo ello, a lo largo del siglo XIX, un gran número de textos legales atribuyeron a la Administración y, en particular, a los Ayuntamientos un protagonismo absoluto en la labor transformadora de estos ecosistemas tan singulares, al constituir la instancia más eficaz en la prevención sanitaria y salubridad de los núcleos de población.

V. Bibliografía

ABELLA Y BLAVE, F., *Tratado de sanidad y beneficencia: arreglado a todas las disposiciones vigentes que se han dictado sobre los diversos puntos, servicios y detalles que comprenden estos ramos hasta julio de 1885*, Imprenta E. de la Riva, Madrid, 1885.

ABELLÁN CONTRERAS, F.J., «Policía sanitaria y problemática de los arrozales y humedales del litoral valenciano: estudio histórico-jurídico», *Revista Jurídica Valenciana*, núm. 41, 2023, pp. 5-32

«Consideraciones histórico-jurídicas sobre el saneamiento de terrenos pantanosos, lagunas y marismas en España (ss. XIX-XX): exégesis de la Ley Cambó», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 58, 2022, pp. 7-34.

«Régimen Jurídico de las zonas húmedas del Reino de Valencia (XV-XVIII). Aproximación a la política colonizadora y a la gestión de aprovechamientos», *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm., 91, 2021, pp. 129-168.

«Exégesis sobre el tratamiento de las zonas húmedas en el ordenamiento jurídico español de aguas decimonónico», *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 28, 2021, pp. 15-42.

La desecación de los humedales en el sur del Reino de Valencia (SS. XVII-XX). Estudio histórico jurídico, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2019.

«Estudio histórico jurídico de un realengo valenciano. La Albufera (1245-1708)», *Wasser-Wege-Wissen auf der iberischen Halbinsel*, Nomos, Berlín, 2018, pp. 281-210.

ALBEROLA ROMÁ, A., «La bonificación de enclaves insalubres en el País Valenciano durante la Edad Moderna: El ejemplo de la laguna de la Albufereta (Alicante)», *Investigaciones Geográficas*, núm. 7, 1989, pp. 69-82.

«Una enfermedad de carácter endémico en el Alicante del XVIII: las fiebres tercias», *Revista de Historia Moderna*, núm. 5, 1985, pp. 127-140.

ALBEROLA ROMÁ, A. y **BERNABÉ GIL, D.**, «Tercianas y calenturas en tierras meridionales valencianas: una aproximación a la realidad médica y social del siglo XVIII», *Revista de Historia Moderna*, núm. 17, 1988-1999, pp. 95-112.

ÁLVAREZ SIERRA, J., *Carlos III y la higiene pública*, (Folleto para médicos), Instituto de Estudios Madrileños, Madrid, 1956.

ARDIT LUCAS, M., «La prohibición del cultivo del arroz en la ribera del Turia (s. XVI-XVIII)», *Estudios de Historia Moderna. Homenaje a la profesora Emilia Salvador Esteban, (economía, sociedad y cultura)*, Vol. II. Coord. Ricardo Franch Benavent, 2008, págs. 537-550.

ARGÜELLES MARTÍN, A., «Tratamiento de los humedales en la planificación hidrológica de carácter estatal vigente en España» en *Conflictos entre el desarrollo de las aguas subterráneas y la conservación de los humedales: aspectos legales, institucionales y económicos*. Fundación Marcelino Botín, Madrid, 2003, pp. 24-25.

BELTRÁN Y FÓS, E., *problemática del arroz en el País valenciano*, Conselleria de Trabajo del País Valenciano, Valencia, 1980.

BERNABÉ GIL, D., «Insalubridad y bonificaciones en el Bajo Segura antes de las Pías Fundaciones de Belluga», *Revista de Historia Moderna*, núm. 17, 1998-99, pp. 45-72.

BRUFAO CURIEL, P., «El régimen jurídico de la protección de los ríos y humedales bajo la directiva de hábitats y la directiva marco del agua», en *Retos y experiencias de restauración fluvial en el ámbito de la Red Natura 2000*, Gobierno Vasco-Servicio Central de Publicaciones, 2018, pp. 120-136.

Normativa internacional y europea aplicable a la conservación de los humedales», *Conflictos entre el desarrollo de las aguas subterráneas y la conservación de los humedales: aspectos legales, institucionales y económicos*, Fundación Marcelo Botín, Madrid, 2003, pp. 3-20.

BUENO MARÍ, R., «Crónicas de arroz, mosquitos y paludismo en España: el caso de la provincia de Valencia», *Hispania. Revista Española de Historia*, núm. 236, 2010, pp. 687-708.

CALVO CHARRO, M., *El régimen jurídico de los humedales*, Instituto Pascual Madoz, Universidad Carlos III, Madrid, 1995.

CAMPOS DÍEZ, M.^a S., «De la policía sanitaria en el Antiguo Régimen al orden constitucional», *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 81, 2011, pp.1009-1028.

El Real Tribunal del Protomedicato castellano (siglos XIV-XIX), Universidad de Castilla la Mancha, 1999.

CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA, F.J., «Textos legales de las desamortizaciones eclesiásticas españolas y con ellas relacionados» *La desamortización el expolio del patrimonio artístico y cultural de la Iglesia en España*, Ediciones Escorialenses-Estudios Superiores del Escorial. Madrid, 2007, pp. 5-30.

CARDELUS, G. y RUZA, F., *Las zonas húmedas*, Debate-Círculo, Barcelona, 1988.

CARUANA TOMÁS, C., *Estudio histórico jurídico de la Albufera de Valencia*, Sucesor de Vives Mora, Valencia, 1954.

DELGADO PIQUERAS, F., *Derecho de aguas y medio ambiente. El paradigma de la protección de los humedales*, Tecnos, Madrid, 1992.

GALLEGO ANABITARTE, A., *El Derecho de aguas en España*, Ministerio de Obras públicas, Madrid, 1986.

GALLET MARCOS, M., «Licencias reales para ejercer la medicina y la cirugía a judíos aragoneses», *Revista de Historia Medieval*, núm. 15, 2008, pp. 47-56.

GARCÍA DE ENTERRÍA, A., «Administración local y administración periférica del Estado: problemas de articulación» *La Administración Española*, 4.^a ed., Alianza Editorial, Madrid, 1995.

GARCÍA LUQUERO, G., «Organización sanitaria en España durante las Edades Media y Moderna», *Revista de Sanidad e Higiene Pública*, núm. 7, 1951, pp.1-15.

GARDETA SABATER, P., «El nuevo modelo del Real Tribunal del Protomedicato en la América española. Transformaciones sufridas ante las Leyes de Indias y el cuerpo legislativo posterior», *Dynamis. Acta hispanica ad medicinae scientiarumque historiam illustrandam*, núm.16, 1996, pp. 237-260.

«El Real Tribunal del Protomedicato en la Audiencia de Santa Fe durante la segunda mitad del siglo XVIII. Un acercamiento al estudio de las transformaciones de esta institución española», *Dynamis. Acta hispanica ad medicinae scientiarumque historiam illustrandam*, núm. 12, 1992, pp. 209-224.

- LÓPEZ PIÑERO, J. M.**, «Los orígenes de los estudios sobre la salud pública en la España renacentista», *Revista Española de Salud Pública*, núm. 80, 2006, pp. 445-456.
- MARTÍN MATEO, R.**, *Tratado de Derecho Ambiental*, (vol. I). Trivium, Madrid, 1981.
- MARSET CAMPOS, P.** y **SÁEZ GÓMEZ, J. M.** «Teoría académica y práctica ciudadana en el paludismo: Las causas de las enfermedades en Murcia durante el siglo XVIII desde la perspectiva de la Administración Local», *Revista de Historia de la Medicina y la Ciencia*, vol. 52, 2000, pp. 161-18.
- MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.**, *Diccionario de la Administración de España. Compilación de la Novísima Recopilación de España Peninsular y Ultramar*. Imprenta Administración Arco de Santa María, Madrid, 1892.
- MARTÍNEZ SANZ, R.**, «La cirugía en la España de los siglos XVIII-XIX: papel de la universidad, la armada y las reales academias», *Revista española de investigaciones quirúrgicas*, núm.4, 2021, pp. 461- 472.
- MATEU TORTOSA, E.**, *Arroz y paludismo: riqueza y conflictos en la sociedad valenciana del siglo XVIII*, Institució Alfons el Magnànim. Institució Valenciana d'Estudis i Investigació, Valencia, 1987.
- MOREL OCAÑA, L.**, «La evolución y configuración actual de la actividad administrativa sanitaria», *Revista de Administración Pública*, núm. 63, 1970, pp. 131-165.
- MUÑOZ GARRIDO, R.**, *El ejercicio legal de la medicina en España (ss. XV-XVIII)*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1967.
- MUÑOZ MACHADO, S.**, *La sanidad pública en España. Evolución histórica y situación actual*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975.
- PESET, M** y **PESET, J. L.**, *Muerte en España: política y sociedad entre la peste y el cólera*. Seminarios y Ediciones Castilla, S.A, Madrid, 1972.
- RODRÍGUEZ OCAÑA, E.**, y **MARTÍNEZ NAVARRO, F.**, *Salud pública en España. De la Edad Media al siglo XXI*, Escuela Andaluza de Salud Pública, 2008.
- RUEDA HERNANZ, G.**: «La supresión de señoríos y el proceso desvinculador de los bienes nobiliarios», *Aportes. Revista de Historia Contemporánea*, núm. 30. 2015, pp. 41-58.
- RUIZ TORRES, P.**: «Reforma agraria y revolución liberal en España», *Reformas y políticas agrarias en la historia de España (de la Ilustración al primer franquismo)*, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, Madrid, 1996, pp. 201-245.
- SANTAMARÍA DE PAREDES, V.**, *Curso de Derecho administrativo*, Librería Jiménez, Madrid, 1891.
- VILLARES PAZ, R.**: «Reformas institucionales y expansión agraria en la España liberal», *Estudios de historia (Homenaje al profesor Jesús María Palomares)*. Elena MAZA ZORRILLA (Coord.), Universidad de Valladolid, Valladolid, 2006, pp. 351-368.

VI. Fuentes

CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ DE 1812. [Consultado en la página oficial del Congreso de los Diputados. Disponible en: <https://www.congreso.es/es/cem/const1812>].

FUERO JUZGO. [Ibarra-Impresor de Cámara de S.M, Madrid, 1815].

FURS E ORDINACIONS FETES PER LES GLORIOSOS REYS DE ARAGÓ ALS REGNICOLS DEL REGNE DE VALENCIA. Valencia, 1482. Seguimos la edición de la Universidad de Valencia, 1977.

LEY DE AGUAS, de 3 de agosto de 1866. [Consultado en «La Gaceta de Madrid», núm. 119, 7 de agosto de 1866. Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1866/219/A00001-00004.pdf>].

LEY DE AGUAS, de 13 de junio de 1879. [«Gaceta de Madrid», núm. 170, 19 de junio de 1879. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?lang=es&id=BOE-A-1879-4436>].

LEY DE COLONIZACIÓN DE 30 DE AGOSTO DE 1907. [«Gaceta de Madrid», núm. 251, 8 de septiembre, pág. 1009-1010. Referencia BOE A- 1907-6490. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1907-6490>]

LEY DE DESECACIÓN DE LAGUNAS, MARISMAS Y TERRENOS PANTANOSOS, de 14 de julio de 1918. [«Gaceta de Madrid», núm. 208, 27 de julio de 1918, (páginas 268 a 270). Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1918-3999>].

LEY GENERAL DE OBRAS PÚBLICAS, de 13 de abril de 1877 [Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1877-5191>].

LEY MUNICIPAL DE 2 DE OCTUBRE DE 1877. [Consultado en «La Gaceta de Madrid», núm. 227, de 4 de octubre de 1877, Toma IV, págs. 39].

NOVÍSIMA RECOPIACIÓN DE LAS LEYES DE ESPAÑA. [Consultado en la página oficial de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (BOE) el 3 de julio de 2021. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-1993-63].

PARTIDAS. [Edición en papel -con comentarios de Gregorio López-], Lex-Nova, Madrid, 1988.

REGLAMENTO DE SANIDAD MUNICIPAL, [Consultado en «Gaceta de Madrid», núm. 48, 17 de febrero de 1925, (pp. 726-733). [Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1925-1506>].

EL DELITO DE CORRUPCIÓN DEPORTIVA. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LAS SENTENCIAS MÁS RELEVANTES Y DEL DERECHO COMPARADO

THE CRIME OF SPORTS CORRUPTION. JURISPRUDENTIAL ANALYSIS
OF THE MOST RELEVANTS JUDGMENTS AND COMPARATIVE LAW

Óscar Presa González

Fiscal decano de la Sección Territorial de Torrevieja
Doctorando en Historia del derecho, Universidad de Alicante
oscar.presa@fiscal.es

Resumen:

Estudio sobre el delito de corrupción en el ámbito deportivo tras la reforma operada por la LO 1/15, de 30 de marzo, de reforma y modificación del Código Penal, que supuso la modificación del tipo penal atribuible a directivos y demás personal al servicio de entidades deportivas, sobre la base del tipo básico de corrupción en los negocios y teniendo en cuenta las modificaciones introducidas por la vigente Ley del Deporte 39/22, de 30 de diciembre. Se analizará este tipo penal y las sentencias más relevantes que han supuesto su aplicación jurídico penal. De la misma forma se realizará un estudio comparativo en el ámbito del derecho penal europeo.

Palabras clave: Delito, Corrupción, Deporte, Jurisprudencia, Ley, Sentencias.

Abstract:

Study on the crime of corruption in the sports field reformed by LO 1/15, of March 30, reforming and modifying the Penal Code, which entailed the modification of a penal type attributable to managers and other personnel serving sports entities., based on the basic type of corruption in business and taking into account the modifications introduced by the current Sports Law 39/22, of December 30. This type of crime and the most relevant sentences that have led to its criminal legal application will be analyzed. In the same way, a comparative study will be carried out in the field of European criminal law.

Key words: Crime, Corruption, Sports, Jurisprudence, Law, Sentences.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. El delito de corrupción en el ámbito deportivo.
 1. Definición.
 2. Tipificación penal.
 3. Bien jurídico protegido.
 4. Sujetos del delito conforme a la actual Ley del Deporte 39/22, de 30 de diciembre.
 5. Acciones típicas del delito de corrupción deportiva.
 6. Objeto material.
 7. La finalidad específica de predeterminación o alteración deliberada y fraudulenta de un resultado deportivo.
 8. Penalidad.
 9. Responsabilidad penal de las personas jurídicas.
- III. Análisis jurisprudencial de las principales sentencias.
 1. Introducción.
 2. La Sentencia n.º 111/20, de 23 de abril, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, «Caso Osasuna»
 3. La Sentencia del Tribunal Supremo n.º 1014/22, de 13 de enero.
- IV. Análisis del derecho comparado.
 1. El Convenio sobre Manipulación de Competiciones Deportivas del Consejo de Europa de 2014.
 2. El delito de corrupción deportiva en Italia.
 3. El delito de corrupción deportiva en Portugal.
 4. El delito de corrupción deportiva en Alemania.
- V. Conclusiones.
- VI. Bibliografía.

I. Introducción

El problema de la corrupción política constituye, sin duda, uno de los más graves problemas que afectan a nuestra sociedad actual. El barómetro del CIS correspondiente a diciembre de 2018, reconocía la corrupción y el fraude como el segundo problema para los españoles (31,7 %), no obstante, superado por el problema del desempleo. La memoria de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada de 2019 destacaba que, en cuanto a los índices de percepción de la corrupción (IPC) que anualmente elabora la organización no gubernamental Transparencia Internacional, España ocupa el puesto 41 del IPC de 2018, con una percepción de 58 sobre 100, siendo datos bastante desfavorables.

Por «corrupción» entenderíamos aquellos comportamientos que atentan contra el correcto funcionamiento de la Administración pública en el marco constitucional. No obstante, el concepto de «corrupción» se ha ido ampliando, y actualmente incluye todos aquellos comportamientos que implican un abuso del poder público o privado en beneficio de intereses particulares.¹ Así lo recoge actualmente la Real Academia de la Lengua

1. SÁNCHEZ BERNAL, J., *El delito de corrupción deportiva tras la reforma de 2015*, Valencia, 2018, 15.

que, entre otras definiciones, entiende por corrupción, «*en las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización indebida o ilícita de las funciones de aquellas en provecho de sus gestores*».

En la actualidad se ha impuesto por parte de los poderes públicos una política de «tolerancia cero» frente a la corrupción, que tiene un carácter no solo nacional, sino que trasciende al ámbito internacional, desplegando fuertes conexiones con la delincuencia económica y con la criminalidad organizada.

Ello ha motivado profundas reformas legislativas del ordenamiento jurídico penal, lo que se ha traducido en la positivación de nuevos tipos penales, como la corrupción en los negocios o entre particulares, y más específicamente, la corrupción deportiva como un tipo concreto, clase, o modalidad, dentro del amplio abanico de la corrupción en el sector privado.

La introducción del delito de corrupción deportiva en el art. 286 bis, apartado 4, del Código Penal, operada a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, conlleva entender este tipo penal como una forma de corrupción en los negocios, es decir, como un supuesto de corrupción entre particulares aplicable a casos muy concretos.

La petición de la intervención de los poderes públicos, y en concreto del Estado, mediante el recurso al ejercicio del *ius puniendi* frente a las conductas irregulares en el ámbito deportivo que fueran merecedoras de un reproche penal, surgió de un texto enviado al Consejo Superior de Deportes por parte de la Liga de Fútbol Profesional, a la que posteriormente se sumaron otras entidades, y en la que se proponía la aprobación de una ley especial que sancionara penalmente las conductas de corrupción en el ámbito deportivo.² La ineficacia de las sanciones meramente administrativas y disciplinarias para acabar con las conductas de «compraventa de partidos» motivaron dicha solicitud del Consejo Superior de Deportes.

El deporte es, hoy en día, un fenómeno social y económico en expansión³, con una potente proyección mediática, y que como actividad se halla delegada en entidades privadas, como clubes, sociedades anónimas deportivas, federaciones, ligas, etc., por lo que no puede permanecer ajeno a la intervención de los poderes públicos habiéndose desarrollado una auténtica «política deportiva» por parte de la Administración pública debido a la dimensión que ha adquirido de interés público relevante.

De acuerdo con SÁNCHEZ BERNAL, todo ello ha redundado en la aparición de un mercado que ha llevado al legislador a regular jurídicamente los extremos de la actividad deportiva en todos sus ámbitos, y es este mercado y su vertiente económica la que ha atraído a diversos actores dispuestos a lucrarse y obtener réditos personales, aunque para ello deban acudir a prácticas ilícitas.⁴

2. Id., 25-6.

3. Libro Blanco sobre el Deporte, de la Comisión de las Comunidades Europeas, elaborado en Bruselas, el 11 de julio de 2007 – COM /2007) 391 final, p. 2.

4. SÁNCHEZ BERNAL, J., *El delito de corrupción deportiva tras la reforma de 2015*, Valencia, 2018, 31-32.

Basta como dato para comprender la magnitud económica que supone hoy en día la práctica del deporte profesional, y en concreto, del fútbol en nuestro país, que durante la temporada 2016/17 los cuarenta y dos equipos que componen el fútbol profesional generaron el 1,37 % del PIB español, unos 185000 empleos y cerca de 4100 millones de euros en impuestos recaudados.⁵

Esta figura jurídica encuentra, además, una íntima conexión con otras conductas anti-jurídicas con las que guarda una estrecha relación, como los delitos económicos, la criminalidad organizada y el blanqueo de capitales.

El carácter transnacional de la corrupción deportiva, como consecuencia de la internacionalización de las competiciones deportivas y la globalización de las apuestas, conllevará necesariamente el recurso a la cooperación internacional entre las jurisdicciones de los países afectados para poder combatir esta lacra que se halla especialmente vinculada a la delincuencia organizada.⁶

Por todo ello, fundamentalmente por las repercusiones económicas y sociales que ostenta el deporte, se justifican su intervención penal mediante la tipificación del delito de corrupción en el ámbito deportivo, y ello de acuerdo con lo establecido por el Consejo de Estado en su Dictamen n.º 1404/2009 referente al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y que introdujo el tipo penal de corrupción deportiva.

II. El delito de corrupción en el ámbito deportivo

1. Definición

En el contexto de la UNESCO, la Conferencia Internacional de Ministros y Altos Funcionarios Encargados de la Educación Física y el Deporte- MINEPS-, en concreto su quinta edición, celebrada en Berlín (Alemania), entre el 28 y el 30 de mayo de 2013, se definió la «corrupción en el deporte» como «toda aquella actividad ilegal, inmoral o contraria a la ética con la que deliberadamente se persigue alterar el resultado de un encuentro deportivo, para el provecho material y personal de una o más de las partes implicadas en dicha actividad».⁷

5. <https://newsletter.laliga.es/futbol-global/la-industria-del-futbol-profesional-genera-185-000-empleos-4-100-me-en-impuestos-y-una-facturacion-equivalente-al-137-del-pib-en-espana-1>. Consultada el 10 de mayo de 2024. Elaborado a partir de los últimos datos disponibles relativos a la temporada 2016/17.

6. **BARRENA CRESPO**, respecto a los vínculos del deporte con la criminalidad organizada, dice que «el deporte en general y el fútbol en particular se ven salpicados por el amaño de partidos, existiendo en la actualidad redes de delincuencia organizada cuyo fin último es el de blanquear dinero y el de obtener jugosas ganancias, estando probablemente esta lacra más extendida de lo que se cree». En **BARRENA CRESPO, L.**, *El delito de corrupción deportiva*, en la web de Iusport, 16 de enero de 2014, <https://iusport.com/not/1447/-i-el-delito-de-corrupcion-deportiva-del-286-bis-del-codigo-penal-i-/>. Consultado el 4 de mayo de 2024.

7. **SÁNCHEZ BERNAL, J.**, *El delito de corrupción deportiva tras la reforma de 2015*, Tirant lo Blach, 2018, 36.

Por fraude deportivo se entendería cualquier conducta que pretenda la predeterminación o alteración de un resultado deportivo.⁸ En nuestro ordenamiento jurídico, sólo adquirirían relevancia jurídico penal los fraudes deportivos cometidos como contraprestación a un beneficio o ventaja no justificados.

Respecto al término «corrupción», **ENCINAR DEL POZO** define la misma como «toda actuación de una persona, dotada de poderes de decisión, que actúa en el marco de un sistema normativo de referencia, de manera contraria a las normas o reglas que rigen su actividad, con la expectativa de obtener una ganancia ilícita».⁹

En base a esta definición de «corrupción», **SÁNCHEZ BERNAL** considera la «corrupción en el deporte» como «la actuación de una persona dotada de poderes de decisión en el marco de una prueba, encuentro o competición deportiva, tendente a la predeterminación o alteración deliberada y fraudulenta del resultado, en contra de lo prescrito por la reglamentación deportiva, con la expectativa de obtener un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza.»¹⁰

2. Tipificación penal

El Código Penal tipifica el delito de corrupción en el ámbito deportivo como tipo autónomo del delito de corrupción en los negocios y sobre la base del mismo, delito que se halla previsto en el art. 286 bis. 1 y 2 del Código Penal.

En concreto, el art. 286 bis. 1 y 2 establece que:

«Art. 286 bis.1.El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triple del valor del beneficio o ventaja.

Art.286 bis. 2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.»

-
8. **BENÍTEZ, I.**, *El delito de «fraudes deportivos. Aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos del artículo 286 bis 4 del Código Penal*, Madrid, 2011, 37.
 9. **ENCINAR DEL POZO, M.A.**, *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*, Pamplona, 2016, 42.
 10. **SÁNCHEZ BERNAL, J.**, *El delito de corrupción deportiva tras la reforma de 2015*, Valencia, 2018, 38.

Con la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que supuso el cambio de rúbrica de la Sección 4.^a bajo el epígrafe «Delitos de corrupción en los negocios», dentro del Capítulo IX, «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores» se configuró un tipo básico de delito de corrupción en los negocios, dos tipos autónomos relativos al ámbito deportivo y al ámbito internacional, y las agravaciones de todas estas modalidades de corrupción.

El delito de corrupción entre particulares es un delito contra el patrimonio y el orden socioeconómico que castiga la corrupción en el ámbito empresarial y en el de los negocios.

El tipo básico de corrupción en los negocios supone la relación entre dos sujetos. Por un lado se encuentra el administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad, que por sí o por persona interpuesta, recibe, solicita o acepta un beneficio o una ventaja no justificados por cualquier naturaleza, o bien recibe, solicita o acepta un ofrecimiento o promesa de obtenerlo, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales. Este tipo penal supone considerar punible la conducta de corrupción pasiva.

Por otro lado, se hallaría la persona concreta que se favorece o beneficia indebidamente en estas operaciones mercantiles de adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios u otras relaciones comerciales. Sería el supuesto de corrupción activa.

El delito de corrupción entre particulares se caracteriza por ser un delito de mera actividad, por lo que se consuma con la simple solicitud o aceptación y el mero ofrecimiento o promesa del beneficio o ventaja, no siendo necesaria la efectiva entrega de lo prometido.

Sobre la base de este tipo penal, el legislador tipifica el delito de corrupción deportiva como tipo autónomo del delito de corrupción en los negocios en el art. 286 bis.4:

«Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva».

El Código Penal recoge, además, una definición de lo que se considera a efectos penales una «competición deportiva de especial relevancia económica» y de lo que se considera una «competición deportiva de especial relevancia deportiva».

A estos efectos, se considerará competición deportiva de especial relevancia económica «aquella en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad», mientras que se considera competición deportiva de especial relevancia deportiva, «la que sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate».

3. Bien jurídico protegido

Ni en la LO 5/10, del Código Penal, ni en la LO 1/15, de reforma del Código Penal se alude al bien jurídico protegido del delito de corrupción deportiva.

El Convenio del Consejo de Europa sobre Manipulación de Competiciones Deportivas parece que favorece la tesis de la protección de los valores deportivos, con especial interés en la protección de la «ética deportiva» y de la «buena gobernanza en el deporte».¹¹

En consideración a las diferentes tesis doctrinales sobre el bien jurídico protegido en este tipo penal, **CARUSO FONTÁN** niega la existencia de un bien jurídico idóneo para el delito de corrupción deportiva, y considera que «el deporte es una actividad privada donde no es posible hallar un bien jurídico a proteger más allá del patrimonio».¹²

Otro grupo de autores ha tratado de localizar el bien jurídico protegido en el *fair play* o juego limpio, o más bien en el «espíritu deportivo». Su fundamento se hallaría en el correcto funcionamiento de las competiciones deportivas.

MORILLAS CUEVA, por su parte, aboga por crear un espacio de tutela penal propio del deporte en el que se preserven los valores inherentes al mismo, bajo un bien jurídico «de naturaleza colectiva que engloba fundamentalmente aquellas actividades que adulteren y conculquen los valores esenciales inmanentes al concepto de deporte».¹³

Para **BENÍTEZ ORTÚZAR**, el bien jurídico protegido se identificaría con la «integridad deportiva» idea con la que se salvaguardarían todos los valores sociales inherentes al deporte, incluida la salud de los deportistas,¹⁴ coincidiendo con **MORILLAS CUEVA** en la necesidad de crear en el Código Penal un Título autónomo que reuniría, además del delito de fraude o corrupción deportiva, el delito de dopaje en el deporte.¹⁵

Otros autores sostienen que el valor penalmente relevante que justifica la tipificación de estos delitos no es otro que «la relevancia económica de los resultados de las competiciones deportivas». Para **BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE Y CERINA**, el delito de corrupción deportivo es un delito de carácter socioeconómico, con el que se pretende preservar «el correcto funcionamiento del sistema económico fundado sobre la economía de mercado», por lo que su relevancia debe valorarse desde una perspectiva económica, «en la que los resultados deportivos se vinculan a efectos económicos».¹⁶

11. Convenio del Consejo de Europa sobre Manipulación de Competiciones Deportivas, 1-2.

12. **CARUSO FONTÁN**, M.V., *El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado*, en Revista Foro, Nueva época, n.º 9, 2009, 171-172.

13. **MORILLAS CUEVA**, L., *Capítulo 3. El tratamiento jurídico del fraude en el deporte en el Derecho comparado. Las experiencias de Italia, Portugal y Alemania*, en **CARDENAL CARRO**, M.; **GARCÍA CABA**, M.M. y **GARCÍA SILVERO**, E.A. (coords): *¿Es necesaria la represión penal para evitar los fraudes en el deporte profesional?*, Laborum, Murcia, 2009, 69.

14. **BENÍTEZ ORTÚZAR**, I.F., *El delito de «fraudes deportivos». Aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos del artículo 286 bis. 4 del Código Penal*, Madrid, 2011, 118-120.

15. **SÁNCHEZ BERNAL**, J., *El delito de corrupción deportiva tras la reforma de 2015*, Valencia, 2018, 68.

16. **BERDUGO GÓMEZ**, I. y **CERINA**, G.M.: *Algunos problemas del nuevo delito corrupción en el deporte*, en Revista General de Derecho Penal, n.º 18, lustel, Madrid, 2012, 10.

Para **MORALES PRATS**, el bien jurídico de este delito no es otro que la pureza, integridad y transparencia del deporte, matizadas desde la connotación económica de la conducta típica; y **MENDOZA BUERGO**, lo define como «libre competencia en el ámbito deportivo» y considera que con ello se protege tanto el *fair play* o «espíritu propio de la limpia competición deportiva», y por otro lado se protege, la afectación de intereses socioeconómicos.¹⁷

SÁNCHEZ BERNAL, por su parte, considera que la ubicación del tipo en el Código Penal dentro de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, y en concreto de los delitos contra el mercado, conlleva que estemos ante un delito que se sitúa en la órbita de los «negocios en el deporte». Considera que, en consecuencia, se colocan en primera línea de protección las expectativas económicas de varios grupos de personas, de un lado los intervinientes en el hecho deportivo -directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, los deportistas, árbitros o jueces- y de otra, aquellos terceros directa o indirectamente interesados en la obtención de un resultado conforme a las reglas del juego -desde los aficionados, socios o abonados de un club, hasta los titulares de derechos audiovisuales, medios de comunicación e incluso los apostantes-. Así configurado, entiende el autor que el delito estaría orientado a la tutela del mercado generado en torno al deporte, abarcando el bien jurídico el conjunto de intereses económicos titularidad de una serie de sujetos, derivados de la expectativa de que la prueba, encuentro o competición deportiva se celebrará conforme las reglas del juego. Desde una óptica *ad intra* al evento deportivo se protegen los intereses económicos de los deportistas, árbitros, entrenadores o clubes, derivados todos ellos del ejercicio de la profesión deportiva, así como los derivados de los éxitos deportivos. Desde otro punto de vista, entiende el autor que aparecen también otras expectativas económicas -como los beneficios derivados de un determinado patrocinio, los derechos económicos de explotación audiovisual, el pago de entradas y suscripción a paquetes deportivos en televisión o todos aquellos derivados de las apuestas deportivas, entre otros-. Unos y otros conforman los que denomina el autor, en sentido amplio, «mercado del deporte» que sería el objeto de protección.¹⁸

En el ámbito jurisprudencial, la Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, Sentencia n.º 111/20, de 23 de abril, en el «Caso Osasuna» consideró que el bien jurídico tutelado por el tipo es similar al del delito de competencia desleal, «puesto que se trata de salvaguardar la limpieza en las competiciones con el fin de proteger su resultado, salvaguardar la integridad deportiva confluendo así los valores sociales y económicos inherentes al deporte profesional», tutelándose, en consecuencia, no sólo el *fair play* o juego limpio, sino también los valores sociales y económicos asociados a la práctica deportiva.

4. Sujetos del delito conforme a la actual Ley del Deporte 39/22, de 30 de diciembre

a) Sujetos activos del delito en la modalidad pasiva

En la modalidad pasiva del delito de corrupción deportiva (art. 286. Bis. 4.º del Código Penal) podrán ser sujetos activos del delito, «los directivos, administradores, empleados

17. **SÁNCHEZ BERNAL**, J., *El delito de corrupción deportiva tras la reforma de 2015*, Valencia, 2018, 75.

18. *Id.*, 78.

o colaboradores de una entidad deportiva», así como «los deportistas, árbitros o jueces». Es decir, podrán ser corrompidos, todos aquellos que tengan capacidad para predeterminar o alterar el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva.

La modalidad pasiva establece responsabilidad penal para dos tipos de autores: por un lado, los gestores de la entidad deportiva que intervienen fuera del espectáculo deportivo, *ad extra*, y que deberán ser concretados por la legislación deportiva correspondiente; y, por otro lado, los que participan de forma directa dentro del mismo espectáculo o *ad intra*.¹⁹

Por «directivo» debe entenderse a toda persona que tenga capacidad para dirigir en la entidad deportiva. BENÍTEZ ORTÚZAR, considera como «directivos», todos «aquéllos que ocupan un cargo en el consejo de dirección de la Sociedad Anónima Deportiva o en la Junta Directiva del club».²⁰

Para personalizar a los directivos, administradores y demás miembros de las entidades deportivas se puede acudir a los registros públicos de las mismas. Así, en relación a la constitución de las entidades deportivas, tanto clubes deportivos como Sociedades Anónimas Deportivas (SAD) requieren la inscripción en el Registro Estatal de Entidades Deportivas, y se exige expresamente que deberán inscribirse las personas que ostenten la presidencia y los titulares de los demás órganos directivos, ex art. 40 de la Ley del Deporte, Ley 39/2022, de 30 de diciembre, por lo que, los así inscritos, serán considerados «directivos» a efectos de aplicación de la norma penal. En relación a los clubes deportivos, para su constitución el art. 63 de la Ley del Deporte, remite a la legislación autonómica que regula los requisitos de inscripción y, por ende, de constitución de los mismos. En el supuesto de las Sociedades Anónimas Deportivas (SAD), el órgano de administración será un Consejo de Administración, de conformidad con el art. 71 de la Ley del Deporte, aunque se debe tener en cuenta que de la lectura del mismo se desprende que podrá haber directivos que no pertenezcan al Consejo de Administración, al mencionar expresamente en su apdo. 3, «los miembros del consejo de administración y quienes ostenten cargos directivos en estas sociedades...»

Por «administrador» se entiende, conforme a la doctrina, tanto el administrador de hecho como al de Derecho, siendo lo primordial ostentar facultades de administración del ente deportivo.²¹

Por «empleado» la doctrina considera que se extiende a todos aquellos sujetos que, no perteneciendo a alguna de las restantes categorías, trabajen por cuenta ajena en la entidad deportiva.²² Bajo esta descripción, se han incluido como «empleados», los integrantes del cuerpo técnico incluidos los entrenadores, los miembros de los servicios médicos y terapéuticos, y los directores deportivos.

19. SÁNCHEZ BERNAL, J., *El delito de corrupción deportiva tras la reforma de 2015*, Valencia, 2018, 86.

20. BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *El delito de «fraudes deportivos». Aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos del artículo 286 bis. 4 del Código Penal*, Madrid, 2011, 118-120

21. SÁNCHEZ BERNAL, J., *El delito de corrupción deportiva tras la reforma de 2015*, Valencia, 2018, 90.

22. *Id.*, 91.

El término «colaborador de una entidad deportiva» es excesivamente ambiguo, y la doctrina considera como colaboradores a todas aquellas personas que, no reuniendo los elementos de los anteriores sujetos, mantienen relaciones de prestación de servicios con la entidad deportiva.²³

En relación a los «deportistas», el Convenio del Consejo de Europa sobre Manipulación de Competiciones Deportivas los define en su art. 6 a) como «toda persona o grupo de personas que participe en competiciones deportivas». El Convenio contra el dopaje de 1989, en su art. 2 c) define a los deportistas como «las personas de los dos sexos que participen habitualmente en actividades deportivas organizadas». Elemento central de su definición es, por tanto, la participación en las competiciones o actividades deportivas.

No obstante, ha sido la propia Ley del Deporte 39/22 la que define a los deportistas, considerando como tales a «cualquier persona física, que de forma individual o en grupo, practique actividad física o deporte en las condiciones establecidas en el art. 2.1».

El art. 2.1 de la Ley del Deporte, por su parte, considera «práctica deportiva a efectos de esta ley todo tipo de actividad física que, mediante una participación individual o colectiva, organizada o no, profesional o no profesional, se realice con objetivos relacionados con la mejora de la condición física, psíquica o emocional, con la consecución de resultados en competiciones o actividades deportivas, con la adquisición de hábitos deportivos saludables, o con la ocupación activa del tiempo de ocio, realizadas en instalaciones públicas o privadas, o en el medio natural».

Respecto a los «árbitros» y a los «jueces», la mayor parte de la doctrina considera ambos términos equivalentes y considera como tales a aquellas personas que tienen la potestad disciplinaria durante el desarrollo de las pruebas o competiciones deportivas.²⁴

b) Sujetos activos del delito en la modalidad activa

Se trataría de los sujetos que prometen, ofrecen o conceden el beneficio o ventaja no justificada con el fin de predeterminar o alterar, de forma deliberada y fraudulenta, el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva.

La mayor parte de la doctrina considera que todos los sujetos activos de la modalidad pasiva son idóneos para prometer, ofrecer o conceder el soborno en el ámbito deportivo. Por tanto, serían sujetos activos del delito en su modalidad activa, los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquier que sea la forma jurídica de ésta, así como los deportistas, árbitros o Jueces, respecto a aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva.

23. *Ibid.* 93.

24. *Ibid.* 100.

5. Acciones típicas del delito de corrupción deportiva

Las conductas típicas en el delito de corrupción deportiva se establecen por remisión a los apartados 1 y 2 del artículo 286 bis del Código Penal que tipifican el delito de corrupción particular en los negocios, pasivo y activo respectivamente.

En su modalidad activa, se tipifican las conductas de «ofrecer, prometer o conceder» un beneficio o una ventaja no justificados de cualquier naturaleza.

Con respecto a estas tres conductas, por «ofrecer» se entiende por la doctrina una forma de «prometer» que integrarían la fórmula típica de la anterior redacción del art. 423. 1 del Código Penal consistente en «intentar corromper». Para FARALDO CABANA, por «ofrecer» entiende, acudiendo a su significado ofrecido por la Real Academia de la Lengua Española, de «decir o exponer qué cantidad se está dispuesto a pagar por algo».²⁵

Por «prometer» se entiende la obligación del autor del hecho a recompensar de cualquier modo a alguno de los sujetos específicamente citados en el art. 286 bis en su párrafo cuarto del Código Penal por la realización de una acción u omisión que sea útil para pre-determinar o alterar el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva. Supone, por tanto, contraer un compromiso para estimular el logro de tales fines.²⁶

Por último, por «conceder» entiende FARALDO CABANA, la «entrega de la ventaja indebida por parte del sujeto».²⁷

En su modalidad pasiva, se tipifican las conductas de «recibir, solicitar o aceptar» el referido beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza.

Por «recibir» se entiende incorporar el sobornado a su patrimonio el objeto con valor económico que constituye el pago por su intervención en el pacto.²⁸ Para VALEIJE ÁLVAREZ sería necesaria la existencia de un «acto de apoderamiento».²⁹

Por «solicitar» se entiende el acto de demandar la dádiva que se pretende por la realización de los fines descritos en el tipo penal, de forma que la mera incitación consuma el delito sin ser necesaria la aceptación de la oferta por el otro sujeto.

Por «aceptar» se entiende «atender» o «admitir» el beneficio o la ventaja no justificados como contraprestación por pre-determinar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de la prueba, encuentro o competición deportiva.³⁰

25. CORTÉS, E., *El delito de corrupción deportiva*, Valencia, 2012, 125-6.

26. Id. 121.

27. CABANA, F., *Hacia un delito de corrupción en el sector privado*, Revista de Estudios Penales y Criminológicos, n.º XIII, 2002, 88.

28. CORTÉS, E., *El delito de corrupción deportiva*, Valencia, 2012, 135.

29. Id., 135.

30. *Ibid.*, 139.

El delito de corrupción en el deporte se configura como un delito de mera actividad, consumándose con la mera realización de las acciones típicas, con independencia de la obtención del resultado pretendido con el despliegue de la acción y del alcance de sus consecuencias.

Se configura como un delito de peligro abstracto, en el que se requiere la participación de dos sujetos; uno que ofrece, promete o concede el beneficio o la ventaja no justificadas, y otro que la solicita, recibe o acepta.

Respecto a la posibilidad de cometer el delito por comisión por omisión, entiende **CORTÉS BECHIARELLI** que no es posible en el delito de fraude deportivo, y ello no sólo por la naturaleza inmaterial del bien jurídico protegido, sino porque se trata de una figura de riesgo abstracto y de mera actividad que no exige el resultado concreto. Ello determina que no pueda defenderse la posibilidad de comisión por omisión en tanto que no puede predicarse la existencia de un deber de garante que se les exigiría a los concretos sujetos activos del delito de corrupción deportiva.³¹

6. El objeto material

El objeto material del delito de corrupción deportiva es la prestación consistente en un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza. La doctrina entiende ambos términos como sinónimos, y considera que lo relevante es que el beneficio o la ventaja han de plantearse como posibles y causalmente eficaces para producir un compromiso del bien jurídico.³²

Como consecuencia de ello, los premios radicalmente imposibles, ilusos o fantasiosos no integran el tipo penal por su insignificancia.

Respecto a lo que deba entenderse por beneficio o ventaja «no justificados», **FARALDO CABANA** considera que sería aquél beneficio o ventaja para el que la persona «no tiene ni el deber, ni el derecho, ni la facultad de recibir».³³

Respecto al valor económico o no del beneficio o ventaja, **CORTÉS BECHIARELLI** estima que, si el soborno consiste en «cestas de frutas, flores o en general regalos de escasa trascendencia económica», y su finalidad es la adulteración del resultado, la falta de valor económico de la dádiva no será obstáculo para la sanción penal de los hechos.³⁴ Considera este autor que el beneficio no se reduce únicamente al dinero, pudiendo tratarse de promesas tales como la de fichar por otro equipo mejor, así como cualquier clase de mejora dentro del propio club.³⁵

31. *Ibid.*, 142-3.

32. **SÁNCHEZ BERNAL**, J., *El delito de corrupción deportiva tras la reforma de 2015*, Valencia, 2018, 121; **CORTÉS**, E., *El delito de corrupción deportiva*, Valencia, 2012, 146-7.

33. **CABANA**, F., (2002) *Hacia un delito de corrupción en el sector privado*, Revista de Estudios Penales y Criminológicos, n.º XIII, 77.

34. **CORTÉS**, E., *El delito de corrupción deportiva*, Valencia, 2012, 148.

35. *Id.*, 148.

7. La finalidad específica de predeterminación o alteración deliberada y fraudulenta de un resultado deportivo

El delito debe cometerse con la finalidad de predeterminar o alterar, de manera deliberada y fraudulenta, un resultado deportivo, no siendo necesario, dado el carácter de delito de mera actividad del delito de corrupción deportiva, que el resultado llegue a predeterminarse o alterarse.

En cuanto a qué debe entenderse por «predeterminar», la Real Academia de la Lengua Española la define como «determinar o resolver con anticipación una cosa». ³⁶ En el ámbito deportivo, la doctrina ha establecido «predeterminar» como la «fijación del resultado con anterioridad a la celebración de la prueba o competición». ³⁷

Por «alterar» los autores estiman que «puede suponer la modificación posterior de lo ya existente, en el sentido de la intención de modificar el resultado que resultaría del normal desarrollo» del evento deportivo. ³⁸

Además de ello, dicha finalidad debe ser desarrollada de forma «deliberada» y «fraudulenta». Para la doctrina, el adjetivo «deliberada» refuerza el tipo subjetivo doloso, debiendo probarse el impulso o energía criminal de la conducta. Respecto a la noción de «fraudulenta», relaciona las conductas típicas con «la concurrencia de un engaño o ardid» en la predeterminación o alteración del resultado deportivo. ³⁹

En consideración a las llamadas «primas a terceros» consistentes en las primas que se entregan en el deporte del fútbol al final de temporada con carácter cíclico con la intención de subir de categoría o mantenerla, entiende CORTÉS BECHIARELLI, que deben distinguirse si se plantean para procurar la derrota o bien para procurar la victoria del sobornado o de su equipo. Así, si su finalidad es procurar la derrota del sobornado o de su equipo, entiende que no cabe duda de que la conducta será típica penalmente al hacerse presente el específico elemento subjetivo del delito, con palmaria lesión del bien jurídico protegido. Por el contrario, son manifiestamente atípicas para el ordenamiento jurídico penal las primas «clásicas» que un dirigente de un club, o incluso un simpatizante, otorgue a los jugadores de su equipo para conseguir la victoria. ⁴⁰

El problema doctrinal se halla con respecto a las «primas a terceros por ganar» que son aquéllas que se prometen por parte de un tercer club deportivo o entidad interesados en que se produzca un determinado resultado en la prueba o en el encuentro donde el deportista o deportistas primados participan.

Considera este autor que el delito de corrupción en el deporte no se gestó para sancionar la transmisión de incentivos económicos por ganar, aunque provengan de terceros ajenos al club o a la entidad deportiva a la que pertenecen los primados, y ello por cuanto

36. Diccionario de la Lengua Española, 21.ª Edición, Tomo II, Espasa, 1655

37. SÁNCHEZ BERNAL, J., *El delito de corrupción deportiva tras la reforma de 2015*, Valencia, 128.

38. *Id.*, 128.

39. *Ibid.*, 131.

40. CORTÉS, E., *El delito de corrupción deportiva*, Valencia, 2012, 165.

con esta conducta no se altera el curso normal de la competición deportiva, en tanto que los equipos juegan con la intención de ganar, y vencer se convierte en el deber primordial del deportista. De esta forma, las primas por ganar carecen de la necesaria antijuridicidad material de la conducta para lesionar el bien jurídico, y así lo consideró también la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1014/2022, de 13 de enero de 2023, caso Osasuna, como tendremos ocasión de analizar más adelante.

Por tanto, careciendo de relevancia jurídico penal las llamadas «primas a terceros por ganar», se remitiría su eventual sanción a la regulación disciplinaria deportiva.⁴¹

Para otros autores, como GILI PASCUAL, el carácter atípico de las «primas por ganar» se fundamenta más bien, en que «no alteran significativamente el grado de indeterminación que caracteriza todo evento deportivo», no pudiéndose acreditar que una prima por ganar posea la capacidad lesiva suficiente para comprometer la neutralidad o la imprevisibilidad del resultado.⁴²

8. Penalidad

La penalidad prevista para el delito de corrupción en el ámbito deportiva es la básica establecida para el delito de corrupción en los negocios, previsto en el art. 286 bis. 1 del Código Penal.

Así, se prevé expresamente que los autores de estas conductas delictivas serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

En consideración a la pena de prisión ha sido duramente criticada por el sector doctrinal, considerándola excesivamente gravosa, severa, con un marco penal abstracto mínimo y máximo desproporcionado, y exorbitada en comparación con los delitos patrimoniales y socioeconómicos que sí requieren, para su consumación, un resultado lesivo.⁴³

La pena de multa se formula de forma proporcional al valor del beneficio o ventaja que se pretendía obtener con la comisión del delito. Ello plantea la problemática para su determinación cuando el beneficio o ventaja ofrecidos no es valorable económicamente, por lo que hubiera sido preferible haberse optado por el sistema de cuotas o días multa que permite, a su vez, una mayor individualización judicial de la pena de multa a imponer en función de las posibilidades económicas del autor del delito cometido que puede serlo tanto un directivo o administrador de una entidad deportiva, como un empleado o un colaborador, y un deportista o, incluso, un árbitro o juez del evento deportivo, actividades profesionales con diferente masa salarial.

A la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio se la ha criticado por parte de la doctrina, en que hubiera sido deseable una inhabilitación especial

41. SÁNCHEZ BERNAL, J., *El delito de corrupción deportiva tras la reforma de 2015*, Valencia, 134.

42. *Id.*, 136.

43. *Ibid.*, 153.

para ejercer funciones directivas o laborales en una entidad deportiva o para participar como deportista o como árbitro o juez en cualesquiera eventos deportivos, penas de inhabilitación que serían más específicas y apropiadas para el delito de fraude deportivo.⁴⁴

Por su parte, el apartado tercero del art. 286 bis establece la posibilidad de que los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la transcendencia de las funciones del culpable, puedan imponer la pena inferior en grado y reducir la multa a su prudente arbitrio, es aplicable al delito de corrupción deportiva en virtud de la remisión que realiza el mismo apartado cuarto a los apartados anteriores del art. 286 bis del Código Penal.

La doctrina estima que este precepto sería aplicable a aquellos supuestos de delitos consumados estériles para la afectación de la competencia deportiva, pero que por los rigores jurisprudenciales nunca podría degradarse a los supuestos de tentativa.⁴⁵

No obstante, los factores expresamente previstos para la aplicación de este tipo atenuado y que deberán ser tenidos en cuenta por los jueces y los tribunales son, por un lado, la cuantía del beneficio o valor de la ventaja, y por otro lado, la transcendencia de las funciones del culpable, por lo que, evidentemente, los órganos judiciales discrecionalmente podrán acudir a la rebaja de penas cuando consideren que la cuantía del beneficio o valor de la ventaja es mínima o escasa, así como cuando las funciones del autor del hecho no sean transcendentales para producir la finalidad de predeterminar o alterar el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva.

Además del tipo atenuado, se prevé también unos supuestos agravados expresamente previstos en el art. 286 quater el Código Penal.

De esta forma, si los hechos resultaren de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la pena superior en grado.

Para determinar qué se entiende por «especial gravedad», el mismo precepto penal delimita, en todo caso, cuando se considerará como tal:

- a) Cuando el beneficio o la ventaja tenga un valor especialmente elevado,
- b) Cuando la acción del autor no se meramente ocasional,
- c) Cuando se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, o
- d) Cuando el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

Con respecto a la cuestión de qué se entendería por «un valor especialmente elevado», **CASTRO MORENO** acudiendo a otros delitos económicos, concretamente a la estafa, estima que el valor especialmente elevado «nunca podrá darse por debajo de los cincuenta mil euros».⁴⁶

44. *Ibid.*, 155.

45. **CORTÉS, E.**, *El delito de corrupción deportiva*, Valencia, 2012, 195.

46. **CASTRO, A.**, *Capítulo 23. Corrupción en los negocios, Sección 4. Tipos agravados*, en Oliva-Ayala Abogados: Memento Práctico Francis Lefebvre, Penal Económico y de la Empresa, 2016, 676.

Por su parte, el art. 288 del Código Penal prevé como otras consecuencias accesorias a la pena a imponer en la sentencia, que la misma se publique en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa todo ello del condenado.

A juicio de **SÁNCHEZ BERNAL**, con relación a la agravación en atención a la acción del autor cuando no es meramente ocasional, el legislador pretende sancionar penalmente al sujeto que comete ilícitos de corrupción deportiva más allá de un acto puntual, con independencia que, de su actividad criminal, pueda o no desprenderse la habitualidad de su conducta.⁴⁷

La tercera causa de agravación, que se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o un grupo criminal, plantea el concurso de infracciones con respecto a la existencia de una expresa tipificación penal de los delitos de pertenencia a organización criminal, art. 570 bis del Código Penal, o de pertenencia a grupo criminal, art. 570 ter del Código Penal. Al respecto, **ENCINAR DEL POZO** ha planteado la posibilidad de acudir, para la resolución de la controversia, al art. 8 del Código Penal, a su regla cuarta, y aplicar el art. 286 quater o bien los arts. 570 bis o ter, en función del precepto que tenga asignada una pena mayor.⁴⁸

Por último, para concretar o determinar si el objeto del negocio versa sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad a efectos de aplicar la correspondiente agravación de pena, entiende la doctrina que habrá que acudir a las normas del Derecho humanitario en relación con los conflictos armados internos o internacionales, y se viene entendiendo como tales, los bienes básicos como alimentos, medicamentos, vestido, productos de limpieza, agua, luz, gas, etc.⁴⁹

9. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

El art. 288 del Código Penal prevé sanción penal para las personas jurídicas que sean responsables penalmente de acuerdo con el régimen previsto en el art. 31 bis del Código Penal.

Por tanto, es posible atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica por delitos de corrupción deportiva cometidos por un directivo, administrador o empleado de la misma que actúe en su nombre por ostentar facultades de organización y control, o por tener capacidad de decisión en su ámbito interno, y lo hace el beneficio directo o indirecto de la entidad.

También se podría atribuir la responsabilidad penal a la persona jurídica cuando, en el ejercicio de sus actividades sociales y por cuenta o beneficio directo o indirecto de las entidades, por quienes, estando sometidos a la autoridad de directivos, administradores o empleados, hayan podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad incurriendo en *culpa in vigilando*.

47. **SÁNCHEZ BERNAL**, J., *El delito de corrupción deportiva tras la reforma de 2015*, Valencia, 173.

48. *Id.*, 174.

49. *Ibid.*, 175.

Las consecuencias jurídicas en el orden sancionatorio para las personas jurídicas cuando se determine su responsabilidad penal, se concretarán en multas por cuotas o proporcionales, y de forma facultativa, se podrán imponer, conforme a las reglas del art. 66 bis del Código Penal, las penas de los apartados b) a g) del párrafo 7 del artículo 33 del Código Penal, es decir, disolución de la persona jurídica; suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años; prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años; y, por último, intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

III. Análisis jurisprudencial de las principales sentencias

1. Introducción

Casos judiciales relacionados con el fraude en competiciones deportivas han sido investigados varios en nuestro país en los últimos años, aunque con escasos pronunciamientos condenatorios. Como supuestos de casos vinculados al amaño de las apuestas deportivas han surgido el «Caso Eldense», la «Operación Pizarro», la «Operación Bitures» y como la mayor investigación sobre corrupción en el fútbol, la «Operación Oikos».

Como supuestos de casos de amaños de partidos orientados a la consecución de objetivos deportivos, como los consistentes en ganar un campeonato o garantizar la permanencia en la categoría, han surgido el «Caso Levante-Zaragoza», el «Caso Racing-Girona» y, como emblemático, el «Caso Osasuna».

Entre las escasas sentencias condenatorias dictadas por comisión del delito de corrupción deportiva, destaca por su repercusión mediática y jurídica, la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, Sentencia n.º 111/20, de 23 de abril, en el llamado «Caso Osasuna».

En dicha sentencia, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, condenó, entre otros, a cinco directivos del club Osasuna, y a dos exjugadores del club deportivo Real Betis Balompié por delito de corrupción en el deporte, previsto en el art. 286 bis 4 del Código Penal, tras la instrucción llevada a cabo por parte del Juzgado de Instrucción n.º 2 de Pamplona, durante la cual se modificó la condición de imputado del Club Atlético Osasuna por la condición de víctima del delito tras revisar que se habían cumplido por parte de la entidad deportiva los mecanismos de cumplimiento o *compliance*, aunque no funcionaran como debían haberlo hecho, lo que determinó que el club ejerciera la acción penal en fase de enjuiciamiento como acusación particular por un delito de apropiación indebida cometido en su contra por los antiguos directivos, y en sentencia, se le otorgara

al club una indemnización en concepto de responsabilidad civil ex delicto superior a los tres millones de euros.

Sin embargo, y anteriormente a dicha sentencia, la Sentencia n.º 283/18, de 17 de septiembre, del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Girona ya había condenado de conformidad a seis meses de prisión al presidente del Real Club Racing de Santander por ofrecer dádivas al Girona Fútbol Club con la finalidad de que reconociese haber incurrido en una inexistente alineación indebida que asegurase la permanencia en la categoría al equipo cántabro.⁵⁰

La siguiente sentencia que se dictó fue la Sentencia n.º 386/2019, de 7 de octubre, del Juzgado de lo Penal n.º 6 de Valencia, que supuso la condena por conformidad a seis meses de prisión a un futbolista del Grupo VI de la Tercera División de fútbol, como autor de un delito de corrupción en el deporte, y ello debido a que el jugador en cuestión, intentó sobornar al portero de la Unión Deportiva Beniganim para que asegurase la derrota de este equipo y así obtener ganancias en el mercado de las apuestas deportivas.⁵¹

Con respecto al caso u operación «Oikos»⁵², destapado en mayo de 2019, fue considerado el mayor caso de corrupción en el fútbol, caso cuya instrucción recayó en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Huesca, y terminó con el dictado de auto de sobreseimiento y archivo por considerar que no existían indicios racionales suficientes de haberse perpetrado los delitos inicialmente atribuidos a los investigados (presuntos delitos de corrupción deportiva, organización criminal, blanqueo de capitales y estafa) en los cinco partidos que fueron objeto de investigación.

En concreto, se denunciaba que dos exjugadores de fútbol habrían sido los presuntos cabecillas de una trama de compraventa de partidos que afectaba a varios equipos de la Primera División de Liga nacional, así como de Segunda y Tercera división. Respecto a los partidos que afectaban a la Primera División, se investigó si los partidos disputados entre el Real Valladolid-Valencia y el Getafe-Villareal de la última jornada de la temporada 2018-2019, se hubiera producido algún tipo de amaño. El presunto objetivo de este entramado criminal liderado por los dos exjugadores era el amaño de partidos de fútbol para conseguir un beneficio ilícito mediante las apuestas deportivas a esos resultados previamente pactados. Tras analizar partido a partido, la magistrada instructora concluyó que no resultó acreditado que hubiera habido pagos a los jugadores con el objetivo de perder los correspondientes partidos. Con respecto a las conversaciones telefónicas intervenidas por los agentes en relación al presunto amaño en el partido de fútbol disputado entre el Real Valladolid y el Valencia -en las que supuestamente se hablaba de entregas de dinero a terceras personas- la magistrada consideró que no se había acreditado que estos pagos se refiriesen a jugadores del equipo vallisoletano, pudiendo haberse debido a cualquier otro tipo de actividad, siendo incluso razonable que fuese por la realización de apuestas deportivas, que, finalmente, resultaron perdedoras.

Respecto a los supuestos en que resultó acreditado que se pagó una prima para ganar -casos del partido que enfrentó al Getafe con el Villareal, del 18 de mayo de 2019, o al Reus CD contra el Real Valladolid, jugado el día 4 de junio de 2017, que terminó con vic-

50. <https://diariolaley.laleynext.es/>, El delito de corrupción en el deporte: breves consideraciones a la luz del Caso Osasuna. Consultada el 10 de mayo de 2024.

51. Id. Consultada el 10 de mayo de 2024.

52. <https://elpais.com/noticias/operacion-oikos/>. Consultada el 10 de mayo de 2024.

toria por 2-0 a favor del equipo catalán, en el que se investigaba el supuesto pago de entre 250.000 y 270.000 euros por parte del SD Huesca a los jugadores del Reus CD para que ganaran el partido- la magistrada recordó que la prima por ganar no es delictiva de conformidad con lo resuelto en la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 1014/2022, de 13 de enero, caso «Osasuna», sentencia que analizaremos a continuación.

Como casos específicos que han surgido en el ámbito de la Comunidad Autónoma Valenciana, destaca el «Caso Eldense»⁵³.

En enero de 2017 un grupo inversor italiano adquirió el Club Deportivo Eldense con la intención de salvarlo de la grave situación en la que se encontraba dentro del grupo tres de la Segunda División B.

El 1 de abril de 2017 se celebró como partido correspondiente a la jornada de la liga profesional de Segunda División, el encuentro que enfrentaba al Barcelona B con el Club Deportivo Eldense. El 12-0 que le infringió el Barcelona B al club alicantino y que supuso el descenso automático de categoría a la Tercera división, propició la denuncia de dos jugadores del equipo eldense poniendo en conocimiento de la justicia los nombres, los datos y el modus operandi de una red de corrupción deportiva, dando lugar a la investigación judicial del Juzgado de Instrucción n.º 3 de Elda ante una presunta trama de compraventa de partidos para obtener beneficios en el ámbito de las apuestas deportivas. Se produjeron las detenciones del representante del titular del equipo alicantino, un grupo inversor italiano que se hallaba bajo la tutela de Nobile Capuani, del entrenador y de hasta cuatro jugadores. De acuerdo con lo que consta en el sumario, los jugadores que participaban de la trama de corrupción podían llegar a repartirse unos 30.000 euros por partido amañado. La complejidad de su instrucción motivó que llegara a extenderse durante varios años y durante la cual surgió la implicación de otros clubes deportivos.

2. La Sentencia n.º 111/20 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra «Caso Osasuna»⁵⁴

Profundizando en el estudio de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda, en los antecedentes de hecho se determinaba que a falta de dos jornadas para que concluyese la temporada liguera 2013/2014, cuatro de los cinco equipos que ocupaban las posiciones más bajas de la clasificación se distanciaban en apenas un punto. El Osasuna era decimonoveno, por encima del Real Betis Balompié, ya descendido, y el Real Club Valladolid ocupaba la posición decimosexta. El Real Betis disputaría su penúltimo encuentro frente al Valladolid y el último frente al Osasuna. Esta situación llevó a distintos miembros de la Junta Directiva del club navarro a contactar con dos jugadores del club hispalense ofreciéndoles un total de 650.000 euros con la finalidad de que ganasen al Valladolid (400.000 euros) así como con la finalidad de dejarse ganar cuando jugaran contra el Osasuna (250.000 euros).

53. <https://www.sport.es/es/temas/caso-eldense---amano-32371>. Consultada el 10 de mayo de 2024.

54. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Navarra/Noticias-Judiciales-TSJ-Navarra/La-Audiencia-de-Navarra-condena-a-entre-8-anos-y-8-meses-y-9-meses-de-prision-a-nueve-de-los-once-acusados-del--caso-Osasuna->. Consultada el 9 de mayo de 2024.

La Audiencia Provincial de Navarra debía, por tanto, analizar dos hechos al amparo del art. 286 bis 4 del Código Penal. Por un lado, el soborno relativo al partido disputado entre el Real Betis y el Real Club Valladolid, el 11 de mayo de 2014, que finalizó con una victoria de los béticos; y por otro lado, el soborno relativo al partido de fútbol disputado entre el Osasuna y el Real Betis, una jornada después, que concluyó con victoria por parte del equipo local navarro.

En lo que se limita al delito de corrupción deportiva, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra consideró acreditado que durante la jornada 36 de la temporada 2013/2014 el Real Betis Balompié se encontraba descendido con 22 puntos y se encontraba en riesgo de descenso el Club Atlético Osasuna, el Real Valladolid Club de Fútbol SAD, la Unión Deportiva Almería SAD y el Getafe Club de Fútbol SAD. Visto que en la jornada 37 se enfrentaban el Real Betis Balompié y el Real Valladolid en Sevilla y en la jornada 38 se enfrentaban el Club Atlético Osasuna y el Real Betis en Pamplona, con el fin de evitar el descenso de categoría del Osasuna, los miembros de la Junta Directiva mantuvieron una reunión en la que también participó el gerente del club. En dicha reunión todos decidieron llegar a algún tipo de acuerdo económico con el Real Betis para que ganara al Real Valladolid en la jornada 37 y se dejara ganar en Pamplona contra Osasuna en la jornada 38. Dos de los directivos a tal efecto mantuvieron una reunión el día 9 de mayo de 2014 en el Hotel Meliá Los Galgos de Madrid con dos jugadores del Real Betis, acordando abonarles una cantidad total de 650.000 euros por ganar al Real Valladolid y por dejarse ganar contra Osasuna en Pamplona, pactándose que dichas cantidades serían entregadas en un primer pago de 400.000 euros tras el partido Real Betis-Real Valladolid de la jornada 37 y los 250.000 euros restantes tras el partido Osasuna-Real Betis de la jornada 38. Celebrado el primero de los encuentros, el Real Betis ganó por 4-3 al Real Valladolid por lo que era necesario reunir el dinero acordado para realizar el primer pago. A tal efecto, y dado que en el club no tenía ese dinero, uno de los directivos entró en contacto con el director de la Fundación Osasuna, para que intentara obtener dinero de algún patrocinador, indicándole en ese momento que era para pagos urgentes que debía realizar el club. Tras las oportunas gestiones se consiguió un préstamo de 220.000 euros, firmándose el correspondiente contrato de préstamo, realizándose la transferencia de dicha cantidad el día 16 de mayo de 2014. El resto del dinero se obtuvo mediante préstamos realizados por miembros de la directiva del club. El día 16 de mayo de 2014 por la mañana dos de los directivos viajaron a Sevilla para reunirse con los jugadores del Real Betis. Los directivos firmaron el justificante de reintegro de 400.000 euros de la cuenta de La Caixa que entregaron a otro directivo encargado de transportar el dinero, y tan pronto como tuvo el dinero en su poder, viajó a Sevilla para reunirse con otros dos directivos en el Hotel Meliá de Sevilla y tras contactar telefónicamente con los jugadores del Real Betis, éstos viajaron en una furgoneta que les fue enviada por los directivos del club Osasuna reuniéndose todos en un parking, en el interior de una monovolumen en la que se encontraban los dos jugadores del Real Betis y una tercera persona que no fue identificada, haciéndoles entrega del dinero y acordando que volverían a ser llamados para el siguiente pago.

El día 18 de mayo de 2014 se celebró el partido Osasuna- Real Betis, encuentro en que, conforme a lo pactado, Osasuna ganó 2-1 si bien debido a los resultados habidos en otros partidos, Osasuna finalmente descendió de categoría a segunda división. El día 6 de junio de 2014, dos de los directivos del club Osasuna firmaron un reintegro por importe de 400.000 euros trasladando el dinero en ferrocarril de Pamplona a Madrid con la intención de abonar los 250.000 euros acordados con los jugadores del Real Betis. Con esa finalidad

uno de los directivos del Osasuna viajó a Madrid donde se reunió con uno de los jugadores del Real Betis y le hizo entrega de dicha cantidad. Dado que inicialmente se había hablado de una cantidad superior, desde ese día hasta el 25 de febrero de 2015 se sucedieron las llamadas telefónicas entre los jugadores y los directivos reclamando la cantidad restante. Con fecha de 26 de enero de 2015, uno de los directivos implicados del club Osasuna compareció ante la Liga de Fútbol Profesional y realizó una declaración grabada en presencia del Presidente y del Director General Corporativo en la que reconoció salidas del dinero del club destinadas al pago de diversos equipos por alterar los resultados de los encuentros, declarando que en relación con la temporada 2013-2014 se abonaron 400.000 euros al Real Betis por ganar el partido ante el Real Valladolid en la jornada 37 de la liga y se abonaron 250.000 euros por dejarse ganar en Pamplona en la jornada 38, declaración que se mantuvo durante la instrucción y en la fase de juicio oral. Ello dio lugar a la incoación de Diligencias Previas del Juzgado de Instrucción n.º 2 de Pamplona el 19 de febrero de 2015, celebrándose el juicio oral el día 20 de enero de 2020 ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra.

La Audiencia Provincial dictó sentencia condenatoria por delito de corrupción en el ámbito deportivo en consideración a dichos hechos considerados probados, y tanto con respecto al amaño correspondiente al partido entre el Real Betis y el Real Valladolid, en los que se primó a los jugadores béticos por ganar, así como en relación al partido disputado entre el Real Betis y el Osasuna en las que se primó para que perdieran.

En relación a las llamadas «primas a terceros por ganar», la Sentencia entiende que en la medida en que el legislador español no las excluyó de forma expresa del tipo penal, las «primas a terceros por ganar» son constitutivas de delito. Se consideró en la sentencia que, de conformidad con la Ley del Deporte, la obligación de un deportista no es sólo «salir a ganar», sino «asegurar que el resultado deportivo se produzca conforme a las normas previas mutuamente conocidas y aceptadas, sin condicionantes externos no incluidos en las reglas que rigen la correspondiente disciplina deportiva». La Sentencia aludía además a que la antijuridicidad material del tipo residía en la existencia de pactos «que se pueden alcanzar de manera clandestina y oculta y que suponen una quiebra del principio de confianza que rige la competición».

En consecuencia, condenó también como supuesto de delito de corrupción deportiva los hechos correspondientes al partido disputado entre el Real Betis Balompié y el Real Valladolid, en el que se otorgaron primas por ganar a los jugadores béticos.

3. La Sentencia del Tribunal Supremo n.º 1014/2022, de 13 de enero⁵⁵

El Tribunal Supremo, en la Sentencia n.º 1014/2022, de 13 de enero, dictada resolviendo el recurso de casación interpuesto por los condenados contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial en el «Caso Osasuna», estimó la condena por la comisión del delito de corrupción deportiva respecto a las primas que se entregaron a los jugadores del Real Betis por dejarse ganar o por perder el partido que les enfrentó al club Osasuna, pero no consideró que hubiera delito de corrupción deportiva en relación

55 <https://www.sennferrero.com/wp-content/uploads/2023/04/Sentencia-TS-Caso-Osasuna.pdf>. Consultada el 9 de mayo de 2024.

al primer partido disputado entre el Real Betis y el Real Valladolid, en los que se les primó por ganar el partido.

Los recurrentes habían argumentado en su recurso que las primas a terceros «por ganar» no son susceptibles de cumplir el tipo objetivo del delito de corrupción deportiva, sosteniendo que habiéndose producido una aplicación extensiva del art. 286 bis 4 del Código Penal que tipifica dicho delito, se habrían vulnerado los principios de legalidad y seguridad jurídica.

Centrándose en las denominadas «primas a terceros» en la sentencia recurrida, primas que se entienden incluidas en el tipo penal por cuanto éste no exige que efectivamente se alcance el resultado pretendido al ser un delito de mera actividad, se consideró en la sentencia recurrida que no existía opinión contraria a considerar incluidas en dicho tipo penal las «primas a terceros por perder», y en cuanto a las «primas a terceros por ganar», consideró la sentencia que «con el ofrecimiento de cantidades o beneficios a un club por ganar un encuentro, no solo se está buscando por el club oferente una ventaja, sino que se producen una serie de efectos concatenados como es, entre otros, el perjuicio de otros equipos que dependen de esos resultados de terceros además de los perjuicios económicos derivados de apuestas o quinielas», remitiéndose al Laudo del TAS de 2/9/2014 y a las disposiciones de la Ley 10/1990 de 15/10 del Deporte y condenando en consecuencia también el supuesto de «primar por ganar» por considerar típica penalmente dicha conducta.

En base a ello, la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida en casación concluyó que se cometió el delito de corrupción deportiva en los dos encuentros de fútbol disputados por el Real Betis Balompíe.

Los recurrentes, en contra de dicha sentencia, consideraron que debía excluirse de la consideración de delito los supuestos de «primas por ganar».

Frente a dicha sentencia, el Tribunal Supremo estimó que «las primas por ganar, sean encubiertas y ofrecidas por un tercero al club al que pertenezcan los jugadores, sin que puedan tener otras connotaciones jurídico-administrativas, sobre las que aquí no se va a entrar, no pueden ser consideradas penalmente típicas, en tanto que, aunque pueda predicarse de tal ofrecimiento, su antijuridicidad formal (predeterminar el resultado deportivo), no lo sería material, en tanto que no infringe el bien jurídico protegido, que lo es el juego limpio, pues, al contrario de lo razonado por la Audiencia, tal incentivo no puede ser lícito cuando lo da el club al que pertenece el jugador, y delictivo cuando lo ofrece un tercero, sin perjuicio de la legislación deportiva al respecto. Por ello, aunque el precepto, en su literalidad, no excluye la prima por ganar un encuentro deportivo ni circunscribe la previsión a dejarse perder en el mismo, razones de antijuridicidad material nos deben llevar a suscribir otra posición, como la dejada expuesta.

Y no solamente desde el plano de la aludida antijuridicidad material, sino desde una visión exclusivamente subjetiva, porque tal comportamiento no está en las manos del jugador. Dicho de otro modo: un jugador puede, con su actuación como una opción posible, perder un encuentro, pero no ganarlo. Y no puede ganarlo porque no depende exclusivamente de su voluntad; sino de otros factores. Y lo que no puede conseguirse voluntariamente, porque es imposible, tampoco puede ser sancionado penalmente. Pen-

semos en una final de fútbol; por más dinero con que se prime a los jugadores de uno de los dos equipos contendientes, no puede asegurarse el resultado de ganar el trofeo en que consista la competición. Pero lo contrario, sí se encuentra en mano de sus protagonistas, pues, así como no puede asegurarse jugar bien, no ocurre lo contrario, pues es perfectamente ejecutable jugar mal intencionadamente y dejarse ganar» y continúa diciendo la Sentencia del Alto Tribunal «La obligación de todo deportista es salir a ganar un encuentro, luego no sería lógico que las primas por cumplir con su obligación fueran penalmente típicas. Nadie comprendería que ver jugar "bien o muy bien" a unos jugadores en el campo, o en la cancha de tenis, pueda ser objeto de sanción penal, y ello, aunque tal comportamiento sea fruto de una prima extradeportiva. Aquí no se sanciona la prima, sin el comportamiento en el campo de juego».

Así pues, el Alto Tribunal estimó que las primas por ganar no son penalmente reprochables, manteniendo que, «Este punto de vista es ciertamente ilustrativo, porque polariza la intervención del derecho penal cuando se priva al deporte de su característica más acusada, que es su aspecto competitivo. De este modo se penalizan los comportamientos que van dirigidos a orillar la competición, por una suerte de predeterminación pactada por perder, y por tanto, por no competir (a ganar). Este debe ser el fundamento de la sanción penal, razón por la cual esas otras conductas han de quedar extramuros del Código Penal».

En virtud de ello, frente al supuesto de «primar por perder» cuya condena evidentemente el Tribunal Supremo mantuvo, revisó en casación la condena de la Audiencia Provincial por el supuesto de «primar por ganar» considerando dicha conducta atípica penalmente por falta de antijuricidad material, rebajando finalmente la pena impuesta a los condenados por la comisión del delito de corrupción deportiva.

En conclusión, el Tribunal Supremo, revocando la Sentencia de la Audiencia Provincial en cuanto a la consideración de la inclusión del supuesto de «primar por ganar» como constitutivo de delito de corrupción deportiva, estimó que, si bien dicha conducta desde el punto de vista de la norma penal sería antijurídica o contraria a derecho por pretender predeterminar el resultado del encuentro deportivo (antijuricidad formal), sin embargo, no estimó que con la misma se lesionara o pusiera en peligro el bien jurídico protegido (antijuricidad material), considerando que «primar por ganar» aunque provenga de terceros ajenos al club cuyos profesionales se prime, no perjudica el *fair play* o juego limpio, que es el bien jurídico protegido en el delito de corrupción deportiva.

IV. Análisis del derecho comparado

1. El Convenio sobre Manipulación de Competiciones Deportivas del Consejo de Europa de 2014

A la entrada en vigor del Código Penal, en diciembre de 2010, no existía ningún instrumento normativo de carácter supranacional específico en materia de fraude deportivo. Posteriormente, en el contexto del Consejo de Europa se aprobó el Convenio sobre Manipulación de Competiciones Deportivas siendo España Estado parte del mismo.

Dicho Convenio fue el número 215 del Consejo de Europa, y fue elaborado en Macolin, Suiza, el 18 de septiembre de 2014. En 2018 todavía no había entrado en vigor. España firmó el mismo el 7 de julio de 2015 pero no se procedió a su ratificación.

El Convenio se estructura en un Preámbulo y 41 artículos, divididos en 9 capítulos. En el mismo Preámbulo se reconoce el carácter transnacional y los vínculos de la criminalidad basada en la manipulación de competiciones deportivas con la delincuencia organizada. Se requiere para la lucha contra estas actividades ilícitas, una cooperación nacional e internacional más intensa, rápida, sostenible y que funcione correctamente» entre los Estados parte.

El artículo 1 establece como finalidad del Convenio, «combatir la manipulación de las competiciones deportivas a fin de proteger la integridad y la ética deportivas respetando la autonomía del deporte».

Respecto a los delitos de corrupción deportiva, su capítulo IV, bajo la denominación de «normas de Derecho penal sustantivo y cooperación en la vigilancia de su cumplimiento» dispone en su art. 15 que:

«1. Cada parte contratante se cerciorará de que su legislación nacional permite imponer sanciones penales a la manipulación de competiciones deportivas cuando lleve consigo prácticas coercitivas, corruptas o fraudulentas, según las definan las leyes nacionales.»

En su artículo 3. 1 del Convenio considera «manipulación de competiciones deportivas», «un acuerdo, una acción o una omisión de carácter intencional cuya finalidad sea alterar ilegalmente el resultado o el curso de una competición deportiva a fin de eliminar, total o parcialmente, el carácter imprevisible de dicha competición con objeto de obtener una ventaja indebida para sí o para otros».

Por su parte, el art. 3.4 define «competición deportiva», «cualquier acontecimiento deportivo que se ajuste a las normas de una de las organizaciones deportivas comprendidas en la relación elaborada por el Comité de Seguimiento del Convenio de conformidad con el art. 31.2 y reconocido por una organización deportiva internacional o, si procede, por otra organización deportiva competente».

Según entiende SÁNCHEZ BERNAL, de lo expuesto se infiere que para el Consejo de Europa, para que adquieran relevancia jurídico penal las conductas activas y omisivas, no sólo deber ir destinadas a la alteración del resultado de una competición deportiva, sino también de se debe eliminar con esa conducta el carácter de imprevisibilidad del propio desarrollo de la competición.⁵⁶

2. El delito de corrupción deportiva en Italia

Italia es el país en el que más casos se han perseguido de fraude deportivo. Los escándalos de soborno deportivo en el ámbito del fútbol han alcanzado una enorme repercusión mediática.

56. SÁNCHEZ BERNAL, J., *El delito de corrupción deportiva tras la reforma de 2015*, Valencia, 49.

La sentencia del Tribunal de Roma de 22 de diciembre de 1980 resolvió el presunto delito de fraude en las quinielas en el que estuvieron involucrados futbolistas de la selección nacional de fútbol.

No obstante, uno de los hechos con mayor impacto social y mediático fue el relativo al denominado caso *Calciopoli* o *Moggate*, por la implicación de Luciano Moggi, agente deportivo italiano y director general de la Juventus desde 1994 hasta el 14 de mayo de 2006, año en que estalló el escándalo, que supuso la pérdida de varios títulos de liga para la Juventus de Turín, su descenso de categoría a la Serie B, y una multa de 120000 euros, y que afectó también a otros clubes deportivos como la Lazio y la Fiorentina que bajaron también de categoría.⁵⁷

La trascendencia de estos sucesos motivó en la tipificación de las conductas específicas de fraude o corrupción deportiva.

El legislador italiano ha optado por regular el delito de corrupción privada, por un lado, a través de una reforma operada en el marco de los delitos societarios, a través del Decreto Legislativo 61, de 11 de abril de 2002, que estableció los ilícitos penales y administrativos que conciernen a las sociedades mercantiles y mediante la cual se introdujo el delito de comportamiento desleal por dádiva o promesa de favor, protegiéndose de esta forma los intereses económicos de las sociedades; y por otro lado, principalmente y de forma más concreta para el delito de corrupción deportiva, a través de una ley penal especial, la Ley n.º 401, de 13 de diciembre de 1989, sobre intervenciones en el sector del juego y de las apuestas clandestinas y tutela del correcto desenvolvimiento de las competiciones deportivas. Esta disposición fue modificada a través del Decreto-Ley n.º 119, de 22 de agosto, de 2014, sobre Medidas urgentes en contraste a los fenómenos de ilegalidad y violencia en los espectáculos deportivos, de reconocimiento de la protección internacional, así como para asegurar la funcionalidad del Ministerio de Interior.⁵⁸

El artículo 1 de la Ley 401/1989 tipifica el delito de corrupción deportiva de la siguiente forma:

«Artículo 1. El que ofrece o promete dinero u otra utilidad o ventaja a alguno de los participantes de una competición deportiva organizada por las federaciones reconocidas por el Comité Olímpico Nacional Italiano (CONI), por la Unión Italiana para el desarrollo de la raza equina (UNIRE) o por otras entidades deportivas reconocidas por el Estado y por las asociaciones a ellas adheridas, con el fin de conseguir un resultado distinto al que se seguiría del correcto y leal desarrollo de las competiciones, o bien realice otros actos fraudulentos dirigidos al mismo fin, será penado con las reclusión de dos a seis años y con multa de 1000 a 4000 euros.

Las mismas penas se aplicarán al participante de la competición que acepta el dinero u otra utilidad o ventaja, o acepta su promesa.

Si el resultado de la competición es relevante respecto al desarrollo de los concursos de pronósticos y apuestas ejercidos regularmente, respecto de los hechos descritos en los apartados 1 y 2, la pena de reclusión es aumentada hasta la mitad y se aplica la pena de multa de 10000 a 100000 euros».

57. GIUNTA, F., *Deporte y Derecho penal: a propósito de la «Calciopoli»*, en MORILLAS CUEVA, I., y MANTOVANI, F (dirs); BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., (coord.): *Estudios sobre Derecho y Deporte*, 2018, 359-366.

58. SÁNCHEZ BERNAL, J., *El delito de corrupción deportiva tras la reforma de 2015*, Valencia, 2018, 51.

Por tanto, en la legislación penal italiana, se castiga como conducta de corrupción deportiva «el ofrecimiento o la promesa de dinero o cualquier otra utilidad o ventaja a alguno de los participantes de una competición deportiva», y se exige que dicho ofrecimiento y promesa sea, con la finalidad de conseguir un resultado distinto al que se conseguiría con el correcto y leal desarrollo de las competiciones, lo que implica que la finalidad del sujeto activo con su conducta debe ser la de alterar el resultado de la competición.

Con la misma penalidad se castiga a quién realice «*otros actos fraudulentos dirigidos al mismo fin*».

En Italia, se distingue, por tanto, entre conductas de corrupción y conductas de fraude en el deporte. Las primeras estarían conformadas por la alteración de un resultado fruto del ofrecimiento de una ventaja o utilidad —soborno—, mientras que el fraude correspondería a un concepto más amplio en el que se incluirían cualesquiera «*otros actos fraudulentos*» —no constitutivos de un soborno— tendentes a tal fin.⁵⁹

Respecto a lo que se considera «competición deportiva» se entiende por tales las organizadas por las federaciones reconocidas por el Comité Olímpico Nacional Italiano, por la Unión Italiana o por otras entidades deportivas reconocidas por el Estado, por lo que se exige un mínimo de reconocimiento estatal de la competición para que sea punible desde el punto de vista jurídico penal la conducta de fraude.

Las mismas penas se imponen al participante de la competición que acepta el dinero, la ventaja u otra utilidad, o bien la promesa, castigándose de igual forma la modalidad activa y la pasiva.

Se prevé, por último, un tipo agravado cuando el resultado de la competición es relevante respecto a los concursos de pronósticos y apuestas ejercidos regularmente.

Para juristas italianos como LAMBERTI, este tipo penal se concibe como un delito pluriofensivo que afecta tanto a la eliminación del espíritu deportivo, como a la disminución de la aleatoriedad de las apuestas.⁶⁰

3. El delito de corrupción deportiva en Portugal

Al igual que en Italia, la motivación de establecer una regulación jurídico penal a las conductas de corrupción en el deporte vino derivada del caso *Silbato Dorado*, en 2004, que afectó a dirigentes de los equipos de fútbol del Boavista y del Oporto, Valentim Loureiro y Jorge Pinto da Costa, en los que se investigó la compra de voluntades arbitrales por parte de los directivos de ambos clubes⁶¹.

Como resultado del mismo, dio lugar a la detención de árbitros, representantes de los clubes y del mismo presidente de la Liga Portuguesa de Fútbol Profesional.

59. *Id.*, 25.

60. LAMBERTI, A., *La frode sportiva*, Nápoles, 1990, 189.

61. SÁNCHEZ BERNAL, J., *El delito de corrupción deportiva tras la reforma de 2015*, Valencia, 53.

Portugal, al igual que Italia, parte de la regulación en una ley penal especial, la *Ley 50/2007, de 31 de agosto*, por la que se establece un régimen de responsabilidad penal por comportamientos antideportivos, susceptibles de afectar a la verdad, la lealtad y la corrección de la competición y de sus resultados en la actividad deportiva. Dicha ley fue modificada posteriormente por las leyes 30/2015, de 22 de abril, y 13/2007, de 2 de mayo.

La Ley 50/2007 subraya la necesidad de proteger la «verdad, la lealtad y la corrección de la competición y de sus resultados en la actividad deportiva»⁶².

Respecto a la tipificación de los delitos de corrupción deportiva, los artículos 8 y 9 de la Ley 50/2007 establecen lo siguiente:

«Artículo 8. Corrupción pasiva.

El agente deportivo que, por sí, o por persona interpuesta, con su consentimiento o ratificación, solicite o acepte, para sí o para tercero, sin que le sea debida, ventaja patrimonial o no patrimonial, o su promesa, para realizar cualquier acto u omisión destinados a alterar o falsear el resultado de una competición deportiva, aunque estos sean anteriores a dicha solicitud o aceptación, será castigado con pena de prisión de 1 a 8 años».

«Artículo 9. Corrupción activa.

1. Quien, por sí o por persona interpuesta, con su consentimiento o ratificación, dé o prometa a un agente deportivo, o a terceros con conocimiento de aquel, ventaja patrimonial o no patrimonial, que no le sea debida, con el fin indicado en el artículo anterior, será castigado con pena de prisión de 1 a 5 años.

2. Es punible la tentativa».

Por «agentes deportivos» entiende el legislador italiano, (art. 2 apdo. f) tanto los dirigentes, técnicos, árbitros, empresarios y personas colectivas deportivas, como todos aquéllos a quienes en las competiciones son llamados a participar de algún modo en ellas.

Al igual que en el modelo italiano o el modelo español, se castiga tanto la corrupción deportiva activa, es decir, cualquiera que, por sí o por persona interpuesta, dé o prometa a un agente deportivo, o a terceros con conocimiento de aquel, una ventaja patrimonial o no patrimonial con la finalidad de alterar o falsear el resultado de una competición deportiva; como la corrupción pasiva, que implica el castigo con una pena superior al agente deportivo que, por sí o por persona interpuesta, solicite o acepte, para sí o para un tercero, esa ventaja patrimonial o no patrimonial.

En ambas conductas se exige que el objeto del delito de corrupción, es decir, la ventaja patrimonial o no patrimonial, o bien la promesa ofrecida o solicitada, no sea debida, puesto que siendo la misma debida, haría atípica la conducta.

El artículo 10 de la Ley 50/2007 también recoge un delito de tráfico de influencias que sanciona a quien abusa de su influencia real o supuesta para conseguir los fines propios del soborno.

62. CORTÉS, E., *El delito de corrupción deportiva*, Valencia, 2012, 47.

Por último, el modelo portugués expresamente considera punible las formas imperfectas de ejecución del hecho delictivo, como la tentativa, que se produciría cuando el agente deportivo no hubiera obtenido la ventaja patrimonial o no patrimonial que se le hubiera prometido u ofrecido a pesar de haber alterado con su conducta el resultado de la competición.

4. El delito de corrupción deportiva en Alemania

En Alemania, el Ministerio de Justicia y Protección de los Consumidores propuso, el 3 de noviembre de 2015, una modificación del Strafgesetzbuch para introducir dos nuevos tipos penales: la estafa en las apuestas deportivas y la manipulación de competiciones deportivas profesionales⁶³.

Dicha propuesta dio lugar al Proyecto Gubernamental de 20 de junio de 2016, de reforma del Código Penal, siendo la 51. Ley de Reforma del Código Penal alemán.

La reforma introdujo en el art. 265 c StGB la modalidad de «estafa en las apuestas deportivas» y el art. 265 d StGB, bajo la rúbrica «manipulación de competiciones deportivas profesionales». Mientras que con el primer tipo penal se tutelarían las conductas que vendrían a afectar al ámbito socio económico del deporte, los delitos de manipulación de competiciones deportivas profesionales estarían destinados a amparar el *fair play* o juego limpio en el deporte.

El delito de fraude en apuestas deportivas del Código Penal Alemán castiga a «quien, en calidad de deportista o entrenador, exija, se deje prometer o acepte un beneficio, para sí o para un tercero, a cambio de influir en el desarrollo o el resultado de una competición deportiva organizada en beneficio del oponente en la competición, como resultado de lo cual se obtiene un beneficio pecuniario ilícito por una apuesta deportiva pública realizada en dicha competición».

De su redacción se evidencia que no se configura como un delito de mera actividad, como sucede en el supuesto del derecho penal español o el portugués, exigiéndose que como resultado de dicho soborno se obtenga un beneficio pecuniario ilícito en una apuesta deportiva pública.

De la misma forma, se castiga a «quien ofrezca, prometa o conceda a un atleta o entrenador un beneficio para sí mismo o para un tercero a cambio de influir en el desarrollo o el resultado de una competición deportiva organizada en beneficio del oponente en la competición, como resultado de lo cual se obtenga un beneficio pecuniario ilícito por una apuesta deportiva pública realizada en esa competición» tratándose de la modalidad activa del mismo tipo penal.

El apartado tercero, y de la misma forma, castiga a «quien, en calidad de juez o árbitro, exija, se deje prometer o acepte un beneficio para sí o para un tercero a cambio de influir en el desarrollo o resultado de una competición deportiva organizada de manera que sea contrario a las normas, como resultado de lo cual se obtenga un beneficio pecuniario».

63. *Ibid.* 57.

siendo la modalidad pasiva, y castigando con la misma pena al autor de la modalidad activa, «quien ofrezca, prometa o conceda a un juez o árbitro un beneficio para sí o para un tercero a cambio de influir en el desarrollo o resultado de una competición deportiva organizada de manera contraria a las reglas, como resultado de la cual se obtenga un beneficio pecuniario ilícito por una apuesta deportiva».

Por su parte, con el delito de manipulación de competiciones deportivas profesionales se castigan las conductas de los deportistas o entrenadores tendentes a exigir, permitir, o aceptar un beneficio, para sí mismo o para un tercero, a cambio de influir en el curso de un resultado de una competición deportiva profesional de forma anticompetitiva para el beneficio del oponente, o bien a quien ofrezca, prometa o conceda el referido beneficio, tipificando dichas conductas de forma análoga a como se realiza en el modelo español, portugués o italiano, tutelando con ello el *fair play* o juego limpio.

V. Conclusiones

Como expuse en la introducción del presente artículo, la corrupción en general, y también en el ámbito deportivo, debido a los intereses económicos que rodean en la actualidad el mundo del deporte, constituye uno de los más graves problemas de la sociedad, de tal modo que se ha impuesto por parte de los poderes públicos una política de «tolerancia cero» frente a la corrupción.

Ello motivó la tipificación del delito de corrupción deportiva en la reforma del Código Penal, operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, que modificó el Código Penal en cuanto a la tipificación del delito de corrupción en los negocios o entre particulares, y que pretendía establecer una garantía de una competencia justa y honesta en el sector privado.

Dicha reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, supuso el cambio de rúbrica de la Sección 4.^a bajo el epígrafe «Delitos de corrupción en los negocios», dentro del Capítulo IX, «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores» configurándose un tipo básico de delito de corrupción en los negocios, dos tipos autónomos relativos al ámbito deportivo y al ámbito internacional, y las agravaciones de todas estas modalidades de corrupción.

El delito de corrupción entre particulares, del que surge el delito de corrupción deportiva como tipo autónomo, es un delito contra el patrimonio y el orden socioeconómico que castiga la corrupción en el ámbito empresarial y en el de los negocios. En concreto, con el delito de corrupción deportiva se tutela, de acuerdo con la opinión doctrinal mayoritaria, el *fair play*, juego limpio o «espíritu propio de la limpia competición deportiva», y por otro lado también se protege, la afectación de intereses socioeconómicos.

Para la determinación de los sujetos activos tanto de la modalidad activa como de la modalidad pasiva del delito de corrupción deportiva, es transcendental acudir a la actual Ley del Deporte 39/22, de 30 de diciembre, que permite determinar los miembros de las entidades deportivas que ocuparían los cargos de «*directivos, administradores, emplea-*

dos o colaboradores» de las mismas, así como aquéllos que tendrían la consideración de «*deportistas, árbitros o jueces»*, llegando a establecer una definición de «*deportista profesional»* y regulando las categorías de los mismos.

Con respecto a las conductas concretas tipificadas como delito de corrupción deportiva destaca la problemática doctrinal en torno a las llamadas «*primas a terceros por ganar»*, aquéllas en las que se prometen por parte de un tercer club deportivo o entidad interesados en que se produzca un determinado resultado en la prueba o en el encuentro donde el deportista o deportistas primados participan. La mayor parte de la doctrina estimó que con dicha conducta no se altera el curso normal de la competición deportiva, en tanto que los equipos juegan con la intención de ganar, y vencer se convierte en el deber primordial del deportista. De esta forma, las primas por ganar carecen de la necesaria antijuridicidad material de la conducta para lesionar el bien jurídico, y así lo consideró también la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1014/2022, de 13 de enero de 2023, caso Osasuna, como argumentó el Alto Tribunal.

Como crítica al sistema jurídico actual, en cuanto a la persecución penal del delito de corrupción deportiva, la problemática en torno a su complicada instrucción debido a los diferentes agentes que participan en el mismo (directivos y administradores de entidades deportivas, jugadores profesionales, agentes profesionales, árbitros y demás personas que intervienen en el mismo); su incidencia actual en el ámbito de los negocios, principalmente en el de las apuestas deportivas; la afectación a las entidades deportivas en cuanto a personas jurídicas con responsabilidad penal y sometidas a un régimen de *compliance* para evitar su consideración como coautores de tales conductas ilícitas; los elevados intereses económicos en juego principalmente para las entidades deportivas que pugnan por permanecer en las máximas categorías profesionales; unido todo ello a la falta de especialización de los profesionales encargados de perseguir la corrupción deportiva, principalmente por parte de los jueces y de los fiscales encargados de su instrucción, ha motivado la existencia de escasas sentencias condenatorias en el ámbito penal a pesar de los numerosos casos surgidos en los últimos años, y ello por cuanto la mayor parte de los supuestos acaecidos no han trascendido de la mera fase instructora.

Es por ello que considero que garantizaría la correcta instrucción de las causas penales, la exigencia de una necesaria especialización de los operadores jurídicos en los delitos de corrupción en el ámbito deportivo, dada la necesidad por parte de los instructores de conocer, no sólo las concretas figuras delictivas, sino también la legislación administrativa aplicable, principalmente la Ley del Deporte 39/22, de 30 de diciembre, e incluso, con respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al afectar a los clubes y a las Sociedades Anónimas Deportivas, la normativa de *compliance* penal que afecta a las mismas. Al respecto, y en concreto con respecto al caso «*Oikos»* que terminó con el dictado de auto de sobreseimiento, el primer juez instructor de la causa, Ángel de Pedro, ya reconoció en un auto de noviembre de 2022 la extraordinaria dificultad que entraña la persecución de la corrupción en el deporte. De ahí la necesidad de la especialización en estos tipos delictivos de todos los operadores jurídicos y la necesidad de incrementar los medios puestos al servicio de la Administración de justicia para combatir estas conductas.

Deviene por tanto una necesidad para nuestro sistema jurídico penal actual, la formación especializada tanto de jueces, fiscales, como de agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con la creación de unidades especializadas, para lograr el mayor

éxito en la lucha y represión de las conductas constitutivas de delito de corrupción en el ámbito deportivo.

VI. Bibliografía

- BENÍTEZ, I.** *El delito de «fraudes deportivos». Aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos del artículo 286 bis 4 del Código Penal*, Madrid, 2011
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y CERINA, G.M.** «Algunos problemas del nuevo delito corrupción en el deporte», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 18, Iustel, Madrid, 2012
- CABANA, F.** «Hacia un delito de corrupción en el sector privado». *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, n.º XIII, 2002
- CARUSO FONTÁN, M.V.** «El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado», en *Revista Foro, Nueva época*, n.º 9, 2009, 171-172
- CASTRO, A.** «Capítulo 23, Corrupción en los negocios, Sección 4. Tipos agravados», en *Oli-va-Ayala Abogados: Memento Práctico Francis Lefevgre*, Penal Económico y de la Empresa, 2016
- CORTÉS, E.** *El delito de corrupción deportiva*. Tirant lo Blach, 2012
- ENCINAR DEL POZO, M, A.** *El Delito de Corrupción Privada en el Ámbito de los Negocios*. Pamplona, 2016
- GIUNTA, F.**, «Deporte y Derecho penal: a propósito de la «Calciopoli»», en **MORILLAS CUEVA, I.**, y **MANTOVANI, F.** (dirs); **BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.**, (coord.): *Estudios sobre Derecho y Deporte*, 359-366.
- LAMBERTI, A.**, *La frode sportiva*. Nápoles, 1990
- MORILLAS CUEVA, L.** «Capítulo 3. El tratamiento jurídico del fraude en el deporte en el Derecho comparado. Las experiencias de Italia, Portugal y Alemania», en **CARDENAL CARRO, M.**; **GARCÍA CABA, M.M.** y **GARCÍA SILVERO, E.A.** (coords): *¿Es necesaria la represión penal para evitar los fraudes en el deporte profesional?*, Laborum, Murcia, 2009
- SÁNCHEZ BERNAL, J.**, *El delito de corrupción deportiva tras la reforma de 2015*. Valencia, 2018.

EL ADULTERIO EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

Adultery in Spanish historical law

Mercedes Ten Doménech

Profesora de Filosofía del Derecho. Universidad CEU Cardenal Herrera
mercedes.tendomenech@uchceu.es

Resumen:

El adulterio ha sido considerado un delito cometido por mujer casada a lo largo de todo el Derecho histórico español hasta prácticamente mediados del siglo XX. Para entender la especificidad de este tipo penal, es necesario profundizar en el bien jurídico que el legislador, en cada momento histórico, ha buscado proteger mediante su distinta tipificación. A la luz de este análisis, se revela una mentalidad social eminentemente patriarcal cuya influencia se refleja de manera constante en las sucesivas modificaciones que ha experimentado el marco normativo que contempla la infidelidad conyugal. A través del delito del adulterio, por consiguiente, se pone de manifiesto los fundamentos y principios morales rectores de la sociedad española en distintos momentos históricos, enriqueciendo, desde una perspectiva jurídica, no sólo los estudios históricos, sino también los de género.

Palabras clave:

Adulterio, derecho penal, género, desigualdad, tradición.

Abstract:

Adultery has been considered a crime committed by married women throughout Spanish historical law until practically the middle of the 20th century. In order to understand the specificity of this criminal offence, it is necessary to delve deeper into the legal good that the legislator, at each historical moment, has sought to protect through its different criminalisation. In the light of this analysis, an eminently patriarchal social mentality is revealed, the influence of which is constantly reflected in the successive modifications that the regulatory framework for marital infidelity has undergone. Through the crime of adultery, therefore, the foundations and guiding moral principles of Spanish society at different and very specific historical moments are revealed, enriching, from a legal perspective, not only historical studies, but also gender studies.

Key words:

Adultery, criminal law, gender, gender inequality, tradition.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Del Fuero Juzgo a la Novísima Recopilación.
- III. El Código Penal de 1822, 1848 y 1870.
- IV. Código Penal de 1928, 1932 y 1944.
- V. Conclusión.
- VI. Bibliografía.

I. Introducción

El adulterio ha sido considerado un delito cometido por mujer casada a lo largo de todo el Derecho histórico español hasta prácticamente mediados del siglo XX. Se trata de un delito punido con especial severidad en prácticamente todas las legislaciones, ya que comprende en sí mismo tres delitos que atentan contra: el orden público, al perturbar la paz y la estabilidad de la familia; el orden privado, al vulnerar el honor del marido agraviado y del padre; y el orden divino, puesto que la adúltera comete un perjurio sacrilego que trastoca las relaciones familiares y pone en duda la legitimidad de la prole. Sin embargo, en España, en mayo de 1978, son derogados los artículos 449 y 452 del Código Penal de 1944 relativos al adulterio y el amancebamiento. Tanto el adulterio como la convivencia entre personas que mantienen una relación sentimental fuera del contexto del matrimonio dejan de ser considerados delitos en el territorio español. Se trata de un fenómeno que revela un cambio de mentalidad inusitado, ya que desde el antiguo Derecho histórico castellano no se había producido prácticamente modificación alguna a este respecto, es decir, el adulterio jamás había dejado ser un delito punible. La derogación del articulado referido al adulterio llevada a cabo en el último tercio del siglo XX supone una abrupta ruptura con la tradición legal que durante siglos había punido severamente la infidelidad marital. No obstante, el adulterio ya había sufrido a lo largo de todos estos años atrás algunas modificaciones que ponen de manifiesto un progresivo cambio en los principios morales rectores de la sociedad española. Por ello, este estudio tiene el propósito de ahondar en las raíces que, a lo largo de los siglos, ha fundamentado la tipificación del adulterio y que da razón del particular modo en el que ha sido tratado por el legislador.

II. Del Fuero Juzgo a la Novísima Recopilación

En el Derecho romano se trata el delito de adulterio de distinto modo en función del sexo del comitente. Mientras que la esposa tiene la obligación de guardar fidelidad al marido, éste, por su parte, no¹. En consecuencia, la mujer, de acuerdo con el Derecho romano primitivo puede ser acusada de adulterio por su marido, quien, a causa de tal

1. Ya en el Derecho romano el sexo era causa modificativa de la capacidad de obrar, lo que se traducía en un trato discriminatorio hacia las mujeres que trascendía a la esfera pública.

hecho, se halla facultado para quitarle la vida sin que tal acto sea considerado homicidio. En concreto, la Lex Julia de *adulteriis* contempla el adulterio como un delito público y dispone que a la mujer y su amante —el correo— le sean confiscados sus bienes. No obstante, prevé una pena inferior si su marido había incurrido en adulterio previamente a tal hecho. Años después, Justiniano (*Novel. 134; Authent. Sed hodie*) dispone la pena de muerte únicamente para el amante, quedando la mujer adúltera a merced de la voluntad del marido que puede castigarla y encerrarla en un monasterio².

Por lo que respecta al Derecho histórico castellano, hallamos que en el Fuero Juzgo³ se ordena que la mujer soltera que comete adulterio con un hombre casado sea puesta a disposición de la mujer del hombre con quien yació para que «vengue de ella como quisiere»⁴. Asimismo, prescribe que la mujer casada adúltera y su amante, junto con sus bienes, queden a disposición del marido⁵, que puede incluso matarlos sin ser estimado como homicidio⁶. No obstante, dispone que, si estando la adúltera en posesión del marido se juntan carnalmente, éste pierde los derechos sobre sus bienes. Esta potestad sancionadora no sólo recae sobre el esposo, sino que también, sobre el padre, hermanos y tíos⁷. El padre puede matar a la hija que en su casa cometiera adulterio sin incurrir en delito alguno, más si no quiere matarla puede hacer de ella y del adúltero lo que quisiera. En ausencia de padre, los tíos y hermanos pueden, asimismo, hacer de los implicados lo que consideren⁸. En el Fuero Real, se amplía el abanico de posibles acusadores, extendiéndose a cualquier varón que esté en conocimiento del mismo, siempre y cuando el marido lo permita, pues si este quisiera no acusar y perdonar, ningún otro hombre podría entonces demandar a la mujer adúltera⁹. Además, esta legislación es todavía más severa y dictamina que «ambos sean en el poder del marido y que haga con ellos lo que quisiere, pero no puede dejar a uno y al otro matarlo»¹⁰; esto es, que debe matar a ambos o a ninguno. Sin embargo, la mujer desposada que cometiera adulterio ordena que «él y ella con sus bienes sean metidos en poder del esposo, así que sean sus siervos, mas no los pueda matar»¹¹. Dispone, además, que el hombre que hubiera cometido adulterio no puede acusar a su mujer si ella del mismo modo lo hiciera pos-

-
2. Ana BENITO DE LOS MOZOS; Eva M. MARTÍNEZ GALLEGO, «Mujer, ¿sujeto u objeto de Derecho?» M. Teresa López de la Vieja (ed.), *Feminismo. Del pasado al presente*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2000, p. 90.
 3. Si la mujer comete adulterio con un siervo o liberto deben morir, siendo ambos azotados con varillas y quemados. *Fuero Juzgo*, Libro III, Título II, Ley 1. (ed.) de Juan de la Reguera Valdelomar, 1798, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.
 4. *Fuero Juzgo*, Libro III, Título IV, Ley 8.
 5. *Fuero Juzgo*, Libro III, Título IV, Ley 12.
 6. *Fuero Juzgo*, Libro III, Título IV, Ley 4.
 7. *Fuero Juzgo*, Libro III, Título IV, Ley 13.
 8. *Fuero Juzgo*, Libro III, Título IV, Ley 5.
 9. *Fuero Real de Alfonso X el Sabio*, Libro IV, Título VII, Ley 3. (ed.) PÉREZ MARTÍN, Antonio, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015. «Quando alguna muger casada o desposada ficiere adulterio, todo ome la pueda acusara: et si el marido non la quisiere acusar, nin quisiere que otro la acuse, ninguno non sea recebido por acusador en tal fecho como, ca pues él quiere perdonar a su muger este pecado, no es derecho que otro gelo acuse, ni gelo demande por malquerencia, ni de otra guisa».
 10. *Fuero Real*, Libro IV, Título VII, Ley 1.
 11. *Fuero Real*, Libro IV, Título VII, Ley 2.

teriormente¹². Curiosamente, al contrario que al marido, legitima al padre para matar a uno o ambos sin pena adherida si halla en su casa a su hija yaciendo con alguno¹³. Tanto en el Fuero Juzgo (1241)¹⁴ como en el Fuero Real (1255) la mujer aparece como la única posible acusada del delito de adulterio; al igual que en las Siete Partidas (1252-1284) a pesar de que en la definición de adulterio que realiza sea el hombre el que aparece como el que perpetra tal delito:

«Adulterio es yerro que ome faze a sabiendas, yaciendo con muger casada, o desposada con otro. E tomo ese nombre de dos palabras de latín, alterus et thorus; que quiere decir como ome que va, o fue al lecho de otro; por quando la mujer es contada por lecho del marido con quien es ayuntada, e non el della...»¹⁵

Sin embargo, a continuación, ofrece una interesante aclaración que esclarece el particular modo en el que el legislador aborda este delito, esto es, la razón por la que se realiza una distinción en función del sexo del comitente. Dado que la mujer es contada por lecho de su marido, y no él de ella, los sabios antiguos resolvieron que, aunque el hombre casado yaciere con otra mujer, no puede su esposa acusarle ante un juez seglar por esta razón. Del adulterio que hace el varón con otra mujer no nace daño ni deshonra a la suya, mientras que del adulterio que hiciere su mujer con otro, queda el marido deshonrado al recibir la mujer a otro en su lecho. A ello, se suma que del adulterio femenino se desprenden peores consecuencias para el marido, pues si se quedase embarazada de aquel con quien cometiò el adulterio, vendría el hijo extraño, heredero en uno con sus hijos; lo que no ocurriría del adulterio que el marido hiciere con otra. «Pues que los daños y deshonras no son iguales, conveniente que el marido tenga esta mejoría, que pueda acusar a su mujer de adulterio si lo hiciere, y ella no a él, y esto fue establecido por las leyes antiguas, aunque según juicio de la Santa Iglesia no sería así»¹⁶. Asimismo, se estima que la mujer no sufre injurias con la infidelidad de su esposo y, por tanto, tampoco contempla para ella la posibilidad de interponer esta acción contra su marido.

Constatamos pues, que el hombre casado no es reo del delito de adulterio, pues de su infidelidad no se desprende deshonra alguna para su mujer. Sin embargo, la mujer casada siempre que yazca con otro, con independencia del estado civil de aquél, incurre en delito de adulterio, pues existe el agravio al honor del esposo. Todo ello a pesar de que la doctrina de la Iglesia Católica determine que el hombre casado que copule con mujer casada, viuda o soltera que no es suya, comete adulterio, al igual que si tal acto lo realiza la mujer casada. Si bien el hombre casado que yace con mujer casada no incurre en delito de adulterio es considerado, no obstante, cómplice del adulterio que ha cometido la mujer casada, por lo que es punido de forma indirecta. Dicho de otro modo, únicamente es penado como cómplice de adulterio el hombre que yace con mujer casada, ya que la autoría es considerada en exclusiva de la mujer, pues se considera que es ella la que mancilla el honor de su esposo. Ahora bien, si el hombre casado yace con mujer viuda o

12. *Fuero Real*, Libro IV, Título VII, Ley 4.

13. *Fuero Real*, Libro IV, Título VII, Ley 6.

14. Se trata de un código que recoge la legislación y traduce el Liber Iudiciorum promulgado por Recesvinto en el año 654 que recoge el régimen jurídico unitario penal, civil y eclesiástico para toda la población hispano romana como para la de origen godo.

15. *Partida VII*, Título XVII, Ley 1, Salamanca, Por Andrea de Portonariis, 1555, p. 65.

16. *Partida VII*, Título XVII, Ley 1.

soltera, ninguno de los implicados incurre en delito de adulterio, por tanto, no cabría pena para ninguno de los dos. Sin embargo, la legislación ordena que la mujer libre sea puesta a disposición de la mujer agraviada para que se venga como quisiera. Podría aducirse que el legislador trata de persuadir a la mujer soltera de no inmiscuirse en matrimonio ajeno en un alarde de querer proteger la unidad familiar, pero de ser así, también penaría de algún modo al hombre casado. Este fenómeno evidencia que no se trata únicamente de punir lo que sería un atentado contra el orden social encarnado a pequeña escala en la familia, sino que se pone de manifiesto un afán por controlar la sexualidad femenina, que, sin embargo, no se advierte en el caso de los hombres.

Tras la acusación de adulterio y la celebración del juicio pertinente, resolviéndose la culpabilidad de la adúltera y su cómplice, recae sobre la primera el azote y la reclusión en monasterio, y sobre el segundo, la pena de muerte¹⁷. El marido es el único que puede acusar a su mujer de adulterio y en su lugar, el padre de ella, hermano, tío o finalmente la madre. De este modo se pretende proteger a la familia de posibles injurias por parte de extraños, concediéndoles a los parientes, asimismo, la posibilidad de callar y consentirlo en caso de darse¹⁸. Pero, en caso de repetirse el adulterio tras haber sido perdonada por el marido, sus parientes tienen la potestad de hacerlo con independencia de que el esposo quiera perdonarla esta vez o no. No obstante, disuelto el matrimonio, el marido y el padre disponen de sesenta días útiles para probar el adulterio, y en caso de no hacerlo, ninguno de los dos incurre en un delito por injurias. Pero si antes de ser disuelto el matrimonio, marido o posibles acusadores denunciaron a la mujer por adulterio, no siendo posteriormente probado y advirtiéndole el juez la doblez y malevolencia de tal acción, deberán ser condenados a la misma pena que ella hubiera recibido en caso de ser declarada culpable de tal delito. La mujer es así protegida de posibles difamaciones y, aunque la Partida IV, título IX, ley 15 dispone que el que acuse a su mujer de adulterio, debe someterse a la pena dispuesta para ella en caso de no ser probado, lo cierto es que en la glosa 3 se declara que tal disposición está en desuso, pues de lo contrario, disuadiría a posibles acusadores por los problemas que le pudiera repercutir en caso de hallar dificultades a la hora de probar el delito.

En caso de sospecha, el marido tiene potestad de prohibir al susodicho que entre en su casa o se reúna con su mujer en cualquier lugar. Si tras la advertencia, es descubierto con ella en alguna casa o lugar apartado, puede matarlo sin ser condenado por ello. No obstante, si los hallase juntos por la calle, debe valerse de tres testigos que así lo ratifiquen y llevarlo hasta el juez, quien le dará pena de adulterio¹⁹. En caso de ser pillados *in fraganti* por el marido, es decir, que el esposo hallare a algún hombre en su casa o en otro lugar yaciendo con su mujer, puede entonces matarlo sin pena alguna —excepto que el hombre en cuestión sea alguien a quien deba reverencia—, más no puede matar a su mujer, debiendo dejarla en manos del juzgador que es quien impartirá la justicia que la ley manda²⁰. En este sentido, como ya veníamos adelantando, se dispone que la mujer adúltera sea «castigada e ferida públicamente con azotes, e puesta encerrada en algún monasterio de dueñas e además desto debe perder la dote, e las arras que le fueron dadas por razón de casamiento y deben ser del marido»²¹. No obstante, el marido tiene

17. Partida VII, Título XVII, Ley 15.

18. Partida VII, Título XVII, Ley 2.

19. Partida VII, Título XVII, Ley 12.

20. Partida VII, Título XVII, Ley 13.

21. Partida VII, Título XVII, Ley 15.

hasta dos años para perdonar a su mujer, siéndole en tal caso restituida la dote y las arras. Pero de no hacerlo o de morir él antes de esos dos años, la mujer queda recluida para siempre con las otras monjas.

A la mujer casada no le es reconocido el derecho de no ser acusada de adulterio, si su esposo lo hubiera cometido con anterioridad. Ésta únicamente queda exculpada cuando: primero, el marido desiste en su acción interpuesta contra su mujer; segundo, cuando éste declare ante un juez no querer acusar a su esposa adúltera; tercero, si el marido se acostara con su mujer siendo conocedor del adulterio; cuarto, si su esposo hubiera consentido la infidelidad; quinto, cuando la mujer hubiera sido forzada; sexto, cuando la mujer comete adulterio por error, pensando que era su esposo y séptima, si el marido se volviera moro, judío o hereje²². Cabe destacar, que al contrario que en el Fuero Real, en las Partidas se dispone que el padre que halle a su hija casada cometiendo el delito de adulterio puede matarla a ella y a su amante, pero no puede matar a uno y dejar al otro²³. El legislador pretende con ello que la compasión natural que nace del padre para con la hija adúltera, impida la muerte de su cómplice²⁴. Es preciso tener en cuenta que la mujer continúa bajo la patria potestad del padre a pesar haberse casado de acuerdo a lo establecido en la Partida VI, título XLVI, ley 5.

En las Siete Partidas se pone de manifiesto el legado del Derecho Romano que, en el caso del sistema de plazos, está de él tomado íntegramente, siendo de seis meses a contar desde que se cometió el adulterio²⁵. No obstante, Collantes de Terán sostiene que, en esta materia, como en prácticamente todo el Derecho penal, las Siete Partidas resultan pura teoría, no derecho positivo, aplicándose en la práctica el Fuero Real y demás leyes del reino²⁶. En este sentido, las Leyes del Estilo publicadas a principios del siglo XIV, también conocidas como Declaraciones de las leyes del Fuero Real —dado que son un grupo de observaciones y prácticas judiciales relativas al Fuero Real—, confirman la aplicación de lo dispuesto en el Libro IV, Título VII, Ley 1, esto es, que los adúlteros pasan a disposición del marido, pudiendo matar éste a ambos o a ninguno. Sin embargo, la Ley 96 del Estilo, introduce una disposición para persuadir al marido agraviado de no acabar con la vida de los adúlteros, de modo que, si tras ser declarados culpables uno de ellos escapara, le prohíbe matar al que estuviera en sus manos, mientras que no le sea entregado el fugitivo en las mismas condiciones²⁷. Las Partidas no corrigen lo dispuesto en el

22. *Partida VII*, título XVII, Ley 7 y *Partida IV*, título IX, Ley 6.7 y 8.

23. *Partida VII*, Título XVII, Ley 14.

24. *Partida VII*, Título XVII, Ley 14. «E la razon por que se mouieron los Sabios antiguos a otorgar al padre este poder de matar a ambos, e non al vno, es esta; porque puede el ome auer sospecha que el padre aura dolor de matar su fija, e porende estorcera el varon por razon delta. Mas si el marido ouiesse este poder, tan grande sena el pesar que auria del tuerto que recibiesse, que los matana a entrambos».

25. *Partida VII*, Título XVII, Ley 3.

26. M.^º José COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, «El delito de adulterio en el derecho general de Castilla», *Anuario de historia del derecho español*, 66, 1996, p. 208.

27. Ley XCII. del Estilo: «Como el marido no puede matar al uno de los adúlteros, è dexar al otro. En el titulo de los Adúlteros, en la primera Ley dice asi: Si muger casada face adulterio, ambos sean en el poder del mando, è faga dellos to que quisiere, 6 de to que han, asi que no pueda matar el uno dellos, è dexar al otro. Sobre estas palabras, si cae que se vaya el uno, ii prenden al otro, y el preso es vencido de adulterio por Juicio, dargelo han los Alcaldes en poder del

Fuero Real, de manera que la acusación de adulterio limitada al marido en virtud de la ley 4, título VII, libro IV del Fuero Real es la que está en uso y, en efecto, se aplica²⁸.

En las Leyes de Toro (1505) de nuevo la mujer es la única comitente del delito de adulterio y el hombre, concretamente el marido, aparece como el único posible acusador. Éste debe acusar a ambos adúlteros o a ninguno, si están los dos vivos (ley 80). Es preciso matizar que, si bien comúnmente en cualquier delito puede acusarse al mismo tiempo a cuantos se crea partícipes del mismo, en el adulterio no es así, y debe ser primero acusado uno y posteriormente el otro con el objeto de «refrenar el demasiado conato y deseo del acusador, que en esta causa no se contenta con un reo solo»²⁹. A diferencia de lo dispuesto en las Partidas, en virtud de la ley 47 de Toro, las hijas dejan de estar bajo la patria potestad de su padre tras casarse, por lo que el padre, en teoría, pierde la potestad de dar muerte a su hija y a su cómplice en caso de adulterio. La ley 81, por su parte, dispone que el adulterio por parte de la mujer será siempre injustificable, a pesar de que sea probada la nulidad de su matrimonio, aplicándoseles a los adúlteros y a sus bienes lo que prescribe la ley para los que cometen delito de adulterio, esto es, lo dispuesto en el Fuero Real, Libro IV, Título VII, Ley 1³⁰. Asimismo, prohíbe al marido que matase a su mujer adúltera y a su amante quedarse con su dote o sus bienes, salvo que lo hubiera hecho con autoridad judicial (ley 82)³¹.

Los Fueros, las Partidas y la Novísima Recopilación es la legislación que se aplica en España hasta la promulgación, en el siglo XIX, de los distintos códigos: civil (1889), penal (1822) y de comercio (1829). Por lo que respecta a la Novísima Recopilación recoge en su interior la legislación real de la Edad Media y Moderna, por lo que dada las características de la obra y su larga vigencia es preciso analizarla si se pretende comprender los principios sobre los que se asienta el tratamiento de la mujer por parte del derecho penal moderno. En este sentido, cabe destacar que la Nueva y la Novísima Recopilación recogen todas estas sanciones anteriormente descritas; muchas de ellas reproducidas con literalidad. En Nueva Recopilación, en el Libro VIII, Título XX denominado «De los adulterios, incestos i estupro»³² y en la Novísima Recopilación, en el Libro XII, Título XXVIII, llamado «De los adúlteros, y bigamos» se contempla la Ley I, Título XXI del Fuero Real por el que la mujer adúltera y su cómplice quedan, ellas y sus bienes a disposición de su marido, quien tiene poder de hacer con ellos lo que considere, no le estando permitido matar al uno sin el otro. Sin embargo, se separa del fuero Real en cuanto a que éste diferencia el

mando, y el mando debelo tener: mas no lo debe matar fasta que haya el otro, y le venza por Juicio, porque los mate ambos si quisiere». En *Las leyes del estilo y declaraciones sobre las leyes del Fuero*, Salamanca, en Casa de Juan Baptista de Terranoua, 1569, p. 13.

28. SANCHO LLAMAS Y MOLINA, Comentario crítico, jurídico, literal a las Ochenta y Tres leyes de Toro, Volumen 2, Madrid, Imprenta y Librería de Gaspar Editores, 1875, p. 538

29. *Ibid.*, p. 553.

30. «Si muger casada ficiere adulterio, ella y el adulterador ambos sean en poder del marido, e faga dellos lo que quisiere, e de quanto que han, asi que non pueda matar el uno dellos e dexar el otro; pero si hijos derechos hobieren ambos o el uno dellos, hereden sus bienes: e si por ventura la muger non fue en culpa, mas fuere forzada, non haya pena». Fuero Real, Libro IV, Título VII, Ley 1.

31. Transcripción de las Leyes de Toro según el original que se conserva en el Archivo de la Real Chancillería de Valladolid. Visto en: https://faculty.georgetown.edu/sallesrv/courses/SPAN-459/span459/pdfs/leyes_toro/leyes_96.pdf

32. Leyes de la Recopilación, Tomo V, Madrid, Imprenta Real de la Gazeta, 1776., p. 741.

trato que recibe la adúltera casada y la desposada, prohibiendo en el segundo caso que el marido pueda matarla. Es la Ley I, Título XXI, del Ordenamiento de Alcalá la que introduce este nuevo modo de proceder, ya que se concede la potestad al marido de la mujer desposada de matarla a ella y a su cómplice en caso de ser sorprendida en adulterio; siendo pues, incluida la mujer desposada como reo de adulterio en las Ordenanzas Reales (Lib. VIII, Tít. XV, Ley 2); Nueva Recopilación (Lib. VIII, Tít. XX, Ley 3); Novísima Recopilación (Lib. XII, Tít. XXVIII, Ley 2). Asimismo, tanto la Nueva como la Novísima Recopilación incorporan las leyes de Toro 80, 81 y 82 en virtud de las cuales el marido tiene potestad de acusar o a ninguno o ambos de los adúlteros con independencia de la validez de su matrimonio pudiendo aplicar lo dispuesto en la Ley I, Título XXI del Fuero Real; ahora en la Ley 1, Título XX, Libro VIII de la Nueva Recopilación y en el Título XXVIII, Libro XII de la Novísima Recopilación³³. A este respecto, cabe considerar que el adulterio es comprendido como un delito público contra la sociedad civil, ya que todo elemento que atente contra con la familia o trate de disolverla ataca a la propia sociedad, dado que ésta se compone, a la postre, de un agregado de familias. El Fuero Juzgo y el Fuero Real son herederos en cierto modo de esta concepción del adulterio que fue recogida en la Lex Julia al admitir la acusación popular contra los perpetradores, sin embargo, la Ley 4, Título XXVIII, Libro XII de la Novísima Recopilación reserva este derecho únicamente al marido agraviado para respetar su voluntad y la armonía familiar, pues quizás prefiere ocultar la afrenta o sencillamente desea perdonar.

Queda constatado que en el derecho histórico español la mujer es la única posible autora del delito de adulterio, siendo el hombre punido indirectamente como cómplice del adulterio que ha cometido la mujer casada cuando ésta ha yacido con él. Es un dato muy revelador dado que evidencia una ética y mentalidad cuyos parámetros difieren en función del sexo. El adulterio femenino recibe una especial atención por parte del legislador de todo tiempo evidenciando la especial gravedad que reviste tal acto cuando es cometido por mujer. Asimismo, da fe de los principios patriarcales sobre los que se asienta la sociedad española desde la baja Edad Media. Se trata de un acto considerado de alta gravedad si lo comete una mujer, pero carente de importancia en el caso de que lo realice un hombre. Al existir un sentido de propiedad del esposo sobre la esposa, toda injerencia no consentida por el dueño es considerada, invasión, ultraje y alta traición, mientras que la esposa al no poseer al esposo, no tiene razón para recriminarle nada, pues ningún derecho daña. Por ello, todo se reduce a una cuestión de honor. La esposa tiene a un señor a quien servir, su esposo, todo comportamiento que haga peligrar la fidelidad de este cometido debe ser reprobado y duramente condenado para que sea resarcido el daño. El honor pues, se reduce a una cuestión de dominio. Una intromisión en un señorío, es una humillación, por ello se considerada la honra tan importante como la vida. Basta con advertir que en el Ordenamiento de Alcalá de 1348 se equipara asesinar al rey con hacer «tuerto con la reina o con su hija»; siendo ambos actos constitutivos de delito de traición³⁴. Se pone de manifiesto este sentido de propiedad del varón sobre la mujer y,

33. Novísima Recopilación de las leyes de España, Tomo V, Libro XII, Título XXVIII, ley 1, 1805, p.423 y ss. Visto 12/12/21 en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-LH-1993-63_5

34. Ordenamiento de Alcalá, título XXI, ley I, 1348, Madrid. Por d. Joachin IBARRA, Impresor de Cámara de S. M.,1734, p. 47. «Contienese en el fuero (2) de las leys, que si la mugier que fuere desposada, fiçiere adulterio con alguno, que amos á dos sean metidos en poder del Esposo, así que sean sus siervos, mas que los non pueda matar ; et porque esto es exemplo è manera para muchas dellas façer maldat, , e meter en ocasión e vergüenza à los que fueren desposa-

en especial, en lo que respecta a su sexualidad, pues toda deslealtad en este sentido se comprende como un delito que atenta contra la seguridad de la patria. Sin embargo, la libertad sexual de las mujeres no es contemplada como un bien jurídico a proteger. Ante abuso o violación a una mujer, el juez sólo persigue el delito a instancia de la parte ofendida, o a instancia de los padres, maridos y hermanos de la mujer ultrajada dado que los bienes jurídicos protegidos en este tipo de delitos son la honestidad de la mujer y la honra de los hombres del núcleo familiar³⁵.

Las mujeres son cosificadas, estimadas como territorios sobre los que una autoridad debe regir, pero también proteger de posibles invasores. La honestidad de la mujer se mide en función de su castidad de soltera y de la fidelidad a su esposo una vez casada, y de ello pende la honra de los varones, de su grupo de parentesco; esto es, de su fama pública. Por ello, la potestad que posee el marido de la adúltera puede ser ejercida también por el padre de la misma, no teniendo, sin embargo, tales licencias para con el hijo adúltero. El adulterio femenino es, asimismo, categóricamente rechazado a causa de los posibles frutos que se desprenden de él. El nacimiento de los hijos ilegítimos supone una humillación pública hecha carne para el marido agraviado, puesto que el hijo se incorpora a la familia y comparte además los bienes en herencia con los legítimos. Es de tal magnitud la amenaza que supone la infidelidad de la esposa que al esposo se le concede una serie de potestades sobre la vida y los bienes de los comitentes que, sin embargo, no operan cuando la agraviada por tales actos es la esposa.

Ahora bien, en la práctica descubrimos que algunas de las penas ordenadas por la legislación vigente para los adúlteros o ciertas potestades que se le conceden al marido agraviado caen en desuso; un fenómeno que comienza a manifestarse a partir del siglo XVIII³⁶. Joseph Berní asegura que nunca ha sido testigo de que se le entregaran al marido los adúlteros para que hiciere con ellos lo que desease, sino que más bien ha visto que el marido que mató a ambos adúlteros, fue encarcelado durante el periodo de investigación de los hechos y posteriormente desterrado. Así como también asegura que en la práctica «el arbitrio del juez tempera, avida consideration a las circunstancias, y personas delinquentes. Pero lo regular es, que, si la adúltera es de mediana esfera, entra en clausura, y al hombre se le destierra; y si acontece en gente baxa, se encarcela la muger, y el hombre va a presidio»³⁷. Ahora bien, ratifica que sólo puede acusar del delito de adulterio el marido, el padre de la adúltera, el hermano o el tío a partir de los cinco años subsiguientes a la

dos con ellas, porque non pueden casar en vida dellas, por ende por tirar este yerro tenemos por bien , que pase en esta manera de aquí adelante ; que toda mugier que fue[^] re desposada por palabras de presente con orne, que sea de edat de catorce annos compridos y e ella de doce acabados; e ficiere adulterio si los el Esposo fallare en uno que los pueda matar por ello si quisiere a amos a dos y asi que non pueda matar el uno y e dejar al otro, pudiéndolos matar á entrambos».

35. Iñaki BAZÁN, «Las mujeres frente a las agresiones sexuales en la Baja Edad Media: entre el silencio y la denuncia» en Jesús Ángel Solórzano; Beatriz Arizaga, Amelia Aguilar (eds.), *Ser mujer en la ciudad medieval europea*, Logroño, Instituto de Estudios Riojanos, 2013, pp. 72 y 73.
36. M.^a José COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, «El delito de adulterio...» *op. cit.*, p. 222.
37. Joseph BERNÍ, *Práctica criminal con nota de los delitos, sus penas, presunciones y circunstancias que los agravan y disminuyen y ritual para juzgar, acriminar y defender en los Tribunales reales de España y en los particulares de Residencias*, Valencia, Por Joseph Thomàs Lucas, Impress. del S. Oficio, 1765, p. 8.

comisión del delito. Sin embargo, en la práctica sin la acusación del marido no puede ser castigada por adulterio su mujer. La mujer, sin embargo, no puede acusar de adulterio al marido porque no considerar que exista deshonor en ello. De hecho, en la Ley 1, Título XXVI, Libro XII de la Novísima Recopilación se impone una pena de 10.000 maravedis al marido que yace con manceba en casa o fuera de ella con escándalo, pero esta medida no pune el quebrantamiento de la fidelidad conyugal, sino que pretende que así la manceba pueda remediar dicha situación y casarse o retirarse a un convento³⁸.

Cabe señalar, que la legislación vigente admite por la particularidad del delito «pruebas de conjeturas», pero éstas deben ser concluyentes, pues en caso de duda el juez tiende más a absolver que a condenar, como así ordena la Ley 62 de Leyes del Estilo³⁹. Se comprende como prueba suficiente para condenar a la adúltera y su cómplice, aclara Villadiego en relación a lo dispuesto en la Ley 3, Título 4, Libro III del Fuero Juzgo⁴⁰ que «testigos, dignos de fe y crédito, aunque sean de la propia casa, digan que vieron a F. y Z. en la cama, o lugar sospechoso, o solo con sola, encerrados en un cuarto o desnudos, o besándose, o abrazándose»⁴¹. Cabe considerar que la legislación que se aplica en el delito del adulterio procede eminentemente de la Baja y Alta Edad Media aplicándose durante toda la Edad Moderna e inicios de la Contemporánea, hasta prácticamente la abolición definitiva del Antiguo Régimen. En consecuencia, se advierte que en la práctica las penas impuestas por tal delito son distintas a la contempladas por el derecho positivo, sustituyéndolas por algunas más acordes a los parámetros sociales y morales de la época; siendo el destierro, normalmente de la mujer⁴², la pena impuesta por excelencia, ya que suponía la separación física de los adúlteros y la garantía de la no reincidencia⁴³. Fe de ello da González Serrano en el siglo XIX, quien asegura que ni en su época ni en el siglo anterior recuerda que se hubiera condenado a muerte por adulterio, ni mucho menos que un marido hubiera podido arrebatarse la vida impunemente a los adúlteros⁴⁴. No obstante, existe una práctica todavía más extendida entre comitente y agraviado que, a pesar de estar duramente penada goza, de plena vigencia. Se trata del desafío o el duelo. El lance de honor es un combate que no desaparece a pesar de que en la Nueva Recopilación se introdujera el auto acordado por Felipe V en 1723, incluido asimismo en la Novísima Recopilación, en virtud del cual se prohíbe explícitamente esta práctica:

«Teniendo prohibido los duelos y satisfacciones privadas, que hasta ahora se han tomado los particulares por sí mismos, y deseando mantener rigurosamente esta absoluta prohibición; he resuelto, para que no queden sin castigo las ofensas y las

38. Comentario al artículo 353. *Código Penal de España, enmendado con arreglo a los reales decretos de 24 y 22 de septiembre de 1848*, Barcelona, Imprenta de d. Ramón Martín Indar, 1848, p. 152.

39. *Las leyes del estilo y declaraciones sobre las leyes del Fuero...* op. cit., p. 9.

40. A la adúltera no aprehendida en el adulterio pueda acusar el marido ante el Juez por indicios, presunciones y otras cosas convencibles; y probándolo se le entreguen a ella y el adúltero, para que hagan de ambos lo que quisiere.

41. Joseph BERNÍ, *Práctica criminal con...* op. cit., p. 9.

42. Testimonios de la época relatan el destierro por razón de escándalo de las mujeres casadas, a pesar de que sean de «buena estofa».

43. José Luis DE LAS HERAS SANTOS, «La mujer y la moral en la legislación castellana de la Edad Moderna», *Historia et ius*, 9, 2016, p. 4.

44. José GONZÁLEZ SERRANO, *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro*, Tomo II, Madrid, Imprenta y Fundación de M. Tello, 1876, p. 469.

injurias que se cometieren, y para quitar todo pretexto á sus venganzas, tomar sobre mi y a mi cargo la satisfacción de ellas, en que no solamente se procederá con las penas ordinarias establecidas por Derecho, sino que las aumentaré hasta el último suplicio: y con este motivo prohibo de nuevo á todos generalmente, sin excepcion de personas el tomarse por sí las satisfacciones de qualquier agravio e injuria, baxo las penas impuestas»⁴⁵.

III. El Código Penal de 1822, 1848 y 1870

Por lo que respecta a la tipificación del adulterio en los nuevos códigos del XIX, hallamos que, en el Código Penal de 1822⁴⁶, del mismo modo que en la legislación precedente, el adulterio es considerado únicamente como delito cuando es cometido por mujer casada. La esposa adúltera pierde todos sus derechos de la sociedad conyugal y es condenada —y su cómplice también— a la reclusión por el tiempo que el marido establezca hasta un máximo de diez años (art.683). El único con potestad para acusar de adulterio a la mujer casada es su propio esposo, que no podrá hacerlo, entre otros casos, si lo sabe y lo consiente, si previamente la había abandonado, si en contra de su voluntad le separa de habitación y si éste tiene en su casa a disposición una manceba (art. 684). Resulta paradójico, a la par que significativo, que se contemple esta última posibilidad, ya que revela cierta normalización social ante la infidelidad conyugal por parte del esposo; mientras que, si el artífice de la felonía matrimonial es la esposa, se considera un acto intolerable y de ahí su tipificación como delito. No obstante, a pesar de que la unión carnal entre esposo y manceba no sea considerado delito de adulterio, sí que se contempla la posibilidad de que su esposa pueda denunciarle por haberla separado de su lado o por tener una manceba en el interior de su hogar; cuya pena será de arresto de dos a ocho meses, mientras que la manceba tendrá que marcharse y será condenada al destierro (art. 685).

En el Código Penal de 1848⁴⁷ se advierte cierta continuidad con lo establecido en el Código Penal que le precede. El adulterio aparece tipificado en el Título X denominado «delitos contra la honestidad», entre los que también se incluye la violación, estupro y corrupción de menores, y el rapto. Dispone que «comete adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio» (art. 349). Este artículo está en plena comunión con la Ley 81 de Toro recogida en la Novísima Recopilación, que pena la intención de los adúlteros con independencia de que posteriormente se descubra que no se ha cometido un quebrantamiento del deber de fidelidad conyugal por no ser válido el casamiento. El Código de 1848 continúa con el legado del Derecho histórico español y tipifica el adulterio como un delito cometido únicamente por mujer, de modo que un hombre casado que yace con viuda o soltera no es considerado adúltero, persistiendo la divergencia respecto al Código Canónico en virtud del cual existe adulterio en el momento en que cualquiera de los dos esté casado y yazca con otro individuo. Asimismo, únicamente el esposo es quién puede interponer la querrela contra ambos, siempre y cuando no lo hubiera consentido o perdonado (art. 350). Este artículo de nuevo se halla en plena comu-

45. *Novísima Recopilación*, Libro XII, Título XX, Ley 3.

46. *Código Penal español* (9 de julio de 1822), Madrid, La Imprenta Nacional, 1822.

47. *Código Penal de España* (19 de marzo de 1848), Madrid, La Imprenta Nacional, 1848.

nión con la tradición legal del Derecho patrio de proteger a la familia de posibles injerencias del exterior y respetar la voluntad del agraviado como bien aparece recogido en la Ley 3, Título XXVIII, Libro XII de la Novísima Recopilación que, a su vez, se basa en la Ley 20 de Toro, y, con posterioridad, en el artículo 684 del Código Penal de 1822.

Una novedad que introduce el Código de 1848 es que la mujer puede interponer que-rella contra el marido que posea una manceba dentro de la casa o fuera de ella, pero ocasionando cierto escándalo, ordenando su ingreso en una prisión correccional y condenando a la manceba al destierro (art. 353). La introducción de este matiz en una disposición que ya venía recogida en el Código penal de 1822 no es casual, pues en ella permea, aunque tímidamente aspectos de la nueva mentalidad de la clase media-alta en la que se pone en alza la privacidad del hogar y el rechazo hacia todo aquello que constituya una pública afrenta al orden moral. No obstante, ¿qué sucede si la amante no vive en casa y el marido sobrelleva el tema con mucha discreción a pesar de que su esposa esté al corriente? Nada. De esta particularidad se infiere que el legislador al castigar al hombre en este supuesto lo que pretende penar es el escándalo público. El bien jurídico protegido en el delito de adulterio no es entonces la fidelidad conyugal o la paz familiar —como cabría esperar si consideramos el adulterio un delito meramente público—, ya que de ser así puniría a ambos, esposa o esposo indistintamente. El legislador cuando penaliza únicamente a la mujer casada por su infidelidad lo que protege es el honor del esposo; considerando el adulterio un delito privado, pues tampoco puede ser perseguido por el juez a instancia de parte. Pero ¿cuál es la razón que fundamenta que en pleno siglo XIX un acto de esta índole no atente contra el honor de la esposa? Un comentario a este artículo, esto es, al 353, realizado por D. J. S. y D. A. De B. esclarece en cierto modo esta cuestión:

«Ni por nuestra anterior legislación, ni por la de este código, se castiga el adulterio ó la simple infidelidad del marido, sin duda porque el fruto condenado del adulterio no queda en la familia, la opinion general no encomienda á la muger la guarda del hogar doméstico, y por esto del crimen del marido no se le sigue daño, di infamia y manchilla, como en el caso opuesto. Sin embargo, la ley no podia dejar sin castigo la infidelidad del marido, cuando llegare al exceso de tener manceba dentro de la casa en que habite con su esposa, ó fuera de ella pero con escándalo, ni dejar impune á la manceba»⁴⁸.

En este comentario se hace presente la persistencia de la justificación heredada del Derecho histórico español que fundamenta la diferencia de trato que recibe la mujer en el delito de adulterio en las más graves consecuencias que de éste se derivan cuando quien lo comete es la esposa; esto es, motiva la tipificación del adulterio como un delito cometido únicamente por mujer, entre otras cosas, por la amenaza que supone el nacimiento del hijo ilegítimo.⁴⁹De ello colegimos que el legislador penal actúa con mayor severidad con la mujer, dado que el bien protegido, el honor, en este caso del varón es susceptible de sufrir un daño mayor que el de la mujer, pues los hijos ilegítimos de él, quedan a cargo

48. *Código Penal de España...* op. cit., p. 151.

49. Ya en las Partidas se aducía que la fidelidad de la mujer es debida al varón y no al contrario, por ello no se estimaba que existía deshonor en el hecho de que el esposo se acueste con otra mujer, mientras que para la esposa tal acto sí que era constitutivo de delito pues ella era «contada por lecho de marido». Por ello y porque de su infidelidad se desprenden peores consecuencias: el hijo ilegítimo. *Partida VII*, Título XVII, Ley 1...op. cit., p. 65.

de la amante, sin tener que incorporarse al núcleo familiar; una modo de proceder que revela una mentalidad en la que el cuidado de los hijos le corresponde principalmente a las madres. No obstante, en el argumentario de este comentario advertimos ciertos matices propios de la época. Se trata de la distribución de roles sexuales que defienden los filósofos de la ilustración francesa —como Kant, Hegel, Diderot o Rousseau—, y que en España es divulgada a través de la literatura adscrita al canon isabelino como bastión cimentado en la tradición frente a la incertidumbre que siembran las nuevas ideologías de la modernidad. Toda ella ensalza el papel de la mujer como madre abnegada, esposa atenta y guardiana de la paz y la moral del interior del hogar que atiende a los deberes inherentes a su sexo, mientras que al hombre le es asignada la función de traer el sustento y proteger de los peligros del exterior a su familia⁵⁰. El célebre doctor Francisco Alonso y Rubio aborda partiendo de esta premisa el adulterio, haciendo referencia a una serie de consideraciones que revelan los fundamentos morales sobre los que descansa la sociedad española del siglo XIX. Reconoce que ambos cónyuges deben guardarse el debido respeto que su estado impone, sin embargo, aduce que de la infidelidad conyugal de la mujer devienen peores consecuencias. Al faltar a su deber la que está encargada de que el hogar familiar sea morada de paz, de tranquilidad y orden, el hogar doméstico se convierte en «mansión de desorden, de discordia y de escandalosas escenas», en el que se abre paso la injuria, la falta de consideraciones, la tibieza en el amor e incluso conatos de venganza o divorcio. Asimismo, siendo la esposa la educadora en exclusiva de sus hijos, «¿con qué derecho reclamará recato y pudor a sus hijas, la madre que de esa manera se entrega a costumbres libres y desenvueltas?»⁵¹. El médico español remata su tesis apuntando al verdadero núcleo de esta cuestión. En primer lugar, la diferente escala de valores que rige sobre la mujer, exigiendo de ella una virtud que no es socialmente requerida en el varón; y que de ello, resulta imperdonable toda conducta impúdica por su parte. Pero no basta con que la mujer sea virtuosa, sino que como aduce el filósofo ginebrino en *Emilio*, debe también parecerlo⁵². Y, en segundo lugar, el temor por la humillación que supone para el hombre la venida del hijo ilegítimo:

«La mujer, que tan alta estimación merece en la sociedad cuando se la ve rodeada de una aureola de virtud, desde el instante en que mancha su honra y desciende al fango del vicio, se la desprecia, se censura su debilidad, sin que la belleza, ni las más relevantes cualidades personales puedan contrariar ni destruir ese inexorable fallo de la opinión. (...) La madre adúltera, que olvida todos sus deberes, que sacrifica a sus innobles pasiones la paz de su hogar y la felicidad de sus hijos, que cuida tan poco de su honra, que desprecia la pública censura, que no teme llevar al seno de la familia hijos adúlteros que menoscaben los derechos de los legítimos, no tiene ningún título para exigir moralidad a los que habitualmente ven delante de sí la perspectiva de tan triste cuadro»⁵³.

50. «El destino de la mujer es, en mi humilde concepto, embellecer y sembrar de flores el árido camino de la vida del hombre, formar el corazón de los hijos, y ser el ángel tutelar de todos los desdichados que demandan a la sociedad consuelo, amparo y protección». ALONSO Y RUBIO, Francisco. *La mujer bajo el punto de vista filosófico, social y moral: Sus deberes en relación con la familia y la sociedad*, Madrid, Gamayo, 1863, p. 52.

51. *Ibid.*, p. 100.

52. Jean-Jacques Rousseau, *Emilio o de la Educación*, Tomo III, Trad. Marchena, J., BURDEOS, Imprenta de Pedro Baume, 1817, p. 19.

53. Francisco Alonso y Rubio, *La mujer bajo el punto de vista filosófico... op. cit.*, pp. 99-100.

Esta última frase, cuanto menos lapidaria, explica el severo trato que recibe la mujer por parte del Derecho penal en el delito de adulterio. La adúltera no puede exigir clemencia pues ha transgredido todos los límites que impone su naturaleza, pero no sólo eso, sino que ha atacado los cimientos sobre los que descansa la sociedad española del siglo XIX.

«Sirvan, pues, estas consideraciones que brevemente dejamos indicadas, para llevar a la mujer la íntima convicción de que la fidelidad conyugal es una virtud necesaria para la existencia de la familia, para el mutuo respeto de los cónyuges, para el buen ejemplo de los hijos, y para sostener en el concepto de la sociedad una opinión legitimamente conquistada por la virtud, sin ninguna de las debilidades que tan fácilmente manchan o empañan su brillo»⁵⁴.

De modo que, si bien en las Siete partidas hallábamos una explicación para esta diferencia en el tratamiento de delitos de esta índole, la razón de la subsistencia de este sistema a lo largo de los siglos y concretamente, en el momento en el que se conforman los distintos códigos liberales, la hallamos sintetizada en estudios como el realizado por Alonso y Rubio, pero también en otras obras más célebres como la del *Emilio*:

«La estrechez de las obligaciones relativas de ambos sexos ni es ni puede ser la misma, y cuando en esta parte se quejan las mujeres de la desigualdad que han establecido los hombres, no tienen razón (...) a aquel de los dos a quien dio la naturaleza del depósito de los hijos, toca responder de ellos frente al otro. Sin duda que a nadie le es permitido violar su fe, y todo marido infiel (...) es un inhumano y un injusto: más hace empero la mujer infiel, que disuelve la familia, y quebranta todos los vínculos de la naturaleza; dando al hombre hijos que de él no son, (...) junta con la fidelidad la perfidia»⁵⁵

Si el hombre es el encargado de la guarda y defensa del hogar con respecto al exterior, y la mujer es la que se ocupa del cuidado y protección de su interior, una intromisión del exterior que amenaza a la paz y estabilidad del interior, como puede ser un amante o un hijo ilegítimo, atenta contra el honor del esposo, pues se han visto ultrajadas las fronteras de su territorio. «El cornudo no sólo es alguien cuya virilidad había quedado cuestionada por su incapacidad para mantener su propiedad adecuadamente, sino que también era incapaz de regir su propia casa»⁵⁶. Sin embargo, que el esposo yazca con otra mujer, es hasta motivo de vanagloria, pues supone una conquista en territorio ajeno. Un fenómeno advertido por Engels aseverando, en referencia al adulterio, que «lo que es para la mujer un crimen de graves consecuencias legales y sociales, considérese muy honroso para el hombre, o, a lo sumo como una ligera mancha moral que se lleva con gusto»⁵⁷. En la infidelidad conyugal del marido no existe pues, un bien jurídico a proteger, ya que ni hay daño ni se vulnera el honor de la esposa, puesto que el hogar sigue protegido, por tanto, no hay delito alguno que punir.

54. *Ibid.*, p. 100.

55. Jean-Jacques ROUSSEAU, *Emilio... op. cit.*, pp. 163 y 164.

56. Michelle CRAMPE-CASNABET, «Las mujeres en las obras filosóficas del siglo XVIII» en DUBY, Georges y PERROT, Michelle, *Historia de las mujeres en Occidente: Del renacimiento a la Edad Moderna*, vol.3., Madrid, Taurus, 1992, p. 355.

57. Engels FRIEDICH, *El origen de la familia, la propiedad y el estado*, Editorial Fundamentos, Madrid, 1996, p.94.

Ahora bien, en el caso de la manceba, el legislador estima castigar al esposo, pues ya supone una intromisión en el interior del hogar; una invasión del espacio de la esposa que provoca un daño a su honor. No obstante, hallamos una significativa diferencia entre la pena que sufre el esposo que yace con manceba y la que soporta la esposa que comete adulterio. Mientras que el marido infiel que yace con manceba es enviado a un correccional (art. 353), el marido que sorprende a su mujer cometiendo adulterio y matare a alguno de los dos o a los dos o les causara lesiones graves es castigado con la pena de destierro, pero en caso de que éstas sean leves queda exento de pena (art. 339). Esta diferencia no cabe justificarla en esta lógica de espacios y deberes que determina el daño al honor de uno y de otro, pues en este caso, en ambos casos existe tal agravio. Sin embargo, cabría deducirse que el adulterio de la mujer ocasiona mayor daño porque de él se derivan los hijos ilegítimos, de manera que el legislador es más severo: a mayor daño, mayor castigo. Sin embargo, el hecho de que este mismo precepto, el del artículo 339, rece para los padres con respecto a sus hijas menores de 23 años que vivan en la casa paterna y sus «corruptores», y en cambio, no para los hijos, deja en evidencia la distinta transigencia hacia las conductas sexuales del hombre y las de la mujer. Por lo que no se trataría en el fondo de una cuestión meramente de espacios y deberes o de consecuencias como sugiere el comentarista del Código. Más bien en tales preceptos subyace la coexistencia de dos órdenes morales que determinan distintas conductas a seguir en función del sexo, evidenciando la preeminencia de una cultura patriarcal en la que se pone de manifiesto una preocupación y una necesidad del hombre por controlar las conductas sexuales de las mujeres. Prueba de ello es que en el mercado matrimonial el valor de una mujer fluctuaba en función de su fama y pureza, de modo que una vez casado, el honor masculino depende de la castidad de su esposa.

Cabe destacar, por último, que el Código Penal de 1848 contempla el adulterio como causa legítima de divorcio (art. 352). Si únicamente el adulterio lo comete la mujer casada, sólo es posible el divorcio cuando existe condena de adulterio de la esposa y es entonces cuando el hombre puede divorciarse de ella, si así lo desea. Pero ¿qué sucede si es el hombre el que es infiel a su esposa? Dado que no incurre en delito de adulterio, tampoco puede existir divorcio y, por tanto, está la esposa condenada a convivir, si se tercia, con los múltiples devaneos de su marido. No obstante, cabría preguntarse si la esposa ofendida en caso de que pudiera solicitar el divorcio por este motivo así lo haría, dada, en términos generales, su penosa situación social y laboral. El divorcio supone la separación definitiva de los cónyuges, correspondiendo la patria potestad de los hijos y los derechos sobre sus bienes al cónyuge inocente. A ello se suma la pérdida de todo lo que hubiere dado la parte inocente al culpable. Asimismo, conlleva la separación de los bienes de la sociedad conyugal, siendo el inocente el que administraría los bienes del culpable, el cual tiene únicamente derecho a alimentos. Esta última disposición deja a la mujer adúltera en un estado de absoluta vulnerabilidad, pues ¿de qué podía vivir siéndole vetada su profesionalización y habiendo recibido una educación insignificante? Podía trabajar como empleada del hogar, en el campo o en el algún taller. ¿Pero, la mujer bien posicionada estaría dispuesta a abandonar su desahogada posición para lanzarse a un futuro incierto abocado a la escasez? En el derecho canónico se contempla el adulterio como causa de separación, sin embargo, en este caso, puesto que se estima que incurre en adulterio el hombre o la mujer casada indistintamente que yace con otro que no es su cónyuge, podemos constatar si las mujeres hacen algún uso de esta potestad que les reconoce la legislación canónica y solicitan la separación a causa de la infidelidad de su esposo. En este sentido, hallamos que en la archidiócesis de Sevilla consta que, de 1751 a 1800,

únicamente se dieron 13 demandas de divorcio realizadas por mujeres que alegaban el adulterio de sus esposos⁵⁸. Lo que, sin lugar a duda, responde a la pregunta anteriormente planteada.

El Código Penal de 1870 regula el adulterio en el Título IX dentro de los «delitos contra la honestidad». Lo hallamos del artículo 448 al 452 y conserva prácticamente la misma tipificación que el Código de 1848, sin cambiar ninguno de sus supuestos con excepción de las penas. El artículo 438, 439, 448, 449, 450, 451 y 452 son una copia respectivamente del artículo 339, 340, 349, 350, 351, 352 y 353 del anterior Código.

Código Penal de 1848 ⁵⁹	Código Penal de 1870 ⁶⁰
<p>Art. 339. El marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer matare en el acto a esto o al adúltero, o les causare alguna de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les causare lesiones de otra clase quedará exento de pena.</p> <p>Estas reglas son aplicables en iguales circunstancias á los padres respecto de sus hijas menores de 23 años y sus corruptores, mientras aquellas vivieren en la casa paterna.</p> <p>El beneficio de este artículo no aprovecha á los que hubieren promovido o facilitado la prostitución de sus mujeres o hijas.</p>	<p>Art. 438. El marido que sorprendiendo en adulterio à su mujer, matare en el acto á ésta ó al adúltero, ó les causare alguna de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les causare lesiones de otra clase, quedará exento de pena.</p> <p>Estas reglas son aplicables en iguales circunstancias á los padres respecto de sus hijas menores de veintitres años y sus corruptores, mientras aquellas vivieren en la casa paterna. El beneficio de este artículo no aprovecha á los que hubieren promovido ó facilitado la prostitución de sus mujeres o hijas.</p>

58. El cónyuge inocente tiene la potestad de dar por finalizada la vida en común. El vínculo matrimonial permanece intacto y los esposos no pueden pasar a nuevas nupcias. Debe tratarse de un adulterio formal, culpable, consumado y moralmente cierto; siempre y cuando el inocente no lo haya promovido al faltar a su débito conyugal, lo haya perdonado o consentido. Si finalmente se ha producido una separación, ésta no tiene efectos canónicos en el fuero externo, de modo que para que los tenga requiere sentencia judicial. MACÍAS, Alonso; CANDAU, María Luisa, «Matrimonios y conflictos: abandono, divorcio y nulidad eclesiástica en la Andalucía moderna» (Arzobispado de Sevilla, siglo XVIII)», *Revista Complutense de Historia de América*, 42, 2016, p. 135.
59. *Código Penal de España*, enmendado con arreglo a los reales decretos de 24 y 22 de septiembre de 1848, Barcelona, Imprenta de d. Ramón MARTÍN INDAR, 1848.
60. *Código Penal de 17 de junio de 1870*, Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1870.

<p>Art. 340. La autoridad que tuviere noticia de estarse concertando un duelo, procederá a la detención del provocador y á la del retado si este hubiere aceptado el desafío, y no los pondrá en libertad hasta que ofrezcan bajo palabra de honor desistir de su propósito.</p>	<p>Art. 439. La Autoridad que tuviere noticia de estarse con certando un duelo, procederá á la detencion del provocador y á la del retado, si éste hubiere aceptado el desafío, y no los pondrá en libertad hasta que den palabra de honor de desistir de su propópropósito.que faltando deslealmente á su palabra, provocare de nuevo á su adversario, será castigado con las penas de inha bilitacion temporal absoluta para cargos públicos, y confinamiento. El que aceptare el duelo en el mismo caso será castigado con la de destierro.</p>
<p>Art. 349. El adulterio será castigado con la pena de prisión menor.</p> <p>Cometen adulterio la muger casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio.</p>	<p>Art. 448. El adulterio será castigado con la pena de prision correccional en sus grados medio y máximo. Cometen adulterio la mujer casada que yace con varon que no sea su marido y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque despues se declare nulo el matrimonio.</p>
<p>Art. 350. No se impondrá pena por delito de adulterio sino en virtud de querrela del marido agraviado.</p> <p>Este no podrá deducirla sino contra ambos culpables, si uno y otro vivieren, y nunca si hubiere consentido adulterio, o perdonado á cualquiera de ellos.</p>	<p>Art. 449. No se impondrá pena por delito de adulterio sino en virtud de querrela del marido agraviado. Este no podrá deducirla sino contra ámbos culpables, si uno y otro vivieren, y nunca si hubiere consentido el adulterio ó perdonado á cualquiera de ellos.</p>
<p>Art. 351. El marido podrá en cualquier tiempo remitir la pena impuesta á su consorte volviendo á reunirse con ella. En este caso se tendrá también por remitida la pena al adúltero.</p>	<p>Art. 450. El marido podrá en cualquier tiempo remitir la pena impuesta á su consorte. En este caso se tendrá también por remitida la pena al adúltero.</p>
<p>Art. 352. La ejecutoria en causa de divorcio por adulterio surtirá sus efectos plenamente en lo penal cuando fuere absolutoria. Si fuere condenatoria, será necesario nuevo juicio para la imposición de las penas.</p>	<p>Art. 451. La ejecutoria en causa de divorcio por adulterio surtirá sus efectos plenamente en lo penal cuando fuere absolutoria. Si fuere condenatoria, será necesario nuevo juicio para la imposición de las penas.</p>
<p>Art. 353. El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal o fuera de ella con escándalo, será castigado con la pena de prisión correccional. La manceba será castigada al destierro.</p>	<p>Art. 452. El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal o fuera de ella con escándalo, será castigado con la pena de prisión correccional en sus grados minimo y medio. La manceba será castigada con la de destierro. Lo dispuesto en los artículos 449 y 450 es aplicable al caso de que se trata en el presente.</p>

El adulterio es delito cometido por mujer casada que yace con varón que no es su marido y el que yace con ella, sabiendo que es casada, con independencia de la validez del matrimonio. Además, exige para ser juzgado la querrela del marido agraviado contra ambos, esposa y amante, mientras que no se hubiere consentido o perdonado el adulterio. En manos del esposo está que pueda remitirse la pena impuesta a su esposa, y, de nuevo contempla el que la esposa pueda interponer querrela contra el marido si tuviere una manceba en casa o fuera, pero con escándalo, además a ella le concede el derecho la posibilidad de remitir la pena del esposo. Asimismo, el marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer, matase a esta o a su amante o les causara lesiones graves será condenado a destierro, mientras queda exento de pena cuando las lesiones fueren de otra clase. En virtud del artículo 451 el adulterio es motivo lícito de divorcio, siendo ratificado por el artículo 105 del Código Civil de 1889, que contempla dentro del listado de causas legítimas de divorcio: «el adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer»⁶¹.

En los tres Códigos penales de la centuria el adulterio se considera un delito doméstico y, al mismo tiempo, un atentado hacia el orden social, esto es un delito público. No se trata como un delito de la persona, sino de un delito de la mujer. La palabra adulterio y mujer aparece unidas, mientras que cuando determina un mismo comportamiento por parte del hombre jamás el legislador lo califica de adulterio directamente, sino siempre de forma indirecta. Esta diferencia de trato de la mujer respecto al hombre ante un mismo hecho se constata también en las penas aparejadas a una y a otro: en el de 1822, para el hombre, arresto de dos a ocho meses, para la mujer, reclusión por el tiempo que disponga el esposo siempre que no exceda los 10 años; en el de 1848, el marido, pena de prisión correccional, y la mujer, pena de prisión menor; y finalmente en el de 1870, el esposo, prisión correccional en sus grados mínimo y medio, y la esposa, en sus grados medio y máximo. Las penas son sustancialmente diversas en todas sus regulaciones, fruto de un sentimiento público que otorga un código moral diverso al hombre y a la mujer, a través del cual los delitos morales no se miden con la misma vara si los comete unos u otros, siendo que cuando es el hombre el brazo ejecutor resultan minimizados o mejor tolerados⁶². Cabe recordar que es la mujer adúltera, y no el hombre, quien ha actuado contra natura, transgrediendo la norma social, moral y, hasta incluso para algunos, biológica de su comportamiento, por lo que debía ser sancionada a modo de castigo ejemplar por tal inexcusable fechoría⁶³.

Resulta significativo que, a pesar de la dureza de las penas aparejadas a este delito, hallamos comentarios al Código Penal de 1848 y 1870 en los que se lamentan de que no se haya dado continuidad a «la tradicional severidad de las costumbres», reproduciendo de algún modo en estos códigos el derecho consignado en las Leyes 13 y 14, Título XVII de la Partida VII. Reclaman que el marido que halle en su casa o en otro lugar a un hombre yaciendo con su mujer, pueda matarlo sin incurrir en delito alguno mientras que a su mujer deba denunciarla ante el juez que es el encargado de imponer la justicia que la ley manda. Pero en el caso de que en esta misma situación sea hallada la hija adúltera

61. «Código Civil», Gaceta de Madrid, núm. 206, Madrid, 1889.

62. Cecilia Macón, «La Declaración de los sentimientos de 1848. Ciudadanía, afecto y rebelión», *Cuadernos de Filosofía*, n.º 69, p. 137.

63. Rosa E. RÍOS LLORET, «Obedientes y sumisas. Sexualidad femenina en el imaginario masculino de la España de la Restauración», *Ayer*, 63, 2006, p. 196.

por su padre, exigen que éste pueda acabar con la vida de los dos, pero no con la de uno sólo. Todo ello se cree conveniente puesto que «hay sentimientos que, en nuestro juicio, debe respetar la legislación» y estas disposiciones «nos parecen uno de esos restos de honor y caballerosidad que deben acatarse y permanecer ilesos»⁶⁴. No obstante, una posición totalmente contraria hallamos en la obra comentada del Código Penal realizada por Vizmanos y Álvarez Martínez. En ella se celebra que se haya dejado atrás lo dispuesto en la Ley 3 Título XXVIII, Libro XII de la Novísima Recopilación⁶⁵ y que, del mismo modo, el Código español se halla alejado de lo dispuesto en el Código francés en el artículo 324 en el que se excusa al marido que da muerte a la mujer adúltera y su cómplice pillados in fraganti en a la casa conyugal. Los comentaristas, por su parte, aducen que esta normativa no trata de paliar el furor del marido, de modo que «aún el que obra en defensa de su propia existencia ha de tener necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión, y si esta circunstancia falta no queda exento de responsabilidad criminal: no encontraríamos por consiguiente justo que el marido pudiese matar a los adúlteros, ejerciendo mayor imperio que las leyes mismas»⁶⁶.

IV. Código Penal de 1928, 1932 y 1944

La breve dictadura de Miguel Primo de Rivera (1923-1930) trae consigo importantes consecuencias jurídicas. Una de ellas es el ordenamiento penal de 1928. En lo que atañe al adulterio, se deroga el artículo del Código anterior en virtud del cual el marido o padre que lesionara gravemente o matase a su hija, esposa o amante de alguna de éstas, quedaba desterrado o en caso de lesiones leves, exento. En este sentido, en la exposición de motivos del Código penal de 1928 se hace referencia a la inoperatividad práctica del artículo 438 del código precedente, debido su unánime censura a lo largo de los últimos años. El legislador manifiesta que fruto de ello el número de veces que ha sido aplicado desde su promulgación es irrisorio. La potestad de dar muerte al amante o a la esposa o hija pillada *in fraganti* que confería el artículo es modificada al considerar: «la obcecación que una persona puede sufrir cuando inesperadamente sorprende el adulterio de su cónyuge, la igualdad de ambos cónyuges, sin distinción de sexos, cuando alguno llegue a tan desagradable situación, y la improcedencia de autorizar indirectamente, en caso alguno, al cónyuge ofendido para dar muerte a los adúlteros»⁶⁷. Por consiguiente, queda abolida la atenuación de la pena e incluso la posible absolución en caso de causar lesiones u uxoricidio, esto es, llegar a dar muerte a la esposa infiel. La mención explícita a la igualdad de los cónyuges resulta muy significativa, dado que ningún código anterior había reparado en esta cuestión. Sin embargo, el adulterio continúa siendo un delito cometido por la mujer casada y su amante (art. 620), siendo el hombre casado únicamente culpable

64. Joaquín, F. PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, Madrid, Imprenta de Manuel Tello, 1870, p. 180.

65. «Si el esposo los hallare en uno, que los pueda matar, si quisiere, ambos á dos, así que no pueda matar al uno, y dexar el otro, pudiéndolos á ambos á dos matar; y si los acusare á ambos, ó á qualquier dellos».

66. Tomás M. VIZMANOS; Cirilo ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Madrid, Imprenta de D. José María Alonso, 1853, p. 346.

67. «Exposición de Motivos», *Código Penal de 1928*, Gaceta de Madrid, núm. 257, 13 de septiembre de 1928.

de adulterio si lo comete con una manceba generando con ello escándalo. Asimismo, el adulterio sólo puede ser denunciado por el cónyuge agraviado y la querrela se dirige necesariamente contra ambos (Art. 621). Además, se habilita al agraviado a extender su querrela contra los cómplices, así como, al igual que el Código penal anterior, a remitir la pena impuesta a su consorte (art. 622).

Cabe considerar la relevancia tanto de esta modificación como de la apelación en un texto legal de esta índole a la no distinción de los sexos. Se trata de un enunciado proclamado en el marco de una tradición histórica legal en el que de continuo se hace referencia al sexo, sobre todo, en el ámbito civil y político para ordenar distintos derechos y deberes. Este innovador matiz es fruto del proceso de cambio social que se produce, aunque paulatinamente, en el corazón de la sociedad española desde el último tercio del siglo XIX. Los distintos congresos pedagógicos celebrados a finales de siglo, concretamente en 1882 y 1892, ponen de manifiesto una preocupación latente en la sociedad española por los derechos educativos, laborales y civiles de las mujeres. La españolas decimonónicas, bajo la extendida premisa de la diferencia sexual, se respaldan en una identidad femenina que descansa sobre la maternidad y el cuidado para justificar la expansión de su horizonte de acción. Es así como progresivamente acceden a grados superiores de educación y amplían sus ámbitos de profesionalización y empleo. Todo ello se traduce en un avances en materia de igualdad de derechos promovido principalmente por las incipientes agrupaciones de mujeres, como, por ejemplo, las fundadas entre 1918-1919: la Asociación Nacional de Mujeres Españolas⁶⁸, la Unión de Mujeres en España o la Acción Católica de las Mujeres.

Resulta ineludible considerar el particular contexto que acaece en la España de la primera mitad del XX para comprender una afirmación de tal envergadura como es la no distinción de los sexos en materia jurídica, aunque su aplicabilidad no se extienda al resto del articulado vigente. Lo cierto es que durante este periodo histórico se advierte una mayor conciencia social acerca la desigualdad de trato que sufren las mujeres. Prueba de la relevancia que adquiere esta cuestión es que Primo de Rivera manifieste su voluntad de que en la Asamblea Nacional Consultiva que manda conformar con el objeto de que sea la representación de todas las manifestaciones de vida y actividad del país se incorporen mujeres solteras, viudas o casadas, siempre y cuando gocen con la autorización de sus esposos. Tal inclusión se debe, según lo proclamado en la Asamblea, al propósito de dar voz a todos los sectores de la sociedad, incluidas las mujeres, cuya exclusión, a parte de ser arbitraria, ilegítima e injusta, haría de la obra legislativa una labor incompleta y fragmentaria⁶⁹.

Durante el gobierno de la segunda República se advierte una apertura todavía mayor hacia el reconocimiento de los derechos de las mujeres; una tendencia que, de igual modo, se vislumbra a través del artículo del delito de adulterio. El Código penal de 1932 continúa con el legado de su predecesor, fundamentando de nuevo en su exposición de motivos la no incorporación en su articulado del controvertido artículo 438 del Código Penal de 1870. Sin embargo, la justificación de tal exclusión viene respaldada por un fundamento de mayor peso que en el cuerpo penal anterior, puesto que la Constitución de 1931 dicta explícitamente en su artículo 25 la imposibilidad de justificar privilegio

68. A la que pertenecen célebres personalidades como Clara Campoamor, María de Maeztu y Victoria Kent.

69. Asamblea Nacional. Diario de las sesiones (AN. DS.), 10 de octubre de 1927, p. 10.

jurídico alguno en la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas o las creencias religiosas⁷⁰. Este artículo supone un punto de inflexión en la historia jurídica del país, pues reconoce la igualdad jurídica entre hombres y mujeres. En consecuencia, el favor que recibe el esposo agraviado por parte de la legislación penal anterior no posee respaldo constitucional alguno y, por consiguiente, es abolido. «Esta razón de igualdad de sexos nos ha llevado a irradiar la llamada excusa absolutoria a favor del marido que descubre los secretos de su mujer»⁷¹, aduce el legislador penal. A ello se suma que el 11 de marzo de 1932 es aprobada la primera ley del divorcio en España en virtud de la cual se deja de regular el matrimonio por las disposiciones del Código civil de 1889 para regirse ahora por la libre voluntad de los consortes. De ello se desprende la despenalización del adulterio, esto es, la supresión de los artículos 448 y 452 del Código penal de 1870 en los que se pena el adulterio y el amancebamiento. No obstante, la citada ley del divorcio estima el adulterio como causa de disolución del vínculo por lo que del mismo modo se abolen por redundantes los artículos del nuevo Código penal referentes a esta cuestión.

Para comprender más a fondo la despenalización del adulterio resulta de gran interés el análisis realizado por el profesor de Derecho penal Manuel Cobo respecto al bien jurídico a proteger en el delito de adulterio, quien reconoce que en dicho tipo penal «la objetividad jurídica infringida resulta difícil de concretar»⁷². ¿Qué derecho vulnera el adulterio para ser considerado como delito en el Código penal de 1944?; se pregunta Cobo. La honestidad del culpable no es posible porque la lesión debe recaer sobre un bien ajeno, ni tampoco puede ser «el pudor general», porque los que pierden la fama son los involucrados. Por todo ello, Cobo aduce que resulta desacertado que el delito de adulterio figure de entre los delitos contra la honestidad. Tampoco se trata de una lesión directa contra el «pudor social», pues si bien es cierto que existe una relación entre la proporción del adulterio y la moralidad pública no significa que este primero suponga siempre y en todo caso un quebrantamiento de la segunda. Por ello, el profesor de derecho estima que lo que en realidad lesiona el delito del adulterio es el honor del cónyuge traicionado, por lo que cabría antes considerarlo más bien como una injuria. No obstante, se trata de una conclusión precipitada, pues al considerarse que no incurre en delito de adulterio la mujer casada que es infiel a su esposo siempre y cuando éste se halle al corriente de ello, revela que el bien jurídico a proteger no es únicamente el honor, sino que es más complejo, puesto que el honor del cónyuge traicionado consienta o no la infidelidad es de igual modo lesionado y, sin embargo, cuando ésta es conocida y permitida por el esposo deja de ser un delito punible.

De acuerdo con lo dictaminado por la Sala segunda del Tribunal⁷³ Supremo el bien jurídico a proteger en el delito de adulterio es la familia, concretamente, la fidelidad conyugal. Resulta evidente que una infidelidad conyugal trastorna el status familiar. Pero

70. *Constitución de la República Española, 9 de diciembre de 1931*. https://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf

71. «Exposición de Motivos», *Código Penal de 1932*, Gaceta de Madrid, núm. 310, 5 de noviembre de 1932.

72. Manuel COBO, «El bien jurídico en el adulterio (artículo 449 del Código Penal)», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 16, núm.3, 1963 p. 509. (509-530)

73. Sentencia 12 de febrero de 1875, 28 de febrero de 1906, 11 de octubre de 1954, 30 de junio de 1955; entre otras.

dentro del amplio margen que proporciona la familia es necesario precisar la objetividad jurídica infringida, es decir, qué derecho o deber es el quebrantado. En este punto es donde existe disparidad de objeciones por parte de la doctrina. En el derecho histórico nacional el delito de adulterio se pena principalmente por la *turbatio sanguinis*, es decir, el desconocimiento de la legitimidad del hijo y, por tanto, la incierta condición del padre. Precisamente porque lo que se pena es la consecuencia que se deriva de la traición, se considera un delito en exclusiva cometido por mujer. Sin embargo, de ser éste el motivo principal, no sería punible el adulterio cometido por mujer estéril y en cambio, es penada de igual modo. La doctrina alemana, por su parte, sostiene que en el delito de adulterio se protege el matrimonio mismo, ya que es el que determina el orden de la familia, siendo ésta protegida a causa de considerarse una institución ético social. Sin embargo, el adulterio, tal y como se halla tipificado en el ordenamiento penal de 1870, no implica la disolución del matrimonio, sino que sencillamente figura como una causa de separación de acuerdo con el artículo 105 del Código Civil. El delito de adulterio, por consiguiente, no implica una necesaria ruptura del matrimonio; ni tan siquiera la separación a la que podría recurrir tras este significa una liberación de los deberes y derechos, e incluso, se contempla que pueda existir separación y del mismo modo cometerse adulterio. Por todo ello, no es posible considerar tal y como se halla tipificado el delito de adulterio en el derecho penal español que el bien jurídico a proteger sea la unión matrimonial⁷⁴.

De igual modo, tampoco es posible considerar como lo ha hecho la doctrina italiana que el bien jurídico en el delito de adulterio sea la fidelidad conyugal a la que se comprometieron en virtud de lo ordenado en el artículo 56 del Código Civil. De ser así, el delito de adulterio operaría de igual modo para ambos sexos. Sin embargo, nos encontramos que este artículo es interpretado de un modo particular. Que los cónyuges estén «obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente»⁷⁵, se traduce en un deber de fidelidad por parte de la mujer y un derecho de exclusividad sexual por parte del marido. Esta interpretación la desempeña precisamente el artículo 449 del Código penal, que es el que delimita y concreta el mandato de fidelidad ordenado por el precepto civil. Por consiguiente, se trata de un delito que ataca la exclusividad sexual que comporta el estatus jurídico del matrimonio. De ahí que en el delito de adulterio se condene al amante, pues, aunque no ha quebrantado ningún deber de fidelidad, no ha respetado, sin embargo, un derecho que le corresponde en exclusiva al esposo.

Existe para la mujer, por tanto, «un deber concreto y personal de fidelidad sexual, cuya lesión sanciona penalmente el artículo 449, que, si bien se encuentra comprendido en el más genérico del artículo 56 del Código Civil, se especificaría de forma muy precisa en su proyección penal»⁷⁶; aduce Manuel Cobo. La fidelidad que protege el ordenamiento penal en atención a lo proclamado por el precepto civil es únicamente la sexual y es en exclusiva la de la mujer. Por consiguiente, el bien jurídico protegido en el delito del adulterio tipificado por el orden penal en España es el derecho a la exclusividad sexual del marido con respecto a su mujer; un derecho que, sin embargo, ella no goza con respecto a él. Prueba de ello es que el marido infiel únicamente es penado en caso de incurrir en escándalo público, por lo que el bien jurídico en este caso protegido no es un derecho de exclusividad sexual, sino, más bien, la moralidad pública.

74. Manuel COBO, «El bien jurídico en el adulterio... op. cit., p. 518.

75. Artículo 56, «Código Civil», *Gaceta de Madrid*, núm. 206, 25 de julio de 1889.

76. Manuel COBO, «El bien jurídico en el adulterio...» op. cit., p. 527.

A la luz de esta interpretación la despenalización del adulterio es una consecuencia lógica de la proclamación del artículo 43 de la Constitución de 1931. La igualdad de derechos del hombre y la mujer en el matrimonio que contiene explícitamente el texto constitucional no da cabida a una interpretación de fidelidad conyugal aparejada en exclusiva a uno de los dos cónyuges. Asimismo, la proclamación de igualdad ante la ley no permite ningún tipo de favor jurídico por razón de sexo, de modo que no es posible atribuir al hombre un derecho de exclusividad sexual con respecto a su mujer que no sea de igual modo y, en todo caso, aplicado a la mujer con respecto a su marido. Por consiguiente, si el bien jurídico que se protege en el delito de adulterio es la exclusividad sexual que comporta el estatus jurídico del matrimonio, el adulterio debería ser penado de igual modo, siendo cometido tanto por mujer como por varón. A ello se suma que, si la Ley del Divorcio proclama la regulación del matrimonio conforme a la libre voluntad de los contrayentes, desaparece por parte del orden civil el deber de fidelidad por lo que no existe vulneración de ningún deber ni derecho que fundamente la tipificación del adulterio. Además, al anularse el concepto de ilegitimidad de los hijos naturales a través de la Ley de 2 de marzo de 1932, el fundamento que justificaba en la tradición del derecho histórico español la punición en exclusiva de la mujer en caso de cometer adulterio se desvanece. El adulterio era considerado delito únicamente si la comitente era mujer debido en gran medida a los posibles frutos que se desprendía de tal acto: el hijo ilegítimo que se incorporaba al núcleo familiar y que amenazada con romper la transmisión hereditaria, agravando públicamente el honor del marido. Al desaparecer la noción de ilegitimidad de los hijos, fijándose la plena igualdad entre ellos, ni existe justificación alguna para sostener una diferencia de trato en materia de adulterio, ni tampoco razón que legitime la incorporación del adulterio al cuerpo normativo penal.

Tras la asunción de la jefatura del Estado por el general Franco se produce una desacceleración en materia de igualdad de derechos entre hombres y mujeres. En marzo de 1938 se reestablecía la vigencia del Código Civil de 1889 que en materia matrimonial había sido sustituida por la igualdad de derechos dentro del matrimonio que se reconocía el artículo 43 de la Constitución de 1931 y la Ley del divorcio de 1932. El Código penal de 1948 trae de nuevo consigo la regulación del adulterio del texto penal de 1928. El adulterio de nuevo se convierte en un delito cometido por mujer casada y su amante (art. 449), condenable únicamente en caso de ser interpuesta querrela por el marido agraviado contra ambos presuntos culpables (art. 450). El adulterio por parte del marido se comete únicamente en caso de poseer manceba en casa o notoriamente fuera de ella (art. 452). La generación de escándalo continúa siendo la vara de medir el carácter delictivo del adulterio masculino y no en sí el acto de contravenir con el compromiso adquirido el día de la celebración del enlace. De igual modo, este código prevé la potestad del marido de remitir la pena de los culpables.

Sin embargo, con la promulgación de la Constitución de 1978 se derogan los artículos 449 y 452 del Código penal vigente, despenalizando así de nuevo el adulterio y el amancebamiento. Da igual modo se pone fin al artículo 84 del Código civil en virtud del cual los adúlteros condenados por sentencia firme no podían contraer nuevas nupcias. La despenalización del adulterio se produce de nuevo como una consecuencia lógica del prescrito por el texto constitucional de 1978 que remite a una ley para regular los derechos y deberes de los cónyuges (art. 32), que se traduce a la modificación del Código Civil de 1981 con la Ley 30/1981 a través de la cual se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. La infidelidad conyugal es causa de separación (art. 82), de modo que permite el cese de la convivencia y ésta a su vez, tras haberse llevado a cabo

durante un año ininterrumpido desde la demanda de separación, es considerada causa de divorcio (art. 86). Por consiguiente, el adulterio puede llevar a la disolución del matrimonio lo que demuestra que el bien jurídico a proteger en el delito de adulterio no era la unión conyugal, pues de lo contrario, continuaría vigente la penalización del adulterio.

No obstante, el artículo 68 del Código Civil, tras la modificación de 1981, conserva exactamente lo dispuesto en el artículo 56 del texto original de 1889, esto es, mantiene el deber de fidelidad entre los cónyuges. Sin embargo, la interpretación de fidelidad ampliada por el orden penal y reducida en exclusiva a la sexual y por parte de la mujer desaparece tras la abolición del artículo 449 de Código penal. Se trata de una derogación que se comprende a la luz de lo dispuesto por el artículo 66 del Código Civil tras la reforma de 1981, esto es, que el marido y la mujer son iguales en derechos y deberes. Por consiguiente, no es posible un deber de fidelidad que opere en exclusiva para uno y no para el otro. Si no existe tal deber, tampoco un derecho que permita punir la vulneración del mismo, por lo que no hay razón para la tipificación del adulterio.

V. Conclusión

Desde la baja Edad Media hasta prácticamente finales del siglo XX se pone de manifiesto a través del modo en el que es articulado el adulterio la preeminencia en la familia y sociedad que poseen los hombres con respecto a las mujeres a causa de su sexo. La mujer casada es considerada en función de su esposo, de modo que el adulterio es un delito cometido únicamente por ella, dado que supone una entrega de sí misma, siendo que no se pertenece. El sentido de propiedad que posee el marido con respecto a la esposa deriva en que toda injerencia en este espacio de dominio supone un daño a su honor. El bien jurídico a proteger en el delito de adulterio es, por tanto, el honor del esposo, de modo que no hay cabida para la tipificación del adulterio masculino ya que el legislador no estima que la mujer casada sufra un daño en su honor derivado de la infidelidad de su esposo. Se trata de una dinámica relacional entre los sexos jerarquizada en el que el hombre es la cabeza de la familia. Fruto de ello, el amante de la mujer casada, a pesar de estar casado, no se le considera autor del delito de adulterio, sino cómplice, pues la mujer casada es la que daña el honor, puesto que es ella la que se debe a su esposo y no su amante. El diferente trato que recibe la mujer adúltera con respecto al hombre infiel se fundamenta, asimismo, en las posibles consecuencias que se desprenden de la infidelidad. Sólo el hijo ilegítimo de la mujer se incorpora en el núcleo familiar, por ello, su infidelidad es considerada una actuación subversiva que amenazaba con alterar el orden de transmisión del apellido y del patrimonio.

Sin embargo, a mediados del siglo XIX en adelante se advierte una gradual modificación del delito de adulterio que deriva en su final derogación en el último tercio del siglo XX. Este fenómeno responde a la radical transformación que experimenta la sociedad española al convertir en una realidad práctica las principales proclamas ilustradas. Durante este periodo de transición, se incluye como reo de adulterio al hombre casado que es infiel a su esposa siempre y cuando genere cierto escándalo con ello. No obstante, se le atribuye una pena irrisoria en comparación con la asignada al adulterio femenino. La perpetuación de esta diferenciación a la hora de articular el delito de adulterio responde a una exaltación y atribución de unas artificiosas diferencias de carácter congénito entre

los sexos, que se emplean como fundamento de una concreta distribución de roles en la sociedad y en la familia de la que la legislación decimonónica tanto penal como civil se hace eco.

Únicamente en el momento que es reconocida la igualdad de derechos y deberes en el matrimonio, se produce la derogación del adulterio en España. Este momento arriba en la década de los treinta como una consecuencia inexorable de la labor realizada desde mediados del siglo precedente en defensa del reconocimiento de los derechos civiles, educativos y laborales de las mujeres. Este avance en materia de igualdad se ve truncado con la orden de derogación de la legislación inmediatamente precedentes a la implantación al régimen franquista. Sin embargo, con la proclamación del principio de no discriminación e igualdad del texto constitucional de 1978 se desprovee de nuevo de todo fundamento para la tipificación penal del adulterio tal y como se había concebido hasta ahora, es decir, como una lesión en exclusiva al honor del esposo.

Queda constatado pues, que el modo en el que a lo largo de la historia de España se ha articulado el delito de adulterio responde a una mentalidad social caracterizada por una dinámica relacional entre los sexos inspirada por principios patriarcales. Sin embargo, conforme la sociedad va tomando conciencia de la igual capacidad de los sexos, el delito de adulterio va sufriendo pequeñas modificaciones acorde a ello hasta finalmente extinguirse. No cabe duda de que a través del articulado del adulterio se advierte con nitidez la transformación que experimenta paulatinamente la sociedad española en materia de igualdad de derechos. El estudio del delito de adulterio supone, por consiguiente, una prolífica fuente de información acerca de la consideración y posición social y, sobre todo, familiar del hombre y de la mujer, enriqueciendo de forma original y desde una perspectiva jurídica los estudios de género.

VI. Bibliografía

ALONSO Y RUBIO, FRANCISCO. *La mujer bajo el punto de vista filosófico, social y moral: Sus deberes en relación con la familia y la sociedad*, Madrid, Gamayo, 1863.

ASAMBLEA NACIONAL. *Diario de las sesiones* (AN. DS.), 10 de octubre de 1927.

BAZÁN, IÑAKI. «Las mujeres frente a las agresiones sexuales en la Baja Edad Media: entre el silencio y la denuncia» en SOLÓRZANO, JESÚS ÁNGEL; ARÍZAGA, BEATRIZ, AGUIAR, AMELIA (eds.), *Ser mujer en la ciudad medieval europea*, Logroño, Instituto de Estudios Riojanos, 2013.

BENITO DE LOS MOZOS, ANA I.; MARTÍNEZ GALLEGO, EVA M. «Mujer, ¿sujeto u objeto de Derecho?», LÓPEZ DE LA VIEJA, M. TERESA (ed.), *Feminismo. Del pasado al presente*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2000.

BERNÍ, JOSEPH. *Práctica criminal con nota de los delitos, sus penas, presunciones y circunstancias que los agravan y disminuyen y ritual para juzgar, acriminar y defender en los Tribunales reales de España y en los particulares de Residencias*, Valencia, Por Joseph Thomàs Lucas, Impress. del S. Oficio, 1765.

- BOE.** «Código Civil». *Gaceta de Madrid*, núm. 206, Madrid, 25 de julio 1889.
- BOE.** *Código Penal de 17 de junio de 1870*, Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1870.
- BOE.** *Código Penal de 1928*, *Gaceta de Madrid*, núm. 257, 13 de septiembre de 1928.
- BOE.** *Código Penal de 1932*, *Gaceta de Madrid*, núm. 310, 5 de noviembre de 1932.
- BOE.** *Código Penal de España* (19 de marzo de 1848), Madrid, La Imprenta Nacional, 1848.
- BOE.** *Código Penal de España*, enmendado con arreglo a los reales decretos de 24 y 22 de Septiembre de 1848, Barcelona, Imprenta de d. Ramón Martín Indar, 1848.
- BOE.** *Código Penal español* (9 de julio de 1822), Madrid, La Imprenta Nacional, 1822.
- BOE.** *Fuero Juzgo*, (ed.) de Juan de la Reguera Valdelomar, 1798, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.
- BOE.** *Fuero Real de Alfonso X el Sabio*, Libro IV, Título VII, Ley 3, (ed.) PÉREZ MARTÍN, ANTONIO, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.
- BOE.** *Leyes de la Recopilación*, Tomo V, Madrid, Imprenta Real de la Gazeta, 1776.
- BOE.** *Novísima Recopilación de las leyes de España*, Tomo V, Libro XII, Título XXVIII, ley 1, 1805. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-LH-1993-63_5
- COBO, MANUEL.** «El bien jurídico en el adulterio (artículo 449 del Código Penal)», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 16, núm.3, 1963, (509-530).
- COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, M. JOSÉ.** «El delito de adulterio en el derecho general de Castilla», *Anuario de historia del derecho español*, 66, 1996.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS.** *Constitución de la República Española*, 9 de diciembre de 1931. https://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf
- CRAMPE-CASNABET, MICHELLE.** «Las mujeres en las obras filosóficas del siglo XVIII» en DUBY, GEORGES y PERROT, MICHELLE, *Historia de las mujeres en Occidente: Del renacimiento a la Edad Moderna*, vol.3., Madrid, Taurus, 1992.
- DE LAS HERAS SANTOS, JOSÉ LUIS.** «La mujer y la moral en la legislación castellana de la Edad Moderna», *Historia et ius*, 9, 2016, (1-27).
- DE PORTONARIIS, ANDREA.** *Partida*, Salamanca. 1555.
- FRIEDRICH, ENGELS.** *El origen de la familia, la propiedad y el estado*, Editorial Fundamentos, Madrid, 1996.

- GONZÁLEZ SERRANO, JOSÉ.** *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro*, Tomo II, Madrid, Imprenta y Fundición de M. Tello, 1876.
- IBARRA, JOACHIN.** *Ordenamiento de Alcalá*, título XXI, ley I, 1348, Madrid. Impresor de. Cámara de S. M., 1734.
- LLAMAS Y MOLINA, SANCHO.** *Comentario crítico, jurídico, literal a las Ochenta y Tres leyes de Toro*, Volumen 2, Madrid, Imprenta y Librería de Gaspar Editores, 1853.
- MACÍAS, ALONSO; CANDAU, MARÍA LUISA.** «Matrimonios y conflictos: abandono, divorcio y nulidad eclesiástica en la Andalucía modera (Arzobispado de Sevilla, siglo XVIII)», *Revista Complutense de Historia de América*, 42, 2016, (119-146).
- MACÓN, CECILIA.** «La Declaración de los sentimientos de 1848. Ciudadanía, afecto y rebelión.», *Cuadernos de Filosofía*, núm. 69, 2017, (129-154).
- PACHECO, JOAQUÍN, F.** *El Código Penal concordado y comentado*, Madrid, Imprenta de Manuel Tello, 1870.
- RÍOS LLORET, ROSA E.** «Obedientes y sumisas. Sexualidad femenina en el imaginario masculino de la España de la Restauración», *Ayer*, 63, 2006.
- ROUSSEAU, JEAN-JACQUES.** *Emilio o de la Educación*, Tomo III, Trad. Marchena. J., Burdeos, Imprenta de Pedro Baume, 1817.
- TERRANOVA, JUAN BAPTISTA.** *Las leyes del estilo y declaraciones sobre las leyes del Fuero*, Salamanca, en Casa de Juan Baptista de Terranova, 1569.
- VIZMANOS, TOMÁS M.; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, CIRILO.** *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Madrid, Imprenta de D. José María Alonso, 1853.



REVISTA JURÍDICA VALENCIANA

Associació de Juristes Valencians

