



ACTUALIDAD JURIDICA IBEROAMERICANA



Publicación de circulación Internacional
Actualidad Jurídica Iberoamericana
<https://www.revista-aji.com>

Editan:
Instituto de Derecho Iberoamericano.
C/ Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15 Valencia, España. 46023.
Correo Electrónico: contacto@idibe.org
web: www.idibe.org

Tirant lo Blanch.
C/Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia (España).
Telf. +34 963 61 00 48.
Correo electrónico: tlb@tirant.com
web: www.tirant.com

ISSN 2386-4567
© Derechos Reservados de los Autores

Actualidad Jurídica Iberoamericana se encuentra indexada en los siguientes índices de calidad: SCOPUS (Q3), CIRC ("B"), ANVUR (clase "A"), RRDe (Q1), IDR (C3), LATINDEX y MIAR.

Así mismo se encuentra incluida en los siguientes catálogos: Dialnet, RODERIC, Red de Bibliotecas Universitarias (REBIUN), Ulrich's, Dulcinea, Elektronische Zeitschriftenbibliothek (EZB) y Ores Scientific Plattform.

Impreso en España
Diagramación: Elías On - elias.on@live.com

SUMARIO



DOCTRINA

PARTE GENERAL

- 01/ La “deshumanización del arte” jurídico: el llamado juez-robot: ¿mito o realidad? Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (España)..... 14

DERECHO DE LA PERSONA

- 02/ Capacidad decisoria del menor con problemas de conducta: internamiento en centro específico y tratamientos médicos asociados. Carmen Leonor García Pérez (España)..... 52
- 03/ Discapacidad mental e intelectual, autonomía de la voluntad y acceso a la justicia. Pilar María Estellés Peralta (España)..... 78
- 04/ El sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la Ley aragonesa 3/2024, de 13 de junio. Aurora López Azcona (España)..... 112
- 05/ Personas mayores vulnerables y protección civil. Valerio Rotondo (Italia)..... 134
- 06/ Los documentos de voluntades anticipadas en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre: sujetos legitimados, formalidades exigidas y necesaria actualización. Manuel Ortiz Fernández (España)..... 154
- 07/ Avances legislativos de las medidas de apoyo a favor de las personas con discapacidad en el sistema jurídico mexicano. Karla Cantoral Domínguez y Gisela María Pérez Fuentes (México)..... 184
- 08/ La pianificazione successoria dell’eredità digitale tra identità e privacy. Davide Ianni (Italia)..... 216

DERECHO DE FAMILIA

- 09/ La práctica habitual –¿y razonable?– del cobro de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad por su progenitor custodio. El necesario “aggiornamento” del art. 93 II del Código civil español. Ángel Acedo Penco (España)..... 246
- 10/ Gestación subrogada y paternidad homoparental: una revisión crítica del marco jurídico español. José Manuel de Torres Perea (España)..... 296

11/ Maternidad subrogada en Italia y en España: consideraciones para un análisis comparativo. Giulia Camilletti (Italia).....	372
12/ Comunione legale tra i coniugi nella prospettiva della legalità costituzionale: spunti di riflessione sistematica e assiologica. Dario Scarpa (Italia).....	424

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

13/ I contratti di finanza etica. Enrico Damiani (Italia).....	446
14/ Las obligaciones condicionales en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos revisada (PMR). Pedro Zurita Herrera (España).....	472
15/ Le forme di tutela dell'acquirente di beni viziati o non conformi al contratto: un'analisi comparata. Annagrazia Tomasi (Italia).....	530
16/ Prescripción de honorarios de abogado: entre la prescripción trienal y la caducidad de las costas procesales. Mario Neupavert Alzola (España).....	574
17/ Sui limiti del rimedio risarcitorio. Diritto all'educazione e all'istruzione del minore con disabilità e sua tutela. Stefano Corso (Italia).....	604

DERECHOS REALES

18/ El rol de la hipoteca inversa como instrumento financiero para las personas mayores. Mª Mercedes Alberruche Díaz-Flores (España).....	636

DERECHO DE SUCESIONES

19/ La capacità di testare dei soggetti invalidi nel diritto privato italiano: strumenti di tutela e prospettive future. Agnese Alamanni (Italia).....	670
20/ Profili ricostruttivi e dogmatici in tema di successione necessaria: tra solidarietà familiare moderna e diritti dei legittimari. Giuseppe Maria Marsico (Italia).....	708

DERECHO DE CONSUMO

21/ Discapacidad, vulnerabilidad y relaciones de consumo. María José Reyes López (España).....	750

DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

22/ La responsabilità por mal funzionamento de algoritmos en la legislación de la UE. Elsa Bivona (Italia).....	800
23/ Más allá de las leyes: autorregulación y ética en la regulación de la inteligencia artificial. David López Jiménez (España).....	822
24/ Aprendizaje automático y protección de datos frente a la IA. Alfio Guido Grasso (Italia).....	856

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

25/ Attività negoziale e strumenti di tutela del territorio.
Giovanni di Rosa (Italia). 874

26/ Vientos lusitanos: la reforma del Código civil portugués en
materia de menores. Pablo Muruaga Herrero (España). 894

27/ Madres y padres afines en Cuba. función asistencial y
“pluriparentalidad jerarquizada” en los bordes de la filiación.
Nicolò Cevolani (Italia). 920

28/ La atribución al menor de la causa de desheredación. Natalia
Muñiz Casanova (España). 936

RECENSIONES

29/ De Verda y Beamonte, J.R.: *El Derecho de familia hoy: Nuevas
tendencias legales y jurisprudenciales*, ed. REUS, Madrid, 2025.
Por Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla. 962

30/ Ortega Giménez, A.: *Litigios sobre bienes culturales en clave
de derecho internacional privado (De la dama de oro al Caso
Cassirer)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025. Por María Pía
Calderón Cuadrado. 970

31/ Ortega Giménez, A.: *Litigios privados internacionales sobre
prestación de alimentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025. Por
Lerdys Saray Heredia Sánchez. 974

32/ Cobas Cobiella, Mª E.: *El negocio jurídico testamentario*,
Dykinson, Madrid, 2025. Por José Ramón de Verda y
Beamonte. 977

DIRECTOR

Dr. Dr. José Ramón de Verda y Beamonte

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SUBDIRECTOR

Dr. Juan Antonio Tamayo Carmona

Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Dr. Pedro Chaparro Matamoros

Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

COMITÉ CIENTÍFICO

Dr. Salvatore Aceto di Capriglia

Professore Ordinario di Diritto Comparato, Universidad de Nápoles Parthenope, Italia

Dra. Esther Algarra Prats

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Enrico Al Mureden

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Bologna, Italia

Dr. Marco Angelone

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad "G. di Annunzio" de Chieti-Pescara, Italia

Dr. Vincenzo Barba

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de la Sapienza, Italia.

Dr. Javier Barceló Doménech

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Cesare Massimo Bianca (†)

Professore Emerito di Diritto Privato, LUMSA, Roma, Italia

Dra. Mirzia Bianca

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de la Sapienza, Italia.

Dr. Dr. Salvador Carrión Olmos

Catedrático Emérito de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Gabriele Carapezza Figlia

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Margarita Castilla Barea

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Cádiz, España

Dra. Giovanna Chiappetta

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Calabria, Italia

Dr. André Dias Pereira

Director del Centro Biomédico de la Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Andrea Federico

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Giampaolo Frezza

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Stefania Giova

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dr. Emanuele Indracollo

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Pablo Girgado Perandones

Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona, España

Dr. Gorka Galicia Aizpurua

Catedrático de Derecho de Derecho Civil, Universidad del País Vasco, España

Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci

Profesora Titular Emérita de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

Dra. Aurora López Azcona

Profesora Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

Dr. Cristián Lepin Molina

Profesor Asociado de Derecho Civil, Universidad de Chile

Dr. Andrea Lepore

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dr. Fabricio Mantilla Espinosa

Catedrático de Contratos Civiles y Mercantiles, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. Fabrizio Marinelli

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Graciela Medina

Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Lorenzo Mezzasoma

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Perugia, Italia

Dra. Mariel F. Molina de Juan

Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

Dr. Juan Antonio Moreno Martínez

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dra. Gisela María Pérez Fuentes

Catedrática de Derecho Civil, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México

Dr. Giovanni Perlingieri

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de La Sapienza, Italia

Dra. Carolina Perlingieri

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad Federico II, Nápoles, Italia

Dra. María José Reyes López

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Raffaele Picaro

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dr. Nelson Rosenvald

Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho Damasio, Sao Paulo, Brasil

Dr. Dario Scarpa

Professore Associato di Diritto Privato, Università degli Studi di Milano-Bicocca

Dra. Adela Serra Rodríguez

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Antonella Tartaglia Polcini

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Sannio, Italia

Dr. Francisco Ternera Barrios
Corte Suprema de Justicia, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. Filippo Viglione
Professore Ordinario di Diritto Comparato, Universidad de Padua, Italia

Dr. Pietro Virdagamo
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Giovanni Berti de Marinis
Professore Associato di Diritto dell'Economia, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Ana Isabel Blanco García
Profesora Titular de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

Dra. Asunción Colás Turégano
Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

Dr. Luis de las Heras Vives
Abogado. Vicepresidente del IDIBE.

Dr. David Fabio Esborraz
Ricercatore nell'Istituto di Studi Giuridici Internazionali (ISGI) del Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR), Italia

Dr. Manuel García Mayo
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Sevilla, España

Dr. Gaetano Guzzardi
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Catania, Italia

Dra. Mar Heras Hernández
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad "Rey Juan Carlos I", España

Dr. Carlos Gómez Asensio
Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia, España

Dr. Massimo Foglia
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Bérgamo, Italia

Dra. Sabrina Lanni
Professore Ordinario di Diritto privato comparato, Universidad de Milán, Italia

Dra. Pilar Montés Rodríguez
Profesora Titular (Escuela Universitaria) de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Pilar Estellés Peralta
Profesor Agregado de Derecho Civil, Universidad Católica de Valencia
"San Vicente Mártir", España

Dr. Riccardo Mazzariol
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Padua, Italia

Dr. Alfonso Ortega Giménez
Profesor Titular de Derecho Internacional Privado, Universidad de Elche, España

Dra. Sonia Rodríguez Llamas
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Valerio Rotondo
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Molise, Italia

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente: Dr. Gonzalo Muñoz Rodrigo

Profesor Ayudante Doctor, de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Belén Andrés Segovia

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo, Universitat Jaume I, España

Dr. Francesco Angeli

Assegnista di ricerca, Università degli studi di Perugia, Italia

Dr. Adrián Arrebola Blanco

Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, España

Dra. Ana Isabel Berrocal Lanzarot

Profesora Contratada Doctora, Universidad Complutense de Madrid, España

D. Álvaro Bueno Biot

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Borja del Campo Álvarez

Profesor Sustituto de Derecho Civil, Universidad de Oviedo, España

Dra. Maria Cristina Cervale

Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Andrea Casanova Asencio

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España.

Dr. Giovanni Cina

Ricercatore Diritto Comparato, Universidad de Padua, Italia

Dr. Francesco Disalvo

Dottore in Diritto Privato, Universidad LUMSA, Italia

Dra. Elena de Luis García

Profesora Permanente Laboral de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

Dr. Jorge Enriquez Sordo

Doctorando em Derecho, Universidad de Valencia, España

Dra. Beatriz Extremera Fernández

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Doña Ana Elisabete Ferreira

Professora Investigadora na Faculdade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Massimo Foglia

Professore Associato di Diritto Privato , Universidad de Bérghamo, Italia

Dr. Giuseppe Garofalo

Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Urbino "Carlo Bo", Italia

Dr. Giuseppe Marino

Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Palermo, Italia

Dr. Manuel Ángel Gómez Valenzuela

Profesor Sustituto Interino de Derecho Civil, Universidad de Cádiz, España

Dr. Fernando Hernández Guijarro

Profesor Titular de Derecho Tributario, Universitat Politècnica de València, España

D. Federico Ionnani Fiori

Assegnista di ricerca, Luiss University Roma, Italia

Dr. Francesco La Fata

Ricercatore di Diritto dell'Economia, Universidad de Mesina, Italia

Dr. Marco Li Pomi

Assegnista di Ricerca, LUM, Italia

Dña. Covadonga López Suárez

Investigadora Predoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Cádiz, España

Dr. Miguel Herrero Medina

Profesor Ayudante Doctor del Departamento de Derecho Romano e Historia del Derecho,
Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Andrés Marín Salmerón

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España

D. Mario Neupavert Alzola

Investigador Predoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Cádiz, España

Dr. Javier Martínez Calvo

Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

Dr. Manuel Ortiz Fernández

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad Miguel Hernández de Elche, España

Dr. Jesús Palomares Bravo

Investigador Predoctoral en Departamento de Derecho Civil, Universidad de Málaga, España

D. Lorenzo Pandolfelli

Assegnista di ricerca, Universidad de Camerino, Italia

Dra. Carla Pernice

Ricercatore di Diritto dell'Economia, Universidad Luigi Vanvitelli, Italia

Dr. Rosario Petruso

Professore Associato di Diritto Comparato, Universidad de Palermo, Italia

Dra. Monica Pucci

Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Perugia, Italia

Dra. Isabel Rabanete Martínez

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Marco Rizzuti

Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Florencia, Italia.

D. Juan Carlos Rocha Valle

Notario y Defensor Público en el área del Derecho Civil, Nicaragua

Dra. Romina Santillán Santa Cruz

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

Dña. Annagrazia Tomasi

Assegnista di ricerca, Universidad del Salento, Italia

Dr. Eduardo Taléns Visconti

Profesor Titular de Derecho del Trabajo, Universidad de Valencia, España

Dra. Maria Inês Viana de Oliveira Martins

Professora Auxiliar na Faculdade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Calogero Valenza

Assegnista di Ricerca, Università de La Sapienza, Italia

Dra. Sara Zubero Quintanilla

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, España



DOCTRINA

LA “DESHUMANIZACIÓN DEL ARTE” JURÍDICO: EL LLAMADO JUEZ-ROBOT: ¿MITO O REALIDAD?*

“DEHUMANIZATION OF LEGAL ART”: THE SO-CALLED ROBOT JUDGE: MYTH OR REALITY?

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 14-51

* “La máquina funcionará muy bien; podrá resolver todos los problemas que se quiera; —pero— jamás podrá plantearse uno” (ALBERT EINSTEIN).

Se toma la cita de ROJAS BUENDÍA, M^a. M.: “La nueva diversidad artificial: una futura ‘personalidad electrónica’ para otras inteligencias”, *Papeles: El tiempo de los derechos*, núm. 2, 2020, p. 12.



Guillermo
CERDEIRA
BRAVO DE
MANSILLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de marzo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

RESUMEN: El autor del presente trabajo se muestra, conforme a la opinión común actual, contrario a la figura de un juez-robot pretendida ya hoy por cierta doctrina y practicada en algunos países, con el argumento propio, y original frente a aquella común opinión opuesta, de ver enmascarado en tal propuesta el resurgimiento del tradicional literalismo europeo o la progresión del más moderno textualismo estadounidense, que pretenden resolver cualquier problema jurídico desde el culto a la letra de la ley, desde su sola y exclusiva interpretación gramatical, amparada hoy en los algoritmos lingüísticos, almacenados en masa (los “big data”) y tomados desde los textos legislativos y sus contextos jurisprudenciales, en aras, todo ello, de la seguridad jurídica, pero olvidando la justicia, el otro gran pilar para alcanzar la paz social, que es el fin de todo Derecho, y sin evitar el alto riesgo de que el ser humano pueda verse reemplazado, y algún día dominado, por la Inteligencia Artificial.

PALABRAS CLAVE: Interpretación e integración de normas; algoritmo; Juez-robot; inteligencia artificial; lenguaje jurídico; exégesis; textualismo, literalismo, diccionarios y definiciones legales; seguridad y justicia; equidad.

ABSTRACT: The author of this work shows himself, in accordance with current common opinion, against the figure of a robot judge already proposed today by certain doctrine, with his own and original argument against that common opposing opinion, of seeing masked in such a proposal the resurgence of traditional European literalism or the progression of the most modern American textualism, which seek to resolve any legal problem from the cult of the letter of the law, from its sole and exclusive grammatical interpretation, protected today by linguistic algorithms, stored in mass (the big data) and taken from legislative texts and their jurisprudential contexts, all for the sake of legal certainty, but forgetting justice, the other great pillar to achieve social peace, which is the end of all Law, and without avoiding the high risk that the human being may be replaced, and one day dominated, by Artificial Intelligence.

KEY WORDS: Interpretation and integration of norms; algorithm; Robot-judge; artificial intelligence; legal language; exegesis; textualism; literalism; dictionaries and legal definitions; security and justice, equity.

SUMARIO.- I. LAS ACTUALES PROPUESTAS EN FAVOR DE UN JUEZ-ROBOT.- 1. Del literalismo hermenéutico al literalismo tecnológico y algorítmico.- 2. El juez-robot y la seguridad jurídica.- II. NUESTRA PROPUESTA, EN CONTRA DEL JUEZ-ROBOT.- 1. El juez robot: ¿novedad revolucionaria, o “nihil novum sub sole”? La modernización tecnológica de viejas técnicas jurídicas.- 2. Entre la IA como asistente jurídico y el robot como juez sustituto: “de minimis non curat praetor(-robot)”?- 3. El juez robot, frente al juez humano: entre su dificultad —hoy— para aplicar la norma conforme a su espíritu y con justicia, y su ineptitud —innata— para hallar el problema jurídico.- A) *Dificultades de la IA en la aplicación lógica e integradora del Derecho, como obstáculo a su evolución.*- B) *Ineptitud del algoritmo lingüístico ante los defectos congénitos del lenguaje jurídico.*- C) *Incapacidad de la IA para hallar el problema jurídico.*- D) *IA, seguridad, ¿y la justicia?*; y el *alguacil alguacilado: ¿quién vigila a la IA (y a su creador)?*- 4. El rechazo del juez robot a nivel comunitario, hoy; pero ¿y mañana?

I. LAS ACTUALES PROPUESTAS EN FAVOR DE UN JUEZ-ROBOT.

I. Del literalismo hermenéutico al literalismo tecnológico y algorítmico.

No hace mucho que viene extendiéndose entre nosotros¹, y aplicándose incipientemente en algunos países (como Argentina², o China³, ...), incluso dentro de nuestro entorno europeo (como Francia o Estonia)⁴, la idea de un juez-robot que aplique las normas a cada caso particular que se le presente, y que, incluso cuando tales normas no sean claras, las interprete rectamente, o que, ante la

1 Entre otros, ESTÉVEZ MENDOZA, L. Y CANO CARRILLO, J.: “El juez-robot y la efectividad del proceso civil basado en la inteligencia artificial: una aproximación propedéutica”, en AA.VV.: *Aspectos éticos y marcos legales de la comunicación*, (coord. MONEDERO MORALES y otros), Valencia, 2022, p. 167 ss.; MARTÍNEZ ZORRILLA, D. (2019): El juez artificial ¿próxima parada? // *Oikonomics*.12, noviembre. <https://oikonomics.uoc.edu/divulgacio/oikonomics/es/numero12/dossier/dmartinez.html> ; SANCHÍS CRESPO, C.: “Inteligencia artificial y decisiones judiciales: crónica de una transformación anunciada”, *Scire: representación y organización del conocimiento*, vol. 29, núm. 2, 2023, pp. 76 a 78; también el juez de la Audiencia Nacional, VELASCO NÚÑEZ, E., 2025, en <https://conffilegal.com/20250125-eloy-velasco-magistrado-de-la-audiencia-nacional-apuesta-por-los-jueces-robot-para-causas-sencillas/>; así como en Italia, *vid.*, la obra colectiva dirigida por VIOLA, L.: *Interpretazione della legge con modelli matematici. Processo, a.d.r., giustizia predittiva*, vol. I, Milán, 2018, y otra versión, aquí manejada, titulada *Giustizia predittiva e interpretazione della legge con modelli matematici*, Milán, de 2019, donde otros autores siguen su propuesta. También destaca el trabajo en solitario de VIOLA, L.: “L’interpretazione della legge ex art. 12 Preleggi si basa su un algoritmo”, *Giustizia Civile.com*, núm. 2, 2019. También, MUGERI, I.: “I robot e la possibile prognosi delle decisioni giudiziali”, *Decisione robotica, Atti di seminari Leibniz tenutisi presso l’Accademia Nazionale dei Licei*, Bologna, 2019.

2 El llamado sistema Prometea, o el modelo Pretoria en Colombia

3 En China, incluso con una apariencia humanoide (es el modelo llamado “estado de vigilancia”)

4 Para una visión de tales sistemas, más detenida y con exposición de numerosos ejemplos, MIGUEL BARRIO, R.: “Explorando el rol de la inteligencia artificial en el proceso judicial: evaluación de la viabilidad legal del juez robot”, *Revista General de Derecho procesal*, 2024, núm. 63, pp. 11 y 12; CONDE FUENTES, J.: “La inteligencia artificial y la figura del juez-robot”, en AA.VV.: *Modernización, eficiencia y aceleración del proceso* (dir. SILVIA PEREIRA PUIGVERT y M^a JESÚS PESQUEIRA ZAMORA), Pamplona, 2022, pp. 120 y 121; BELLOSO MARTÍN, N.: “Inteligencia artificial en la teoría de la decisión judicial. ¿Del juez-robot al asistente-robot del juez?”, en AA.VV.: *El Derecho y la Inteligencia Artificial*, (coord. Fco. HERRERA TRIGUERO y otros), Valencia, 2022, pp. 355 a 357. LACRUZ MANTECÓN, MIGUEL L.: *Inteligencia artificial, sociedad y Derecho*, La Coruña, 2024, pp. 172 y 173.

• Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Sevilla. Correo electrónico: gcerdeira@us.es. ORCID: 0000-0003-3988-9233.

existencia de lagunas legales, las colme resolviendo el supuesto imprevisto por la ley conforme a los sistemas de integración oportunos (de fuentes, analógico, ...); todo ello gracias a la presteza —a la “finura jurídica”, dicen algunos⁵— que le proporcionarán los algoritmos.

No es casual que tal propuesta, no tan futurista como pudiera parecer, sea importada y provenga, en buena parte, del literalismo o textualismo anglosajón, sobre todo del de los EEUU, donde se defiende la inminente presencia de tal juez-robot, de una Inteligencia Artificial (en adelante, IA), de última generación, que haga las veces de juez, esto es, que aplique e interprete leyes, desde un lenguaje jurídico preestablecido en unos “big data”, en una base de datos, tomados a partir de la casi totalidad de textos legales o normativos y de los precedentes jurisprudenciales⁶, de donde el robot deduzca inmediata y automáticamente el significado de las palabras que se emplean en todos ellos según su contexto (una vez más, el texto en su contexto, como, en efecto, disponen el art. 12 del Codice vigente⁷, el art. 9 del CC portugués⁸, incluso el canon 17 del Código canónico⁹, o nuestro propio art. 3.1 CC), y también atendiendo a su sentido propio gramatical, extraído este de los Diccionarios más consagrados, algunos de ellos específicamente jurídicos (piénsese, en nuestro Diccionario panhispánico del español jurídico, editado por la RAE), y técnicos de otra índole (de medicina, ingeniería, ...), así como de las definiciones muchas veces contenidas en las propias leyes. A tal respecto, resulta muy llamativo el reciente trabajo de JEFFREY W. STEPEL y ERIK S. KNUTSEN, con un título muy revelador de cuanto decimos: “Bringing rigor to textualism through artificial intelligence” (“Aportando rigor al textualismo a través de la inteligencia artificial”)¹⁰.

5 Como dice en varias ocasiones la citada SANCHÍS CRESPO, C. (últ. loc. cit.).

6 No parece admitir tal modelo mixto, de normas y jurisprudencia, el juez ERCILLA GARCÍA, J.: “La Inteligencia Artificial en la justicia: asistentes IA judiciales y jueces IA”, *Revista (Aranzadi) de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2020, núm. 53, p. 4.12, quien distingue “dos modelos de juez IA, un juez IA que aprenda de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Supremo (AlphaJudge), o un juez IA que solo aprenda las leyes que son de aplicación (no habría un límite más allá de la jurisdicción) y actuara en consecuencia (AlphaJudge Zero)”.

7 Cuyo primer párrafo dispone: “Nell’applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore”.

8 “1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.”.

9 “Las leyes eclesiásticas deben entenderse según el significado propio de las palabras, considerado en el texto y en el contexto...”.

10 En *Seguro de personas e inteligencia artificial*, (dir. ABEL B. VEIGA COPO y coord. M. MARTÍNEZ MUÑOZ), Madrid, 2022, pp. 117-133. En su opinión (p. 119), si hay que limitarse a la mera lectura de textos, resulta más prometedor el enfoque de lo que denominan la “legal corpus linguistics”, que consiste en ir más allá de los diccionarios y examinar el significado de las palabras tal y como se refleja en grandes bases de datos que contienen material escrito que utiliza realmente la palabra en cuestión en múltiples contextos. (pp. 122 y 123): El movimiento o escuela de interpretación de la “legal corpus linguistics” aboga por el análisis de una gran base de datos que refleje el uso de la lengua y el análisis de esa base de datos para ayudar a la comprensión e interpretación de las palabras. La “legal corpus linguistics” trata de examinar un número masivo de escritos para ver cómo se utilizaban determinados términos y con qué frecuencia, revelando el significado común de una palabra con más fiabilidad que los diccionarios, las búsquedas “ad hoc” en Google

No tan amparada, aparentemente al menos, en aquel literalismo ni en la nueva tecnología sobre IA es la propuesta hecha, en Italia, por el abogado y profesor milanés LUIGI VIOLA¹¹, quien partiendo de que toda norma es un algoritmo (conformado por un hecho, la norma y la sentencia que la aplica a aquel), y de que toda interpretación es de palabras, y hecha con otras palabras¹², considera que en el art. 12 del Codice, dedicado a la interpretación de las leyes, hay un algoritmo secuencial, que determina el orden a seguir para resolver cualquier problema jurídico (interpretativo, y también integrativo). Recordemos, ante todo, aquel art. 12, cuando dispone en su primer párrafo: “Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore”; y añadiendo en el 2º: “Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato”. En tal redacción, observa el Prof. VIOLA una ordenación jerárquica de criterios para alcanzar un resultado (primero, la interpretación literal —que llama IL—, después, si aquella no es precisa, la interpretación lógica, conforme a la “ratio” —que simplifica en las siglas IR—, en tercer lugar, se acudiría a los casos similares, a la analogía “legis” —a que VIOLA se refiere con las siglas AL—, y, finalmente, como último recurso, a los principios generales del derecho, aplicados desde la analogía “iuris” —a que VIOLA se refiere con las siglas AI—)¹³; y respetando tal ordenación propondrá VIOLA la siguiente fórmula matemática, exacta en su opinión, para resolver cualquier problema jurídico de interpretación o de integración: $ILIR > AL > AI$ ¹⁴; de tal modo que, si tras interpretar una norma, su resultado fuese que $ILIRALAI$, se estaría ante una norma clara y precisa, donde

o la intuición. Y así parece apoyarlo, entre nosotros, ERCILLA GARCÍA, J.: “Jueces robot, dos aproximaciones prácticas a su concepto”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2024, p. 50, para quien “siendo el lenguaje una de las herramientas esenciales para el juzgador, mediante su comprensión, interpretación y aplicación, el paso hacia los jueces robot se allana desde el punto de vista técnico”. Ya mucho antes, entre nosotros, era partidario de un juez-robot basado en el lenguaje jurídico, LOIS ESTÉVEZ, J.: *Estudios sobre los fundamentos de una nueva Ciencia Jurídica*, Santiago de Compostela, 1954, p. 67 y ss.; y más recientemente, MUÑOZ SORO, J. F.: *Decisión jurídica y sistemas de información*, Madrid, 2003, p. 57 y ss.

- 11 En variados trabajos (según puede verse en la bibliografía final), de entre los que cabe destacar, en lo que aquí importa y se explica en texto, el suyo titulado “L'interpretazione della legge ex art. 12 Preleggi si basa su un algoritmo”, *Giustizia Civile.com*, núm. 2, 2019. En su obra colectiva (cit., p. 147), advierte que su propuesta no es tanto tecnológica, sino científica, en particular, de jurimetría (dice).
- 12 Dice (p. 3), que “l'interpretazione può essere definita come un'attività volta a comprendere il significato di una parola o complesso di parole”.
- 13 Partiendo (p. 4), de que “l'algoritmo è una sequenza predeterminata di operazini per giungere ad un risultato”, y que “l'art. 12 è un algoritmo perché è una conseguenza di operazioni (interpretativo, con gerarchia diversa) per giungere ad un risultato”, concluye que “l'art. 12 è sequenziale, in quanto prevede un iter procedimentale che inizia con l'interpretazione letterale (IL), ed interpretazione teleologica o per ratio (IR), per poi procedere a quella per analogia (AL) e per principi generali (AI)”.
- 14 Luego (pp. 7 ss), atendiendo a las posibles variables e hipótesis, y según la certeza o duda que genere cada interpretación, concluye con la siguiente fórmula, donde IP es la interpretación perfecta: $IP [IL; y que explica sintéticamente del siguiente modo (p. 8): “l'interpretazione della legge (IP) è eguale all'unione (?) tra più o meno interpretazioni litterali (ILILn) con più o meno interpretazioni per ratio (IRIRn); se manca una precisa disposizione di legge (ILO), si procede a sommare o sottrarre interpretazioni per analogia legis ((ALALn)); nel caso in cui il caso sia ancora dubbio (AL ? 0), si può procedere a sommare o sottrarre interpretazioni per analogia iuris ((AIAln))”.$

la letra coincide plenamente con su espíritu; ante un caso, en fin, en que aplicar la máxima “in claris non fit interpretatio”. Es esta una tesis que, incluso, considera observada empíricamente en diversos casos de la jurisprudencia italiana¹⁵, aunque, según creo, observados siempre “a posteriori”.

Muchas objeciones, tal vez, cabría hacerle a tal propuesta, aun admitiéndola como válida por ser coherente consigo misma: entre otras, su potencial utilidad quedaría circunscrita tan solo al caso italiano¹⁶, lo que la deslegitima como pretendida fórmula científica, o matemática (que debería ser universal), porque no sería del todo útil para otros ordenamientos que tengan sus propias normas —si es que las tienen— sobre integración e interpretación, como sería, en el caso español, la necesidad de establecer una fórmula matemática que combinara, entre otras normas (“algorítmicas”), muchos de los apartados del art. 1 CC con los arts. 3 y 4 CC, y que, además, incluyera factores y cánones interpretativos e integradores no contemplados en la fórmula italiana: como la costumbre (aun con el consabido de que ha de acreditarse, al no regir para ella el principio “iura novit curia”, cfr., los arts. 1.3 CC y 281.2 LEC), así como incluir las interpretaciones histórica y sociológica¹⁷, o la equidad, omnipresente en nuestro art. 3.2 CC para toda interpretación, ...; o, finalmente, que en la fórmula italiana aparezca relegada a un segundo lugar, por debajo de la literal, la interpretación lógica, basada en el espíritu de la ley, que es, muy al contrario de criterio subordinado, el principal y el fin, el primero y último, de toda interpretación (al menos, según la claridad e intencionalidad recogida en nuestro art. 3.1 CC, en su inciso final). En lo que aquí y ahora importa, es esta última idea la que cabe destacar, como prueba de que es el literalismo, o la prevalencia de la interpretación gramatical sobre cualquier otra, la que permite sostener que a través de fórmulas matemáticas, y de robots que las ejecuten, se aplique el Derecho a la realidad; una interpretación gramatical que, además, serviría de límite infranqueable a toda otra interpretación, según defiende el propio VIOLA, basándose, curiosamente, en un dato gramatical, como es la coma que en el art. 12 italiano hay antes de referirse a la intención del legislador y que VIOLA, en lugar de con la “voluntas legislatoris”, identifica con la “ratio legis”¹⁸,

15 Se explica en https://www.youtube.com/watch?v=6i3ZfHII_U0, y puede verse en su artículo citado, pp. 12 ss.

16 En cambio, en su elogio a la propuesta de LUIGI VIOLA, la traductora GERIC, J.: “L'algoritmo di Luigi Viola in una dimensione globalizzata”, *Giustizia predittiva e interpretazione della legge con modelli matematici*, Milán, 2019, pp. 92 y 93, considera que es una propuesta global, válida para cualquier texto legislativo.

17 No obstante, VIOLA, L. (p. 7, con nota 9), considera que las interpretaciones sistemáticas y evolutivas son subsumibles en la interpretación lógica, aunque sin decir dónde se ubica la interpretación histórica, más vinculada con la “voluntas legislatoris” que con la “ratio legis”, y que, además, parece ser la contemplada en aquel art. 12 del Codice cuando se refiere a la “intenzione del legislatore”.

18 “Osservando —dice— l'art. 12 preleggi si evidenzia la presenza di una congiunzione preceduta da una virgola tra IL e IR (“, e”): si ritiene che voglia dire che IL ed IR devono di allinearsi, ma se non è possibile prevale IL”. Añadirá VIOLA, L. (en su obra colectiva citada, p. 162), “che l'interpretazione finale non potrà mai essere *extra legem*, ma *intra ius*; l'uso di qualsiasi criterio interpretativo interpretativo non potrà mai portare ad un'interpretazione che sovverta il dato letterale della norma”. Aparte de que sea rechazable la idea misma de que la letra de la ley es límite y punto de llegada en toda interpretación, no se comprende

cuando, sin embargo, la norma habla expresa, y literalmente, de la “intenzione del legislatore” (y sin caer, además, en que aquella coma fue una errata introducida por el CC italiano de 1865 al copiar mal su musa austríaca¹⁹).

Y todo ello, parece, ignorando que desde Roma a hoy el espíritu de la ley prima sobre su letra. Así, vgr., en el propio Digesto a veces se aconsejaba apartarse del sentido literal de la ley para así atender a su razón o espíritu (D. 1,3,17; D. 50,16,6; también D. 1,3,25 o D. 2,15,8 § 6)²⁰; y así se afirma en tan dispares y particulares lugares del Digesto, porque, precisamente, es en el propio Digesto donde se proclama, con alcance más general, la importancia de conocer el espíritu de la ley: se trata del famoso texto tomado de CELSO (D. 1,3,17), “con la que se abre la puerta a la libertad del intérprete, permitiéndole escapar de la esclavitud de la letra de la ley” (según nos dice DE CASTRO, ADC, 1977, p. 820), y donde —recordemos— se dice: “Scire leges non est earum verba tenere, sed vim ac potestatem” (“Saber las leyes no es retener en la memoria sus palabras, sino conocer su fuerza y su valor”). Con bellísimas palabras así se dirá también en las Partidas (P. I, I, 14): “que el saber de las leyes non es tan solamente en aprender e decorar las letras dellas, mas el verdadero entendimiento dellas”. En su Glosa (63), que incluso vino a recordar no hace mucho la STS 28 abril 2015, añadirá GREGORIO LÓPEZ: “La ciencia consiste en la médula de la razón, no en la corteza de lo escrito”. Y más reciente, como autoridad muy viva todavía hoy, don FEDERICO DE CASTRO, cuando advierte (en p. 462), que “la labor interpretativa no puede detenerse nunca en el texto legal. La letra de la ley puede ser el punto de partida de la interpretación y los propósitos del legislador servir para aclarar su sentido, pero ni una ni otros son un límite infranqueable; se trata de llegar a «la médula de la razón», y no hay que detenerse en ‘la corteza de las palabras’”, recordando en tal

muy bien de tal frase por qué no hay compatibilidad, que puede haberla, entre lo “extra legem” y lo “intra ius” —sic—.

- 19 Se trata, en efecto, de una errata ya existente en el Codice de 1865, pues así fue tomada del Código Albertino, al incluir este una coma que no existía en su precedente austríaco, y que, naturalmente, cambia el sentido de la frase. Frente a lo que dicen, y a la coma incluida en tales normas italianas, decía: “Einem Gesetze darf in der Anwendung kein anderer Verstand beigelegt werden, als welcher aus der eigentümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der Klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet”. Que, según traducción al castellano que tomo de GUZMÁN BRITO, A.: *Codificación del Derecho civil e interpretación de las leyes. Las normas sobre interpretación de las leyes en los principales Códigos civiles europeo-occidentales y americanos emitidos hasta fines del siglo XIX*, Madrid, 2011, pp. 490 y 491, decía: “En la aplicación, ningún otro entendimiento debe ser atribuido a una ley mas que aquel que reluce a partir de la significación propia de las palabras en su contexto y de la clara intención del legislador”. Para mayor detalle sobre dicha “virgola”, MOSSINI, L.: “Il significato proprio delle parole e l'intenzione del legislatore”, *Rivista di Diritto Civile*, 1972, II, p. 333, (nota 4), para quien “ove non si tratti di errori di stampa ci si troverebbe in presenza di un grossolano errore grammaticale non essendo, come è noto, consentito far precedere la virgola, segno di separazione e disgiunzione, ad una, appunto, congiunzione «e». (...) Occorre tuttavia ricordare che tale uso, pur in linea di principio scorretto, trova applicazione nel caso in cui si intenda, in una enumerazione di termini collegati dalla congiunzione «e», rafforzare un particolare distacco, rendere più evidente la diversità di natura tra alcuni dei termini pur collegati dalla necessità della enumerazione. In tal caso il «legislatore» avrebbe inteso esso stesso sottolineare la necessità del ricorso, nel processo interpretativo della legge, sia al «significato proprio delle parole», che alla «intenzione del legislatore» al tempo stesso ribadendo la profonda diversità di struttura dei due fenomeni. (...) L'osservazione, se fosse esatta, renderebbe ancor più palese la «intenzione del legislatore»”.

- 20 Advertidos todos ellos por Don FEDERICO DE CASTRO (en ADC, 1977, p. 818).

inciso final aquellas tan bellas palabras de GREGORIO LÓPEZ en su Glosa 63 a la Ley 13, tít. I, de la Primera Partida. Así, incluso, se recoge hoy en la propia ley, al menos en nuestro CC, en cuyo Título Preliminar (aplicable, en principio, a cualquier rama jurídica en toda España, ex arts. 4.3 y 13.1 CC), se contiene una norma específica sobre cómo interpretar las normas (el art. 3.1 CC), que intencionadamente, y así se expresa en su letra²¹, dice (al comienzo y al final, que es aquí y ahora lo que más interesa): "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras..., atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas"²².

2. El juez-robot y la seguridad jurídica.

Aunando, en cierto modo, ambas propuestas expuestas, la estadounidense y la italiana de VIOLA, ETTORRE BATTELLI²³ entiende que "el recorrido de la toma de decisiones con la intervención de la IA se configura ante todo creando bases de datos que contengan el conjunto de normas; la jurisprudencia sobre los precedentes; la predisposición de modelos de redacción judiciales; el uso de un lenguaje jurídico predeterminado y vinculado a nivel semántico; la sistematización, identificación e indexación de los contenidos argumentativos. Esencialmente se trata de proyectar algoritmos finalizados a la identificación de soluciones sobre la base de precedentes judiciales y otros elementos, según un esquema matemático,

- 21 En efecto, cuando en la redacción de la Base 2ª (que sería de la Ley de Bases 3/1973, de 17 marzo), dirigida a la interpretación de las normas, se explicita que los diversos cánones interpretativos "atienden fundamentalmente" al espíritu y finalidad de la norma, quedaba ya clara la intención de acoger una tesis objetivista de la interpretación jurídica (dirigida a la "ratio legis", y no subjetivista, dirigida a la averiguación de la "voluntas legislatoris"). Decía, en efecto, dicha Base: "Se establecerán como criterios básicos para la interpretación de las normas aquellos que, partiendo del sentido propio de sus palabras en relación con el contexto y los antecedentes históricos y legislativos, atiendan fundamentalmente a su espíritu y finalidad, así como a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas". Con ello, según nos explica PÉREZ ÁLVAREZ, MA.: *Interpretación y jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1 del Código Civil*, Pamplona, 1994, p. 58, "la Ponencia —redactora del precepto— asume la propuesta contenida en la enmienda número 28 —del Sr. ANGULO MONTES presentada al Proyecto de Ley— y, mediante la referencia —final— al espíritu y finalidad de la ley, acepta la teoría objetiva de la interpretación, eludiendo cualquier alusión a la voluntad del legislador como objeto a perseguir mediante el empleo de los elementos de interpretación"; de tal modo que, como concluye el propio PÉREZ ÁLVAREZ, lo que importa es la "mens legis", no la "mens legislatoris". Por otra parte, mientras que aquella Base 2ª finalizaba su redacción con aquella referencia a la realidad social tras referirse al espíritu y finalidad de las normas, habrá un cambio de orden en la redacción final y definitiva del art. 3.1 CC, lo que, como de nuevo nos explica PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: *Realidad social y jurisprudencia. Diez tesis sobre la realidad social en cuanto canon de interpretación de las normas*, Madrid, 2005, pp. 58 y 59, "no parece responder a meras exigencias formales o de carácter estilístico —sino a— la pretensión de circunscribir el papel atribuible a la realidad social en cuanto canon de interpretación —y así— se desestima que se trate de un elemento de interpretación al que haya de atenderse con carácter fundamental en la labor hermenéutica; y, al igual que los demás cánones, las consecuencias derivadas del empleo de la realidad social quedan limitadas por el objeto al que debe responder la labor hermenéutica; es decir: por el espíritu y finalidad —'ratio legis'— de la norma de cuya aplicación se trata". No deja, por cierto, de ser paradójico que, desde la propia voluntad del legislador, aunque en apoyo de la clara redacción del precepto, concluyamos por la supremacía de la voluntad de la ley en toda su interpretación con subordinación a ella de todo criterio interpretativo. Con todo, sería un caso de coincidencia plena del sentido histórico, literal y lógico de una norma.
- 22 Otras normas habrá que, en lugar de a la razón de la ley, subordinarán las palabras de la ley a la intención del legislador (vgr., el art. 12 del Codice vigente, el art. 9 del CC portugués), o incluso a las dos voluntades, a la de la ley, como a la del legislador (como hace, vgr., el canon 17 del Código canónico), ...
- 23 En "La decisión robótica: algoritmos, interpretación y justicia predictiva", *Revista de Derecho Privado*, núm. 38, 2020, pp. 58 y 59.

con la introducción de pruebas y elementos factuales como *input*, y la decisión final como *output*” (aunque reconociendo luego, en p. 61, “que la restricción de la actividad interpretativa a modelos matemáticos podría llevar a consecuencias perjudiciales y, entre ellas, ante todo la prevalencia de un canon de interpretación estrictamente literal”, con lo que, de nuevo, prevalece la letra de la ley como base de una IA jurídica sustitutiva del juez, o de cualquier otro jurista).

Tales propuestas, u otras similares fundadas más o menos directamente en la IA, se hacen, y ensalzan, en aras de la seguridad jurídica, de la “certezza” (según gusta decir entre los italianos)²⁴, al permitir aquel sistema algorítmico lingüístico, o gramatical, que las decisiones judiciales tomadas por la IA sean matemáticas, y, por tanto, exactas, lógicas y predecibles (la llamada “predictibilidad”, que en buen castellano bien podría ser también denominada como “predecibilidad”, más acorde con lo predecible como garantía de la seguridad jurídica²⁵), frente a las posibles decisiones discrecionales o absurdas, o simplemente erróneas, adoptadas por un juez humano; decisiones todas aquellas, las robóticas, que, además, se tomarán con mayor celeridad, casi automáticamente una vez introducidos los datos del supuesto de hecho, y con mayor productividad o volumen de casos resueltos²⁶, gracias a aquel almacenamiento de datos, lo que vendría así a poner fin a la endémica congestión de nuestro sistema judicial (humano), obteniéndose, en definitiva, un ahorro en costes (económicos, de tiempo y recursos humanos).

Como se ve, con el juez robot parece triunfar la idea de seguridad...; pero ¿y la de justicia, necesaria esta también para alcanzar la paz social (que es el fin del Derecho)?

II. NUESTRA PROPUESTA, EN CONTRA DEL JUEZ-ROBOT.

I. El juez robot: ¿novedad revolucionaria, o “nihil novum sub sole”? La modernización tecnológica de viejas técnicas jurídicas.

A primera vista, nadie dudaría de que en la propuesta de un juez con IA se está en presencia de una panacea revolucionaria, en la que todo parecen

24 De certezza y celerità habla, por todos, VIOLA, L. (p. 3), quien (en su obra colectiva citada, pp. 208 y 209), concluirá diciendo de su tesis, que “il suo vantaggio risulta significativo: l'equazione proposta assicura razionalità al procedimento interpretativo, evitando suggestioni momentanee, con l'ulteriore effetto di aumentare la certezza del diritto e, dunque, la sua prevedibilità”.

25 Según el Diccionario panhispánico del español jurídico, la predecibilidad es «parte esencial de la seguridad jurídica que aspira a que las reglas jurídicas y su aplicación creen y mantengan el orden social de un modo tal que sea posible para los miembros de la sociedad planear sus actividades por adelantado, tanto individual como colectivamente».

26 Como dice ROMÁN CORDERO, C.: “Inteligencia Artificial en la justicia (del juez-robot al asistente-robot del juez)”, *Revista de Derecho Público*, núm. 96, p. 144, “el algoritmo no tiene hambre”, ni jornada laboral, ni sueldo, ni vacaciones, ni bajas por enfermedad o por paternidad, ... Es, veremos luego, lo más semejante a un esclavo.

ventajas y progreso. Algunos consideran esta invención del juez robot como el juez HÉRCULES, propuesto en su día por DWORKIN²⁷, quien todo lo puede, y otros como —lo que podría, tal vez, llamarse— el juez calculador(a), de LEIBNIZ (con su "ars combinatoria" y su conocido "¡Calculemos!"²⁸)²⁹. Mas, realmente, creemos que la novedad solo lo es en lo instrumental, en la tecnología empleada para alcanzar aquel literalismo y automatismo tan deseados siempre, a lo largo de toda la historia de la humanidad, en la aplicación de la ley a la realidad del caso concreto.

Ya tuvo su parto la idea de un juez mecánico en la imaginación del escritor austríaco ALEXANDER RODA RODA, allá por el siglo (y milenio) anterior, en su cuento sobre el "piano de la justicia" ("Justizklavier"), que, no hace mucho, nos ha traído a su propósito DE LA OLIVA SANTOS³⁰, recordándolo de otro gran maestro procesalista, PRIETO CASTRO, acerca de un piano que impartía justicia por sí solo, con sus propias teclas (las negras para condenar, y las blancas para absolver), y que el gobierno, a quien su inventor se lo quería vender, aceptó adquirir siempre que dicho "luthier" añadiera a aquel piano, como por lo demás suele ser lo habitual en cualquier piano, un pedal "piano", esto es, suave, para cuando se juzgase al gobierno, y otro pedal "forte", para cuando el piano juzgase a la oposición.

Pero, más allá de lo instrumental o tecnológico —lo que no es poco—, y al margen de lo anecdótico de aquel humorístico e imaginado caso del piano de la justicia, en lo sustancial, según creemos, "nihil novum sub sole":

En su obra sobre el iuspositivismo³¹, NORBERTO BOBBIO observaba que "la teoría de la interpretación mecanicista, que en la actividad del jurista hace que prevalezca el elemento explicativo sobre el productivo o creativo del derecho ([...] el iuspositivismo considera que el jurista es una especie de robot o de calculadora electrónica)", decía.

27 Lo rememora BELLOSO MARTÍN, N.: "Inteligencia artificial en la teoría de la decisión judicial", cit., p. 342.

28 "Las partes —decía— un día, frente a una disputa, podrán sentarse y realizar un cálculo", pues "todas las cuestiones de derecho puro pueden definirse con certidumbre geométrica" (según nos recuerda BATTELLI, E.: "La decisión robótica", cit., p. 52, añadiendo, en la nota 28, que también LEIBNIZ se imaginaba una lengua universal capaz de abarcar todos los conocimientos de la humanidad, concibiéndola como una lengua específicamente numérica; precursor en lo que atañe al lenguaje binario ideado por Alan Turing para instruir las máquinas inteligentes". También recuerda a LEIBNIZ, como precedente de la fórmula de LUIGI VIOLA, DANZI, G.: "L'evoluzione del diritto: un lungo cammino tra logica e matematica fino all'attuale giustizia predittiva del Prof. Luigi Viola", *Giustizia predittiva e interpretazione della legge con modelli matematici*, Milán, 2019, p. 83, para concluir su trabajo diciendo (p. 85) que: "La giustizia predittiva ipotizzata dal prof. Luigi Viola sta dando corpo ad una visione del diritto che ieri sembrava solo un'utopia. Il segno di Leibniz, el 'calculemus' non è più all'orizzonte, ma dietro l'angolo".

29 O con el hilo de Ariadna, cuyo ovillo de lana permitió a su amado Teseo entrar en el laberinto para matar al Minotauro y salir luego de allí y escaparse de Creta, compara la fórmula de LUIGI VIOLA, QUARTA, E.: "Giustizia e predizione: l'algoritmo che legge il futuro", 2024, en <https://www.giustiziainsieme.it/it/cultura-e-societa/600-giustizia-e-predizione-l-algoritmo-che-legge-il-futuro>.

30 En "Justicia predictiva", interpretación matemática de las normas, sentencias robóticas y la vieja historia del 'JustizKlavier', *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 80, 2021, pp. 30-37. Por su parte, ROMÁN CORDERO, C.: "Inteligencia Artificial en la justicia", cit., p. 147, emparenta el actual juez-robot con la muñecos autómatas del s. XVIII en Europa.

31 *El positivismo jurídico*, Barcelona, 1993, p. 154.

Ante todo, la idea de un juez-robot que de inmediato o automáticamente resuelva el caso, una vez le sea este expuesto, aplicando la norma adecuada y ya interpretada al mismo, no hace más que reflejar aquella vieja idea de una justicia objetiva, segura y casi mecánica, expresada en aquel conocido dicho romano: “Da mihi factum, dabo tibi ius”, o la regla también tan conocida, aunque de origen debatido, que parece impedir la interpretación de la ley clara y precisa, y que también ha servido de apoyo a los textualistas, incluso a los del common law³²: “in claris non fit interpretatio” (máxima con la que también suele emparentarse un brocardo de Azón, aquel que dice: “ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”³³, o aquel otro que dice: “ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit”³⁴); ... o en aquella anhelante aspiración a un juez que, a modo de autómatas, sea la “boca muda de la ley” (en expresión conocida de MONTESQUIEU, quien, no por casualidad, en tal afirmación se refería a los jueces como “seres inanimados”³⁵), no siendo casual traer para este tema el recuerdo de tal afirmación³⁶, cuando, como vamos a ver a continuación, tanto resuenan algunas técnicas de los antiguos y más modernos formalismos jurídicos³⁷ en la actual figura del juez robot:

En efecto, para lograr tal ideal, tendente a la aplicación mecánica, lógica y subsuntiva de la ley general a cada caso particular, multitud de mecanismos se han empleado a lo largo y ancho de la historia del Derecho: desde la mismísima prohibición de interpretar, o, lo que es igual, la imposición de solo interpretar literalmente la ley, hasta la interpretación auténtica, hecha por manos del propio, pasando, precisamente, por una de sus expresiones: las definiciones legales, al que tanto recuerda el sistema algorítmico fundado en el significado de las palabras según su contexto, aunque, por supuesto, tecnológicamente sea este mucho más avanzado que aquel tradicional conformado por una suerte de diccionario jurídico que se insertaba en la misma ley a interpretar: pues así se ha venido haciendo durante toda la historiografía jurídica, desde el propio Digesto (en el

32 Según dice MAITLAND (que tomo de SÁNCHEZ RUBIO, M^a. A.: “La interpretación en el Derecho: *In claris non fit interpretatio*”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXII, 2004, p. 424). Más extensamente, así se explica por ZANUSO F.: “*In claris non fit interpretatio*: las ilusiones del normativismo en la crítica de la hermenéutica”, *lcade: Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 82, 2011, pp. 255-275.

33 A tal respecto, ANIBAL MAGGIO, L.: “*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”, en AA.VV.: *Pervivencia actual de los aforismos jurídicos latinos* (coord. M. ANDREA MICELI), Buenos Aires, 2023, pp. 491 a 493.

34 Y que, junto a la de *In claris*..., cita DUALDE, J.: *Una revolución en la lógica del Derecho (concepto de la interpretación del Derecho privado)*, Barcelona, 1933, p. 48, como expresión de lo que él denomina “gramaticalismo”.

35 En su afirmación completa, decía que “los jueces de la nación no son más que el instrumento (la boca) que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”.

36 También lo hacen ROMÁN CORDERO, C.: “Inteligencia Artificial en la justicia”, cit., p. 147, y BELLOSO MARTÍN, N.: “Inteligencia artificial en la teoría de la decisión judicial”, cit., p. 342, recordando también aquella frase de MONTESQUIEU.

37 Como la Escuela de la Exégesis, según cree el juez ERCILLA GARCÍA, J.: “La Inteligencia Artificial en la justicia”, cit., p. 4.13; y “Jueces robot”, cit., p. 79, al considerar que “la Escuela francesa de la Exégesis fue muestra viva de la prescripción de la interpretación y el ensalzamiento de la literalidad y de la completitud del sistema legal, modelo este que sería apto y preferible para un Juez IA”.

D. 50, 16), donde se contenían nada más y nada menos que 246 leyes sobre el significado de las palabras empleadas a lo largo de todo el Digesto (“urbe, nombre, cosa, acreedor, parecer, nuera, ...”), pasando por nuestras Partidas, entre otras normas medievales, en las que, al modo del Digesto, se contenía un elenco de leyes interpretativas de palabras “dudosas” (12, en total, en la P. 7ª, 33), seguida de unas “reglas de derecho” (37 en total, contenidas en el siguiente título, el 34, de la misma Partida 7ª); y así hasta llegar a nuestras leyes actuales, nacionales y de la Unión europea, donde también es muy común tal proceder consistente en definir ellas mismas las palabras empleadas en su propio texto (piénsese, vgr., en las Directivas europeas, o véase, precisamente, el art. 3 del Reglamento Europeo sobre IA, con “tan solo” 68 definiciones de palabras y expresiones empleadas con mayor frecuencia en su contenido). Y no es casual que el recurso a las definiciones legales sea también muy empleado en la legislación inglesa, donde “existen ‘reglas’ y ‘presunciones generales’ a la hora de interpretar los textos legislativos incluso de origen legal (*Interpretation Act*, 1978)”³⁸, con un índice que contiene las definiciones de términos requeridas para una lectura adecuada del texto³⁹.

Desde siempre, pues, como se ve, se ha creído, con cierta ingenuidad o quién sabe si con cierta soberbia, que aclarando el significado de las palabras que emplea la ley se hacía mecánica y exacta su aplicación a cada caso particular. Porque creyendo que su magna obra jurídica (el Digesto de JUSTINIANO, o el Code de NAPOLEÓN) sería culmen, definitiva e inmortal, se pensaba que la ley quedaba agotada en su letra, plenamente coincidente con su espíritu y voluntad (que, no en vano, era la de sus componedores, como autores de la ley —la “voluntas legislatoris”—⁴⁰). En su mentalidad, en su lógica, no había, pues, lugar para el comentario, la discusión, ... Al ser la ley clara y completa, no era necesaria ninguna creatividad en su aplicación. Ni la interpretación, ni la integración de la ley tenían cabida en aquel sistema legal perfecto (“quod non est in Codice non est in mundo”, era uno de sus lemas), porque se entendía que ni había antinomias, ni tampoco lagunas, pues toda omisión por el legislador era intencionada, excluyente o contraria a lo no previsto (“ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit”, según se acaba

38 Según afirma LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: “Derecho inglés y civil law: la ‘convergencia asintónica’”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 49, 2020, p. 789, en su trabajo a propósito de la obra de JOHN CARTWRIGHT: *Introducción al Derecho inglés de los contratos* (trad. J. P. MURGA FERNÁNDEZ), Pamplona, 2018, quien también se refiere (en p. 72), a tal método interpretativo sustentado en reglas y presunciones a partir de definiciones legislativas.

39 Según nos explica, con cierto detalle, FROSINI, V.: *La letra y el espíritu de la ley*, trad., Barcelona, 1995, pp. 106 y 107.

40 Sobre una reflexión acerca de la Escuela exégeta y del textualismo norteamericano y su emparentamiento como —lo que él llama— “textualistas subjetivistas”, véase PÉREZ BERMEJO, JM.: “La interpretación histórica o subjetiva del derecho: una historia de pervivencia práctica y problemas teóricos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 47, 2023, p. 291 ss.

de recordar)⁴¹. De ahí que el juez, como hemos recordado antes, debiera ser mero transmisor de la norma (“la boca muda de la ley”⁴²).

De todo ello, según se cuenta, aquella famosa frase, “Mon Code est perdu!”, con que reaccionó NAPOLEÓN al saber que uno de los propios redactores del CC francés, MALEVILLE, había publicado unos comentarios al mismo⁴³. Ya siglos antes, TRIBONIANO había hecho lo propio con el Digesto, con una casi airada condenación por parte de JUSTINIANO como reacción a tal comentario⁴⁴. Eran tiempos, desde aquellos justinianeos, hasta los napoleónicos, en que la voluntad del legislador era —real o simbólicamente— la contenida en la ley, de modo que, a fin de evitar cualquier tergiversación de su voluntad suprema, nadie podía interpretar su ley, que lo sería de la voluntad del legislador, o bien esta solo podía ser interpretada por él mismo (a través de otras leyes suyas, al modo de las viejas Constituciones y rescriptos justinianeos), o por quien por él fuese autorizado, cuya doctrina formaba auténtica jurisprudencia (piénsese en los órganos consultivos delegados por el poder parlamentario, como, por ejemplo, precisamente fue el “Référé législatif” en los tiempos iniciales del Code, como antecedente de los Tribunales de casación, cuya jurisprudencia dejaría ya de ser interpretación auténtica de la ley)⁴⁵.

Es, según nos parece, la misma ingenuidad o tal vez la idéntica soberbia con que hoy, bajo un nuevo manto o simple cambio de apariencia, se propugna como poción mágica la figura del juez robot⁴⁶, creyendo, por un lado, que la aplicación (interpretación e integración) del Derecho es operación mecánica, meramente

41 Con un tono crítico severo, así lo explicaba GÉNY, F.: *Método de interpretación y Fuentes en Derecho privado positivo*, con prólogo de R. SALEILLES, 2ª ed., Madrid, 1925, p. 247: “Se la imaginan —la legislación escrita— a semejanza de una obra divina, como una revelación completa y perfecta del derecho, que *a priori* bástase a sí misma, vaciada en un sistema de una exactitud matemática, y, por consiguiente, se la interpreta en la convicción de que, mediante procedimientos de pura lógica y, digámoslo así, mecánicos, permitirán extraer de ella seguramente todas las soluciones que reclaman las necesidades de la vida jurídica”.

42 En expresión conocida de MONTESQUIEU, en *El espíritu de las leyes*, en su visión tan radical de la división de Poderes, sin duda hartó justificada por una desconfianza hacia una clase judicial, antaño servil al monarca absoluto, en cuyo nombre y representación aquella clase sentenciaba.

43 Se trataba del *Analyse raisonnée* de MALEVILLE; *vid.*, PLANIOL, L. y RIPERT, G.: *Traité élémentaire*, Tomo I, París, 1928, p. 52.

44 En el § 12 del proemio, sobre “la concepción del Digesto”, donde llega a decir (en traducción al castellano que tomamos de GARCÍA DEL CORRAL, p. 170): “Mas esta nuestra recopilación, que con la voluntad de Dios se compondrá por vosotros, mandamos que lleve el nombre de Digesto o de Pandectas, sin que en lo sucesivo se atreva ningún jurisconsulto a aplicarle comentarios, ni a introducir confusión con su vana palabrería en el compendio del mencionado código, como se hizo en los tiempos antiguos, cuando por las contrarias opiniones de los intérpretes se perturbó casi todo el derecho...”.

45 Acerca de la conexión íntima durante la era de la ilustración y la codificación entre el brocardo “*in claris non fit interpretatio*”, el “Référé législatif” y la máxima expresión del positivismo jurídico: “*quod non est in codice non est in mundo*”, véase, DE LOS MOZOS, J. L., en su “Carta abierta a la Drª Moreno Cuñat”, Valladolid, 2001. Así también, refiriendo tal conexión a los tiempos del Emperador JUSTINIANO y su Digesto, como venimos advirtiendo en texto, SÁNCHEZ RUBIO, Mª. A.: “La interpretación en el Derecho: *In claris non fit interpretatio*”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXII, 2004, pp. 417-435, especialmente en las pp. 420, 431 y 432.

46 Asemejándola con la exégesis gala decimonónica, el juez ERCILLA GARCÍA, J.: “La Inteligencia Artificial en la justicia”, cit., p. 4.13, compara “la analogía entre la ingenuidad decimonónica de tratar de encorsetar el mundo en parámetros matemáticos y racionales, con la ingenuidad postmoderna de automatizar el mundo por medio de algoritmos”.

subsuntiva, fundada en simples silogismos (algorítmicos, hoy), porque todo el Derecho está en la letra, siempre clara y precisa, de la ley; y, de otro lado, por creer que un robot con IA, de ultimísima generación, va a poder suplir por completo a un ser humano como juez. Lo que, por cierto, dicho sea —no tan— de paso, se suele afirmar comparando siempre una IA que resulta infalible con un juez humano plagado de errores, y hasta de ciertos vicios, que constantemente adopta decisiones injustas, arbitrarias o ilógicas; lo cual, de ser siempre así, haría entonces que yo mismo, sin duda ninguna, propusiera para nuestros jueces lo que hace tiempo ARTHUR C. CLARKE, siempre visionario, dijera de los maestros —como lo soy yo mismo—: "cualquier profesor que pueda ser sustituido por una máquina —decía—, debería ser sustituido por una máquina"; dígase, pues, lo mismo de los jueces, pero de los jueces malos, como de los malos maestros, que haberlos haylos, pero no, en absoluto, de los que sean buenos jueces o buenos profesores.

Porque también hoy la IA en la impartición de justicia tiene sus problemas⁴⁷: como la falta de motivación en sus decisiones por una previa falta de transparencia en sus algoritmos, siempre ocultos (la llamada "caja negra"⁴⁸, desconocida hoy incluso para el programador, lo que parece resultar contrario al art. 120.3 CE⁴⁹), o como la comisión de diversos sesgos, haciendo que sus decisiones sean no pocas veces discriminatorias (contrarias a ciertas razas, sexos, clases sociales y religiones, sobre todo); ...

No seré yo, sin embargo, quien haciendo leña del árbol caído, aproveche tales debilidades de la máquina para menospreciarla ante las posibles virtudes y aciertos del juez humano. Una comparación equilibrada entre ambos debe hacerse aceptando las virtudes y defectos de uno y otro en su ideal o modelo, como buenas máquinas, los jueces robots, y como buenas personas, los jueces humanos. Y así cabrá plantearse, en su justa medida, la posibilidad de un juez robot, aun cuando funcione bien. Porque aun así, no nos parece factible la propuesta. Veámoslo.

47 Según denuncian, entre muchos otros, ERCILLA GARCÍA, J.: "Jueces robot", cit., pp. 53 y 54, 78; GÓMEZ COLOMER, J. L.: *El juez-robot (la independencia judicial en peligro)*, Valencia, 2023, pp. 189 ss., 194 y 195, 247 a 249; ROMÁN CORDERO, C.: "Inteligencia Artificial en la justicia", cit., p. 145; MIGUEL BARRIO, R.: "Explorando el rol de la inteligencia artificial", cit., pp. 9 y 10; ...

48 A la que habría que aplicar, trayendo aquí la conocida teoría de CASTRO referida a las personas jurídicas, el "levantamiento del velo", según explica MARTÍN DÍZ, F.: "Modelos de aplicación de Inteligencia Artificial en justicia: asistencial o predictiva versus decisoria", en AA.VV.: *Justicia algorítmica y neuroderecho: una mirada multidisciplinar* (dir. S. BARONA VILAR), Valencia, 2021, p. 83.

49 Sobre tal cuestión, nos remitimos, para mayor detalle, a GÓMEZ COLOMER, J. L.: *El juez-robot*, cit., pp. 249 y ss.; MIGUEL BARRIO, R.: "Explorando el rol de la inteligencia artificial", cit., pp. 37 y ss.; MONTESINOS GARCÍA, A.: "Empleo de la inteligencia artificial en algunas fases del proceso judicial civil: prueba, medidas cautelares y sentencia", *Actualidad Civil*, núm. 11, 2022 p. 13/30; CONDE FUENTES, J.: "La inteligencia artificial y la figura del juez-robot", cit., pp. 127 y ss.

2. Entre la IA como asistente jurídico y el robot como juez sustituto: “de minimis non curat praetor(-robot)”?

En aquel equilibrio, habido entre sus virtudes y sus defectos (indicados en el epígrafe anterior), no cabe, por supuesto, negar de antemano la utilidad de la IA para resolver directamente los casos de aplicación mecánica de la ley, que haberlos también haylos; aunque también reconociendo, casi como tautología o petición de principio, que antes habría que decidir cuáles son tales casos de pura subsunción de la norma al caso. Entre quienes defienden la presencia, ya hoy, de un juez-robot, lo refieren a casos sencillos o de poca cuantía (como un monitorio sin oposición, la imposición, o impugnación en su caso, de multas de tráfico, o la baremación por daños en accidentes de circulación de vehículos de motor, o los desahucios por falta de pago u otros procesos posesorios, sobre todo si no hay oposición, o los procesos con consumidores y usuarios, los divorcios por mutuo acuerdo si no hay hijos menores o dependientes, o cualesquiera otros actos de jurisdicción voluntaria en general o de litigación en masa, ...), dejando los más difíciles y complejos para los jueces humanos⁵⁰.

Mas con tal distinción propuesta entre casos complejos y sencillos, para que solo estos sean resueltos autónomamente por los juez robots, se olvida: en particular, que algunos de tales supuestos prejuzgados como sencillos pueden resultar complejos, o, a la inversa, que algunos de los prejuzgados como complejos pueden a veces no serlo tanto; que, en cualquier caso, convendría siempre dirimir qué supuestos, vistas sus circunstancias caso por caso y sin apriorismos o prejuicios, son sencillos y cuáles complejos, dilema que solo podrá adoptarse desde una decisión motivada, ¿y acaso tomada por otro juez-robot, o antes por un

50 Así, BATTELLI, E.: “La decisión robótica”, cit., p. 64; DANZI, G. “L’evoluzione del diritto: un lungo cammino tra logica e matematica fino all’analisi predittiva del Prof. Luigi Viola”, *Giustizia predittiva e interpretazione della legge con modelli matematici*, Milán, de 2019, pp. 75 a 77; MIGUEL BARRIO, R.: “Explorando el rol de la inteligencia artificial”, cit., pp. 14 y 15, quien, tras también hacer aquel elenco de casos sencillos, considera “un asunto sin complejidad aquel que concluye mediante acuerdo entre los litigantes, allanamiento, con escasa o nula fase probatoria y pretensiones simples”. También, MONTESINOS GARCÍA, A.: “Empleo de la inteligencia artificial”, cit., pp. 10 y 11/30; y CONDE FUENTES, J.: “La inteligencia artificial y la figura del juez-robot”, cit., pp. 118 y 119, aunque mostrando este sus dudas acerca de “¿qué entendemos por sencillo? o ¿hasta qué fase del procedimiento cabe la automatización? A nuestro juicio, un asunto cuya cuantía sea, por ejemplo, de cinco mil euros no tiene por qué ser técnicamente más sencillo de resolver que 1 cuya cuantía sea, por ejemplo, de dos millones de euros. Igualmente en un monitorio habría que preguntarse por qué ha dejado de pagar el deudor, o por qué los inquilinos no abonan la renta en un desahucio por falta de pago”. Recuérdese, añadimos nosotros, aquella STS 23 julio 2024 que consideró que el impago puntual de un mes de alquiler no es un incumplimiento del contrato de arrendamiento que permita resolverlo ni dar lugar al desahucio, siempre y cuando la situación del inquilino sea singular. En el caso resuelto, el impago de la renta se produjo por un malentendido entre dos cuentas bancarias de la inquilina, en el caso una octogenaria que en casi 30 años de alquiler jamás había dejado de pagar puntualmente la renta. En concreto, había ella establecido un sistema para que la cuenta donde se cargaba el alquiler estuviese dotada de fondos, consistente en trasposos hechos ocasionalmente desde la cuenta donde cobraba la pensión a la cuenta donde se cargaba el recibo. Esta fue la cuenta que se quedó con menos de 10 euros, y la entidad financiera no avisó a la inquilina de la falta de liquidez para pagar el alquiler del mes de julio. Entre medias, la inquilina y su marido sufrieron problemas de salud que impidieron estar al tanto del saldo de la cuenta. No fue hasta un mes después cuando los familiares se dieron cuenta de la situación e hicieron un ingreso inmediato de la renta impagada. El Tribunal Supremo señaló, entonces, que no se trataba de un incumplimiento contractual, sino de un retraso en el cumplimiento que no había perjudicado el interés del arrendador.

ser humano?; y, por último, aun aceptando que, en efecto, puede haber finalmente pleitos que sean fáciles, o menos complejos, conviene no olvidar que, en general, no siempre es cierto aquel fragmento contenido en el Digesto del Emperador JUSTINIANO que decía: “De minimis non curat praetor” (“de lo mínimo no se ocupa el pretor”, el juez), o en otra variante referida a la ley (“de minimis non curat lex”), para decirse que esta tampoco se ocupa de lo mínimo, de lo intrascendente. Pues, ¿qué es lo mínimo, banal o intrascendente?; y, de nuevo, ¿acaso será la IA la que lo decida?; ...⁵¹ Tal decisión requeriría de una inteligencia —humana o, si se quiere, artificial—, que fuera más allá de las palabras y de los diccionarios contenidos en los textos normativos y jurisprudenciales.

Más allá de la mayor o menor facilidad de cada supuesto en que aplicar la ley, tampoco cabe negar que, en general, la IA sea una herramienta tan útil, hoy cabría decir que imprescindible, en la aplicación del Derecho, aunque siempre como tal herramienta, asistente o auxiliar en apoyo de la aplicación e interpretación de la ley hecha, o supervisada cuando menos, por el ser humano (a fin de facilitarle a este la búsqueda, o también la ordenación y sistematización, de datos normativos, doctrinales, jurisprudenciales, rituarios o de formularios, ...; a fin de ayudarle en el cálculo de cuantías y tasaciones —por indemnización, por pensiones compensatorias o de alimentos⁵², ...—; o incluso proporcionando un pronóstico sobre la “suerte” del asunto en cuestión, esto es, acerca de la probabilidad de su éxito o fracaso, de si tal o cual demanda puede o no ganarse, o acerca de si un posible acuerdo puede ser o no ventajoso, siendo por ello aceptable, o no, el riesgo de su consecución —la comúnmente llamada “jurimetría”⁵³—; ...)⁵⁴.

Pero en absoluto, según creo, cabe admitir que la IA pueda (o, mejor dicho, deba), reemplazar por completo al juez humano. A saber:

- 51 Según GÓMEZ COLOMER, J. L.: *El juez-robot*, cit., pp. 238 y 239, estamos ante “la falacia de pensar en los asuntos pequeños, irrelevantes o sencillos”, cuando “la falacia, el engaño, está en el enfoque. Porque si tiene éxito el juez robot en estos casos, se intentará extender y ampliar a otros no tan sencillos, con el argumento irrefutable de que ha funcionado y sería por tanto una irresponsabilidad no seguir luchando contra la sobrecarga judicial restante”.
- 52 Sobre las que ya hay en España páginas oficiales con calculadoras al respecto; por ejemplo, sobre pensión de alimentos: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Utilidades/Calculo-de-pensiones-alimenticias/Tablas-orientadoras-para-determinar-las-pensiones-alimenticias-de-los-hijos-en-los-procesos-de-familia-elaboradas-por-el-CGPJ>
- 53 Sobre sus orígenes, LACRUZ MANTECÓN, M. L.: *Inteligencia artificial, sociedad y Derecho*, cit., pp. 157 y ss. En el caso español, destaca la Jurimetría de la editorial La Ley, o la aplicación llamada “Justicio”, también disponible en la web, o como LegalTECH.
- 54 Así lo defiende hoy la común opinión, con algunos trabajos ya muy significativos desde su propio título, como el de ROMÁN CORDERO, C.: “Inteligencia Artificial en la justicia (del juez-robot al asistente-robot del juez)”, *Revista de Derecho Público*, núm. 96, pp. 143-147; o el de BELLOSO MARTÍN, N.: “Inteligencia artificial en la teoría de la decisión judicial. ¿Del juez-robot al asistente-robot del juez?”, cit., pp. 341-364. O el de NOMURA-SANTIAGO, M^a. C.: “Consideraciones sobre el uso de la inteligencia artificial como herramienta para mejorar la formación en interpretación legal y sus aplicaciones legales prácticas”, en AA.VV.: *Interpretación jurídica y competencias prácticas*, (dir. R. SANTILLÁN SANTA CRUZ), Pamplona, 2024, pp. 99-105.

3. El juez robot, frente al juez humano: entre su dificultad —hoy— para aplicar la norma conforme a su espíritu y con justicia, y su ineptitud —innata— para hallar el problema jurídico.

Son tantas las diferencias entre la IA y el ser humano, que su reemplazo por aquella resulta, cuando menos, inconveniente, si no imposible, en el común de la opinión actual⁵⁵. Veámoslas:

A) *Dificultades de la IA en la aplicación lógica e integradora del Derecho, como obstáculo a su evolución.*

Ante todo, aunque se hable —precisamente— de la robótica con “inteligencia artificial”, no es tal inteligencia, sino “como”⁵⁶ si la tuviera, es decir, pura apariencia, sin tenerla en realidad, sino de un modo —como se la denomina— artificial, no natural, sino recibida, o dada por su creador, su programador. Se considera, por ello, una falacia narcisista intentar equiparar la inteligencia humana con la artificial, limitada esta última a tareas especializadas, sin visión de la totalidad⁵⁷, sin consciencia de su propia existencia y sin proyecto vital de futuro, que no piensa por sí sola, con autonomía, sino que mimetiza, emula e imita, que computa conforme a los algoritmos dados por su creador, y que, por ello, carece de libertad y autonomía en tomar sus decisiones (las cuales siempre le vienen dadas previamente por su programador y, también en parte, posteriormente por su usuario), lo que le hace carecer también de capacidad suficiente para la abstracción y la imaginación, al no poder crear nada “ex novo” ni “ex officio”, o por propia iniciativa, ni con espíritu crítico, ni sentido común⁵⁸.

Es verdad que mediante el autoaprendizaje es posible observar ya hoy cierta creatividad en aquella inteligencia artificial⁵⁹; una creatividad que incluso

55 Que aquí traigo, con numerosos añadidos y actualizaciones, de mi trabajo “¿Humanizar o personificar? Inteligencia artificial y fundaciones robóticas”, *Actualidad Civil*, núm. 3 marzo, 2024.

56 Según refiere reiteradamente LACRUZ MANTECÓN, ML.: *Robots y personas. Una aproximación jurídica a la subjetividad cibernética*, Madrid, 2020, pp. 96 y ss.; y en su posterior monografía: *Inteligencia artificial, sociedad y Derecho*, cit., pp. 261 y ss.

57 Como dice ROGEL VIDE, C.: “Robots y personas”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2018, p. 17, “los robots no son versátiles. Pueden jugar muy bien al ajedrez, y desconocer cómo se juega a las damas”.

58 Ni del humor, dice ROGEL VIDE, C.: “Robots y personas”, en AA.VV.: *Los robots y el Derecho*, (dir. C. ROGEL VIDE Y S. DÍAZ ALABART), Madrid, 2018, p. 17. Siguiéndole, HERRERA DE LAS HERAS, R.: *Aspectos legales de la inteligencia artificial: personalidad jurídica de los robots, protección de datos y responsabilidad civil*, Madrid, 2022, p. 47.

59 Se distingue en este sentido entre el llamado “machine learning” y el “deep learning”, según explica BATTELLI, E.: “La decisión robótica”, cit., p. 49, con nota 14: “Cuando se habla de *machine learning* se hace referencia a los varios mecanismos que permiten a una máquina inteligente mejorar las propias capacidades y rendimientos en el tiempo. La máquina, por lo tanto, será capaz de cumplir tareas específicas mejorando, mediante la experiencia, sus capacidades, respuestas y funciones. Distinto es el concepto de *deep learning*, que es un sistema de aprendizaje que, utilizando las estructuras de redes neurales, elabora grandes sets de datos y conduce a un resultado semejante al que podría alcanzar el hombre. A través de este sistema la máquina aprende con el ejemplo”.

puede llegar a ser artística (como sucede hoy con muchas obras musicales y gráficas); haciendo que aquella conocida obra de nuestro ORTEGA Y GASSET, *La deshumanización del arte*, alcance su más pleno sentido y radical destino. Pero, de nuevo, tal creatividad⁶⁰ no es propia del robot, sino que le viene dada de su creador o, en su caso, de su dueño usuario, lo que, a la postre, impide atribuir a la máquina la autoría, ni siquiera moral, de tal obra artística, ni un derecho de autor que supondría reconocerle cierta personalidad, pero que rectamente solo corresponde a su creador o, en su caso, a su empleador⁶¹.

Precisamente, por esa misma falta de imaginación o creatividad y de espíritu crítico, resulta también muy difícil pensar, al menos en tiempos cercanos, en un juez-robot, pues lejos de ser la aplicación de la norma al caso concreto una simple operación matemática de subsunción (que literalmente responda al conocido adagio "da mihi factum, dabo tibi ius"), en ella suelen requerirse unas habilidades de interpretación e integración que, al ir la mayor de las veces más allá de la letra de la ley y de posibles definiciones legales, casan mal, o sencillamente, no casan en absoluto, con la simple mecánica, ni siquiera con la más avanzada de las matemáticas⁶².

Suele objetarse al respecto, entre otros obstáculos a una justicia artificial, la ineptitud de la IA para la aplicación de leyes según los cánones del art. 3.I CC⁶³, pero también para aplicar costumbres o valores y principios generales del Derecho⁶⁴, lo que, en el fondo, impediría a la IA realizar una verdadera interpretación teleológica de la norma, conforme a su espíritu (según exige en nuestro Derecho, para toda interpretación, el art. 3.I CC en su inciso final), como para colmar lagunas legales en caso de tener que recurrir a aquellos principios para cumplir su función integradora (cfr., los arts. 1.4 y 4.I CC), o su incapacidad para interpretar sociológicamente la norma desde la nueva realidad social (según exige, también, el art. 3.I de nuestro CC); o su misma ineptitud para cambiar la jurisprudencia anterior, al estar siempre el robot determinado, y retroalimentado, por las normas y jurisprudencia ya existentes (por el precedente algorítmico), todo lo cual, además, contribuiría al estancamiento, a la fosilización o a la petrificación del

60 Como advierte en repetidas veces LACRUZ MANTECÓN, M. L.: *Robots y personas*, cit., pp. 157 a 159, 202 y 203.

61 En contra, para defender la personalidad de los robots creadores, ORTEGA RUIZ, M.: *Los derechos de autor de los humanoides en un mundo global e interconectado*, con prólogo de E. SERRANO GÓMEZ, Madrid, 2022.

62 Como reconoce, entre nosotros, el juez ERCILLA GARCÍA, J.: "La Inteligencia Artificial en la justicia", cit., p. 4.17, y "Jueces robot", cit., p. 79, "un juez automatizado, basado exclusivamente en el conocimiento literal de la normativa, podría presentar limitaciones al abordar litigios que requieran una interpretación profunda de la norma... la escuela de la exégesis, que promovía una interpretación literal de las normas, fue superada por la realidad, que evidenció la necesidad de interpretar las normas para abordar adecuadamente los desafíos cotidianos".

63 En tal objeción insiste, una y otra vez, DE LA OLIVA SANTOS, A.: "'Justicia predictiva'", cit., pp. 33 y 34.

64 Así, MIGUEL BARRIO, R.: "Explorando el rol de la inteligencia artificial", cit., p. 40.

Derecho, impidiendo su evolución y progreso como, en cambio, sucede desde la aplicación e interpretación del Derecho realizada por manos y mentes humanas⁶⁵.

Curiosamente, es esta misma una objeción antaño ya hecha a la Escuela de la exégesis francesa, por su radical culto a la letra de la ley que conducía al inmovilismo del Derecho (el “estatismo”, según decía BONNECASE⁶⁶; el “enquistamiento”, que, entre nosotros, le criticaba SEBASTIÁN SOLER⁶⁷; o el “literalismo estático” con que GUASTINI⁶⁸ se refiere actualmente al textualismo anglosajón, especialmente, no por casualidad, al de EEUU), todo lo cual impide el progreso mismo del Derecho⁶⁹, al estar las palabras atadas en su significado a la voluntad originaria del legislador (y a la del programador, en el caso de la IA), y a la “occassio legis”, esto es, a la realidad social del momento en que se gestó la ley con aquellas sus palabras, y no a la del momento en que se ha de aplicar esta (como, en cambio, exige expresamente nuestro art. 3.I CC en su referencia al criterio sociológico). Como se ve, con la propuesta del juez robot la historia se repite. “Nihil novum sub sole” ...

El hecho mismo de atender —tan solo— al Derecho preestablecido dejaría sin solución los casos nuevos, que lo son por regularse en normas nuevas, recientes, carentes de precedente jurisprudencial, o que son casos nuevos porque carecen sin más de norma que los regule (lo que demostraría la ineptitud de la IA para integrar lagunas legales), o incluso aquellos casos en que haya antinomias en la ley, o soluciones contradictorias entre los tribunales que deban resolverse en casación, precisamente, por obra de un tribunal, orgánicamente superior a los que se contradicen en sus soluciones propuestas; ... Quién diría, en fin, lo que sin duda

65 Según es común también denunciar contra el juez-robot, GÓMEZ COLOMER, J. L.: *El juez-robot*, cit., pp. 301 y 302; MIGUEL BARRIO, R.: “Explorando el rol de la inteligencia artificial”, cit., p. 43; ERCILLA GARCÍA, J.: “La Inteligencia Artificial en la justicia”, cit., pp. 4.12 y 4.17; y “Jueces robot”, cit., pp. 78 a 80, para quien sería necesaria una Super IA para interpretar la propia realidad social y así aplicarla para interpretar las leyes, siendo, con todo, el problema que “alguien ha de facilitarle datos sobre ese mundo. La problemática estriba en quién será el que suministre dichos datos, qué datos serán suministrados, qué sesgos políticos, ideológicos o de cualquier otra circunstancia podrán generarse en función de la información suministrada. El mundo no será igualmente interpretado según cuáles sean los datos facilitados”. Siguiendo a todos ellos, MONTESINOS GARCÍA, A.: “Empleo de la inteligencia artificial”, cit., pp. 11 y 12/30. Todo lo cual tiene, incluso, una repercusión política. No es casual, que el textualismo norteamericano sea seguido mayormente por jueces conservadores, muchos de ellos elegidos por los Republicanos en tiempos del primer mandato de Donald Trump, quien también lo dispuso así para el Tribunal Supremo, frente a los jueces críticos de tal método interpretativo, que son de tendencia más de izquierdas, porque tal método impide, o dificulta cuando menos, el progreso de la jurisprudencia, según nos explican STEMPEL, J. W. y KNUITSEN, ERIK S.: “Bringing rigor to textualism through artificial intelligence”, cit., pp. 118 y 25.

66 Donde decía (*Elementos de Derecho Civil* [trad. J.M^a CÁJICA JR.], Méjico, p. 124): “Del culto del texto de la ley y de la intención del legislador se desprende, implícita pero indudablemente, un aspecto frecuentemente inadvertido, de la doctrina de la escuela de la exégesis, que constituye uno de sus rasgos distintivos: su carácter profundamente estatista”.

67 No en vano, en su opinión (*La interpretación de la ley*, Barcelona, 1962, pp. 12 y 13), uno de los principios o pilares de la escuela de la exégesis fue lo que él denomina el “principio de la inmovilización”, que justifica en “la idea de que la codificación, al introducir orden en el caos legal preexistente, estableció de pronto el derecho, le otorgó fijeza, inmovilizó el derecho con relación al futuro, como si el proceso de génesis del derecho hubiese quedado clausurado”.

68 *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad., 2ª ed., Méjico, 2000, p. 109.

69 Entre los nuestros, así lo decía DUALDE, J.: *Una revolución en la lógica del Derecho*, cit., p. 126: “el método exegético, excesivamente soldado a la ley, analiza los textos, pero no hace progresar al derecho”.

parecería un contrasentido: que, a la postre, un avance en lo tecnológico impida el avance en lo jurídico, dificultando, con ello, alcanzar la paz social (fin del Derecho).

No negamos “a priori”, por nuestra parte, todas las objeciones dichas hoy por la común doctrina, aunque tampoco negaríamos “a priori” la posibilidad material, en un futuro no muy lejano, de adiestrar a la IA en el manejo de algunos cánones hermenéuticos. Ni siquiera en el empleo del criterio lógico así como en el del sociológico, a partir de la realidad social ya juridificada, recogida en las leyes de algún modo, la consabida “occasio legis”, junto con su espíritu, la “ratio legis”, conformada por los principios y valores —de toda índole— que inspiran e informan a la norma: recogido todo ello en los Preámbulos y Exposiciones de Motivos de nuestras leyes, en los Considerandos de las normas europeas, en los debates parlamentarios y en las normas en tramitación o pendientes de entrar en vigor —los llamados materiales prelegislativos—, ...⁷⁰.

Más difícil, en cambio, pues no me atrevería a decir que imposible, resulta pensar en su adiestramiento en la técnica de la integración (a partir del sistema de fuentes, de la analogía, ...), ni siquiera si se tratara de aplicar costumbres, para las que, al fin y al cabo, no rige el principio “iura novit curia” y deben ser acreditadas en su vigencia y contenido (cfr., los arts. 1.3 CC y 281.2 LEC), ni tampoco para distinguir ese punto del horizonte, tan difuso muchas veces, donde convergen el mar y el cielo, que en el mundo de lo jurídico es distinguir entre la interpretación extensiva y la aplicación analógica; como tampoco parecería imposible resolver por la IA problemas de antinomias, a cuya más inmediata solución contribuyen criterios lógicos, casi matemáticos (como son los principios de especialidad, jerarquía y temporalidad); ...⁷¹

B) Ineptitud del algoritmo lingüístico ante los defectos congénitos del lenguaje jurídico.

No obstante la complejidad advertida, en el fondo de todas las objeciones indicadas (en el epígrafe anterior), hay otra más radical, que pone de manifiesto la ineptitud, en la actualidad al menos, de que un algoritmo puro y exclusivamente lingüístico, basado en una acumulación de definiciones y de palabras, con su significado y en su contexto precisos, pueda resolver por sí solo todos los problemas jurídicos. Porque no basta con las palabras de la ley, ni siquiera con las que se contienen en una definición o en una clasificación, por muy auténticas y aclaratorias que sean, cuando la mayor de las veces son tales palabras las causantes de la duda

70 Sobre ello, permítaseme remitirme a mi reciente monografía *Realidad (social) y norma (jurídica): la interpretación sociológica o evolutiva en Derecho privado*, Navarra-Pamplona, 2023. Incluso el juez ERCILLA GARCÍA, J.: “La Inteligencia Artificial en la justicia”, cit., p. 4.17, cuando advierte la dificultad de que la IA interprete una norma conforme a la realidad social o según su espíritu, advierte: “salvo acudiendo a la Exposición de Motivos”.

71 Con “finura jurídica” en los algoritmos propone en varias ocasiones, SANCHÍS CRESPO, C.: “Inteligencia artificial y decisiones judiciales”, cit., pp. 77 y 78.

que aclarar, bien por su vaguedad, bien por su ambigüedad, ante la inmensidad de conceptos jurídicos indeterminados que hay, o bien por su contradicción con otras palabras⁷² (o con otras traducciones de un mismo texto legal⁷³), o por sus propias erratas, para cuya solución (de todos los problemas indicados) no cabe acudir a la causa misma del problema, que fueron precisamente las palabras de la ley, sino a otros mecanismos (interpretativos, o también integradores, cuando es, al contrario, la ausencia de palabras la causante del vacío, de la laguna legal, el otro gran problema jurídico al que puede enfrentarse el jurista, sea o no juez, humano o robotizado).

72 Vaguedad y ambigüedad son los términos que así emplea la doctrina, especialmente desde GUASTINI, R.: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., pp. 26, 27, y 57 a 67, por influencia de la lingüística, para entender que la vaguedad es la indeterminación en la palabra (los comúnmente conocidos como conceptos jurídicos indeterminados, *vgr.*, de buena fe, diligencia debida, buenas costumbres, orden público,... ¡y tantísimos otros!), y que la ambigüedad es equivocidad de la palabra por tener varios posibles significados por sí misma (una equivocidad o ambigüedad semántica; piénsese en términos tan habituales como “hombre”, equivoco por si comprende a todo ser humano o solo a los varones, o “solidaridad”, si lo es en sentido técnico o vulgar, o “tradición”, si significa costumbre o entrega, o si “enajenar” comprende solo la transmisión o también el gravamen, y lo mismo con las palabras “fruto”, “mora”, “fallo”, “actor”, “repetir”, “ausente”, “resolver”, ... y tantísimas otras), o una equivocidad de la palabra dada que puede ser equívoca por su contexto, por su conexión con las demás palabras empleadas en la misma redacción o en la de otra norma con la que aquella se conecta sistemáticamente (una equivocidad o ambigüedad, por tanto, sintáctica; léase, por ejemplo, el art. 1202 CC y no se sabe quién es ese “ella” a que tal norma se refiere; o léanse los arts. 110.1º y 112 LH, en donde al haber tantas negaciones, y contra-negaciones, seguidas será difícil hallar dónde está la regla y dónde las excepciones a que tales normas se refieren; o una equivocidad que hasta puede hacer surgir un signo de puntuación —recuérdese el caso de la coma del vigente art. 12 del Codice—, o como sucede, en general, con las contradicciones, conocidas en el mundo jurídico como antinomias); junto a ellas GUASTINI añade, en tercer lugar, la equivocidad o ambigüedad pragmática, que aplicada al terreno jurídico sucede, sobre todo, cuando la equivocidad afecta al tono dispositivo o imperativo de la norma (como sucedía, por ejemplo, con el originario art. 42 CC, que parecía obligar a todo cristiano a casarse (ante el altar de la Iglesia, naturalmente), cuando decía: “La Ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código”).

73 Piénsese en la posible disparidad de traducciones de un mismo texto legal, tanto a nivel de Tratados internacionales, como en nuestro caso, tanto a nivel comunitario o de la Unión Europea, como ante nuestra peculiar realidad nacional autonómica, en que pueden resultar disfunciones o contradicciones entre las diversas versiones lingüísticas empleadas de una misma norma, y que solo puede resolverse con criterios gramaticales (o mediante algoritmos lingüísticos), si se da preferencia a una de las lenguas sobre las demás, mas no en los demás casos. En efecto, el art. 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (de 23 mayo 1963), otorga, ante todo, prioridad a la lengua —así llamada— auténtica (a aquella en la que haya sido redactado el Tratado y así le hayan dado tal carácter oficial los propios países firmantes del Tratado), aunque aplicándose, supletoriamente, para el caso de no haberse reconocido tal oficialidad por los firmantes del Tratado, las reglas generales sobre interpretación de los Tratados que la propia Convención de Viena contiene en su art. 31. No resulta, sin embargo, aplicable aquella posible prioridad lingüística para el caso de contradicción de traducciones de las normas de la UE (Reglamentos y Directivas), al regir el principio llamado de “igualdad lingüística”. Al fin y al cabo, todas las lenguas empleadas en todos los Estados miembros de la UE son lenguas oficiales (como auténticas son todas las versiones lingüísticas del Derecho comunitario según el art. 55 TUE). En su lugar, la jurisprudencia europea, en una evolución constante desde los años 60, ha venido, finalmente, a aplicar una suerte de interpretación compuesta: por un lado, sistemático-gramatical (comparativa de todas las versiones lingüísticas oficiales, a fin de observar si hay una versión o sentido mayoritario) y, por otro, teleológica (conforme al fin común perseguido por la norma europea, y con miras siempre a alcanzar la integración europea), a fin de salvar aquellas antinomias lingüísticas. “Mutatis mutandis”, idéntico problema puede plantearse en España con algunas leyes autonómicas, redactadas y publicadas primero en el idioma propio de la Comunidad Autónoma, diverso del castellano, y luego traducidas al castellano y así, en español, publicadas en el BOE (cfr., el art. 3 de nuestra Constitución); y para cuya solución tampoco cabe dar, “prima facie”, prioridad a ninguna lengua sobre la otra, cuando todas son oficiales, sino tan solo acudir a los criterios de interpretación que, de nuevo, nos ofrece el art. 3.1 CC.

Y ninguno de tales problemas interpretativos, que lo son aplicativos de la norma, puede resolverse desde las simples definiciones, enumeraciones y demás aclaraciones que, a modo de interpretación auténtica, sean introducidas por el propio legislador, o contextualizadas masivamente por algoritmos —exclusivamente— lingüísticos. Aunque la función de tales definiciones legales sea la de aclarar por obra del propio legislador (y, por tanto, auténticamente, y a veces de un modo imperativo⁷⁴), los propios términos y conceptos que la ley maneja, evitando así aquellas vaguedades y ambigüedades del lenguaje jurídico⁷⁵, ello no impedirá que las propias palabras definitorias o empleadas en una clasificación puedan ser a su vez objeto de interpretación por su propia vaguedad o ambigüedad⁷⁶. De ahí que, como dijera JAVOLENO, "Omnis definitio in iure civile periculosa est"⁷⁷.

Incluso cuando se trate de aplicar el sentido "propio" de las palabras, incluso claras y precisas, de la ley (según dicen muchas de las normas que se refieren a cómo interpretar las leyes; cfr., el art. 3.1 CC español, el art. 12 del CC italiano, o el canon 17 del Código Canónico, ...), ¿qué algoritmo lingüístico —pretendidamente— contextual determinará que se atienda al sentido técnico o al común y usual⁷⁸

74 Refiérase, por supuesto, tal imperatividad a las definiciones, enumeraciones y clasificaciones que tienen un cierto contenido normativo, con alguna relevancia o trascendencia jurídica (vgr., la de los arts. 90, 97, 334, 1346 y 1347 CC, ...), no ya si se trata de meras nociones y elencos que tengan un valor tan solo propedéutico, programático o introductorio (como sucede, entre otros, con el art. 348 CC cuando define el derecho de propiedad, con el art. 530 CC cuando define las servidumbres, o con la noción de testamento contenida en el art. 667 CC, o la de tantísimos contratos que define el propio CC —vgr., en sus arts. 618, 1538, ...—; o, como cuando, pasando a las clasificaciones o definiciones "extensionales", el art. 609 CC enumera las diferentes formas de adquirir la propiedad, u otros derechos reales, o el art. 1156 CC enumera las causas de extinción de las deudas; ... y tantísimos otros ejemplos contenidos en el propio Código civil, como en cualquier otra norma). Una distinción esta, entre nociones con alcance normativo y aquellas otras con valor tan solo simbólico que, dicho sea —no tan— colateralmente, solo resulta para el aplicador de la norma una vez esta haya sido interpretada, y sin que dicha interpretación resulte tan solo de las mismas palabras que la propia ley emplea en lo que define o enumera; desde luego, es posible que una expresión, como "entre otras", o como la de "otras circunstancias", o cualquier otra semejante ayuden a pensar que la enumeración contenida en la ley es abierta, y no cerrada, ni exhaustiva, pero en absoluto resulta concluyente, vgr. como sucede en los arts. 90.1, 97, 334 CC, ...; ejemplos todos ellos, algunos de "numerus apertus" y algún "clausus", que presentan un valor normativo indudable.

75 No en vano, considera LUZZATI, C.: *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milán, 1990, p. 243, que "il principale metodo di riduzione della vaghezza dei termini del linguaggio del legislatore e del linguaggio dei giuristi è costituito dalle definizioni, per mezzo delle quali vengono introdotti nuovi termini più precisi". En la misma línea, nos explica TARELLO, G.: *L'interpretazione della legge*, Milán, 1980, p. 156, que "la utilidad de las definiciones legislativas ha de commensurarse precisamente por su capacidad de tornar unívocos, al menos, aquellos vocablos que ellas definen. (...) El fin... es evidentemente el de remover una de las razones por las que las leyes están abiertas a la atribución de significados preceptivos dispares y por las que con frecuencia las interpretaciones efectivamente llevadas a cabo divergen entre sí. En otras palabras, el fin perseguido por el legislador con sus actividades definitorias es el de tornar menos incierta la atribución de significado a la ley, menos variables las interpretaciones y más seguras las expectativas en relación con las aplicaciones".

76 Como nos advierte TARELLO, G.: *L'interpretazione della legge*, cit., p. 157, el hecho mismo de que en las definiciones y enumeraciones se empleen palabras para definir y enumerar hace que la interpretación se traslade de objeto para alcanzar, no ya a los términos definidos o enumerados, sino a las palabras que se hayan empleado para tales definiciones o enumeraciones.

77 No en vano, MASUELLI, S. (p. 407 y ss.), en su estudio sobre el brocardo "in claris non fit interpretatio", recordará un texto de BOECIO, afirmando que las definiciones no deben ser oscuras ni ambiguas ("non ambiguo vel obscuro").

78 Pues no se olvide que ambas sentidos pueden ser técnicos (cfr., el art. 12 de la Ley General Tributaria, cuando habla del "sentido jurídico, técnico o usual"), y que la preponderancia del uno sobre el otro no es

de tales palabras?; por otro lado, al atenerse la IA a unos datos preexistentes ya almacenados, ¿acaso ello no contribuirá, también, al estancamiento de la norma cuando el sentido “propio” de sus palabras se ciña a su sentido histórico, originario, sin posibilidad de ser actualizado, y adaptado a los posibles nuevos sentidos que, con el uso (popular o científico) del lenguaje, experimenten con el devenir del tiempo aquellas mismas palabras? Y, en todo caso, ¿cómo decidir algorítmicamente entre un sentido “propio” más amplio o estrecho de las palabras que emplea la norma?

En efecto, por su propio resultado, una interpretación exclusivamente literal, por muy contextual que se quiera, como se pretende sea la algorítmica, que no vaya más allá, ni más acá, de las palabras de la ley, no podrá conducir más que al mero subrayado explicativo de su redacción, sin posibles modificaciones extensivas, ni tampoco restrictivas; una interpretación siempre puramente declarativa y siempre estricta (pues ni siquiera cabría pensar en una interpretación declarativa amplia)⁷⁹, que, de ser absurda o injusta, dará inevitablemente un resultado absurdo o injusto, que solo una interpretación teleológica, fundada en el fin de la norma, más allá de sus palabras y de posibles algoritmos, puede salvar:

Así lo hacen observar clásicos ejemplos, algunos de los cuales son hoy casi “leyendas urbanas”, como el del “cuadrúpedo” de las XII Tablas, recogido en el Digesto (D. 9.1, sobre la “actio de pauperie”, dirigida a reclamar una indemnización por los daños causados por tales animales), para decidir si eran tales también las avestruces, traídas desde África para el circo romano, como así fue en opinión de Paulo (“haec actio competit et si non quadrupes sed aliud animal pauperiem facit”); o como el caso, inventado este, del domador de osos que pretendía subirlo a un tren ante un cartel que, textualmente, prohibía viajar con “perros”, pero no con osos (anécdota que unos atribuyen a RADBRUCH⁸⁰ y otros a IHERING⁸¹), pasando

una cuestión pacífica en la doctrina, ni en la jurisprudencia, lo que difícilmente permitiría predeterminar un algoritmo que resolviera todo dilema entre elegir uno y otro sentido posible.

- 79 Como dice DE LA HIGUERA GONZÁLEZ, L. M^a.: “Interpretación y aplicación de las normas”, en AA.VV.: *Instituciones de Derecho privado* (coord. J. F. DELGADO DE MIGUEL), t. I, vol. I, Madrid, 2003, p. 280, “entendida como resultado, la interpretación literal se dice que desemboca en la elaboración de otro texto sinónimo en sentido laxo del primero”. Es la que, como diversa de la comúnmente denominada interpretación declarativa, DE CASTRO, F.: *Derecho civil de España*, reed., Madrid, 1984, p. 473, llamaba “interpretación literal” (o “exacta”, según decía FCO. SUÁREZ: *Tratado de las leyes y de Dios legislador* (en diez libros), vol. IV (Libros VI y VII), (trad. J. R. EGUILLOR MONIOZGUREN), Madrid, 1968, poniendo como ejemplo que la palabra “hijo”, empleada en la ley, comprenda las hijas); la más común de las interpretaciones según SANTOS BRIZ, J.: “La aplicación de las normas jurídicas en el nuevo Título Preliminar del Código Civil”, *Libro-Homenaje a R.M^a Roca Sastre*, vol. I, Madrid, 1976, p. 770, y que el canonista PRIETO PRIETO, A.: “La interpretación de la norma canónica”, *Estudios de Derecho Canónico y Derecho eclesiástico en homenaje al prof. Maldonado*, Madrid, 1983, p. 638, ni siquiera considera verdadera y estricta interpretación, sino mera explicación de la ley.
- 80 Así DIEZ-PICAZO Y PONDE DE LEÓN, L.: *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, 3ª ed., Barcelona, 1993, p. 248, quien lo tema de Recasens.
- 81 Así lo narraba yo mismo en “Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines”, ADC, 2012, núm. 3, p. 1069: “Más difícil tal vez sea, o parezca, el ejemplo recordado por Falcón y Tella (*El argumento de la analogía en el Derecho*, Madrid, 1989, pp. 334 y 335), cuyo origen se suele atribuir a Ihering, pero que habiéndose convertido en recurrente, o manido (y, quizás, en otra hada inheringiana), ya se ignora su procedencia: érase el caso de un letrado en que se decía “Prohibido entrar con perros”, y

por el de la regla de SAN BENITO, según nos contaba DÍEZ-PICAZO⁸², que prohibía a cualquier mujer "pisar el umbral" de cualquier monasterio, siendo sorteada tal prohibición, por los propios frailes del monasterio de St. Gall, que se regían por tal regla, haciendo entrar en volandas a la duquesa HADWIG, quien, no en vano, era la patrona, y sostenedora, de aquella abadía; o el indicado como absurdo por su maestro, DE CASTRO (p. 468, nota I)⁸³, de interpretarse literalmente el art. 42 CC, en su versión originaria, pareciendo obligar a todo cristiano a casarse (ante el altar de la Iglesia, naturalmente), cuando decía: "La Ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código"; también contaba el maestro DE CASTRO (p. 448, al final de la nota I), como supuesto de lo que él llamaba "soluciones disparatadas", producto de una interpretación literalista, el caso⁸⁴ en que "un acusado en Inglaterra de estar casado a la vez con tres mujeres, después de declarar el jurado la realidad de los hechos, fue absuelto teniendo en cuenta que la ley hablaba de los que se casaban dos veces y no comprendía a los que se habían casado tres".

Y así hasta los más recientes casos, reales también estos y llegados a las altas estancias judiciales de los EEUU: uno de ellos sobre si entre las "frutas", cuyo transporte una norma norteamericana exoneraba del pago de impuestos, habían de incluirse los tomates, o si estos eran más bien verduras, y no frutas, quedando, así, su transporte sujeto al pago de tales impuestos⁸⁵; y el otro caso, conocido también por llamativo, el de si el despido de un trabajador por ser homosexual contrariaba o no una normativa estadounidense, datada en 1964, que literalmente —solo— prohibía la discriminación laboral por razón, entre otras, del "sexo", sin mencionar —lógico, por aquel entonces— la orientación sexual, lo que permitía discutir si tal razón quedaba, en efecto, fuera de la norma, de su literalidad cuando menos, según pensó una parte del Tribunal Supremo norteamericano, o si cabía,

decidido un experto domador a entrar con un oso, ello, evidentemente, no le fue permitido: ¿por aplicación analógica o por interpretación extensiva de aquel letrado? En opinión de Falcón, que nos recuerda este curioso supuesto, se trataría de interpretar extensivamente la norma, "ya que no habría laguna —dice—, sino un pensamiento mal expresado". En la mía, desde luego, no veo yo mala expresión en tan claro letrado. A la vista del caso del oso, tal vez resulte incompleto, pero sin necesidad de acudir a la analogía (buscando un género, como el de "animal peligroso, o molesto", en que incluir perros, osos y otras posibles especies), tal vez baste con una interpretación extensiva, no basada en la lógica *a simile*, sino en la lógica, o sentido común, de que quien no puede lo menos (entrar con un perro), no puede lo más (entrar con un oso), y en la realidad social (interpretación sociológica, pues), de que son los perros los animales más comunes con que se suelen frecuentar muchos lugares en que se muestra aquel letrado (bares, hoteles, restaurantes, cines, autobuses,...)".

82 En sus *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, cit., pp. 247 y 248.

83 También pone tal ejemplo, aun sin citar a DE CASTRO, DE LA HIGUERA GONZÁLEZ, L. M^a: "Interpretación y aplicación de las normas", cit., p. 287.

84 Que tomaba de LARDIZÁBAL: *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Madrid, 1781, p. 81.

85 Según narra RAMÍREZ LUDEÑA, L.: "Interpretación literal y nuevas teorías de la referencia", *Revista Derecho & Sociedad*, núm. 48, 2017, pp. 41 a 43, en que los tribunales terminaron considerando exento del pago de impuestos el transporte de tomates, mas sin entrar en si eran frutas o verduras, sino por el uso relevante a efectos normativos.

en cambio, incluirla como circunstancia afectante al sexo, no tanto al del trabajador discriminado (a que fuese hombre o mujer), sino a su orientación hacia personas de su mismo “sexo”, según consideró la otra parte, la mayoritaria, de aquel Tribunal⁸⁶. Así lo prueba que el propio textualismo norteamericano prevea la llamada “excepción del absurdo”, cuando el tenor literal de la ley pueda contener un obvio error de redacción o conducir a un resultado contradictorio o irracional⁸⁷. Aunque no se sabe muy bien cómo un algoritmo —simplemente— textual y contextual podría por sí solo eludir y resolver tales absurdos, cuando algunos de ellos, como se ha visto en el último ejemplo, se presta a sesgos y prejuicios, que, según ha quedado arriba advertido, constituye hoy “punctum dolens” contra el juez-robot.

Son, en fin, de nuevo, las mismas objeciones que siempre se le ha achacado al textualismo, en cualquiera de sus modalidades, sea la tradicional escuela exégeta gala o la más moderna estadounidense⁸⁸. De nuevo, “nihil novum sub sole”.

C) Incapacidad de la IA para hallar el problema jurídico.

Y otro problema hay, aún más radical, por ser también de raíz, según nuestro parecer, que impide la existencia de robots que sean juristas, y que no atañe tanto al manejo de los mecanismos jurídicos que hay para hallar la solución a cualquier problema jurídico (sea para interpretar normas o para integrar lagunas), sino, antes bien, a la aptitud o capacidad previa que se requiere en todo jurista para encontrar el problema jurídico mismo que resolver, y de la que la IA carece en absoluto.

Ya el hecho mismo de apreciar la necesidad de interpretar o aclarar una norma, por su vaguedad, ambigüedad, por contener una simple errata (especialmente, si es material o de fondo⁸⁹), o por su contradicción con otras normas, o, también, el de advertir la existencia de una laguna (institucional o casuística) que colmar, por imprevisión del legislador y no porque el legislador no haya querido prever determinado caso, implica una labor jurídica valorativa, incluso de política legislativa, que no cabe más que en una mente humana: porque no habrá verdadera laguna que colmar, si pudiendo el legislador regular una determinada cuestión, no ha querido voluntariamente hacerlo, porque desea, clara o tácitamente, que tal

86 El caso es narrado con cierto detalle, por RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑOZ, J.: “El textualismo”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 44, 2021, pp. 117 y 118.

87 Según explica, RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑOZ, J.: “El textualismo”, ult. cit., pp. 100 y 101.

88 Por todos, RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M^a.: *Ley y Derecho. Interpretación e integración de la ley*, Madrid, 1976, pp. 93 y ss., como critica a considerar el texto de la ley como límite para su interpretación, según defienden los literalistas.

89 No tanto si se trata de erratas de redacción o tipográficas (el “lapsus calami”, que la RAE define como “error mecánico que se comete al escribir”), y que difieren de las erratas materiales, o de fondo (no en vano, la RAE define errata como “equivocación material cometida en lo impreso o manuscrito”). Mas ni siquiera valdría por sí mismo el criterio gramatical cuando se tratara de un sencillo “lapsus calami”, pues, en tal caso, más que a la interpretación literal es al sentido común a quien debe su corrección tal errata, un sentido común que, como es sabido, entraría en lo que es una interpretación mínimamente lógica de la norma errada, más allá de sus palabras (y de posibles algoritmos lingüísticos).

cuestión quede excluida ("inclusio unius exclusio alterius" —regla esta, por cierto, muy empleada para la interpretación jurídica en el sistema inglés⁹⁰—), como sucede si al regular una materia se remite, en algunas de sus cuestiones, a la regulación contenida en otra materia, sin hacer lo propio para otras cuestiones que en esta se prevén, pero en aquella no⁹¹.

Tampoco habrá auténtica laguna si hay reglas generales que aplicar supletoriamente, o antes reglas convencionales, pactadas de antemano con base en el principio de autonomía privada. Y tampoco habrá laguna que integrar cuando la materia de que se trate deba permanecer en el ámbito de la autonomía de la voluntad o incluso en el de la moral, o de las también llamadas buenas costumbres (o, si se quiere, en el mundo del Derecho natural, o en el de la propia libertad de mantenerse en la legalidad —que no ilegalidad—, cuando así la ley parezca permitirlo, como así sucede, entre otros, en los arts. 1.3, 792, 1116, 1255, 1271 y 1275, o en el 1328, todos ellos del CC); un terreno, el de la moral natural, sin duda movedizo, en el que aún resulta más difícil imaginar la presencia de un juez-robot.

Y lo mismo cabe decir acerca de la interpretación de las normas, no solo cuando la norma no sea de suyo clara y precisa (por emplear palabras por sí mismas equívocas o ambiguas, o incluso contradichas), sino también cuando aun siendo su redacción clara y sus términos precisos, se requiera, sin embargo, de una posterior, o sobrevenida interpretación. Tan es así que cuando hay, en efecto, una norma estimada como clara y precisa, no lo es tanto porque por sí misma o de suyo goce de tales claridad y precisión en su redacción o enunciación, o les sean dadas y así advertidas por el propio legislador (ni siquiera cuando se trate de una interpretación auténtica, obra del propio legislador), sino porque una vez ha sido la norma interpretada, es su intérprete y aplicador quien concluye acerca de su claridad y precisión, siendo, ahora sí, cuando basta con su interpretación meramente gramatical o literal, porque previamente se ha concluido, sin duda también desde otros parámetros o criterios interpretativos, que su tenor literal coincide con su finalidad y espíritu⁹². En la doctrina, lo decía con agudeza —como

90 Según refiere CARTWRIGHT, J.: *Introducción al Derecho inglés*, cit., p. 73).

91 En tal remisión, decía CLEMENTE DE DIEGO, F.: *La analogía en el Código civil español*, RDP, 1914, p. 376, es el propio legislador quien declara el recurso a la analogía, e indicaba los casos de los arts. 528 CC, que aplica al uso y la habitación las normas del usufructo, el 1541 al extender las normas de la compraventa a la permuta, o el art. 1553, sobre evicción en el arrendamiento... ¡Y tantos otros! DE CASTRO, F. (en su 3ª ed., de 1955, p. 539, nota 6), enumeraba los arts. 185, 406, 1541, 1579, 1601 y 1669 CC. Últimamente, aclaraba TORRALBA SORIANO (en su "Comentario al art. 4.1 CC", *Comentarios a las reformas del CC. El nuevo Título preliminar*, Madrid, 1977, p. 199), que en tales normas hay simple remisión legislativa, sin que haya verdadera analogía (que sería la aplicada por el intérprete para un caso no previsto, ni remitido, no por el legislador).

92 Como decía la STS (Sala de lo Contencioso administrativo) 12 junio 1972, "cuando se invoca el principio 'in claris non fit interpretatio' es porque previamente la interpretación del caso ha conducido al convencimiento de que —la norma, aplicable en aquel caso— es clara, sencilla y sin ambigüedades; así, pues, aplicación del derecho e interpretación del mismo pueden considerarse dos actividades íntimamente entrelazadas y conexiones, inseparables, por tanto". Más recientemente, y en extenso, la STS 15 septiembre 1986 (referida en particular a la interpretación del art. 11 de la Ley de arbitraje de 1953, la por entonces vigente): "conviene recordar, con carácter general pero básico, que en orden al conocimiento de las normas no

siempre— DUALDE⁹³: “no porque es claro un texto deja de interpretarse, sino porque se ha interpretado en todos los sentidos puede afirmarse la claridad”⁹⁴. La claridad del texto no es un “prius”, sino un “posterius” de la interpretación⁹⁵. Porque, rectamente, resulta que toda norma, oscura o —supuestamente— clara, es interpretable, y, en efecto, debe ser siempre, en todo caso interpretada (ya lo sea más de un modo concienzudo o tan solo intuitivamente, de una manera más fácil o difícil, pues tan interpretación es la concienzuda y compleja como la intuitiva y sencilla⁹⁶). Lo advertía, hace mucho ya, el propio SAVIGNY⁹⁷, que “la interpretación no está restringida, como creen muchos, al caso accidental de oscuridad de la ley; solo que, en este último caso, tiene más importancia y mayores consecuencias”. Todo lo cual obliga a concluir que, en realidad, no hay norma (ni expresión lingüística, escrita o verbal, ni siquiera algoritmo lingüístico), que por sí misma sea tan clara y precisa que de suyo impida ser interpretada (bien o mal interpretada). Toda norma lo es, como lo es toda expresión del lenguaje articulado (sea una ley, una carta, una novela, o un wasap, y ya quien lo interprete sea un juez, humano o robotizado).

En definitiva, es su ineptitud o incapacidad para reconocer la existencia de un problema jurídico de aplicación de la norma a la realidad la que, radical y estructuralmente, impide que la robótica con IA pueda desempeñar por sí sola, en sustitución del ser humano, cualquier función judicial (como tampoco la legislativa,

actúan de modo separado y diferenciado la lectura y la interpretación, de modo que no hay interpretación posible sin lectura, pero tampoco es válida y jurídicamente eficiente la lectura que no implique una interpretación, porque ésta es el único medio de conocer las normas y el conjunto del Ordenamiento Jurídico. La posible diferencia entre lectura e interpretación, que nunca ha tenido una justificación plena, resultaba explicable cuando regía el principio de que las leyes o normas ‘literalmente’ claras no necesitaban interpretación en virtud de la preferencia excluyente de la ‘interpretación’ literal que seguía y se confundía con la simple lectura de la norma sin interpretación. Pero ese planteamiento referido a interpretación de las normas jurídicas está excluido hoy día por el artículo tres, párrafo primero del Código Civil, a cuyo tenor (...) La interpretación es siempre el medio para conocer el sentido y alcance de las normas y para llevar a cabo la subsiguiente aplicación de las mismas, —y— constituye un proceso discursivo”.

93 Una revolución en la lógica del Derecho, cit., p. 62.

94 Y por eso mismo añadía a continuación (p. 63): “decir que los textos claros no son susceptibles de interpretación y que hay que atenerse a ellos, a no ser que fuera otra la intención del legislador, del testador o de los contratantes, responde a opuestos impulsos y tanto vale como establecer que no se deben interpretar los textos claros, salvo que de la interpretación (examen de la intención) resulta otra cosa. Se dice que se debe y que no se debe interpretar; se habla del resultado de una interpretación y se la prohíbe. Lo contradictorio se apodera una vez más del método”.

95 Según afirma, y al cual casi traducimos en texto, PERLINGUERI, P.: “L’interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo *in claris non fit interpretatio*, il ruolo dell’art. 12 disp. Prel. C.c. e la nuova scuola dell’esegesi”, *Rassegna di Diritto Civile*, 1985, II, p. 999: “la chiarezza non può essere un *prius* ma un *posterius* dell’interpretazione”.

96 “Pues lo mismo es tarea interpretativa la sencilla de leer el precepto claro y captar —a la primera— su sentido. Lo que ocurre es que esa interpretación es *fácil*. Pero es también interpretación, ya que interpretar no se llama solamente a la difícil búsqueda del sentido de las cosas oscuras, sino a cualquier búsqueda (fácil o difícil) del sentido de cualquier precepto”, según decía ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*, t. I, vol. I, 9ª ed., Barcelona, 1983, p. 150; y, en el mismo sentir, en Italia, FROSINI, V.: *La letra y el espíritu de la ley*, cit., p. 76, al decir que “la verdadera claridad es siempre la que resulta de la interpretación, bien sea de forma rápida o de forma intuitiva, y nunca la que la precede”, insistiendo luego en la misma idea (p. 109), que “la claridad de un texto legal no es el presupuesto sino el resultado de una operación mental más o menos rápida, de un procedimiento interpretativo condensado en una síntesis o desarrollado en un análisis”.

97 En su *Sistema del Derecho romano actual*, trad., t. I, Madrid, 1878, p. 146.

ni la ejecutiva). Porque le faltan la iniciativa y la creatividad, exclusivas del ser humano, no tanto para hallar la solución al problema jurídico que se le plantee, sino previamente para plantearse en sí el problema jurídico mismo.

Sin referirse, naturalmente, al mundo del Derecho, lo advertía, ya hace tiempo, ALBERT EINSTEIN⁹⁸: “la máquina funcionará muy bien; podrá resolver todos los problemas que se quiera; —pero— jamás podrá plantearse uno”.

D) IA, seguridad, ¿y la justicia? y el alguacil alguacilado: ¿quién vigila a la IA (y a su creador)?

En otro orden, aunque la ley, ya calificada y determinada como la aplicable al caso, presentara un contenido claro y preciso, ¿cómo podrá el juez-robot ponderar con equidad en cada caso concreto, o particular, según exige, a todo juez y para todo caso, el art. 3.2 CC, o, más aún, en aquellos supuestos en los que el juez resuelve exclusivamente apoyado en la equidad del caso concreto⁹⁹? Tal vez cabría imaginar un juez robot resolviendo equitativamente si de calcular una cantidad se tratara (cfr., los arts. 165, 1154 o el 1889 CC), pero ¿y en los demás casos, que son la mayoría, donde la equidad es más subjetiva y particular (vgr., en los arts. 398.3 CC y 17.7.II LPH, 1103, 1124, 1690, 1726 CC, ...)?¹⁰⁰ O piénsese, en general, en el arbitraje de equidad, o en los supuestos en que cabe recurrir a la discrecionalidad, sin caer en la arbitrariedad, en los que hay que escoger la decisión más conveniente y justa entre las varias posibles; conveniencia, política si se quiere, pero siempre conveniencia dentro de lo justo (cfr., dentro del propio CC, sus arts. 21.1 y 26.2), que la IA no podrá dirimir... Y es que los robots tampoco tienen “alma”, ni “espíritu”, esto es, una conciencia moral, o ética, ni conciencia propia (del “yo”, la denominada “consciencia” o autoconsciencia), que le permita distinguir, y optar consciente y voluntariamente, entre el bien y el mal, entre el vicio y la virtud, ... o, en lo que importa “hic et nunc”, entre lo justo y lo injusto. La IA tal vez podrá asegurar una decisión siempre exacta, acorde a los parámetros claros y precisos de la ley, ¿pero asegurará siempre que la decisión, amén de exacta, sea también, y sobre todo, justa¹⁰¹? No se olvide: “summum ius, summa iniuria”; y que, junto

98 Cuya cita tomo de ROJAS BUENDÍA, M^a. M.: “La nueva diversidad artificial”, cit., p. 12.

99 En tal objeción insiste agudamente DE LA OLIVA SANTOS, A.: “Justicia predictiva”, cit., p. 33. También a esa falta de justicia o equidad, por falta de emociones, se refieren MIGUEL BARRIO, R.: “Explorando el rol de la inteligencia artificial”, cit., p. 10, y, en Italia, así parece reconocerlo BATTELLI, E.: “La decisión robótica”, cit., pp. 63 y 65. Y a la discrecionalidad tantas veces prevista en nuestras leyes, se refiere GÓMEZ COLOMER, J. L.: *El juez-robot*, cit., pp. 271 y ss., aunque también refiriéndose a los casos de equidad (pp. 301 y 302).

100 Recuérdese el caso, referido en nota anterior, de la STS 23 julio 2024, sobre un desahucio por impago del alquiler de unos inquilinos octogenarios que, en casi 30 años, dejaron tan solo de pagar un mes de renta, además, por errores bancarios. En el fondo, el TS estaba aplicando la equidad a que se refiere el art. 3.2 CC para la interpretación de cualquier norma.

101 El propio BATTELLI, E.: “La decisión robótica”, cit., p. 53, advierte que “del juez robot no hay que pretender, legítimamente, la decisión ‘justa’, sino la decisión ‘exacta’, es decir, que aplique de forma correcta las fuentes pertinentes, posiblemente al final de un proceso ‘justo’, entendiendo con esto que respete los procedimientos previstos según el principio de legalidad”.

a la seguridad jurídica (cuyo logro se pretende garantizar con la figura del juez-robot), el otro pilar fundamental del Derecho, con el que alcanzar la paz social, es la justicia. Cuando definía CELSO el Derecho, según recoge el Digesto desde su mismo comienzo, decía: “ius est ars boni et aequi”, entendiendo el Derecho como arte y, también, como técnica de lo que es justo¹⁰², y que, sin embargo, se pretende ahora deshumanizar (según denunciemos desde el mismo título de este trabajo).

Y aunque cierta conciencia en la IA suela hoy defenderse por muchos, a tal supuesta conciencia le sucede como a aquella —pretendida, también— inteligencia, que sería también artificial o aparente, al venirle dada “ab initio” por su programador o creador (la llamada “roboética” o “ciberética”, que bien pudiera condensarse en las conocidas tres leyes de ISAAC ASIMOV¹⁰³, que para algunos contienen “el Derecho natural para robots”¹⁰⁴). Como afirma, en este punto, LACRUZ MANTECÓN (en la p. 121), “no es conciencia de la máquina, sino de la del maquinista”, porque “en realidad (añadirá mucho más adelante, en la p. 245), todo es del maquinista: la ética, el propósito, la programación, la tarea y el color de la chapa del robot”¹⁰⁵.

Porque todo es, en fin, del propio ser humano, al que la IA imita, emula y se limita, de momento al menos, a servir. No en vano, tal sumisión y dependencia absolutas ha llevado a no pocos en la doctrina (como el propio MIGUEL LACRUZ MANTECÓN¹⁰⁶, siguiendo a otros, como a CARLOS ROGEL VIDE¹⁰⁷, SILVIA DÍAZ ALABART¹⁰⁸ o ÁNGEL CARRASCO PERERA¹⁰⁹, ...) a comparar los actuales robots con los esclavos del Derecho romano clásico, carentes ambos de verdadera libertad y racionalidad, llegando a predecir que “nuestra futura sociedad robótica va a ser semejante a una sociedad esclavista”¹¹⁰. La comparación, sin duda, es convincente; hasta en lo

102 Como “el arte de lo bueno y equitativo”, lo traducía GARCÍA DEL CORRAL, y como “la técnica de lo bueno y de lo justo”, lo traducía ÁLVARO D’ORS.

103 Como eran: la 1ª) Un robot no hará daño a un ser humano ni por inacción permitirá que un ser humano sufra un daño. 2ª) Un robot debe cumplir las reglas dadas por los seres humanos (a excepción de aquellas que entren en conflicto con la primera ley); y 3ª) Un robot debe proteger su propia existencia en la medida en que esta protección no entre en conflicto con la primera ni con la segunda ley.

104 Según dice GONZÁLEZ GRANADO, J.: *De la persona a la personalidad algorítmica. A propósito de la personalidad jurídica de la inteligencia artificial*, Barcelona, 2020.

105 De ahí, en su opinión, la necesidad de que tal conciencia no quede en manos de la simple ética, de un mero Código deontológico para informáticos, sino en las del Derecho, en cuyas manos quedan asegurados los derechos y valores más fundamentales.

106 En las pp. 132 a 139.

107 En “Robots y personas”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2018.

108 En “Robots y responsabilidad civil”, en AA.VV.: *Los robots y el Derecho*, (coord. C. ROGEL VIDE), Madrid, 2018, pp. 99-114.

109 En “A propósito de un trabajo de Gunter Teubner sobre la personificación civil de los agentes de inteligencia artificial avanzada”, *Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas*, en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>, Fecha de publicación: 11 de enero de 2019.

110 Según afirmación de LACRUZ MANTECÓN, M. L.: *Robots y personas*, cit., p. 132, a cuyo razonamiento nos remitimos.

etimológico (según nos advierte LACRUZ MANTECÓN¹¹¹: “Este es, además, el sentido de la palabra “robot”, que emplea por primera vez el checo KAREL ČAPEK en su obra teatral *Robots Universales de Rossum*, y que proviene del checo “robota”, con el significado de trabajador forzado o servil, es decir, que en realidad el término tiene el significado de ‘siervo’ o ‘esclavo’”).

Porque detrás del robot, que es hoy una simple cosa, están su creador y su usuario. Por eso, defender, como se defiende, la figura del juez-robot, en el fondo y más radicalmente, sería como defender que el informático programador (aunque ayudado probablemente de juristas y lingüistas¹¹²), es verdaderamente, aunque simuladamente tras el robot, quien emula ser juez. Lo cual, en fin, hace que la propuesta de un juez robot no solo sea equivocada, por ser imposible, sino también peligrosa, por ser contraria a la división de poderes públicos y a la atribución de la competencia judicial, o de cualquier otra función pública jurídica, a quien legítimamente debe ostentarla (ex art. 117.1 CE)¹¹³.

Pues admitida, sin ningún pudor, la figura del juez-robot, ¿por qué no también aceptar la de un robot abogado, notario, fiscal, ...; o incluso la del legislador-robot, o la de un robot gobernante, ..., según algunos empiezan ya a proponer¹¹⁴? En realidad, sería el programador quien haría las veces de juez, de abogado, de notario o de fiscal (o de gobernante, o de legislador); ¿y quién asegurará que, como tal, no cometa errores, arbitrariedades, injusticias o absurdos, ... como los comete hoy cualquier ser humano que sea juez, abogado, notario o fiscal (gobernante, o legislador)? Y, ¿quién vigilaría que su actuación en la misma programación de la IA fuese clara y precisa en sus palabras, justa y segura en su fin? Viejo problema, pues —como dijera JUVENAL— “qui custodiet custodes?”¹¹⁵ Y, de nuevo, y una vez

111 En aquella misma p. 132.

112 Según recomiendan STEMPEL, J. W. y KNUTSEN, ERIK S.: “Bringing rigor to textualism through artificial intelligence”, cit., p. 126.

113 Sobre tal cuestión, procesal y constitucional, que además asegure la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE, clave, por tanto, en el asunto, nos remitimos a GÓMEZ COLOMER, J. L.: *El juez-robot*, cit., pp. 197 y ss.; MIGUEL BARRIO, R.: “Explorando el rol de la inteligencia artificial”, cit., pp. 16 y ss.; CONDE FUENTES, J.: “La inteligencia artificial y la figura del juez-robot”, cit., p. 123 y ss.

114 En el *Diario La Ley* de 7 de abril de 2024 se da noticia de ello con el siguiente titular: “Susskind predice que, en pocos años, la IA podrá elaborar normas en forma de código informático de alta eficiencia”. Por su parte, el juez ERCILLA GARCÍA, J.: “La Inteligencia Artificial en la justicia”, cit., p. 4.17, al referirse a la interpretación de las normas conforme a una realidad social ya determinada en algoritmos, se cuestiona su peligrosidad al quedar tal visión de la realidad social en manos de los programadores y de las empresas que los contratan, y cuyo código es privativo, todo lo cual, dice, podría quebrar la separación de poderes.

115 LLANO ALONSO, FDO. H.: “Justicia digital, algoritmos y derecho: de la predictibilidad del big data al mito del juez-robot”, en AA.VV.: *El impacto de la inteligencia artificial en la teoría y la práctica jurídica* (coord. I. SOLAR CAYÓN y M^a OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ), 2022, pp. 219-244 (y que repite, acertadamente, como capítulo 2 en su monografía, esta individual, “*Homo ex machina*”. *Ética de la IA y Derecho digital ante el horizonte de la singularidad tecnológica*, Valencia, 2024), pp. 237 y 238: “quién controla la ausencia de sesgos y la imparcialidad del creador del algoritmo (un informático supuestamente asesorado por juristas... En otras palabras, parafraseando a Juvenal, ¿*Quis custodiet ipsos custodes?*”. Precisamente, el mismo autor se encargará de comentar el art. 14 del Reglamento europeo sobre IA, sobre la supervisión humana (en *Comentarios al Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial* [dir. M. BARRIO ANDRÉS], Madrid, 2024, p. 299 y ss.). También se lo plantea, pensando en la responsabilidad ante una solución errónea o injusta, el juez

más: “Nihil novum sub sole”, que decía, en su traducción latina, el Eclesiastés (en su capítulo I, versículo 9: “Lo que fue, eso mismo es lo que será, y lo que se hizo, eso mismo es lo que se hará; no hay nada nuevo bajo el sol”).

4. El rechazo del juez robot a nivel comunitario, hoy; pero ¿y mañana?

Sin duda ninguna, mucho de lo dicho hasta aquí contra un posible juez-robot ha llevado a su actual rechazo a nivel jurídico comunitario, permitiendo tan solo su utilización como herramienta auxiliar, y siempre supervisada, al tratarse de un supuesto de IA de alto riesgo. Así lo califica el art. 6.2 del Reglamento Europeo de 13 de junio de 2024, en su remisión a su Anexo III; en él se consideran sistemas de IA de alto riesgo los de administración de justicia, en particular, en su letra a) de su ap. 8, cuando se refiere a los “Sistemas de IA destinados a ser utilizados por una autoridad judicial, o en su nombre, para ayudar a una autoridad judicial en la investigación e interpretación de hechos y de la ley, así como en la garantía del cumplimiento del Derecho a un conjunto concreto de hechos, o a ser utilizados de forma similar en una resolución alternativa de litigios”.

En el n° 61 de sus Considerandos se justifica tal calificación del siguiente modo, aclarándose (como es sabido, sin valor normativo¹¹⁶, pero con valor interpretativo auténtico) que su uso con funciones decisorias, en sustitución del juez humano, queda excluido: “Deben clasificarse como de alto riesgo determinados sistemas de IA destinados a la administración de justicia y los procesos democráticos, dado que pueden tener efectos potencialmente importantes para la democracia, el Estado de Derecho, las libertades individuales y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. En particular, a fin de hacer frente al riesgo de posibles sesgos, errores y opacidades, procede clasificar como de alto riesgo aquellos sistemas de IA destinados a ser utilizados por una autoridad judicial o en su nombre para ayudar a las autoridades judiciales a investigar e interpretar los hechos y el Derecho y a aplicar la ley a unos hechos concretos. También deben considerarse de alto riesgo los sistemas de IA destinados a ser utilizados por los organismos de resolución alternativa de litigios con esos fines, cuando los resultados de los procedimientos de resolución alternativa de litigios surtan efectos jurídicos para las partes. La utilización de herramientas de IA puede apoyar el poder de

ERCILLA GARCÍA, J.: “Jueces robot”, cit., p. 78, preguntándose si tal responsabilidad, “¿Recae en el equipo desarrollador del algoritmo, en los jueces que lo adoptaron o en el propio sistema?”. Centrándose en el control y vigilancia del programador, GÓMEZ COLOMER, J. L.: *El juez-robot*, cit., pp. 324 y 325.

116 Ya en una consulta hecha el 31 julio 2002 a la Comisión (en la Pregunta escrita P-2403/02, de WOLFGANG ILGENTRIZ, hecha sobre el valor de los Considerandos de una Directiva europea, en el caso, sobre blanqueo de capitales), acerca de si los Considerandos tienen un valor normativo o solo explicativo, el Comisario, por entonces, BOLKESTEIN respondería, en nombre de la Comisión (en Respuesta de 4 septiembre 2002), diciendo: “El propósito de los considerandos de una directiva es explicar el razonamiento seguido por la autoridad o autoridades legislativas que adoptaron la medida. (...) Las obligaciones impuestas por una directiva se establecen en los artículos, mientras que los considerandos no tienen, en realidad, fuerza de ley”.

decisión de los jueces o la independencia judicial, pero no debe sustituirlas: la toma de decisiones finales debe seguir siendo una actividad humana. No obstante, la clasificación de los sistemas de IA como de alto riesgo no debe hacerse extensiva a los sistemas de IA destinados a actividades administrativas meramente accesorias que no afectan a la administración de justicia propiamente dicha en casos concretos, como la anonimización o seudonimización de resoluciones judiciales, documentos o datos, la comunicación entre los miembros del personal o las tareas administrativas"¹¹⁷.

Que siendo tal riesgo, tan alto, no haya sido la figura del juez-robot expresamente prohibida en el art. 5 del Reglamento, aunque sí rechazada en la justificación de su art. 6.2 y de su Anexo III, tal vez se explique porque sea de suyo inimaginable como hipótesis planteable (que admitir o que rechazar)¹¹⁸.

Con todo, lo hasta aquí dicho no deja de ser más que la realidad de hoy; pero ¿y cuál será la de mañana?¹¹⁹ Ya se sabe que todo lo que la tecnología sea capaz de llegar a hacer, más tarde o temprano, terminará haciéndolo... Ignoro si, de ser ello así finalmente, la aceptación de jueces-robots sería suficiente, plenamente satisfactoria, no solo para la humanidad, sino para la propia robótica, e impediría o, al contrario, incitaría a reivindicar un mayor reconocimiento, a que progresivamente la presencia de los propios robots, por obra del ser humano o incluso por el propio anhelo de aquellos, sea mayor en el mundo de lo jurídico, de la economía, de la política, ..., aspirando a una rebelión, igualitaria al comienzo, o de posterior sometimiento del ser humano.

La literatura y el cine nos dan abundantes muestras de ello, de nuestro miedo, propio del ser humano, a ser sometido o incluso aniquilado como especie por

117 Puesto que el Reglamento europeo se refiere expresamente tan solo a la Administración de justicia, GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., comentando el art. 6 del Reglamento (en *Comentarios al Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, cit., p. 215), considera que "esta norma general de calificación no contempla los casos de aplicación del derecho por la propia Administración pública, por órganos del Poder Ejecutivo, en el marco del procedimiento administrativo (un expediente de expropiación forzosa, la imposición de una sanción administrativa, la concesión de una licencia). El empleo de sistemas de IA en las actuaciones de las Administraciones Públicas solo es calificado de alto riesgo si el supuesto encaja en alguno de los epígrafes específicos comprendidos en algunos de los restantes ámbitos enunciados en el anexo III (expedientes de inmigración, de acceso a servicios públicos esenciales, etc.)". No en vano, MUÑOZ VELA, J. M. (en el mismo comentario, cit., p. 931), dirá que "el listado incorporado en el anexo III se presenta inicialmente como un *numerus clausus*, de tal manera que cualquier sistema de IA que no tenga su encuadramiento en los ámbitos de uso expresamente previstos en el mismo, no se presumirá inicialmente ni tendrá que ser calificado de alto riesgo conforme al Reglamento, salvo que deba serlo en virtud del resto de sus disposiciones". Para otra exposición del tema, COTINO HUESO, L. y SIMÓN CASTELLANO, P. (dirs.): *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*, Madrid, 2024, pp. 307 a 309.

118 Lo dice del siguiente modo GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (comentando el art. 6 del Reglamento, cit., p. 215): "Un pretendido reemplazo del juez o el árbitro humano en el ámbito de la administración de justicia por un sistema inteligente autónomo, cualquiera que sea la índole de los asuntos o la materia jurídica afectada, no es algo calificado aquí como de alto riesgo, ni tampoco una práctica prohibida por el artículo 5, sino algo más bien inconcebible en la lógica del Reglamento".

119 Comentando el Anexo III del Reglamento europeo sobre IA, MUÑOZ VELA, J. M.: en *Comentarios al Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, cit., p. 928, dirá, categóricamente, en su opinión que "la IA nunca sustituirá a un juez".

otra superior cibernética o humanoide (a mi memoria, más cinéfila que literaria en tiempos de juventud, vienen el “monstruo” de *Frankenstein*, o, su pariente semita, el *Golem*, el Hall-9000 de *2001: una Odisea en el espacio*, aquel defectuoso pistolero YUL BRYNNER en *Almas de metal*, el hermoso Replicante de *Blade Runner* o el horrible HÉCTOR de *Saturno 3*, o —cómo no— aquel incansable, casi indestructible, *Terminator*, ...).

El Prof. LACRUZ MANTECÓN no parece dar credibilidad a tan apocalíptico destino de la humanidad cuando dice (en p. 132): “Dada la imposibilidad de predecir el futuro, hasta que llegue —si llega— dicha emancipación de nuestros esclavos electrónicos, y como tengo dicho en otro lugar, nuestra futura sociedad robótica va a ser semejante a una sociedad esclavista”. Y hace bien en decir tal cosa, pues ir más allá supondría pasar de la ficción jurídica a la Ciencia ficción. Pero no olvide, querido Prof. LACRUZ, que hace ya mucho que los esclavos (como él mismo estima hoy a los robots) se rebelaron con éxito, liberándose de sus amos (los humanos, para los robots), y que la Historia, como decían Aristóteles y, de nuevo, el *Eclesiastés*, es cíclica, se repite, y que el ser humano es capaz de tropezarse con la misma piedra una, dos, y hasta mil veces. Tal vez sea, en fin, el comienzo de nuestro Apocalipsis...

“Una generación pasa, y otra generación viene, y la tierra subsiste siempre” (*Eclesiastés*, Capítulo I, versículo 1).

BIBLIOGRAFÍA

BARRIO ANDRÉS, M. (dir.): *Comentarios al Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, Madrid, 2024.

BATTELLI, E.: "La decisión robótica: algoritmos, interpretación y justicia predictiva", *Revista de Derecho Privado*, núm. 38, 2020, pp. 45-86.

BELLOSO MARTÍN, N.: "Inteligencia artificial en la teoría de la decisión judicial. ¿Del juez-robot al asistente-robot del juez?", en AA.VV.: *El Derecho y la Inteligencia Artificial* (coord. FCO. HERRERA TRIGUERO y otros), Valencia, 2022, pp. 341-364.

BONNECASE, J.: *Elementos de Derecho Civil* (trad. J. M^a CÁJICA JR.), Méjico.

CARRASCO PERERA, ÁNGEL F.: "A propósito de un trabajo de Gunter Teubner sobre la personificación civil de los agentes de inteligencia artificial avanzada", *Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas*, en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>, Fecha de publicación: 11 de enero de 2019.

CARTWRIGHT, J.: *Introducción al Derecho inglés de los contratos* (trad. J. P. MURGA FERNÁNDEZ), Pamplona, 2018.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "¿Humanizar o personificar? Inteligencia artificial y fundaciones robóticas", *Actualidad Civil*, núm. 3 marzo 2024.

COTINO HUESO, L. y SIMÓN CASTELLANO, P. (dirs.): *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*, Madrid, 2024.

CONDE FUENTES, J.: "La inteligencia artificial y la figura del juez-robot", en AA.VV.: *Modernización, eficiencia y aceleración del proceso* (dir. SILVIA PEREIRA PUIGVERT y M^a JESÚS PESQUEIRA ZAMORA), Pamplona, 2022, pp. 115-136.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, reed., Madrid, 1984.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: "Naturaleza de las reglas para la interpretación de la Ley (Consideraciones en torno al artículo 3º, apartado I, del Código Civil)", *ADC*, 1977, pp. 809-858.

DE LA HIGUERA GONZÁLEZ, L. M^a: "Interpretación y aplicación de las normas", en AA.VV.: *Instituciones de Derecho privado* (coord. J. F. DELGADO DE MIGUEL), t. I, vol. I, Madrid, 2003.

DE LA OLIVA SANTOS, A.: "'Justicia predictiva', interpretación matemática de las normas, sentencias robóticas y la vieja historia del 'JustizKlavier'", *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 80, 2021, pp. 30-37.

DÍAZ ALABART, S.: "Robots y responsabilidad civil", en AA.VV.: *Los robots y el Derecho* (coord. C. ROGEL VIDE), Madrid, 2018, pp. 99-114.

DÍEZ-PICAZO Y PONDE DE LEÓN, L.: *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, 3ª ed., Barcelona, 1993.

DUALDE, J.: *Una revolución en la lógica del Derecho (concepto de la interpretación del Derecho privado)*, Barcelona, 1933.

ERCILLA GARCÍA, J.: "La Inteligencia Artificial en la justicia: asistentes IA judiciales y jueces IA", *Revista (Aranzadi) de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 53, 2020.

ERCILLA GARCÍA, J.: "Jueces robot, dos aproximaciones prácticas a su concepto", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2024, pp. 47-84.

ESTÉVEZ MENDOZA, L. Y CANO CARRILLO, J.: "El juez-robot y la efectividad del proceso civil basado en la inteligencia artificial: una aproximación propedéutica", en AA.VV.: *Aspectos éticos y marcos legales de la comunicación* (coord. MONEDERO MORALES y otros), Valencia, 2022, pp. 159-171.

FROSINI, V.: *La letra y el espíritu de la ley*, trad., Barcelona, 1995.

GALINDO AYUDA, F.: "La administración de justicia, el juez robot y el Derecho", *RGLJ*, 2024, pp. 521-579.

GÉNY, F.: *Método de interpretación y Fuentes en Derecho privado positive* (con prólogo de RAIMUNDO SALEILLES), 2ª ed., Madrid, 1925.

GÓMEZ COLOMER, J. L.: *El juez-robot (la independencia judicial en peligro)*, Valencia, 2023.

GONZÁLEZ GRANADO, J.: *De la persona a la personalidad algorítmica. A propósito de la personalidad jurídica de la inteligencia artificial*, Barcelona, 2020.

GUASTINI, R.: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad., 2ª ed., México, 2000.

HERRERA DE LAS HERAS, R.: *Aspectos legales de la inteligencia artificial: personalidad jurídica de los robots, protección de datos y responsabilidad civil*, Madrid, 2022.

LACRUZ MANTECÓN, M. L.: *Robots y personas. Una aproximación jurídica a la subjetividad cibernética*, Madrid, 2020 (obra muy sintetizada en "Inteligencia artificial: hacia una subjetividad cibernética", *Persona y Derecho Civil: los retos del siglo XXI* [Persona, género, transgénero; inteligencia artificial y animales sensibles], [dir. C. BAYOD LÓPEZ y coord. J. L. ARGUDO PÉRIZ], Valencia, 2022, pp. 151-184).

LACRUZ MANTECÓN, M. L.: *Robots Inteligencia artificial, sociedad y Derecho*, La Coruña, 2024.

LOIS ESTÉVEZ, J.: *Estudios sobre los fundamentos de una nueva Ciencia Jurídica*, Santiago de Compostela, 1954.

LÓPEZ, GREGORIO: *Las siete Partidas del sabio rey Alfonso el IX*, trad. al castellano, T. I, Barcelona, 1843.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: "Derecho inglés y civil law: la 'convergencia asintónica'", *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 49, 2020, pp. 773-793.

LUZZATI, C.: *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milán, 1990.

LLANO ALONSO, FDO. H.: "Justicia digital, algoritmos y Derecho: de la predictibilidad del *big data* al mito del juez-robot", *El impacto de la inteligencia artificial en la teoría y la práctica jurídica* (dirs. J. I. SOLAR CAYÓN y M^a OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ), Madrid, 2022, pp. 219-244.

LLANO ALONSO, FDO. H.: "*Homo ex machina*". *Ética de la IA y Derecho digital ante el horizonte de la singularidad tecnológica*, Valencia, 2024.

MARTÍN DIZ, F.: "Modelos de aplicación de Inteligencia Artificial en justicia: asistencial o predictiva versus decisoria", en AA.VV.: *Justicia algorítmica y neuroderecho: una mirada multidisciplinar* (dir. S. BARONA VILAR), Valencia, 2021, pp. 65-85.

MIGUEL BARRIO, R.: "Explorando el rol de la inteligencia artificial en el proceso judicial: evaluación de la viabilidad legal del juez robot", *Revista General de Derecho procesal*, núm. 63, 2024.

MONTESINOS GARCÍA, A.: "Empleo de la inteligencia artificial en algunas fases del proceso judicial civil: prueba, medidas cautelares y sentencia", *Actualidad Civil*, núm. II, 2022.

MUÑOZ SORO, J. F.: *Decisión jurídica y sistemas de información*, Madrid, 2003.

NOMURA-SANTIAGO, M^a. C.: "Consideraciones sobre el uso de la inteligencia artificial como herramienta para mejorar la formación en interpretación legal y sus aplicaciones legales prácticas", en AA.VV.: *Interpretación jurídica y competencias prácticas* (dir. R. SANTILLÁN SANTA CRUZ), Pamplona, 2024, pp. 99-105.

PÉREZ BERMEJO, J. M.: "La interpretación histórica o subjetiva del derecho: una historia de pervivencia práctica y problemas teóricos", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 47, 2023, pp. 283-312.

PRIETO PRIETO, A.: "La interpretación de la norma canónica", *Estudios de Derecho Canónico y Derecho eclesiástico en homenaje al prof. Maldonado*, Madrid, 1983, pp. 623-672.

QUARTA, E.: "Giustizia e predizione: l'algoritmo che legge il futuro", 2024, en <https://www.giustiziainsieme.it/it/cultura-e-societa/600-giustizia-e-predizione-l-algoritmo-che-legge-il-futuro>

RAMÍREZ LUDEÑA, L.: "Interpretación literal y nuevas teorías de la referencia", *Revista Derecho & Sociedad*, núm. 48, 2017, pp. 33-47.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M^a.: *Ley y Derecho. Interpretación e integración de la ley*, Madrid, 1976.

RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑOZ, J.: "El textualismo", *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 44, 2021, pp. 97-123.

ROJAS BUENDÍA, M^a. M.: "La nueva diversidad artificial: una futura 'personalidad electrónica' para otras inteligencias", *Papeles: El tiempo de los derechos*, núm. 2, 2020.

ROGEL VIDE, C.: "Robots y personas", en AA.VV.: *Los robots y el Derecho* (dir. C. ROGEL VIDE y S. DÍAZ ALABART), Madrid, 2018; y en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2018.

ROMÁN CORDERO, C.: "Inteligencia Artificial en la justicia (del juez-robot al asistente-robot del juez)", *Revista de Derecho Público*, núm. 96, pp. 143-147.

SÁNCHEZ RUBIO, M^a. A.: "La interpretación en el Derecho: *In claris non fit interpretatio*", *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXII, 2004, pp. 417-435.

SANCHÍS CRESPO, C.: "Inteligencia artificial y decisiones judiciales: crónica de una transformación anunciada", *Scire: representación y organización del conocimiento*, vol. 29, núm. 2, 2023, pp. 65-84.

SANTOS BRIZ, J.: "La aplicación de las normas jurídicas en el nuevo Título Preliminar del Código Civil", *Libro-Homenaje a R.M^a Roca Sastre*, vol. I, Madrid, 1976.

SAVIGNY, FC.: *Sistema del Derecho romano actual*, trad., t. I, Madrid, 1878.

SOLER, S.: *La interpretación de la ley*, Barcelona, 1962.

STEMPEL, J.W. y KNUITSEN, ERIK S.: "Bringing rigor to textualism through artificial intelligence", en AA.VV.: *Seguro de personas e inteligencia artificial* (dir. A. B. VEIGA COPO y coord. M. MARTÍNEZ MUÑOZ), Madrid, 2022, pp. 117-133.

SUÁREZ, F.: *Tratado de las leyes y de Dios legislador* (en diez libros), vol. IV (Libros VI y VII), (trad. J. R. EGUILLOR MONIOZGUREN), Madrid, 1968.

TARELLO, G.: *L'interpretazione della legge*, Milán, 1980.

VELASCO NÚÑEZ, E., 2025, en <https://confilegal.com/20250125-eloy-velasco-magistrado-de-la-audiencia-nacional-apuesta-por-los-jueces-robot-para-causas-sencillas/>

VIOLA, L. (y otros): *Interpretazione della legge con modelli matematici. Processo, a.d.r., giustizia predittiva*, vol. I, Milán, 2018.

VIOLA, L. (y otros): *Giustizia predittiva e interpretazione della legge con modelli matematici*, Milán, 2019.

VIOLA, L. (y otros): "L'interpretazione della legge ex art. 12 Preleggi si basa su un algoritmo", *Giustizia Civile.com*, núm. 2, 2019.

ZANUSO F.: "In claris non fit interpretatio: las ilusiones del normativismo en la crítica de la hermenéutica", *lcade: Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 82, 2011, pp. 255-275.

CAPACIDAD DECISORIA DEL MENOR CON PROBLEMAS
DE CONDUCTA: INTERNAMIENTO EN CENTRO
ESPECÍFICO Y TRATAMIENTOS MÉDICOS ASOCIADOS*

*DECISION-MAKING CAPACITY OF MINORS WITH
BEHAVIOURAL PROBLEMS: PLACEMENT IN A SPECIALISED
CENTRE AND ASSOCIATED MEDICAL TREATMENTS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 52-77

* El trabajo es resultado de los Proyectos de investigación "Impacto social de la tutela civil de las personas con discapacidad" (SOCIALDISCA), PID2023-151835OB-I00, Ministerio de Ciencia e Innovación, y "Criterios interpretativos de la reforma del Código Civil en materia de discapacidad" (REFDIS) CIAICO/2023/024, Conselleria de Educación, Universidades y Empleo de la Generalidad Valenciana.

Carmen Leonor
GARCÍA PÉREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

RESUMEN: El ingreso de menores con problemas de conducta constituye uno de los supuestos que dentro de nuestro ordenamiento debe ser calificado de obligatorio o forzoso. La ausencia en las normas que lo regulan de referencia al consentimiento del menor a su internamiento así lo evidencia. Sin embargo, que no pueda rechazar su internamiento en centro específico, no significa que sea imprescindible su consentimiento informado en los supuestos que sea necesario un tratamiento médico asociado a su patología.

PALABRAS CLAVE: Menores; problemas de conducta; internamiento en centro específico; consentimiento; tratamiento médico.

ABSTRACT: *The admission of minors with behavioral problems is one of the situations that, within our legal system, must be classified as mandatory or compulsory. The absence in the regulations governing this issue of any reference to the minor's consent for their placement is evidence of this. However, the fact that they cannot refuse placement in a specific center does not mean that their informed consent is essential in cases where medical treatment associated with their condition is necessary.*

KEY WORDS: *Minors; conduct disorders; confinement in a specific educational center; consent; medical treatment.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. FINALIDAD DE LOS INTERNAMIENTOS EN CENTROS DE PROTECCIÓN ESPECÍFICOS.- 1. El tratamiento médico asociado.- 2. Las dudas acerca de las razones que justifican un régimen diferente entre menores con problemas de conducta y menores con trastornos psíquicos.- III. ¿INGRESO O INTERNAMIENTO OBLIGATORIO? ¿PUEDE EL MENOR DE EDAD NEGARSE A SU INGRESO?.- 1. La ausencia en la regulación de la necesidad de recabar el consentimiento del menor en el internamiento ordinario e internamiento urgente.- 2. Una última cuestión: la específica situación del menor emancipado o con beneficio de mayor edad.

I. INTRODUCCIÓN.

La actual concepción del menor de edad como sujeto activo y participativo ha determinado un cambio en su estatus social. De la falta de autonomía propia de hace unas décadas se ha pasado a la afirmación de que el menor de edad, como sujeto de derechos, va adquiriendo de forma gradual, progresiva, un mayor autogobierno, pudiendo, en algunos casos, tomar sus propias decisiones, aunque siempre teniendo presente un principio básico: su superior interés. Esta idea indica que en todo aquello que le afecte debe ser consultado y preguntado¹ y, en su caso, requerir su consentimiento, en definitiva, debe existir un intercambio de opiniones, un dialogo entre interlocutores “capaces” que en determinados supuestos puede exigir una previa aceptación del menor. A esta regla general se le sumarán otras, dado que, atendiendo a los concretos actos o negocios jurídicos, madurez, edad, y circunstancias personales, las medidas que puedan adoptarse en relación con él podrán modularse o matizarse.

Este cambio de perspectiva, consecuencia de las transformaciones culturales y sociales, determinaron que la Ley Orgánica de Protección jurídica del menor de 1996 fuese modificada por dos Leyes Orgánicas, la LO 8/2015, de 22 de julio y la LO 26/2015, de 28 de julio, en las que respectivamente se introdujeron el Capítulo IV (Título II) destinado a regular el “Acogimiento residencial en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta” (arts. 25 y ss.)², y el Capítulo

1 El menor de edad, tal y como dispone el art. 9 LOPJM, “tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez... Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos...”.

2 Con anterioridad ya existían disposiciones de ámbito autonómico que preveían este tipo de circunstancias. De “menores en situación de dificultad social” se denominaba, regulando centros de reeducación, aunque

III (Título I) relativo a los “Deberes del menor” (arts. 9 bis a 9 quinquies)³, este último como contrapartida al reconocimiento de que el menor, dentro de los parámetros antes mencionados, puede ejercer sus propios derechos (art. 9 bis LOPJM). Los deberes no se limitan al previsto para las relaciones paternofiliales del art. 155 CC (e igualmente, 9 ter LOPJM), sino que abarcan también los ámbitos escolar y social (arts. 9 quáter y quinquies LOPJM).

El incumplimiento reiterado y grave de estos deberes puede evidenciar la existencia de un trastorno de conducta que suele manifestarse en comportamientos disruptivos: negativa a seguir reglas, problemas de concentración e impulsividad o agresividad (los más comunes entre niños y adolescentes son los trastornos por déficit de atención e hiperactividad, el negativista desafiante y el genérico trastorno de conducta), pero también de un trastorno mental, diferente, por tanto, de aquel. En fin, las conductas desordenadas e indisciplinadas forman parte de la rebeldía propia de la adolescencia, sin que lleguen a derivar en verdaderos problemas conductuales que haya que abordar aplicando medidas restrictivas de derechos fundamentales⁴.

No obstante, la evidencia de un problema real y grave de conducta que altera la convivencia familiar, escolar o social, unido a la imposibilidad de los progenitores para controlarlo, determina que, en el ejercicio de la responsabilidad parental, el deber de velar por los hijos y de procurarles una formación integral (siempre de acuerdo con la personalidad de cada uno de ellos y respetando su integridad física y psíquica), aquellos deban actuar en consecuencia. La incapacidad de dominar estas actitudes, aun cuando la patria potestad se haya venido ejerciendo de forma adecuada a la situación personal de cada hijo, les impone (el art. 154 CC al final así lo prevé al disponer que se lleva a cabo “en ejercicio de su función”) recabar el “auxilio de la autoridad” (aunque siempre como último recurso). La solicitud de ayuda patentiza la vinculación existente entre lo ordenado en el art. 154 CC al final y lo previsto en los arts. 25 y ss. LOPJM, pues la dificultad de dominar comportamientos disruptivos se concreta en este caso en la previa solicitud de

como constata el Informe del Defensor del Pueblo del año 2009 sobre Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social, constituían normas sin una cobertura legal apropiada (ausencia de previa autorización judicial fundamentalmente), de contenido muy diverso, y en las que las medidas que se adoptaban eran claramente lesivas de derechos fundamentales de los menores.

- 3 En el Preámbulo de la Ley se justificaba la introducción de este Capítulo advirtiendo que “desde la concepción de los menores como ciudadanos, se les reconoce como corresponsables de las sociedades en las que participan y, por tanto, no solo titulares de derechos sino también de deberes”.
- 4 El Defensor del Pueblo ponía de manifiesto en su Informe de 2009, p. 19 que “no están delimitadas ni legal ni administrativamente, y nos atreveríamos a decir que tampoco desde una perspectiva clínica, las razones por las que un menor con problemas de conducta requiere un tipo de atención específica en un centro determinado, y menos aún el procedimiento por el que se decide su ingreso en un establecimiento concreto, ni los criterios que aconsejan que sea precisamente ese centro y no otro, el más adecuado a sus necesidades. Incluso, los mismos profesionales entrevistados durante las visitas realizadas para llevar a cabo nuestra investigación nos dieron respuestas diferentes sobre los tipos de trastornos de conducta de los menores acogidos en cada centro, y, en bastantes ocasiones, manifestaron que atendían casos que no se ajustaban al perfil inicialmente diseñado en el proyecto de intervención”.

la guarda voluntaria (arts. 172 bis CC, 19 y 26.I LOPJM), dado que únicamente la Entidad pública y el Ministerio Fiscal están legitimados para instar el procedimiento del art. 778 bis LEC, en virtud del cual se puede autorizar el internamiento en centro específico para menores con problemas de conducta.

De la regulación que contienen los arts. 25 y ss. LOPJM, como del 778 bis LEC, no se infiere que sea preciso el consentimiento del menor (especialmente de los mayores de dieciséis), a pesar de que como parece desprenderse de los principios de los cuales parte la LOPJM (también del art. 162.I CC), solo aquél podría legitimar la intromisión en derechos fundamentales esenciales (libertad, integridad física y psíquica o intimidad). Nótese que se está ante menores con problemas conductuales que no han delinquido, su comportamiento puede ser incorrecto, indisciplinado, pero no punible, actitudes incívicas que no generarían ninguna consecuencia si el que las realiza es mayor de edad. Esta diferente reacción del ordenamiento ante iguales actuaciones motivadas por problemas de conducta puede ser cuestionable, más aún si como se sostiene casi de forma generalizada, es controvertido que buena parte de estos problemas no constituyan a un mismo tiempo verdaderos trastornos psíquicos. En este último caso, tratándose de un menor con trastorno mental, el art. 26.2 LOPJM lo excluye expresamente de su régimen jurídico, y el procedimiento previsto para el internamiento es entonces el del art. 763.2 LEC, debiendo cumplir con los presupuestos sustantivos imprescindibles entre los que se encuentra el de que la “persona no pueda decidirlo por sí”. Ausencia o imposibilidad de consentir que junto con otros requisitos permitirían que el juez autorizase dicho internamiento, denominado por ello “involuntario”. En sentido contrario, por tanto, habría que admitir que al menor con problema mental que “pueda decidirlo por sí” no le sería aplicable este precepto, siendo el menor maduro o mayor de dieciséis el que consintiese o no su internamiento u hospitalización.

Pero para el supuesto de los arts. 25 y ss. LOPJM se dirá que el menor tiene derecho a ser oído (art. 26.3 LOPJM), aunque este derecho no es equiparable al ejercicio de su capacidad, a su derecho a decidir si resulta ser un menor maduro o mayor de dieciséis años. No obstante, el argumento que se emplea para justificar la adopción de esta medida es el principio de su superior interés, y como ordena el art. 2.I LOPJM “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”, interés superior que, en este caso, posibilitaría la restricción del ejercicio del derecho a decidir sobre su internamiento. Se añade que “toda resolución de cualquier orden jurisdiccional y toda medida en el interés superior de la persona menor de edad deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular: a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente...” (art. 2.5 LOPJM).

Lo dispuesto en ambos preceptos permitiría orillar la negativa del menor al ingreso en un centro específico, pues su superior interés constituiría razón suficiente para autorizar el internamiento de forma coactiva. En cualquier caso, queda la duda de si estos argumentos son suficientes para privar de libertad a un menor con problemas conductuales, es decir, si tiene un fin constitucionalmente legítimo⁵.

II. FINALIDAD DE LOS INTERNAMIENTOS EN CENTROS DE PROTECCIÓN ESPECÍFICOS.

Las razones que recoge el Preámbulo de la LO 8/2015 para incluir el Capítulo IV son diversas, así, entre otras, el número cada vez más elevado de menores con este tipo de problemas, lo que unido a las graves dificultades para ejercer la responsabilidad parental (también la tutela o guarda por la Entidad Pública) determinan la necesidad de ofrecer soluciones que permitan reconducir actitudes inadecuadas del menor.

La fórmula que se emplea es la de que en los casos más graves, previo informe psicosocial emitido por personal especializado en protección de menores y a solicitud de la Entidad pública encargada de la tutela o guarda del menor o del Ministerio Fiscal, sea autorizado el ingreso en un centro específico por el juez competente conforme al procedimiento previsto en el art. 778 bis LEC, salvo que existan razones de urgencia motivadas que hiciesen imprescindible su internamiento, en cuyo caso, deberá comunicarse al juez en el plazo máximo de veinticuatro horas para su ratificación. Se trata de una medida de último recurso al verse afectados derechos fundamentales, como la libertad (art. 17 CE), la integridad física (art. 15 CE) o el derecho a la intimidad (art. 18 CE)⁶.

Como advierte el art. 25.2 LOPJM, el internamiento del menor con trastorno de conducta en un centro específico “tendrá como finalidad proporcionar al

5 En el AAP Barcelona 30 mayo 2017 (ECLI: ES:APB:2017:10579A), aun cuando se ratifica el internamiento en centro específico, la Audiencia deniega la solicitud genérica de autorización que había sido admitida por el juez de primera instancia para aplicar medidas de seguridad y contención, permitir o restringir visitas y comunicaciones del menor.

6 Así lo afirma también el Preámbulo de la LO 8/2015: “Su regulación puede, en ocasiones, incidir en los derechos fundamentales de los menores, lo cual exige una normativa en la que se determinen los límites de la intervención y se regulen, entre otras cuestiones, las medidas de seguridad como la contención, el aislamiento o los registros personales y materiales, así como otras medidas como la administración de medicamentos, el régimen de visitas, los permisos de salida o sus comunicaciones, en cada caso”. Como ya tuve ocasión de advertir, si el internamiento en centro específico está previsto para menores que no hayan delinquido, llama la atención las medidas que pueden adoptarse (contención, registros personales, incomunicación, etc.), lo que inmediatamente nos remite a las mismas medidas que se prevén en la LORPM, GARCÍA PÉREZ, C.L.: “Menores con problemas de conducta y derechos fundamentales”, *Victimología y menores: un enfoque transversal* (coord. AGUILAR CÁRCELES), Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 45 y ss. En este sentido, COLAS TURÉGANO, M.A.: “Centros de internamiento para menores con problemas de conducta: ¿Medida de seguridad predelictual o medida de protección para la infancia en dificultad social?, *Revista de Derecho penal y criminología*, núm. 29, 2023, p. 87, sostiene que se le aplica al niño “una medida de protección que materialmente coincide con la medida de mayor gravedad prevista en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores, la medida de internamiento”.

menor un marco adecuado para su educación, la normalización de su conducta, su reintegración familiar cuando sea posible, y el libre y armónico desarrollo de su personalidad, en un contexto estructurado y con programas específicos en el marco de un proyecto educativo”, de lo que se deduciría que la medida se centra en aspectos educacionales. Sin embargo, la LOPJM poco avanza en este concreto aspecto y parece detenerse en otros de claro regusto “reformador”⁷. El derecho a la educación (art. 27 CE), y para este supuesto, el derecho a una educación inclusiva puede presentar aspectos controvertidos⁸, especialmente tras la ratificación por España de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad de 2006 y la promulgación de la Ley 8/2021, y más teniendo en cuenta la interpretación que del art. 14 de la Convención ha venido realizando el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad⁹ incluyendo a las personas con problemas mentales, si es que se concluye que los trastornos de conducta pueden comprenderse en aquellos.

A este objetivo se suma la posibilidad de que además sea imprescindible un tratamiento terapéutico y farmacológico. A tal fin, el art. 33 de la LOPJM establece

- 7 Y siendo este el objetivo central, sin embargo, es escasamente regulado (la regulación en detalle se lleva a cabo por las diferentes Comunidades Autónomas) y del régimen jurídico se extrae que a lo que fundamentalmente se dedica es a los aspectos “coercitivos”.
- 8 STC 19 abril 2021 (ECLI:ES:TC:2021:81), recurso de amparo presentado por los progenitores en representación del menor. Son hechos relatados por la Sentencia que “la dirección del centro escolar de M.F.R. se vio imposibilitada para poder reconducir la situación generada por la conducta reiterada del menor, que, con su comportamiento agresivo, había ocasionado lesiones a profesores, a compañeros de clase e incluso a sí mismo, con el riesgo probable de que la situación pudiera empeorar aún más, a raíz de su interacción con aquellos. Tal imposibilidad venía determinada por dos factores: (i) el desconocimiento por parte del centro de la causa que motivaba aquellos trastornos del comportamiento, toda vez que los sucesivos informes incorporados a las actuaciones describían el resultado del comportamiento del menor, pero no identificaban la etiología de aquellos trastornos de conducta y agresividad; faltaba un diagnóstico clínico que pudiera determinar el origen para, seguidamente, prescribir el tratamiento terapéutico y psicopedagógico adecuado; y (ii) el protocolo de intervención que diseñó el centro para tratar de dar solución al problema no obtuvo ningún resultado satisfactorio”. En este contexto, el TC describe si las razones que se dieron en las diversas resoluciones administrativas que justificaban que al menor se le suspendiera la asistencia al centro (aunque con seguimiento de la escolarización en su domicilio) se ajustaban al “superior interés del menor”, afirmando que “En el caso de autos, tal interés superior vendría determinado por la exigencia de garantizar el aseguramiento de dos aspectos relevantes para el desarrollo de la personalidad de M.F.R.: de una parte, la integridad psíquica y física del menor y del resto de escolares y equipo pedagógico del centro escolar; de otro lado, el progreso en la formación educativa del menor”, decidiendo que “la resolución impugnada fue dictada teniendo en cuenta el “interés superior del menor” M.F.R., justificándolo mediante un razonamiento que supera el juicio de proporcionalidad exigido por nuestra doctrina en aquellos casos en los que la actuación cuestionada de los poderes públicos afecta a un derecho fundamental sustantivo”. No vulneraba, pues, el art. 27 CE, como tampoco el art. 14 CE, dado que “la discriminación imputada al centro se asocia a decisiones como asignarle profesores de refuerzo o aplicarle técnicas para evitar que, durante sus reacciones agresivas, se lesionara. Nada de lo cual puede calificarse de discriminatorio”. En fin, el TC, tampoco apreció vulneración de los arts. 15 y 24 CE. La Sentencia contó con un voto particular en el que contrariamente se sostenía la “ausencia de habilitación legal suficiente en relación con la decisión de privación de la escolarización del niño”, vulnerándose su derecho a la educación del art. 27 CE, como también la falta de “habilitación legal para el uso de medios de contención física de los niños en el sistema educativo”, por lo que, de igual forma, se transgredía el art. 15 CE.
- 9 Como sostiene el Comité “la prohibición de que la discapacidad o la deficiencia pueda justificar la privación de libertad incluida en el art. 14 de la Convención, debe entenderse como una prohibición absoluta... los internamientos forzados, ya sean en centros o instituciones de salud mental o asistenciales, constituyen una forma específica de privación de libertad por razón de discapacidad que contradice el art. 14, también cuando la discapacidad se combina con otros factores”.

que “la administración de medicamentos a los menores, cuando sea necesario para su salud, deberá tener lugar de acuerdo con la praxis profesional sanitaria, respetando las disposiciones sobre consentimiento informado, y en los términos y condiciones previstas en 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”, añadiendo que deberá ser un facultativo médico autorizado quien recete medicamentos sujetos a prescripción médica y realice el seguimiento de su correcta administración y de la evolución del tratamiento.

En este contexto es fácilmente deducible que a la medida socioeducativa se suma la psicoterapéutica, con la posibilidad de que se deba seguir un tratamiento médico que incluya el suministro de fármacos destinados a paliar el trastorno que el menor padece.

I. El tratamiento médico asociado.

Suele ser frecuente en las resoluciones judiciales que autorizan el internamiento advertir la necesidad de suministrar un tratamiento adecuado a la patología que padece el menor¹⁰, de ahí que, independientemente de que la solicitud de autorización de internamiento realizada por la Entidad pública o Ministerio Fiscal al juez deba estar motivada y fundamentada en informes psicosociales emitidos por personal especializado en protección de menores (art. 26.I LOPJM), dentro del procedimiento de autorización, el juez deba examinar y oír personalmente al menor, así como recabar, al menos, dictamen de un facultativo por él designado (art. 778 bis LEC, párrafo 4).

El art. 778 bis 4 LEC, por tanto, considera imprescindible que el menor deba ser examinado por un facultativo especialista que podrá o no corroborar el previo informe psicosocial y la necesidad de adoptar esta concreta medida. La razón parece evidente, solo un médico especialista puede diagnosticar si la concreta situación del menor debe ser calificada como trastorno de conducta o como un trastorno mental diferente, en cuyo caso, el procedimiento a seguir no es el del art. 778 bis LEC, sino como ya ha quedado dicho el del 763.2 LEC¹¹. Se suma a ello

10 También advertido por el Defensor del Pueblo en el Informe de 2009, p. 24: “La prescripción y administración de fármacos debe ser realizada con suma cautela, bajo estricta supervisión médica y monitorizada siempre por profesionales con experiencia, y las tomas han de ser muy medidas en la dosis y breves en el tiempo. En lo posible, ha de procurarse además que el suministro de las medicinas se lleve a cabo por personal sanitario del centro y no por educadores, a fin de evitar la confusión que puede provocar en el niño la identificación en una misma persona de roles tan distintos como el de tutor y enfermero”.

11 Por este motivo no estoy de acuerdo con la interpretación que se realiza en la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2016, Sobre el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos, respecto de la expresión “facultativo” que emplea el art. 778 bis LEC: “la tradicional intervención del médico forense no es siempre necesaria. El término “facultativo” tiene diversas acepciones conforme al DRAE y, si bien una de ellas es la de “médico o cirujano”, también se aplica a otras personas que “profesan una ciencia o arte”.

que son los facultativos los únicos que pueden prescribir un tratamiento médico adecuado a la patología del menor (art. 33.2 LOPJM).

Ejemplo de que es habitual aludir a tratamientos médicos es el contenido del Auto apelado por el menor y resuelto por el AAP Barcelona 23 enero 2025¹², confirmando la medida de ingreso autorizada por el juez de primera instancia, en el que textualmente se declaraba “ratificar el internamiento del joven en el centro de protección de menores con problemas de conducta para su tratamiento médico por el tiempo que se estime necesario con remisión trimestral de informes sobre la evolución del menor”¹³. Del Auto de la AP de Barcelona podría deducirse que el internamiento en centro específico tiene como objetivo principal el tratamiento médico y que la autorización judicial no se limita al internamiento, sino que abarca también aquel, ambos de forma coactiva u obligatoria.

Sin embargo, para el tratamiento terapéutico y/o farmacológico no es suficiente la autorización judicial del ingreso del menor en centro específico, pues a diferencia de cómo suele interpretarse el supuesto del art. 763 LEC, en el que el internamiento involuntario parece comprender el tratamiento obligatorio aunque expresamente no se refiera a él¹⁴, en el ingreso del menor en centro específico que precise de tratamiento médico asociado es necesario el consentimiento informado del paciente cuando es mayor de dieciséis años o se trata de un menor maduro¹⁵. Así, lo confirma el art. 33 LOPJM al disponer que dicho tratamiento debe respetar “las disposiciones sobre consentimiento informado, y en los términos y condiciones previstas en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente”.

12 AAP Barcelona 3 enero 2025 (ECLI:ES:APB:2025:26A). También, AAP Barcelona 30 mayo 2017 (ECLI:ES:APB:2017:10579A).

13 En el mismo sentido, los Autos AP Lleida 27 septiembre 2021 (ECLI:ES:APL:2021:483A) y Cantabria 11 octubre 2022 (ECLI:ES:APS:2022:928A).

14 AAP Barcelona 26 septiembre 2023 (ECLI:ES:APB:2023:10625A), siguiendo la resolución de la AP Vizcaya 12 noviembre 2019 (ECLI:ES:APBI:2019:2207A), cuando afirma que “Por razones de interés social y seguridad pública, vinculadas a la protección de la vida e integridad psíquica y física de los ciudadanos, en muchos ordenamientos jurídicos y en España, se contempla la posibilidad de privar de libertad a una persona con el fin de someterla a tratamiento médico por motivo de trastorno mental, incluso en contra de su voluntad ... cuando una persona presenta una perturbación mental de suficiente gravedad como para impedirle el gobierno de sus propios actos y se prevea, de modo inminente, que puede por ello causarse daño a sí mismo, a menos que sea sometido de manera inmediata a un tratamiento médico en establecimiento adecuado al efecto. De esta manera se concibe esa privación de libertad no tanto como medida protectora en sí misma (más allá de servir sin duda de facto, a la evitación de daño a terceros), sino como paso necesario para el sometimiento del paciente a aquellos tratamientos médicos necesarios para la contención y, de ser posible la curación, de su trastorno”. También, AAP Valencia 15 abril 2024 (ECLI:ES:APV:2024:571A), AAAP Alicante 23 mayo 2022 (ECLI:ES:APA:2022:447A) y 19 enero 2024 (ECLI:ES:APA:2024:368A) entre otros. Aunque en *obiter dicta*, la STS 26 enero 2016 (ECLI:ES:TS:2016:95) sostuvo que “la autorización de internamiento no voluntario por razón de trastorno psiquiátrico constituye una medida acordada fundamentalmente para la protección de la persona afectada que necesita recibir tratamiento psiquiátrico en régimen de internamiento para satisfacer su derecho a la salud y para protegerle, a ella y a las personas de su entorno, en un momento en que por los efectos del trastorno psiquiátrico no está en condiciones de decidir”. Añadía que se trata de “internamiento terapéutico con una vocación claramente temporal”.

15 De la misma opinión, DIEZ GARCÍA, H., “La protección de menores en conflicto social, con conductas disruptivas, inadaptadas o antisociales”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, 2010, p. 213.

De esta manera, además de la previa información que se debe suministrar al paciente menor maduro o mayor de dieciséis años (art. 10 LBAP 2002), los párrafos 3º y 4º del artículo 9 de la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente regulan el consentimiento de los menores de edad y establecen respectivamente que “se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del menor”, y “Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo”.

En el ámbito sanitario, la regla general es que el menor de edad maduro es el que debe ser informado y consentir cualquier tratamiento o intervención médica. Que esta parece ser la regla general se infiere de que la LBAP lo que recoge son excepciones al consentimiento del menor. Así cabría entenderlo dado que el art. 9.3º c) prevé que el consentimiento por representación (progenitores o tutor) se otorgará siempre que “el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”, por lo que siendo capaz en el sentido que el precepto señala, en principio, no cabe representación. No obstante, tratándose de un menor de edad maduro es general admitir que no solo se debe informar al menor y que sea él el que consienta, sino también a los progenitores, y en cumplimiento de su responsabilidad parental, intervenir velando por su superior interés, su integridad física y psíquica (lo que incluiría a la Entidad pública que asume la tutela del menor)¹⁶. Para los menores inmaduros, como señala el precepto “...el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del menor”.

Si el menor es mayor de dieciséis (o emancipado), el art. 9.4 LBAP establece que es él el que debe consentir y no cabe representación. No obstante, existen excepciones que el propio precepto advierte, menor con discapacidad o cuando “el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor” (art. 9.3 c), al que se remite el párrafo 4º del

16 Así, PARRA LUCÁN, M.A.: “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2003, p. 1901 y ss.

art. 9 LBAP), de forma que aun teniendo la edad para consentir, no obstante, su situación y circunstancias se lo impiden, siendo el representante legal del menor mayor de dieciséis el que lo “sustituya” en el consentimiento. En estos concretos casos, en función de si el menor con trastorno de conducta se encuentra tutelado o en situación de guarda, el consentimiento por representación o por sustitución será prestado por la Entidad pública o los progenitores.

Finalmente, el art. 9.4 LBAP prevé otra excepción y es que, a criterio el facultativo, deberá recabar el consentimiento del representante legal del menor “cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor”, aunque oído y tenida en cuenta la opinión del menor (art. 9.4 al final de la LBAP). El supuesto que este apartado contempla es complejo y plantea numerosas dudas. Así, en primer lugar, si el grave riesgo para la vida o salud del menor puede derivar de la actuación, intervención que se propone por el facultativo, dado que la expresión “cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor”, podría ser interpretada en este sentido, aunque, por otro lado, podría también comprenderse en el sentido de que las circunstancias en las que se halla el menor son de grave riesgo y es la actuación la necesaria, de forma que su omisión podría suponer un mayor riesgo para la vida o salud¹⁷. No obstante, cabe imaginar que si el menor se encuentra en una situación de grave riesgo es probable que sea difícil recabar su opinión. En segundo lugar, ¿cómo debe interpretarse que una vez oído el menor su opinión deba ser tenida en cuenta? Tener en cuenta podría indicar que habría que estar a lo que el menor sostiene, es él el que decide, pues, de otro modo, no se tendría en cuenta su opinión¹⁸. No habrá cuestión si menor y representante legal mantienen la misma opinión, pero podrá ser más compleja cuando las decisiones de uno y otro diverjan ¿quién decide entonces? La solución que se ha dado es la de acudir al juez y que sea éste el que resuelva¹⁹, pero en tal caso, sobreponiéndose su opción a la del propio menor o representante legal que han dado su opinión y son los que, conforme al precepto, deben consentir.

A un mismo tiempo, debe hacerse notar que el consentimiento informado tiene dos caras, la de la efectiva autorización al tratamiento y la de la negativa a su seguimiento o administración. El artículo 2 de la LBAP incluye esta segunda posibilidad, de forma que, una vez el menor ha sido informado, puede manifestar su voluntad contraria al tratamiento. El principio de autodeterminación sanitaria, cuyo

17 CADENAS OSUNA, D.: “El consentimiento informado y el rechazo a la intervención o tratamiento médico por el menor de edad tras la reforma de 2015: estudio comparado en el Common Law”, *Anuario de Derecho civil*, núm. 3, 2018, p. 817.

18 En el mismo sentido, GALÁN CORTÉS, J.C.: *Responsabilidad civil médica*, Civitas-Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 5, Recurso obtenido de Aranzadi Instituciones, BIB/2016/406. Afirma también que “algunos autores llegan a considerar que esta última previsión estaría pensada para los supuestos en los que el médico dude de la capacidad de un menor emancipado, o con edad comprendida entre los dieciséis y los dieciocho años, por lo que reconducen tal supuesto al previsto en el art. 9.3.a) de la Ley 41/2002”.

19 PARRA LUCÁN, M.A.: “La capacidad”, cit., p. 1913.

fundamento se encuentra en la dignidad de la persona, legitiman que ejerciendo su autonomía y libertad el menor decida. Esta doble posibilidad: consentimiento/negativa al tratamiento, se debe interpretar de acuerdo con lo ordenado en el art. 9.2 LBAP en lo relativo a los límites que respecto a la prestación del mismo se prevén²⁰. La legitimidad constitucional de una injerencia en la integridad física y moral (psíquica) del paciente parte pues de unos presupuestos esenciales que deben concurrir simultáneamente, a saber: riesgo para la salud pública (referido, por tanto, a las enfermedades transmisibles y altamente contagiosas), por un lado; y por otro, la gravedad de la situación, lo que implica que exista un peligro evidente para la vida o salud del paciente, la urgencia del tratamiento que lo hace imprescindible para reducir o aminorar los previsibles daños que pudieran generarse si no se adoptase, y, finalmente, la imposibilidad del paciente de poder prestar el consentimiento. En el primer supuesto, la concurrencia de un interés superior: la salud de la población se sobrepone al particular del paciente. En el segundo, la ausencia de voluntad, la imposibilidad de emitir el consentimiento unido a las concretas circunstancias de riesgo en las que se halla el menor. Además, que esta excepción de grave riesgo aluda no solo a la vida, sino también a la salud (se emplea la disyuntiva “o”), significaría que el ámbito en el que esta salvedad opera es bastante más amplio de lo que en principio cabría suponer, de forma que si la intervención o la falta de la misma pudiera provocar un “grave riesgo para la salud del menor” a criterio del facultativo, el consentimiento será prestado por el representante legal (para el menor maduro y el mayor de dieciséis).

Fuera de estos casos, si existe voluntad y consciencia, no se puede imponer un tratamiento de forma coactiva, dado que la voluntad contraria constituye también el derecho fundamental a la libre autodeterminación del paciente menor. Sin embargo, esta que podría ser la regla, es frecuente que se altere en función de otros criterios. La negativa del menor a seguir un tratamiento suele emplearse como argumento de su falta de madurez o, más frecuentemente, que la propia enfermedad mediatiza su voluntad y, por tanto, su rechazo a seguir las indicaciones médicas. En fin, en ocasiones se afirma que la autorización al internamiento en centro específico tiene como objetivo que “el menor tome conciencia de la enfermedad, se adhiera al tratamiento farmacológico y psicoterapéutico...” (AAP Barcelona 30 mayo 2017²¹).

20 Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la LO 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas; y cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él. En ambos supuestos, el facultativo no está obligado a obtener el consentimiento ni del paciente, ni de los representantes legales, aunque lo habitual, sobre todo en el segundo caso, es informar a las personas vinculadas con aquél.

21 AAP Barcelona 30 mayo 2017 (ECLI:ES:APB:2017:10579A).

2. Las dudas acerca de las razones que justifican un régimen diferente entre menores con problemas de conducta y menores con trastornos psíquicos.

Ya se ha hecho alusión al diferente procedimiento que la LEC prevé para menores con problemas de conducta (art. 778 bis LEC) y menores con trastornos mentales (art. 763.2 LEC), excluyéndose expresamente a estos últimos del régimen jurídico de los arts. 25 a 35 LOPJM²². Sin embargo, La Organización Mundial de la Salud sostiene que la salud mental de los menores engloba no solo aquellas enfermedades psíquicas consideradas más graves, sino también los trastornos conductuales. De igual forma, el DSM-5 de la Asociación Americana de Psiquiatría los incluye entre los problemas mentales²³. Esto puede ser indicativo de que probablemente los recursos sanitarios, y de forma más concreta los de salud mental infanto-juvenil, sean los adecuados cuando el trastorno de conducta constituye o está directamente vinculado a una enfermedad mental (lo que no significa que deban excluirse otros recursos que acompañen al concreto tratamiento médico)²⁴.

22 Según GALÁN RODRÍGUEZ, A.: “Recursos residenciales para menores seriamente disruptivos: aportaciones técnicas a un debate social e institucional”, *Papeles del psicólogo*, vol. 34, 2013, p. 26, “De alguna manera, pareciera que se hace una diferenciación no explicitada entre “auténtica enfermedad mental” y “trastorno de conducta”, reservando aquella para cuadros de mayor gravedad (la “patología pesada” que configura el bagaje más tradicional de la clínica psiquiátrica)”. En el mismo sentido, COLÁS TUREGANO, M.A.: “Centros de internamiento”, cit., p. 93, afirma que “Esta expresa exclusión quizás plantea mayores dudas de delimitación del ámbito aplicativo, puesto que, como ha destacado la literatura especializada, los problemas o trastornos de conducta fundamento objetivo para el ingreso en estos centros también vienen siendo calificados por la psiquiatría infantil como enfermedad o trastorno mental”.

23 *Guía de Consulta de los criterios diagnósticos del DSM-5*, American Psychiatric Publishing, Arlington, VA, Asociación Americana de Psiquiatría, 2013, con traducción del Dr. Ricardo Restrepo, p. 243 y ss. El DSM-5 define el trastorno mental como “síndrome caracterizado por una alteración clínicamente significativa del estado cognitivo, la regulación emocional o el comportamiento de un individuo, que refleja una disfunción de los procesos psicológicos, biológicos o del desarrollo que subyacen en su función mental”. Según el DSM-5, “habitualmente se dice que el trastorno provoca un malestar clínicamente significativo o un deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad del individuo. El texto obtenido tras la definición revisada del trastorno mental destaca que este criterio puede ser especialmente útil para determinar la necesidad de tratamiento de un paciente”. Advierte también que “aunque los criterios de diagnóstico y el texto del DSM-5 se han pensado fundamentalmente para ayudar al clínico a realizar una evaluación clínica, una formulación del caso y un plan de tratamiento, el DSM-5 también se utiliza como referencia en los juzgados, tribunales y por los abogados para evaluar las consecuencias forenses de los trastornos mentales. En consecuencia, es importante observar que la definición de trastorno mental que contiene el DSM-5 se redactó para satisfacer las necesidades de los clínicos, los profesionales de la salud pública y los investigadores, antes que para las necesidades técnicas de los juzgados y los profesionales que prestan servicios legales. Cuando se usan adecuadamente, la información sobre el diagnóstico y el procedimiento para obtenerlo pueden ayudar a los profesionales de la ley a tomar decisiones. Por ejemplo, cuando es fundamental confirmar la presencia de un trastorno mental para cualquier determinación legal posterior (p. ej. confinamiento civil involuntario)”.

24 En este sentido ya se pronunció, DIEZ GARCÍA, H.: “La protección”, cit., p. 211, cuando afirmaba que “desde el punto de vista estrictamente psiquiátrico, existen enfermedades que, en mayor o menor intensidad, provocan anomalías del comportamiento social o conductas disociales o antisociales. Por eso mismo, el menor debiera ser tratado como enfermo afectado por un trastorno psíquico y psicológico; lo cual únicamente habría de dar lugar a la adopción de las medidas terapéuticas adecuadas, específicas y disponibles en la red sanitaria pública, de acuerdo con el art. 20 de la Ley General de Sanidad, Ley 14/1986, de 25 de abril; los arts. 12.2.h) y 13.2.g) de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud... Por tanto, habría de ser atendido en los centros o unidades específicas de atención primaria y especializada y, llegado el caso en que fuera necesario su internamiento, por razón de su peligrosidad, en un centro psiquiátrico especial; en cuya hipótesis, se aplicaría el art. 763 LEC”.

Esta realidad demuestra que existe una línea difusa entre trastorno conductual y mental, lo que en algunos casos provoca que puedan confundirse. Moviéndonos en contornos imprecisos, el menor puede verse abocado a un internamiento inadecuado a sus verdaderas necesidades, desencadenando un efecto contrario al pretendido²⁵. Si de los informes de los facultativos y del historial clínico se extrae que el menor lo que padece es una enfermedad mental que precisa de tratamiento médico sin internamiento, resulta coherente denegar la autorización solicitada por la Entidad pública para el ingreso en centro específico (es el supuesto del AAP Barcelona 22 diciembre 2020²⁶, en el que la Audiencia reitera la negativa del juzgado de primera instancia).

También, el AAP Málaga 12 abril 2023²⁷, muestra las dudas que en determinados casos surge en relación con el trastorno padecido por el menor. En el supuesto resuelto por el Auto se solicitaba por el Ministerio Fiscal la tutela o guarda judicial del menor por la Entidad pública, debido a la incapacidad de los progenitores de controlar su comportamiento. Se instaba a que fuese ingresado en un centro apropiado a sus necesidades. La Entidad pública se opone a dicha medida solicitando la revocación de la atribución de la guarda al considerar que no existe situación de desamparo (se habían dictado varias resoluciones administrativas que no habían sido recurridas ni por los progenitores ni por el Ministerio Fiscal) y que faltan los presupuestos legales para la guarda judicial del art. 172 bis CC. Añade que dadas las especiales circunstancias del menor, se está infringiendo el art. 26.2 LOPJM (existen diversos informes de ingreso y alta en la unidad de hospitalización de los servicios de salud mental infanto-juvenil). Sin embargo, la Audiencia considera que el menor no padece una enfermedad mental, sino un “retraso madurativo, dificultades cognitivas y un padecimiento de características disociales, teniendo reconocida una discapacidad administrativa del 82%, que no psíquica, y un grado de dependencia II”, motivo por el que a diferencia de lo que sostiene la Entidad pública, la Audiencia estima que debe proceder su ingreso residencial en centro específico y la guarda judicial por parte de la Entidad pública.

De igual forma, en el AAP Cantabria 11 octubre 2022²⁸ en el que se confirma el internamiento de la menor en un centro específico, se constataba que padecía una patología (aunque no se hace mención a la concreta enfermedad sufrida),

25 En el Informe de 2009, el Defensor del Pueblo sostenía que “Las consecuencias de esta ausencia de una planificación integral en el ámbito de la atención a menores con problemas de conducta y en situación de dificultad social son lamentables: niños que padecen graves trastornos y no están diagnosticados o tienen un diagnóstico inapropiado... otra consecuencia indirecta de toda esa deficiente gestión, como no podía ser de otra manera, es que hay menores que están siendo atendidos en recursos que no son los más adecuados para ellos. Y conviene recalcar que la elección del centro no es ni mucho menos indemne para el tratamiento del menor, ya que condiciona en gran medida el éxito o fracaso del acogimiento”.

26 AAP Barcelona 22 diciembre 2020 (ECLI:ES:APB:2020:10610A).

27 AAP Málaga 12 abril 2023 (ECLI:ES:APMA:2023:1515A).

28 AAP Cantabria 11 octubre 2022 (ECLI:ES:APS:2022:928A).

sosteniendo que la menor acudía de forma regular a revisión psiquiátrica aumentándole “la dosis de Intuvim 3 mg, por persistencia de dificultades en el control de la impulsividad... No podemos tampoco aceptar que la menor no haya sido tratada de su enfermedad diagnosticada... pues constan en el procedimiento los informes psiquiátricos de la Unidad de Salud Mental Infanto-Juvenil donde se le trata desde el año 2017, a cuyo centro acude a revisión cada mes y medio, y recibe la visita del psicólogo del centro semanalmente”. En el Auto se afirma también que “sin perjuicio del tratamiento farmacológico y psicológico prescrito, el Centro de Socialización no es un centro de tratamiento de un trastorno de naturaleza psiquiátrica, pues su objetivo esencial radica en proporcionar un recurso asistencial de tipo educativo, con el fin de dotarle de un marco adecuado para su educación y para la normalización de su conducta disocial y disruptiva recurrente que le impide una normal convivencia y respeto a las normas sociales y que, como expresó la médico forense en el acto de la vista, debe distinguirse de su padecimiento psiquiátrico”. En el supuesto, la afirmación de que el padecimiento psiquiátrico debe distinguirse de la finalidad socioeducativa del centro específico (añadiendo a ese importante dato la existencia de informes de la Unidad de Salud mental infanto-juvenil, así como el seguimiento de un tratamiento farmacológico), pone en evidencia la dificultad de diferenciar los trastornos mentales que pueden llevar aparejados comportamientos disruptivos de los problemas conductuales desvinculados de aquellos, y ya sabemos que en uno u otro caso la solución varía.

Como enfermedad mental se trata en el supuesto resuelto por el AAP Sevilla 27 junio 2018²⁹, en el que se solicita por la madre internamiento involuntario por razones psíquicas de su hijo menor vía art. 763.2 LEC. Tras la exploración del menor, el médico forense sostiene en su informe que este padece “Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad (TDAH) del que se encuentra en seguimiento psiquiátrico por la USMI del Hospital de esta ciudad y que en momentos de estrés o intensa carga emocional puede presentar crisis de agresividad e hiperactividad con importantes trastornos de conducta, así como conciencia parcial de la enfermedad, siendo necesario su control y seguimiento por parte de su unidad de Salud Mental para asegurar el cumplimiento del tratamiento”. Tanto el juzgado de primera instancia como la Audiencia deniegan la solicitud de internamiento, pues siendo imprescindible en este procedimiento la ausencia de voluntad, que “no pueda decidirlo por sí”, en ambas instancias se constata que el menor “al ser examinado se encontraba consciente y orientado en tiempo, espacio y persona, con conversación lógica y sin que se apreciaran alteraciones de pensamiento, memoria, inteligencia y juicio, manteniendo un discurso coherente y lógico con un grado de atención adecuado para responder a las preguntas que se le formulaban”. Como antes se advertía, si a pesar de los padecimiento psíquicos existe una

29 AAP Sevilla 27 junio 2018 (ECLI:ES:APSE:2018:1660A).

voluntad consciente, el recurso al internamiento involuntario no procede, ya que como se sigue afirmando en el Auto: “así las cosas, según el art. 17 de nuestra CE nadie puede ser privado de su libertad sino con observancia de lo dispuesto en dicho precepto, y en los casos y forma legalmente previstos, considerándose por el TC que está incluida en dicho precepto la privación de libertad de sujetos afectados por algún padecimiento físico o psíquico, de acuerdo con el art. 51 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, que nuestro país ratificó el 25 de Septiembre de 1979, sin que en el caso de autos y en el momento actual concurren los requisitos necesarios o circunstancias precisas para la autorización del internamiento involuntario del menor de referencia desde la óptica y necesidad de la garantía judicial”.

También, en el AAP Valencia 29 marzo 2023³⁰, ante la negativa del juzgado de primera instancia de ratificar la continuación del internamiento de la menor por no concurrir los presupuestos del art. 778 bis LEC (la menor sigue sujeta a la patria potestad de los progenitores no habiéndose solicitado la guarda de la Entidad pública), el Ministerio Fiscal recurre el Auto aduciendo que la solicitud de internamiento en un centro adecuado para su tratamiento médico es consecuencia del trastorno psíquico que padece, consistente en trastorno depresivo con ideación autolítica y trastorno de conducta, formulándose por la vía del art. 763.2 LEC y no por la del 778 bis LEC. Afirma el Ministerio Fiscal que debe continuar el internamiento en centro adecuado, pues concurren los requisitos del art. 763 LEC “al tratarse de una menor de edad que no puede decidirlo por sí”. Según la Audiencia “la Sala considera que debe estimarse el recurso de apelación interesado por el Ministerio Público, al tratarse del internamiento de la menor referida que padece el trastorno de salud mental constatado por el médico forense, revocándose el auto, ya que no se trata del supuesto de menor sujeto a tutela o guarda de la entidad pública del art 778 bis LEC, encontrándonos en el supuesto del art 763 LEC, no estando la menor en condiciones de tomar la decisión de decidir por sí misma por razón de su trastorno psíquico, siendo necesario por dichos padecimientos su internamiento y, por ello, se estima el recurso, acordándose revocar el auto, a fin de continuar la tramitación acordada en providencia, de acuerdo con el art 763 LEC, respecto del internamiento involuntario por razón de su trastorno psíquico que le impide decidir por sí misma”.

En el Auto llama la atención que lo que se destaque sea no tanto los problemas padecidos por la menor, sino el hecho de que no se halle bajo la tutela o guarda de la Entidad Pública, lo que sugiere que la falta de legitimación de los progenitores para solicitar el ingreso en centro específico por no haber instado la guarda voluntaria de la Entidad pública los aboca, en algunos casos, a seguir

30 AAP Valencia 29 marzo 2023 (ECLI:ES:APV:2023:161A).

el cauce del art. 763.2 de la LEC³¹. Y es que como sostuvo el AAP Ourense 29 julio 2022³² “el artículo 778 bis no contempla la iniciativa paterna. Ello es debido a que el perfil de los menores destinatarios de estas medidas es el de un menor que se encuentre en situación de guarda o tutela de la Entidad Pública, que esté diagnosticado con problemas de conducta y que presente conductas disruptivas o disociales recurrentes, transgresoras de las normas sociales y los derechos de terceros. Probablemente por tratarse de una medida extrema y de último recurso y dadas las características de estos centros, se ha querido reservar a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal la legitimación para solicitar la autorización judicial para el ingreso del menor en los mismos. Los padres no pueden solicitar el ingreso de sus hijos en este tipo de centros. Los padres únicamente pueden recabar el auxilio de la administración, delegando, incluso, la guarda voluntaria de sus hijos a la Entidad Pública, cuando los problemas conductuales de sus hijos resultan de difícil manejo. Es la Entidad Pública quien, ante el fracaso de otras medidas, podrá solicitar el ingreso del menor en un centro específico para menores con problemas de conducta, lo que constituye una excepción y ha de tener como objetivo primordial el superior interés del menor y la integración social del menor tan pronto como sea posible... El centro en el que la madre solicitaba inicialmente el ingreso del menor era en un centro público específico de conducta, finalmente se le ingresó en un centro privado ubicado en Tarragona, del que no constan sus características, salvo que el internamiento se hace en régimen semiabierto, lo que ya sugiere la existencia de restricciones a los derechos del menor consagrados en los Convenios Internacionales suscritos por España, en la Constitución Española y en la LOPJM por lo que su autorización ha de ser concedida con las garantías legales que hemos indicado”³³. Como se desprende del contenido del Auto, la madre había solicitado el ingreso de su hijo en un centro de protección específico debido a su conducta disruptiva, la vía inicial fue la del 763.2 LEC, aunque

31 Como sostiene GALÁN RODRÍGUEZ, A.: “Recursos residenciales”, cit., p. 27 y 28, el recurso a las entidades públicas de protección por parte de los progenitores, a pesar de que dichos servicios fueron creados para atender a menores abandonados o en situación de riesgo, “conlleva una descalificación legal de los progenitores”.

32 AAP Ourense 29 julio 2022 (ECLI:ES:APOU:2022:156A).

33 En el Auto se añadía que “En el caso que nos ocupa, el Juzgado ha prescindido de estas garantías; no se ha recabado el dictamen de un facultativo designado por el Juzgado (inicialmente se solicitó informe del IMELGA y posteriormente se anuló la petición) y no se ha recabado informe de la entidad pública y de los servicios de asistencia al menor; Se prescinde de cualquier control periódico del internamiento y, finalmente, se prescinde de las normas sobre competencia ya que el Juzgado carece de competencia para autorizar el internamiento en un centro de Tarragona; la competencia corresponde al juez del lugar en que se ubica el centro, precisamente para garantizar el control periódico del internamiento”. Las dificultades a las que se enfrentan los progenitores, aun ejerciendo su responsabilidad parental de forma exquisita, se patentizaba en el Informe del Defensor del Pueblo de 2009, p. 6: “Ante la imposibilidad de hallar asimismo un recurso intermedio de salud mental en el que atender al menor en régimen ambulatorio, hay ocasiones en las que los padres llegan a solicitar a la Administración que se haga cargo de esos niños cuyas conductas son incapaces de controlar, aún a riesgo de perder la tutela sobre ellos”. Sobre la falta de legitimación de los progenitores para instar el internamiento en centro específico y el debate que genera puede consultarse, GARCÍA PÉREZ, C.L.: “Algunas cuestiones que plantea el Capítulo IV de la Ley orgánica de protección jurídica del menor sobre acogimiento residencial de menores con problemas de conducta”, *Aranzadi civil-mercantil, Revista doctrinal*, núm. 2, 2018, p. 27 y ss.

posteriormente, a raíz de un nuevo escrito presentado por la madre, se inicia un procedimiento de jurisdicción voluntaria por discrepancias en el ejercicio de la patria potestad (el padre se oponía al ingreso en un centro educacional específico), acumulándose ambos expedientes. El menor era contrario a su internamiento, pero el juez de primera instancia, tras una exploración del menor, autoriza a la madre “para el ingreso del menor en un centro educativo especial para menores con problemas de conducta en régimen semiabierto, sin necesidad de contar con el consentimiento del padre”, decisión que fue revocada por la Audiencia.

El debate acerca de la catalogación de los trastornos de conducta en menores como enfermedad mental no está cerrado³⁴, motivo por el que a un mismo tiempo plantea si es compatible un internamiento en centro específico con un internamiento involuntario del art. 763.2 LEC, dado que, tal y como están regulados, el presupuesto sustantivo al que se vincula uno u otro: trastorno de conducta/trastorno psíquico, podría, en principio, dar lugar a que se adoptasen ambos si resulta que el menor que se encuentra en un centro específico, sufre un trastorno o brote psíquico que haga precisa su hospitalización en centro adecuado a ese concreto padecimiento.

III. ¿INGRESO O INTERNAMIENTO OBLIGATORIO? ¿PUEDE EL MENOR DE EDAD NEGARSE?

I. La ausencia en la regulación de la necesidad de recabar el consentimiento del menor en el internamiento ordinario e internamiento urgente.

La LOPJM lo denomina “acogimiento residencial en centros de protección específicos”, aunque como se infiere de su regulación puede calificarse de internamiento obligatorio, dado que no tiene en cuenta la voluntad del menor. A los internamientos obligatorios se refiere el art. 9.2 de la Ley Básica de Autonomía del paciente de 2002, advirtiendo que “los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad

34 Sostiene GALÁN RODRÍGUEZ, A.: “Recursos residenciales”, cit., p. 25 y 26, que “ Uno de los elementos más polémicos en este sentido es el papel que deben jugar los conceptos de “trastorno mental” y “trastorno de conducta” en la definición del recurso y en los criterios de ingreso. Su presencia es innegable, pero lo que inicialmente parece una buena opción (recorrir a diagnósticos clínicos), nos introduce en un terreno fangoso. Las clasificaciones de trastornos mentales ofrecen descripciones bien operativizadas de un perfil de menor que encaja bien en estos recursos (sobre todo el diagnóstico de trastorno disocial). Ahora bien, definir los recursos según estos criterios conlleva una serie de problemas. La mayoría de estos centros no son catalogados como dispositivos clínico-sanitarios, sino de protección a la infancia; por tanto, definir el perfil de residente a partir de diagnósticos clínicos lleva a plantearse la cuestión de por qué ese menor concreto no es atendido por la institución sanitaria”.

judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas⁷⁰, se limita pues al supuesto de enfermedades contagiosas que puedan afectar a la población, al remitirse expresamente a la LO 3/1983, de forma que el internamiento "obligatorio" al que el precepto se refiere, y por ello también su tratamiento forzoso, se circunscribe a evitar la transmisión de dichas enfermedades sin que los facultativos se hallen obligados a recabar el consentimiento al internamiento y al tratamiento terapéutico de aquellas.

De obligatorio podría también calificarse el previsto en el art. 763.2 LEC en conexión con lo dispuesto en el art. 9.2 b) LBAP y en el que, de igual modo, se excepciona la necesidad de recabar el consentimiento informado cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización³⁵, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él. Los presupuestos sobre los que se asientan ambos preceptos parten de las mismas premisas: la existencia de un riesgo, es decir, la idea de necesidad y urgencia que pueda afectar a la integridad psíquica (también física) del paciente; la gravedad de la situación; y, finalmente, la imposibilidad de consentir.

A diferencia de estos supuestos, en el ingreso en centro específico el menor puede no tener alterada su capacidad para comprender y entender, por lo que surge la duda de si podría negarse a la adopción de esta medida. Ya se ha afirmado que en las disposiciones que lo regulan no se hace mención ni al posible consentimiento del menor (cuando puede hacerlo) como tampoco a que no pueda decidirlo por sí (cuando por las circunstancias en las que se halle le impiden expresar su voluntad).

Nótese que presupuesto del ingreso en centro específico, además de la existencia diagnosticada de un trastorno de conducta grave y del cumplimiento de todos los requisitos procedimentales mencionados (y presumiendo que se han agotado previamente cualesquiera otras opciones distintas del internamiento), la Entidad Pública legitimada para instar esta medida debe ostentar la tutela o guarda del menor como establece el art. 25.1 LOPJM, de forma que los progenitores (también tutores distintos de la Entidad pública) deben solicitar la guarda voluntaria (art. 19 LOPJM y 172 bis CC) cuando no puedan cuidar de un menor por circunstancias graves y transitorias o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda. La función de la Entidad pública varía pues dependiendo de si se trata de una tutela, guarda administrativa o guarda voluntaria, el contenido es diverso: de contenido más amplio en la tutela (se suspende la patria potestad), más reducido en la guarda administrativa y en la voluntaria. En el primer caso, es la Entidad pública la que asume la función de decidir sobre aspectos personales

35 AAP Valencia 29 marzo 2023 (ECLI:ES:APV:2023:161A).

que puedan afectar al menor³⁶; en la guarda los progenitores siguen ostentando su responsabilidad y capacidad decisoria en todos los ámbitos³⁷, pero más concretamente, en la voluntaria, los progenitores acuerdan con la Entidad pública “la forma en que dicha guarda va a ejercerse” (art. 172 bis CC), lo que sugiere que son los progenitores los que prestan su consentimiento a que la forma en que deba desempeñarse sea la de “acogimiento residencial en centro específico”.

La decisión inicial (distinta de la legitimación para solicitar la autorización del art. 778 bis LEC) del ingreso del menor con problemas de conducta en centro específico (la final compete al juez que lo autoriza, art. 778 bis LEC, aunque sustentada en los informes y exámenes del menor llevados a cabo por personal especializado), recae en la Entidad pública (también el Ministerio Fiscal cuando tenga conocimiento de las concretas circunstancias que afectan al menor) o en los progenitores que así lo acuerdan con esta última, y ya se ha hecho alusión a que en este procedimiento es imprescindible que el menor sea oído, pero no lo es que deba consentir su internamiento.

La negativa del menor a su ingreso (lo que suele ser frecuente), especialmente en el caso de mayores de dieciséis y fuera de los supuestos de ausencia de voluntad o imposibilidad de decidir, únicamente podría formularse por la vía que el mismo art. 778 bis, párrafo 5º LEC recoge, es decir, frente a la resolución que el Juzgado adopte en relación con la autorización o ratificación del ingreso podrá interponerse recurso de apelación por el menor afectado³⁸, aunque este recurso no tiene efecto suspensivo.

En el AAP Barcelona 23 enero 2025³⁹, es el propio menor de dieciséis años el que recurre su internamiento alegando vulneración del art. 17 CE al no concurrir los presupuestos del art. 778 bis LEC, por no existir proporcionalidad y necesidad de la medida, así como por falta de motivación del Auto. Añade que no ha sido informado suficientemente y que no se ha “respetado su opinión”, solicitando que se revoque la resolución y se deje sin efecto el internamiento

36 La tutela o guarda (incluso la voluntaria) por la Entidad pública le impone la prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal y que todas las medidas que adopte tengan carácter educativo (principios rectores de la actuación de los poderes públicos, art. 11.2 d) y e)).

37 En el mismo sentido, GARCÍA GARNICA, M. C.: “La guarda como medida de protección de menores y personas con discapacidad tras su reforma por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia”, *Anuario de Derecho civil*, núm. 4, 2017, p. 1389.

38 También están legitimados para recurrir el Auto que autorice el ingreso o lo ratifique, la Entidad pública, el Ministerio Fiscal, o los progenitores o tutores que sigan teniendo legitimación para oponerse a las resoluciones en materia de protección de menores. El art. 778 bis LEC no menciona al defensor judicial, pero es evidente que cuando la solicitud se lleva a cabo por la Entidad pública o el Ministerio Fiscal y el menor se opone a ello, existe un conflicto de interés que permite la designación de un defensor judicial, tal y como señala el art. 235.I CC, en relación con los arts. 27 y ss. LJV. Es el supuesto del AAP Lleida 27 septiembre 2021 (ECLI:ES:APL:2021:483A).

39 AAP Barcelona 23 enero 2025 (ECLI:ES:APB:2025:26A).

en centro específico. El Ministerio Fiscal se opone al recurso. En el origen del internamiento se encuentra la solicitud de la madre de la guarda voluntaria debido a la imposibilidad de reconducir los comportamientos disruptivos del menor a consecuencia del consumo de drogas⁴⁰. En la resolución del recurso, la Audiencia, además de relatar una serie de hechos que constatan los problemas del menor, sostiene que se cumplen los presupuestos que exige el art. 778 bis LEC, por lo que no existe vulneración del art. 17 CE. El Auto confirma la necesidad del internamiento, aunque no hace referencia a la negativa del menor a ser internado y si en este ámbito tendría o no alguna consecuencia.

En fin, puede afirmarse entonces que la ausencia de mención al posible rechazo del menor a la adopción de esta medida convierte este internamiento en “obligatorio” o “forzoso”, no es “involuntario”, porque en buena parte de los supuestos el menor conserva intacta su voluntad de decidir, pero como en líneas previas se anticipó, el principio de su “superior interés” determina que sea adoptada aun en contra de sus deseos⁴¹.

Finalmente, si cualquier tipo de internamiento se considera el último recurso al que acudir cuando los restantes se han mostrado insuficientes, llama la atención que el art. 778 bis LEC contenga la misma previsión que recoge el art. 763 LEC, es decir, que junto al internamiento ordinario, el que sigue las pautas previas de autorización judicial cumpliéndose con los presupuestos sustantivos y procedimentales exigidos, se recoja un internamiento en centro específico con carácter urgente, en el que el juez puede o no ratificar una medida previamente adoptada⁴². Si el internamiento en centro específico tiene como presupuesto previo la existencia de una tutela o guarda de la Entidad pública, el calificado como urgente implica que el tutor o guardador debe conocer las concretas circunstancias que afectan al menor, su trayectoria, lo que implica que el comportamiento disruptivo no suele aparecer de forma sorpresiva, sino que las actitudes indisciplinadas son algo recurrente. Esta persistencia en el tiempo es lo que, como puede deducirse de la regulación, desembocan en la medida de internamiento, por tanto, como un internamiento ordinario. Un brote súbito de conducta disruptiva, en principio, no debería abocar al internamiento, pues recuérdese es el último recurso. Solo un trastorno conductual previamente diagnosticado y con comportamientos disruptivos reiterados que hagan imposible la continuación del menor en la vivienda o centro en el que reside podrían motivar su internamiento. La urgencia, por tanto, se ve muy limitada, y probablemente se acota a los supuestos en el que el menor se

40 El art. 17.2 k) LOPJM considera indicadores de situación de riesgo en el que es posible la actuación de las Administraciones públicas: “El consumo habitual de drogas tóxicas o bebidas alcohólicas por las personas menores de edad”.

41 Así parece confirmarlo la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2016, p. 22 “la necesidad de autorización judicial es independiente de que el menor consienta o no el ingreso”.

42 En el mismo sentido, COLÁS TURÉGANO, M.A.: “Centros de internamiento”, cit., p. 115.

encuentre en acogimiento familiar; aunque incluso en este caso, la supervisión y control que debe ejercer la Entidad pública debiera haberle hecho conocedora de las concretas circunstancias en las que se encuentra el menor.

Y aun podría surgir otro obstáculo, la ausencia de una previa guarda del menor. En algunos Autos se ha puesto de relieve como los progenitores acuden a la vía del art. 763.2 LEC para intentar internar involuntariamente a sus hijos menores que padeciendo un trastorno de conducta (asociado o no a enfermedad mental), requieran de un tratamiento médico que contenga su comportamiento. En tal caso, se plantea si es posible que a la solicitud por el Ministerio Fiscal del internamiento en centro específico se acompañe la de la guarda judicial que deba asumir la Entidad pública⁴³. Téngase en cuenta que la denominada guarda por mandato judicial del 172 bis. 2 CC procederá cuando sea acordada por el juez en los casos que legalmente proceda, así, por ejemplo, cuando conste la existencia de circunstancias graves, aunque transitorias, que impidan a los progenitores (o tutor diferente de la Entidad pública) ejercer su función. Se suma a lo dicho que el art. 158.6 CC permite al juez adoptar, dentro de cualquier tipo de procedimiento, las medidas precisas para evitar o paliar posibles perjuicios al menor. No obstante, la diferente competencia judicial en uno u otro caso podría ser un obstáculo, salvo que exista coincidencia entre el lugar en que se encuentre el centro y la residencia habitual del menor del que se solicita la guarda, o que se entienda que el mismo juez competente para autorizar un internamiento (el juez de primera instancia en el que radique el centro) acordase la guarda judicial de la Entidad pública que asume las funciones en la misma demarcación en la que sea competente aquel. Y si de internamiento “obligatorio” debe calificarse en el supuesto del trámite ordinario, igual calificativo merece el urgente, pues en ningún caso del régimen jurídico se extrae que el menor pueda rechazar dicha medida, a salvo su derecho a recurrir el Auto que así lo autorice.

En fin, el incumplimiento de los presupuestos sustantivos y procedimentales que la ley establece como imprescindibles, podría dar lugar a la violación de derechos fundamentales del menor, la libertad (art. 17 CE), integridad física y moral (art. 15

43 Podría desprenderse así del contenido de la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2016, p. 43 y 44, “es posible que la necesidad del ingreso se detecte en el ámbito judicial en los casos en que la guarda se haya acordado directamente por el Juez, lo que permitiría una intervención al margen de la evaluación de la Entidad Pública. Si el Fiscal, en atención a las circunstancias existentes y a los informes psicosociales de que disponga, considera necesario y justificado el internamiento, deberá solicitarlo si la situación no permite demora... Debe subrayarse que todo ingreso en estos centros exige como presupuesto que el menor esté bajo medida de tutela o guarda de la Entidad Pública, por lo que si el menor no se encuentra bajo tales medidas, la única vía para que pueda acordarse el internamiento al margen de dicha Entidad Pública es la de que previa o simultáneamente se acuerde por el Juzgado la guarda del menor... Si bien el Juez no puede acordar de oficio el ingreso del menor en centro específico sino sólo a solicitud de la Entidad Pública o del Fiscal, sí que tiene la facultad de acordar la guarda en los casos en que legalmente proceda (arts. 19.I LOPJM y 172 bis nº 2 CC), posibilitando que el Ministerio Público decrete el ingreso de urgencia o promueva la autorización”.

CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)⁴⁴. La vulneración de los mencionados permite la interposición del recurso de amparo, pero aun antes, y referido al internamiento arbitrario que no responde a aquellos presupuestos, también a un procedimiento de habeas corpus si la persona afectada permanece internada más de 24 o 72 horas.

2. Una última cuestión: la específica situación del menor emancipado o con beneficio de mayor edad.

Probablemente se trate de un supuesto más hipotético que real, aunque el hecho de que la emancipación del menor de edad sea una institución regulada en nuestro ordenamiento, obliga a tenerla en cuenta también en este concreto ámbito. Para ello es preciso diferenciar si el trastorno de conducta que padece el menor se ha manifestado (y en su caso, diagnosticado) con anterioridad a la solicitud de emancipación o lo ha sido con posterioridad a su concesión. En el primer caso, si la emancipación se pretende otorgar por los progenitores con consentimiento del mayor de dieciséis años mediante escritura pública (art. 241 CC, y con ulterior inscripción para que tenga efectos frente a terceros, art. 242 CC), es el Notario el que debe evaluar las circunstancias concretas del menor que presta el consentimiento, es decir, si a su juicio, la voluntad del menor está correctamente formada, es consciente de la trascendencia de los efectos jurídicos que la emancipación conlleva (art. 167 RN). Si apreciase falta de capacidad en el menor, que su consentimiento no ha sido libremente prestado o que el otorgamiento de la escritura pudiera contravenir la ley, podría negarse a otorgarla. El Notario, por tanto, en su función de control de la legalidad no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización o intervención notarial cuando a su juicio, la autorización o intervención notarial suponga la infracción de una norma legal, o no se haya acreditado el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos, también cuando todos o alguno de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretendan (art. 145 RN). Si la emancipación se solicita en comparecencia ante el encargado de del Registro civil, es este el que debe valorar que el consentimiento del menor se presta adecuadamente (art. 13 LRC). En fin, siguiéndose el procedimiento que establecen los arts. 53 a 55 LJV, “el Juez, teniendo en cuenta la justificación ofrecida y valorando el interés del menor, resolverá concediendo o denegando la emancipación o el beneficio de mayoría de edad solicitados” (art. 55.2 LJV). En todos los casos, por tanto, se debe apreciar si el menor al que se pretende conceder la emancipación reúne las condiciones idóneas para ello, en caso contrario deberá denegarse. Tanto la ausencia de una voluntad correctamente formada, como el principio de su “superior interés” serían argumentos jurídicos

⁴⁴ Si bien se suele considerar que su violación es instrumental respecto del derecho a la libertad personal, STC 1 febrero 2016 (ECLI:ES:TC:2016:13).

suficientes para rechazar su concesión. Nótese, además, que el comportamiento disruptivo del menor no debe ser la causa que justifique su solicitud, sino que con mayor motivo, debe considerarse razón suficiente para denegarla (AAP Burgos 11 abril 2003⁴⁵), y que, en su caso, no se puede utilizar con una finalidad diferente a la que la institución realmente responde.

En el segundo supuesto se parte de la premisa de que, efectivamente, al que se pretende internar en un centro específico por trastorno de conducta resulta ser un menor emancipado. No obstante, hay que tener presente que la emancipación por vida independiente del mayor de dieciséis años puede ser revocada por los progenitores (art. 243 CC), lo que a estos efectos puede determinar la aplicación de la disciplina examinada, cuando el menor que se encuentre de hecho emancipado comienza a presentar un comportamiento disruptivo que hiciera precisa una medida de esta naturaleza. En tal caso, la revocación del consentimiento paterno a que el menor sea autónomo permitiría la solicitud de una guarda voluntaria de la Entidad pública y, a su vez, a que asumida por esta, se instase la autorización para su internamiento. Si los progenitores no ejerciesen de forma adecuada su responsabilidad parental, puede el Ministerio Fiscal o la Entidad pública que apreciase una situación de riesgo o desamparo, iniciar el expediente oportuno a efectos de constituir una tutela o guarda previa a la solicitud de internamiento en centro específico.

En los restantes supuestos, manifestado el trastorno de conducta con posterioridad a su concesión, la irrevocabilidad implica que una vez otorgada se habilite “al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor...”, (art. 247 CC). De su régimen jurídico se extrae que la regla general es que el emancipado es capaz y puede ejercer válidamente sus derechos, las restricciones a aquella son, por tanto, la excepción, y en lo que ahora nos interesa, la habilitación para regir su persona impediría que se estableciesen límites a su capacidad decisoria en la esfera personal, por lo que imposibilitaría que se acordase una medida de internamiento en centro específico en contra de su voluntad.

Sin embargo, si como hemos advertido en líneas anteriores, el trastorno de conducta puede ser consecuencia o encontrarse vinculado a un trastorno psíquico, el cauce en situaciones extremas será el previsto en el art. 763 LEC.

45 AAP Burgos 11 abril 2003 (ECLI:ES:APBU:2003:215A).

BIBLIOGRAFÍA

CADENAS OSUNA, D.: "El consentimiento informado y el rechazo a la intervención o tratamiento médico por el menor de edad tras la reforma de 2015: estudio comparado en el Common Law", *Anuario de Derecho civil*, núm. 3, 2018, p. 789-853.

COLÁS TURÉGANO, M.A.: "Centros de internamiento para menores con problemas de conducta: ¿Medida de seguridad predelictual o medida de protección para la infancia en dificultad social?," *Revista de Derecho penal y criminología*, núm. 29, 2023, p. 67-135.

DÍEZ GARCÍA, H.: "La protección de menores en conflicto social, con conductas disruptivas, inadaptadas o antisociales", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, 2010, p. 197-289.

GALÁN CORTÉS, J.C.: *Responsabilidad civil médica*, Civitas-Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 5, Recurso obtenido de Aranzadi Instituciones, BIB/2016/406.

GALÁN RODRÍGUEZ, A.: "Recursos residenciales para menores seriamente disruptivos: aportaciones técnicas a un debate social e institucional", *Papeles del psicólogo*, vol. 34, 2013, p. 23-31.

GARCÍA GARNICA, M. C.: "La guarda como medida de protección de menores y personas con discapacidad tras su reforma por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia", *Anuario de Derecho civil*, núm. 4, 2017, p. 1375-1421.

GARCÍA PÉREZ, C.L.: "Algunas cuestiones que plantea el Capítulo IV de la Ley orgánica de protección jurídica del menor sobre acogimiento residencial de menores con problemas de conducta", *Aranzadi civil-mercantil, Revista doctrinal*, núm. 2, 2018, p. 27-52.

GARCÍA PÉREZ, C.L.: "Menores con problemas de conducta y derechos fundamentales", *Victimología y menores: un enfoque transversal* (coord. AGUILAR CÁRCELES), Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 45-86.

PARRA LUCÁN, M.A., "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2003, p. 1901-1930.



DISCAPACIDAD MENTAL E INTELECTUAL, AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y ACCESO A LA JUSTICIA*

MENTAL AND INTELLECTUAL DISABILITIES, AUTONOMY OF WILL AND ACCESS TO JUSTICE

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 78-111

* La presente obra se enmarca en el Proyecto de investigación "Impacto social de la tutela civil de las personas con discapacidad" (PID2023-151835OB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España, del que son Investigadores principales los Profesores José Ramón de Verda y Beamonte y Pedro Chaparro Matamoros; así como en el Proyecto de Investigación "Criterios interpretativos de la reforma del Código Civil en materia de discapacidad (REFDIS)" CIAICO/2023/024 financiado por la Conselleria de Educación, Universidades y Empleo de la Generalidad Valenciana, del que son Investigadores principales los profesores José Ramón de Verda y Beamonte y María José Reyes López.



Pilar María
ESTELLÉS
PERALTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de marzo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

RESUMEN: La Convención de Nueva York de 2006 contempla los diversos tipos de discapacidad que pueden aquejar a una persona: física, sensorial, mental e intelectual, por más que el conjunto de la ciudadanía y los operadores jurídicos no siempre distinguen entre discapacidad mental e intelectual y sus posibles causas, consecuencias y efectos. Por otra parte, la Ley 8/2021, recoge y plasma los principios que proclama la Convención en favor de las personas con discapacidad, destacando entre ellos, el principio de autonomía que acentúa el protagonismo de la persona en su propio proceso de decisiones y el principio de subsidiariedad, que consiste en no admitir ninguna forma de apoyo judicial cuando la persona haya adoptado las medidas y decisiones necesarias para ordenar su propio apoyo. En todo caso, las medidas adoptadas por el juez en el procedimiento de provisión de apoyos, que serán excepcionales, tienen que ser proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, han de respetar la máxima autonomía de ésta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atender en todo caso, a su voluntad, deseos y preferencias. Así pues, y sin perjuicio de ajustar el alcance de la medida de apoyo para respetar al máximo la autonomía de la persona con discapacidad, se analiza si en aras de su interés superior, puede acordarse la medida de apoyo aun en contra de la voluntad del interesado -cuándo y cómo- y si ello interfiere en su interés y en su derecho de acceso a la justicia en igualdad de condiciones que las demás personas.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad mental; discapacidad intelectual; autonomía; voluntad; medidas de apoyo; ajustes; interés superior; acceso a la justicia; tutela judicial efectiva.

ABSTRACT: The 2006 New York Convention on Persons with Disabilities contemplates the various types of disabilities that can affect a person: physical, sensory, mental, and intellectual, although citizens and legal practitioners do not always distinguish between mental and intellectual disabilities and their possible causes, consequences, and effects. Furthermore, Law 8/2021 incorporates and embodies the principles proclaimed by the Convention in favor of persons with disabilities, highlighting among them the principle of autonomy, which accentuates the person's leading role in their own decision-making process, and the principle of subsidiarity, which consists of not admitting any form of judicial support when the person has adopted the necessary measures and decisions to order their own support. In any case, the measures adopted by the judge in the procedure for providing support, which will be exceptional, must be proportionate to the needs of the person who requires it, must respect their maximum autonomy in the exercise of their legal capacity, and must always take into account their will, wishes, and preferences. Thus, and without prejudice to adjusting the scope of the support measure to respect the autonomy of the disabled person as much as possible, an analysis is made of whether, in the interests of their best interests, the support measure can be agreed upon even against the will of the interested party—when and how—and whether this interferes with their interest and their right to access to justice on an equal footing with other people.

KEY WORDS: *Mental disability; intellectual disability; autonomy; will; support measures; adjustments; best interests; access to justice; effective judicial protection.*

SUMARIO.- I. CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD EN LA CONVENCIÓN Y EN LA REGULACIÓN ESPAÑOLA.- II. ESPECIAL COMPRENSIÓN DE LA DISCAPACIDAD MENTAL Y LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL.- III. EL CAMBIO DE PARADIGMA.- IV. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y APOYOS.- I. Medidas de apoyo contra la voluntad del afectado por discapacidad.- A) *Interés superior “versus” la voluntad de la persona con discapacidad.*- B) *Tener en cuenta no significa satisfacer la voluntad del interesado con discapacidad.* V. EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EL COMPORTAMIENTO QUERULANTE.- I. El derecho de acceso a la justicia.- A) *La protección de la discapacidad.*- B) *La protección de la vulnerabilidad.*- 2. El comportamiento querulante.- 3. El comportamiento querulante: posicionamiento jurisprudencial.

I. CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD EN LA CONVENCIÓN Y EN LA REGULACIÓN ESPAÑOLA.

Como tantos otros, el concepto de discapacidad es un concepto jurídico indeterminado. Previa a la definición dada por la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (en adelante la Convención), aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas¹, en nuestro ordenamiento jurídico, se acuñó la expresión *persona con discapacidad* en la ya derogada Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (en adelante Ley 51/2003), en su art. 1.2, si bien el art. 4.1 del RDL 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 (en adelante LGDPD), define a las personas con discapacidad al igual que lo hacía aquel art. 1.2 Ley 51/2003, como “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”. Asimismo, en su art. 2.a) se define la discapacidad como “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”.

¹ Previamente cabe mencionar la sensibilización de los Estados mediante algunos instrumentos y declaraciones para la mejora de la situación jurídica y social de las personas con discapacidad como (utilizando la terminología de aquellos tiempos) la Declaración de los Derechos de las Personas Mentalmente Retardadas de 1971; la Declaración de los Derechos de las Personas Discapacitadas de 1975; la Declaración por la Asamblea General de las Naciones Unidas del año 1981 como “Año internacional de las Personas Discapacitadas”; o la aprobación en 1982 del “Programa de Acción Mundial para los Impedidos”; o la “Década para las personas Discapacitadas” que abarcó desde 1983 a 1992; asimismo, la Resolución de 20 de diciembre de 1993 que aprobó las Normas Uniformes en materia de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad o la Resolución del Consejo Económico y Social de 2000, entre otras.

Estos preceptos traen su causa de la acepción de persona con discapacidad del art. 1 de la Convención que no define expresamente quienes son las personas con discapacidad, pero afirma que “incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Por otra parte, el art. 4 LGDPD añade que “tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento”. Y considera que presentan esta discapacidad, los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. El concepto no es unívoco.

Asimismo, de la lectura de las definiciones recién apuntadas se desprende la existencia de varios términos indeterminados. En primer lugar, “las personas con deficiencias previsiblemente permanentes” (art. 2.a) LGDPD o “a largo plazo” (art. 1 Convención) que pueden ser físicas, mentales, intelectuales o sensoriales (art. 4.1 LGDPD). A esta primera parte de la definición deben sumarse otras dos: “cualquier tipo de barreras” que limiten o impidan la “participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Por su parte, 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 con esta finalidad (en adelante Ley 41/2003), en su art. 2 se dispone que tendrán la consideración de personas con discapacidad “las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento” y “las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento”. Y todo ello sin distinguir entre discapacidad mental y discapacidad intelectual.

Al mismo tiempo, el art. 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 (en adelante Ley 39/2006) señala, como ahora la LGDPD, que “son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás” (se observa que esta sí distingue ya entre discapacidad mental y discapacidad intelectual); y en su art. 26 clasifica las situaciones de dependencia en los tres grados que conocemos (dependencia moderada, severa y gran dependencia).

De lo expuesto, nos encontramos en estas dos últimas leyes, una definición de varios conceptos de discapacidad con una importante implicación o intervención administrativa, que por mandato de la Disposición Adicional Cuarta del Código Civil (en adelante DA 4ª CC), afecta especialmente a materias sucesorias² (salvo lo regulado en el art. 96 CC). Por otra parte, con todas estas notas, se ha construido un concepto jurídico indeterminado flexible que pretende -sin listar las deficiencias, ni las barreras, ni el grado de participación efectiva en la sociedad-, dar una solución “satisfactoria” en cada caso.

Para algún sector doctrinal, la definición de discapacidad tiene categoría propia y va más allá de la suma de los requisitos antedichos. Es decir, la discapacidad no es la deficiencia, ni tampoco es la barrera que dificulta que las personas con deficiencias puedan participar plena y efectivamente en la sociedad sino que es “la interacción” entre ambas (las personas con deficiencias y las barreras)³, aunque en todo caso, “el nudo gordiano del concepto de discapacidad no es la existencia de una persona con alguna deficiencia de carácter permanente de tipo físico, mental, intelectual o sensorial; ni siquiera que estas personas tengan barreras que les impidan participar en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás, sino que no tengan medidas de apoyo efectivas que les permitan superar o paliar las barreras existentes”⁴.

Al efecto, “se considera que una incapacidad para caminar es una deficiencia, mientras que una incapacidad para entrar a un edificio debido a que la entrada consiste exclusivamente en una escalera es una discapacidad. Una incapacidad para hablar es una deficiencia, pero la incapacidad para comunicarse, porque las ayudas técnicas no se encuentran disponibles, es una discapacidad. Una incapacidad para moverse es una deficiencia, pero la incapacidad para salir de la cama debido a la falta de disponibilidad de ayuda apropiada es una discapacidad”⁵.

Por su parte, la Convención nos ofrece una definición casi idéntica de las personas con discapacidad a la del art. 4.1 LGDPD cuando afirma que las “personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Y ello es así porque, en su Exposición de Motivos, la

2 Vid. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “Tratamiento de la discapacidad en la regulación de la sucesión en el Código Civil”, en AA.VV.: *Dolencias del Derecho civil de sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil* (dir. por P. M. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 411-469, en p. 414.

3 Vid. al respecto, ITURRI GARATE, J.: “Concepto jurídico de discapacidad”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, 6, 2021.

4 DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: “Sobre el concepto jurídico de persona con discapacidad y la noción de apoyos necesarios”, *Revista Española de Discapacidad*, 4 (2), 2016, pp. 81-99, en p. 83 y 84.

5 DE LORENZO, R. y PALACIOS, A.: “Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional”, en AA.VV.: *Los derechos de las personas con discapacidad. vol. I Aspectos jurídicos* (dir. por J. LAORDEN), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 7.

LGDPD hace suyos los principios y postulados de la Convención cuando afirma que “la Convención supone la consagración del enfoque de derechos de las personas con discapacidad, de modo que considera a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y los poderes públicos están obligados a garantizar que el ejercicio de esos derechos sea pleno y efectivo”. La LGDPD nace con el objetivo que enuncia en su art. 1, de “garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación”, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española, a la Convención y a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

En todo caso, de las definiciones legales, se desprende que la discapacidad es un concepto amplio que engloba la discapacidad física, la sensorial, la mental y la intelectual. De hecho, la propia literalidad de los textos legales hace ver que se hace enumeración cerrada de cuatro categorías de discapacidades: física, sensorial, mental e intelectual⁶. Ahora bien, se exige que cualquiera de estas categorías de discapacidad lo sea para el sujeto si no con carácter estrictamente permanente, sí al menos, a largo plazo, lo que -se afirma- permite distinguir la discapacidad de la enfermedad, que normalmente tiene una nota de transitoriedad o provisionalidad⁷.

La discapacidad física que limita las funciones motoras o físicas de la persona dificultando su actividad diaria y que puede deberse a enfermedades congénitas o posteriores y a lesiones. Dentro de la discapacidad física se distingue la motriz, la musculoesquelética y la orgánica. La discapacidad sensorial que limita los sentidos de la persona, principalmente la vista y el oído, limitación que puede padecerse de manera separada o conjunta.

Al mismo tiempo, si la discapacidad física y sensorial son un tipo de discapacidades más fácilmente detectables y definibles, suele haber bastante confusión y confrontación de pareceres entre la discapacidad mental y la intelectual.

II. ESPECIAL COMPRENSIÓN DE LA DISCAPACIDAD MENTAL Y LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL.

La discapacidad mental y la discapacidad intelectual no son la misma cosa. Las personas afectadas de discapacidad intelectual padecen una disminución (leve, moderada, grave o profunda) de la capacidad de comprender, pensar y solucionar

⁶ Vid. en tal sentido ITURRI GARATE, J.: “Concepto jurídico”, cit., p. 48.

⁷ ITURRI GARATE, J.: “Concepto jurídico”, cit., p. 49.

problemas. Estas personas tienen dificultades de aprendizaje o interacción y/o comunicación (lenguaje), de memoria, de resolución problemas y de adopción de decisiones, lo que se refleja en su rendimiento académico y en la habilidad para realizar tareas cotidianas, afectando a su desarrollo y autonomía. Estas personas suelen tener un desarrollo cognitivo limitado (un CI inferior a 70) o trastorno del neurodesarrollo; y dificultades en actividades cotidianas de autocuidado, comunicación y socialización.

Por el contrario, la discapacidad mental se refiere a una condición de la persona que afecta a su funcionamiento mental, a su estado emocional y de salud mental, a la forma en que se relaciona con los demás. Incluye la capacidad de pensar, tomar decisiones y controlar el comportamiento y los impulsos. Se caracteriza por alteraciones emocionales (cambios significativos en el estado de ánimo como tristeza persistente o irritabilidad); alteraciones del pensamiento (creencias irracionales o delirios que pueden llegar a afectar a la percepción de la realidad); y/o tendencias desadaptativas como dificultad para mantener relaciones interpersonales saludables. Se trata de personas que refieren trastornos del estado de ánimo, de la personalidad y/o del comportamiento⁸.

Las diferencias más significativas entre la discapacidad intelectual y la discapacidad mental, pese a sus similitudes se halla en que en la discapacidad intelectual se refiere a condiciones que limitan el funcionamiento cognitivo, el aprendizaje y la capacidad de adaptación, lo que da lugar a una disminución en la capacidad de pensar y solucionar problemas, mientras que la discapacidad mental supone una condición que afecta a las emociones y al funcionamiento y la salud mental. Quizás por ello, se afirma que la discapacidad psíquica o mental afecta a áreas tales como las emociones, el comportamiento o las habilidades sociales, pero no a la inteligencia, y puede derivar de una enfermedad mental (en la que se implican factores bioquímicos y genéticos como la esquizofrenia, el trastorno bipolar, etc.) o de un trastorno de la personalidad⁹, a diferencia de la intelectual o cognitiva, que deriva del propio funcionamiento intelectual de sujeto, distinto a lo que se considera regular, presentando dificultades para aprender habilidades sociales e intelectuales.

En todo caso y con gran confusión sobre qué es cada una de las discapacidades mentales y las intelectuales, se distingue grosso modo entre¹⁰:

8 Vid. ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA: *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales DSM-5*, Ed. Médica Panamericana, Madrid, 2014.

9 La CIE-10 (la clasificación de la OMS), no se refiere a enfermedades mentales (que pueden ser o no transitorias), término que da lugar a muchas polémicas sobre su significado, sino de trastornos mentales y del comportamiento o la personalidad (cuyo rasgo característico es la permanencia en el sujeto). https://www.sanidad.gob.es/estadEstudios/estadisticas/normalizacion/CIE10/Norm_USA_DIAG_2016.pdf

10 En PACHECO JIMÉNEZ, M. N.: "Del tradicional procedimiento de incapacitación a la modificación judicial de la capacidad de obrar y la alternativa del sistema de apoyos", en AA.VV.: *Discapacidad intelectual y capacidad*

A) Deficiencias o discapacidades intelectuales: son trastornos del desarrollo intelectual congénitos o tempranamente adquiridos (distinguiéndose cuatro grados de intensidad: leve, moderado, grave¹¹ y profundo¹²). Los diversos niveles de gravedad, de acuerdo con el DSM-5¹³ se definen según el funcionamiento adaptativo y no según las puntuaciones de cociente intelectual (CI), porque es el funcionamiento adaptativo el que determina el nivel de apoyos requerido. Sin embargo, otros lo definen de acuerdo con el nivel de insuficiencia intelectual: leve o ligero (CI entre 50-5 y 70), moderado o medio (CI entre 35-40 y 50-55), grave o severo (CI entre 20-25 y 35-40) y profundo (CI inferior a 20-25)¹⁴. Los factores que principalmente predisponen son: alteraciones tempranas del desarrollo embrionario (como síndrome de Down y el síndrome del X frágil), problemas del embarazo (debido a la exposición a alcohol o toxinas, infecciones, malnutrición o complicaciones durante el parto), herencia, enfermedades adquiridas durante la infancia y la niñez (infecciones que afectan al cerebro, traumatismos craneales y exposición a toxinas ambientales), etc., destacando en su sintomatología la afección de la capacidad de abstracción y comprensión, así como de la aptitud para establecer vínculos entre objetos o situaciones; asimismo, personalidad primaria, con relaciones afectivas muy elementales y poco expresivas; tendencia a presentar reacciones psicopatológicas impulsivas cuando se encuentran en situaciones que desbordan su capacidad de comprensión y control. En lo que concierne a la valoración de su proceso cognitivo y volitivo, es preciso evaluar la proporción de la deficiencia intelectual y volitiva en relación con las exigencias personales y/o patrimoniales del sujeto. De este modo, cuando aquella es profunda o grave la medida de apoyo debería tener una extensión total; consecuentemente, los problemas de valoración se presentan en aquellos enfermos con deficiencias leves¹⁵.

B) Trastornos neurocognitivos, demencias o deficiencias intelectuales adquiridas: proceden de enfermedades como las demencias degenerativas con disfunción motora asociada (Parkinson, ELA/complejo demencia); demencias degenerativas primarias con afectación cortical (Alzheimer); trastornos vasculares (demencias multiinfarto); traumatismo cráneo-encefálico; infecciones (meningitis crónicas, encefalitis); fracaso hepático, renal o pulmonar; alcohol, litio; otras

de obrar. De la sustitución de la voluntad al apoyo en la toma de decisiones (dir. por J. MORCILLO MORENO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 39-58, en p. 44 y ss.

- 11 El individuo necesita ayuda para todas las actividades de la vida cotidiana y supervisión constante. No puede tomar decisiones responsables sobre el bienestar propio y el de otras personas. Tiene poca comprensión del lenguaje escrito y el hablado es bastante limitado. Vid. ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA: *Manual diagnóstico DSM-5*, cit., p. 34.
- 12 El individuo depende de otros para todos los aspectos de cuidado y salud, según ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA: *Manual diagnóstico DSM-5*, cit., p. 34.
- 13 ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA: *Manual diagnóstico DSM-5*, cit., p. 33.
- 14 Vid. SANCHO GARGALLO, I.: *Incapacitación y tutela (conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 37 y ss.
- 15 En SANCHO GARGALLO, I.: *Incapacitación y tutela*, cit., pp. 37 y ss.

(epilepsia, esclerosis múltiple)¹⁶. En algunos casos conllevan un debilitamiento psíquico profundo, global y progresivo que altera las funciones intelectuales basales y desintegra las conductas sociales. En lo que respecta a la valoración de efectos sobre la necesidad de apoyos, ello se aprecia más fácilmente en las demencias avanzadas que en las demencias incipientes, complejas de valorar¹⁷.

C) Trastornos mentales (esquizofrénico¹⁸, delirante, bipolar¹⁹ y depresión mayor, antisocial)²⁰:

– Trastorno esquizofrénico: altera progresiva y profundamente la personalidad del individuo (v. gr., alucinaciones, conductas extravagantes, agitación psicomotriz). En lo relativo a la valoración de efectos sobre el ejercicio de la capacidad, ha de observarse que el enfermo pasa por episodios agudos y períodos de compensación, siendo en estos últimos donde debe evaluarse la posibilidad de ejercicio autónomo de su capacidad.

– Trastorno delirante o paranoia: las ideas delirantes se acompañan de trastornos del juicio y de la percepción, sin deterioro intelectual ni perturbación de las funciones instrumentales. Con el transcurso del tiempo se construyen ideas patológicas alrededor de la vida del individuo, afectando a su medio familiar, social y laboral. Para la valoración de efectos sobre la capacidad civil, habrá que atender a la naturaleza y entidad del delirio. En los casos de comportamiento querulante, ello forma parte de los trastornos de personalidad paranoide en el que se presenta un patrón de desconfianza y suspicacia, de manera que se interpretan las intenciones de los demás como malévolas. Estos individuos pueden ser muy litigiosos y con frecuencia se involucran en disputas legales, en la mayoría de casos infundadas, desde una óptica objetiva.

– Trastorno bipolar: trastorno afectivo de larga evolución caracterizado por la existencia alternativa de episodios depresivos (tristeza, insomnio, lentitud) y maníacos (euforia, irritación, agitación). Este trastorno, atendiendo a la existencia de intervalos lúcidos correspondientes a los períodos interfásicos de la enfermedad, puede constituir discapacidad grave cuando evoluciona en fases prolongadas y frecuentes.

– Trastorno de la personalidad antisocial: La característica esencial del trastorno de la personalidad antisocial es un patrón general de desprecio y de violación de los derechos de los demás que comienza en la infancia o en la adolescencia temprana

16 Vid. en ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA: *Manual diagnóstico DSM-5*, cit., p. 591.

17 SANCHO GARGALLO, I.: *Incapacitación y tutela*, cit., pp. 37 y ss.

18 ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA: *Manual diagnóstico DSM-5*, cit., p. 83.

19 ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA: *Manual diagnóstico DSM-5*, cit., p. 123.

20 SANCHO GARGALLO, I.: *Incapacitación y tutela*, cit., pp. 37 y ss.

y que continúa en la edad adulta. Este patrón también ha sido denominado psicopatía, sociopatía o trastorno de la personalidad disocial. Implica un patrón repetitivo y persistente de comportamiento en que se violan los derechos básicos de los demás o las principales normas o reglas sociales apropiadas para su edad; muestran poco o ningún remordimiento por las consecuencias de sus actos; suelen ser crueles y nada empáticos; no se ajustan a las normas sociales en lo que respecta al comportamiento legal. Los comportamientos específicos característicos del trastorno de conducta se agrupan en estas cuatro categorías: la agresión a personas y animales, la destrucción de la propiedad, los fraudes o los hurtos, o la violación grave de las normas²¹. Debido a este tipo de comportamientos, conviene destacarlos. El psicópata y el sociópata son personas con discapacidad mental. Las alteraciones más importantes de los sujetos que las padecen se vinculan a cuestiones relacionadas con la afectividad (falta de empatía, de remordimientos, etc.) y el control de los impulsos -lo que afecta a la voluntad-. Por consiguiente, de las áreas del psiquismo que intervienen en el proceso volitivo (y que inciden en la imputabilidad/responsabilidad penal/civil del sujeto y en la adopción de decisiones, entre otras cuestiones) se debe atender a la afectividad -que se haya afectada en estos trastornos- y a la voluntad entendida como última fase del proceso volitivo que se identifica con el control de los impulsos y la inhibición²². Téngase en cuenta que la afectividad es el conjunto de sentimientos, pasiones, emociones, deseos y estados de ánimo que inciden en los actos humanos, en la forma de pensar, sentir, comportarse y relacionarse el sujeto con los demás, etc. Si existe una alteración de la afectividad queda afectado el autodomínio, el control de los actos; por encima de lo reflexivo, del análisis de las consecuencias, surge la actuación, no involuntaria pero sí condicionada por la intensidad del estado afectivo. Entre las alteraciones de la afectividad o disforias más frecuentemente citadas por los expertos destacan la inadecuada elevación del estado de ánimo (euforia, exaltación, animación) y su consiguiente descenso (crisis de pánico, ansiedad, depresión, apatía, anhedonia, astenia). Asimismo, puede quedar implicados el humor (ansioso, irritable, indiferencia afectiva, inadecuación afectiva, ambivalencia afectiva, labilidad afectiva, frialdad afectiva, disociación afectiva u oscilaciones del humor), entre otros²³.

21 Vid. ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA: *Manual diagnóstico DSM-5*, cit., p. 659 y 660.

22 CASANUEVA SANZ, I.: "El trastorno antisocial de la personalidad y/o la psicopatía: su repercusión en la imputabilidad. Análisis jurisprudencial y propuesta de aplicación", en AA.VV.: *Sistema penal y exclusión social*, (coord. por D. BENITO y J. GÓMEZ), Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 52 y ss., p. 74, quien pone de manifiesto que cuando existe una alteración de la afectividad ello repercute en el autodomínio, que queda afectado, así como el control de los actos.

23 En CASANUEVA SANZ, I.: "Las repercusiones de la psicopatía en la imputabilidad. Un análisis de la jurisprudencia y una propuesta de aplicación en el Derecho Penal español", *Revista CAP Jurídica Central*, 8, 2021, pp. 81 y ss., en p. 86. Vid., asimismo, SEGARRA ECHEBARRÍA, R., EGUILUZ URUCHURTU, I., GUADILLA FERNÁNDEZ, M. L. y ERROTETA PALACIO, J. M.: "Psicopatología de la afectividad", en AA.VV.: *Introducción a la psicopatología*, (dir. por EGUILUZ URUCHURTU, I. y SEGARRA ECHEBARRÍA, R.), Ars Médica, Barcelona, 2005, pp. 167 y ss. Vid., asimismo, CASANUEVA SANZ, I.: "Los trastornos mentales y sus efectos en la responsabilidad penal: el juego patológico" en AA.VV.: *El sistema penal y los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 59-105.

Si la afectividad es un área del psiquismo que interviene en el proceso volitivo, la alteración en la afectividad provoca una alteración en el proceso de toma de decisiones, dando lugar a un acto que no es libre ni voluntario, lo que supone una alteración de la capacidad para comprender y actuar conforme a esa comprensión; afecta tanto al elemento cognitivo²⁴ como al intelectivo (y volitivo)²⁵. El proceso volitivo de estas personas no es libre²⁶. Al contrario, esta alteración en el proceso volitivo, en las capacidades psíquicas que intervienen en él, supone una alteración en las capacidades para comprender el alcance, la magnitud y la licitud o ilicitud del hecho y/o actuar conforme a esa comprensión, es decir, afecta a la imputabilidad del sujeto que las padece, a su libertad de actuación y a la querencia de sus actos²⁷. Así pues, la afectividad tiene relevancia en todas las fases del proceso volitivo, tanto en el conocimiento de la ilicitud del acto -elementos cognitivo, intelectivo- como en la capacidad para actuar conforme a dicho conocimiento -elemento intelectivo-²⁸.

Como se ha analizado, únicamente cuando la discapacidad intelectual -muy rara vez- y la discapacidad mental no impidan a la persona formar una voluntad consciente y libre, podrá ésta ejercitar su capacidad jurídica sin impedimentos ni apoyos.

III. EL CAMBIO DE PARADIGMA.

Ello es consecuencia -desde que se aprobara en 2006 la Convención-, del cambio de paradigma que la misma propiciaba, alcanzado más tarde que temprano, esto es, de la superación del modelo médico, asistencial o terapéutico²⁹ en favor de otro modelo social³⁰ que un sector doctrinal califica como una cuestión de derechos humanos³¹. Por tal razón, en los últimos años asistimos a un cambio

24 En este sentido, se debe destacar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala penal, entiende que en los casos de psicopatías no están afectadas las facultades cognitivas sino tan sólo las volitivas, como en su STS 28 marzo 2017 (Tol 6012537).

25 CASANUEVA SANZ, I.: "El trastorno antisocial", cit., p. 75.

26 Vid. CASANUEVA SANZ, I. y BENITO SÁNCHEZ, D.: "La persona con discapacidad intelectual en el derecho penal español a la luz de las exigencias de la Unión Europea", en AA.VV.: *Treinta años de la Unión Europea. Una visión desde el derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 113-142.

27 Y ello pese a algunas corrientes jurisprudenciales como la que encontramos a modo de ejemplo, en la citada STS 28 marzo 2017 (Tol 6012537), según la cual estamos ante un "trastorno de la afectividad, lo que supone una merma no cognitiva, pero sí volitiva".

28 Vid. interesantísimo análisis sobre la imputabilidad de CASANUEVA SANZ, I.: "Las repercusiones", cit., p. 87.

29 El modelo médico, terapéutico o rehabilitador, implantado tras la Segunda Guerra Mundial, considera que las causas que dan origen a la discapacidad son médico-científicas y no sociales o exclusivas.

30 En CALAZA LÓPEZ, S.: "Incógnitas procesales persistentes en el nuevo escenario sustantivo de la discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 3, julio-septiembre, 2022, pp. 53-85.

31 GARCÍA RUBIO, M.P.: "Notas sobre el propósito y el significado del Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", en AA.VV.: *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 39-62, en p. 61.

relevante en la forma de concebir la discapacidad, atendiéndola ahora hacia un enfoque social y no médico³².

El “modelo social” de la discapacidad, viene a significar que la discapacidad es la consecuencia de la interacción del individuo con un entorno que no da cabida a las diferencias y límites de dicho individuo o impide su participación en la sociedad. Por ello, la aplicación del modelo social de la discapacidad significa que la acción del Estado y de la sociedad ha de focalizarse en las estructuras sociales y no en la persona “con discapacidad”, puesto que la discapacidad es una situación y no un rasgo individual; es el entorno el que carece de la capacidad de incluir a la persona, generando o profundizando su exclusión. En consecuencia, las medidas para garantizar los derechos de las personas con discapacidad han de tener como destinatarios a todos los miembros de la sociedad -sociedad inclusiva-. De ello se deriva que resulta necesario instaurar un régimen flexible, adaptable e individualizado que tenga en cuenta las concretas circunstancias que concurren en el sujeto para adecuar la respuesta del sistema al grado y características de la discapacidad, dotando al sujeto de los ajustes necesarios y reconociéndole su autonomía³³. También en lo relativo con el derecho de acceso a la justicia tanto indirecta como directamente, ya sea en calidad de testigo, víctima, jurado, etc., como en lo relativo al derecho a un juicio justo garantizado en el que se atienda a su discapacidad ya como víctima, ya como investigado.

No en vano, la Convención en su Preámbulo afirma que “la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano”. En consecuencia, en esta materia están afectados directamente los derechos humanos; concierne a la idea de que todas las personas somos iguales en tales derechos y que la discapacidad es uno de los retos mundiales contra la discriminación de las personas. Se considera, por tal razón, que la proscripción de la segregación por discapacidad es una cuestión de derechos humanos³⁴. Y ciertamente que en esta cuestión se está mejorando en los últimos años, al menos en lo que afecta a las personas con discapacidad física y/o sensorial.

En esta línea, se aprecia la cristalización en el uso social y normativo de la expresión “personas con discapacidad” que cuenta con un carácter inclusivo y alejado de todo efecto estigmatizador (alejado por fortuna de las anteriores expresiones como disminuido, minusválido o incluso discapacitado) ya que viene a reafirmar la igualdad plena de los sujetos que tienen una discapacidad con el resto de los individuos y a reforzar su dignidad como personas al predicar la discapacidad

32 Vid. en tal sentido, ITURRI GÁRATE, J.: “Concepto jurídico”, cit., pp. 43-60, en p. 47.

33 Vid. DELGADO MARTÍN, J.: “El acceso a la justicia penal de las personas con discapacidad: reforma 2023 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *La Ley*, núm. 10435, Sección Tribuna, 29 de enero de 2024.

34 Así, ITURRI GÁRATE, J.: “Concepto jurídico”, cit., p. 49.

como un carácter o atributo que les acompaña pero que no les puede estigmatizar como seres humanos en una sociedad que se dice inclusiva e igualitaria. Sin embargo, desde hace algunos años se ha planteado una nueva denominación de "personas con diversidad funcional". Esta nueva expresión pretende ser más inclusiva si cabe, más positivista al poner el acento en las capacidades y aptitudes reales de la persona en vez de en sus limitaciones. Se argumenta, que identificar a la persona con discapacidad como una persona con diversidad funcional facilita su plena inclusión social en términos igualitarios pues la expresión favorece que la persona no sea socialmente percibida como un individuo que tiene su capacidad de actuación limitada o restringida sino como un sujeto capaz de desempeñarse igual que el resto, aunque lo haga con procedimientos, técnicas o instrumentos de apoyo que no precisan aquellos. No obstante, la expresión no está exenta de aristas pues al concebir a las personas con discapacidad como personas diversas funcionalmente, se puede correr el riesgo de olvidar la existencia de barreras y cuestionar sus necesidades de apoyo social e institucional³⁵. Grave riesgo para las personas con discapacidad, si por la extralimitación de su inclusión se merma el apoyo a sus necesidades.

En otro orden de cosas, y pese a los avances en materia de discapacidad, cuestión distinta es si la persona con discapacidad puede ejercer su capacidad jurídica con autonomía y libertad y cuando no. Y si ello afecta de igual manera a la persona con discapacidad mental o intelectual. Los afectados no reciben el mismo trato, en muchos casos por desconocimiento del alcance y efectos de su discapacidad, no siempre adecuadamente percibida.

IV. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y APOYOS.

El respeto a la dignidad de las personas con discapacidad exige el reconocimiento de su libertad moral, que se concreta en la facultad de autodeterminarse para forjar su propio destino vital, mediante la adopción autónoma de las decisiones personalísimas. Para ello, los poderes públicos han de implementar acciones positivas encaminadas a garantizar su inclusión social, la igualdad de oportunidades y el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad -con los apoyos que, en su caso, sean necesarios- en la toma de decisiones concernientes a los aspectos o cuestiones nucleares de su vida. Porque la garantía de la dignidad humana reclama tanto el reconocimiento de la titularidad formal de

35 Vid. al respecto, MONTAÑA MEDINA, D.: "Discapacidad y género: el reto del empleo", en AA.VV.: *Medidas para la inserción laboral de mujeres con discapacidad* (dir. por D. MONTAÑA MEDINA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 29-92, en p. 32 y 33.

los derechos, cuanto la igualdad en el ejercicio de estos por parte de las personas con discapacidad³⁶.

Así pues, en relación con el ejercicio y plasmación de la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad, cobra especial importancia la voluntad de la persona, verdadera columna vertebral de este asunto, y la posibilidad o imposibilidad de conformar dicha voluntad, pero también de expresarla, aun con apoyos ya sean voluntarios o judiciales. Y en referencia a esta cuestión se debe proteger la igualdad de todas las personas, sin discriminación alguna, pero protegiendo sus derechos para que puedan conformar su voluntad y expresarla, como no podía ser de otra manera.

En este sentido y de acuerdo con las exigencias de la Convención, la SAP Madrid 13 mayo 2024³⁷ afirma que: “la capacidad de las personas se presume siempre, mientras que su incapacidad, en cuanto excepción, debe ser probada de modo evidente y completo”. Sin embargo, no es lo mismo tener una discapacidad que no afecta a la capacidad de comprender ni de querer que -esto es más grave-, carecer de discernimiento o entendimiento suficiente, que es radicalmente distinto de la dificultad de expresarse de modo comprensible para los demás.

La Observación General³⁸ excluye, la consideración de aquellas personas con una discapacidad que les afecta cognitiva y volitivamente hasta el punto de imposibilitarles la conformación y/o comunicación de su voluntad y preferencias, en muchas ocasiones, desde el nacimiento y de modo irreversible, lo que también desactiva la posibilidad de “reconstruir” su voluntad para apoyarle desde el respeto a sus preferencias y deseos. Se trata de personas que no pueden beneficiarse del sistema de apoyos previsto porque no se les puede “ayudar” ni apoyar en la toma de decisiones porque no pueden ejercer su derecho a la toma de decisiones, y ni siquiera pueden renunciar a él explícitamente. Simplemente no es posible, en estos casos excepcionales, interpretar su voluntad o preferencias si es que las tienen³⁹.

36 Así, ÁLVAREZ GARCÍA, H.: “La dimensión constitucional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar. De la sustitución de la voluntad al apoyo en la toma de decisiones* (dir. por J. MEDINA MORCILLO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 21-39, en pp. 28 y 29, para quien se han de arrumbar las inveteradas políticas públicas heterónomas —paternalistas, proteccionistas y asistenciales— aplicadas sobre este grupo social, basadas en el paradigma de la incapacidad para el autogobierno, que exigen la constante asistencia de un tercero encargado de dirigir la vida de la persona con discapacidad.

37 SAP Madrid 13 mayo 2024 (Tol I0136415).

38 Observación General núm. 1 de 2014 al art. 12 de la Convención, del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

39 Vid. en tal sentido, ALBERT MÁRQUEZ, M., “El derecho a comprender el derecho y el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *Ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por M. PEREÑA VICENTE y M^a. del M. HERAS HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 185-218, p. 189.

Estas situaciones pueden producirse en los casos de enfermedad mental degenerativa como el alzhéimer, que depende de la fase de la enfermedad; o bien debido a otras enfermedades mentales de las que hay listadas más de 400 actualmente, que impidan a la persona comprender verdaderamente el alcance de sus actos. Algunas de ellas, y pese a que la persona se expresa perfectamente, pueden provocar una grave desconexión con la realidad⁴⁰. En definitiva, la “discapacidad” para realizar negocios jurídicos no es cualquier deficiencia (aún severa) que afecte negativamente a la realización de los actos de la vida diaria de la persona sino que únicamente es significativa aquella discapacidad -permanente o temporal- cognitiva o conductual que afecte negativamente a su capacidad de discernimiento, entendimiento o comprensión del acto que va a celebrar, sin importar si estas deficiencias son congénitas o sobrevenidas.

Por otra parte, y como pone de relieve Casanueva, lo importante es el modo en el que la alteración de las funciones psíquicas provocadas por la anomalía o alteración (y no la propia anomalía o alteración psíquica) afecta y condiciona al proceso cognitivo y/o al volitivo⁴¹.

I. Medidas de apoyo contra la voluntad del afectado por discapacidad.

Al hilo de esta cuestión -no exenta de cierta polémica- debe ponerse, asimismo, en el centro del debate lo referente a la protección del interés superior de la persona afectada por una discapacidad, máxime si es cognitiva.

A) Interés superior “versus” la voluntad de la persona con discapacidad.

Así pues, debemos analizar si debe prevalecer el interés superior de la persona frente a su voluntad, preferencias y deseos. Si se considera que su interés superior debe ser preservado por razones objetivas, en aquellos casos en que la persona tiene gravemente limitada su capacidad de entendimiento, tema muy controvertido porque no todas las discapacidades suponen limitación de la capacidad cognitiva. Pero sí es indiscutible que algunas causas de discapacidad tienen su origen en enfermedades que comprometen la aptitud natural de entender y querer de quienes las padecen⁴² y, por ende, su voluntad. En consecuencia, los actos y negocios jurídicos que pretenden adoptar estas personas quizás puedan atentar a su interés superior; sea personal y/o patrimonial.

40 En el caso del autismo, se trata de un trastorno del neurodesarrollo que cursa con gran afectación funcional y una disfunción interpersonal grave, según los casos, que repercute en su capacidad.

41 Vid. sobre esta cuestión a CASANUEVA SANZ, I.: “Las repercusiones”, cit., en p. 88.

42 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”, en *El nuevo sistema de apoyo a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 81-124, p. 108.

Sobre esta cuestión, ya se declaró en la Observación General núm. 1.21 del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, que el “principio del interés superior” no es salvaguardia que cumpla con el art. 12 Convención, sino que, contrariamente, el paradigma de la voluntad y preferencias debe reemplazar al del interés superior para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás⁴³. Esta afirmación ha generado no pocas discusiones doctrinales que consideran que el Comité ha realizado una “lectura sesgada y parcial del art. 12 de la Convención” al ignorar que el citado precepto, en su párrafo cuarto *in fine* menciona expresamente los intereses de las personas con discapacidad por lo que es evidente que no solo “pueden” sino que “deben” ser tomados en cuenta sus intereses⁴⁴. De su dicción, destaca especialmente la frase final:

“Los Estados Parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los *derechos e intereses de las personas*”.

Por otra parte, nuestra jurisprudencia sistematizando los principios inspiradores de la reforma por la Ley 8/2021, se refiere al principio del interés superior de la persona con discapacidad y señala en la citada STS 6 mayo 2021⁴⁵ que “la finalidad de tal principio radica en velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros”. Asimismo, considera el interés superior de la persona con discapacidad “como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo, que recaigan sobre las personas afectadas. Se configura como un auténtico concepto jurídico indeterminado o cláusula general

43 En relación con la posible permanencia del principio del mejor interés de la persona con discapacidad en algunos supuestos, DE SALAS MURILLO, S.: “¿Existe un derecho a no recibir apoyos?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 780, 2020, pp. 2227-2268, en pp. 227 y ss., y SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 5, octubre-diciembre 2020, p. 394.

44 MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?”, en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO), Bosch, Madrid, 2021, pp. 118-119.

45 STS 6 mayo 2021 (Tol 8431634).

de concreción, sometida a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso”.

A su vez, la SAP Madrid 20 diciembre 2021⁴⁶ estima que “puede no atenderse a los deseos de la persona con discapacidad si éstos no responden a su interés y no son beneficiosos”.

La STS 18 septiembre 2024⁴⁷ considera que en los casos “en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda”.

A nivel doctrinal, al parecer de De Verda⁴⁸, cuando una persona tenga afectada su capacidad de formar libremente su voluntad, por sufrir una enfermedad que le impida tomar conciencia de su estado y valorar la necesidad de una ayuda que incluso que rechace, sería posible en aras de su interés personal y patrimonial que el apoyo adopte decisiones que contarían sus deseos y preferencias⁴⁹. De igual manera, resulta interesante el criterio de Pereña Vicente⁵⁰, quien advierte, con buen criterio, de la escasa atención que suscita el interés superior de la persona protegida por parte del legislador a diferencia del interés del menor; y plantea si hay que respetar la voluntad de la persona cuando genere un grave perjuicio personal o patrimonial para sí misma o cuando la persona manifieste voluntades contradictorias. Este parece haber sido la posición de nuestro Tribunal Supremo en la citada STS 18 septiembre 2024⁵¹. En la misma, el Tribunal Supremo señala (FJ2.4), -en una consolidada doctrina al respecto- que el empleo del verbo “atender”; seguido de “en todo caso”, subraya que el juzgado no puede dejar de

46 SAP Madrid 20 diciembre 2021 (Tol 8794206).

47 STS 18 septiembre 2024 (Tol 10197239).

48 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La guarda de hecho”, cit., p. 101. Asimismo, con MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “La Observación General”, cit., pp. 118-119.

49 En el mismo sentido, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Las grandes líneas del nuevo sistema de apoyos regulado en el Código Civil Español”, en AA.VV.: *Nuevos sistemas de apoyo a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 21 y ss., en pp. 38 y ss. Vid. a este respecto, la STS 8 septiembre 2021 (Tol 8585229).

50 PEREÑA VICENTE, M.: “La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad”, en AA.VV.: *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (dir. por M. PEREÑA VICENTE), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 119- 141, en pp. 120-121.

51 STS 18 septiembre 2024 (Tol 10197239).

recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de “tener en cuenta o en consideración algo” y no solo el de “satisfacer un deseo, ruego o mandato”.

B) Tener en cuenta no significa satisfacer la voluntad del interesado con discapacidad.

Al decir de la doctrina jurisprudencial, “tener en cuenta” y “considerar” no equivalen a “satisfacer”. Sin embargo, no se puede dejar de lado que la persona, en consideración a la discapacidad presente o futura que padezca y valorando su situación, decida que no quiere adoptar ninguna medida de apoyo ni tampoco que se la impongan judicialmente; o bien sí acepta algunas medidas -que le son claramente insuficientes- pero se niega a otras que son las necesarias en su caso particular. Luego si atendemos al respeto a la libre voluntad y deseos o preferencias de la persona ¿cómo proceder en estos casos?

Por una parte, la posibilidad de establecer medidas judiciales de apoyo contra la voluntad del afectado/interesado, implica contradecir su voluntad y deseos⁵² conforme reiterada jurisprudencia. Y ello se halla justificado por la necesidad o conveniencia para el sujeto, aunque con carácter excepcional⁵³. En tales casos estamos ante una situación de necesidad en que la discapacidad afecta a la toma de decisiones, impidiendo a la persona la formación de una voluntad libre que es la expresión del ejercicio de sus derechos. Y, además, del conjunto de la regulación y de la Convención no puede deducirse un derecho a rechazar los apoyos⁵⁴.

A este respecto la jurisprudencia es favorable a la determinación de apoyos, aunque limitados a aquellos casos en que la persona no es consciente de su necesidad objetiva pese al rechazo del afectado. Este fue el criterio seguido por la STS 8 septiembre 2021⁵⁵ que las considera aceptables, para no incurrir en lo que considera una “crueldad social” contraria al principio constitucional de dignidad de la persona si no se adoptase medidas de representación incluso en

52 En tal sentido, DE SALAS MURILLO, S.: “¿Existe un derecho”, cit., pp. 2227-2268.

53 MARÍN CALERO, C.: *La integración de las personas con discapacidad en el Derecho Civil. Una crítica constructiva a la Ley 8/2021*, Aferre, Barcelona, 2022, p. 103. Vid. asimismo, PEREÑA VICENTE, M.: “Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la ley 8/2021, de 2 de junio”, en AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, (dir. por M. PEREÑA VICENTE y M del M. HERAS HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, 2022, pp. 125-159, en p. 130 afirma que se trata de una situación de necesidad que “proviene de que la discapacidad afecta a la cuestión central de la toma de decisiones, impidiendo a la persona la formación de una voluntad libre que es la expresión del ejercicio de sus derechos”.

54 PEREÑA VICENTE, M.: “Una contribución”, cit., p. 130.

55 STS 8 septiembre 2021 (Tol 8585229).

contra de su voluntad, por “abandonarle en su desgracia”; y así, en tal sentido, señala que “cuando la discapacidad afecte directamente a la capacidad de tomar decisiones y de autodeterminación, con frecuencia por haber quedado afectada gravemente la propia consciencia, presupuesto de cualquier juicio prudencial ínsito al autogobierno, o, incluso, en otros casos, a la voluntad. En estos casos, la necesidad se impone y puede resultar precisa la constitución de una curatela con funciones representativas para que el afectado pueda ejercitar sus derechos por medio de su curador”.

La cuestión es que la aplicación del principio de la voluntad, preferencias y deseos de la persona con discapacidad encuentra importantes dificultades de aplicación cuando falla el entendimiento de la persona. En estas situaciones, se va a producir un desplazamiento del principio de autonomía -reflejado en la voluntad, deseos y preferencias- que de manera excepcional y restrictiva permite al juez apartarse de dicha voluntad o preferencias manifestadas por la persona, si existen circunstancias graves desconocidas por ella (o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones, en su caso). Criterio ya aplicado por nuestra jurisprudencia⁵⁶ y que se aprecia en las SSTs 19 octubre 2021⁵⁷, 2 noviembre 2021⁵⁸, 21 diciembre 2021⁵⁹ y 18 de septiembre 2024⁶⁰.

En realidad, la afectación de la capacidad para formar libremente la voluntad cuando se sufre una enfermedad que impide tomar conciencia del propio estado y valorar la necesidad de una ayuda que incluso se rechaza; sería posible, en consecuencia, que el apoyo adopte decisiones que contarían los deseos y preferencias de la persona en aras de su interés personal y patrimonial⁶¹. Obviamente, no estamos haciendo referencia a la discapacidad de carácter físico o sensorial, sino a enfermedades que comprometen la aptitud natural de entender y querer de quienes las padecen y, por ende, su voluntad, porque los actos y negocios jurídicos que pretenden adoptar estas personas posiblemente puedan atender a su interés superior, tanto personal como patrimonial. Interés que, pese al proclamado cambio de paradigma, el legislador y los tribunales, protegen.

56 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Las grandes líneas”, cit., p. 47, quien señala que el legislador prevé tal excepcionalidad de los apoyos con oposición de la persona, expresamente en los arts. 756 y siguientes LEC y en los arts. 272 y 276 CC.

57 STS 19 octubre 2021 (Tol 8628066).

58 STS 2 noviembre 2021 (Tol 8639708).

59 STS 21 diciembre 2021 (Tol 8739270).

60 STS 18 septiembre 2024 (Tol 10197239).

61 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La guarda de hecho”, cit., p. 101. Asimismo, con Martínez de Aguirre, C.: “La Observación General”, cit., pp. 118-119. En el mismo sentido, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Las grandes líneas”, cit., pp. 38 y ss. Vid. a este respecto, la STS 8 septiembre 2021 (Tol 8585229).

Y a raíz de lo antedicho, la cuestión sigue siendo si se debe proteger la autonomía y la voluntad de las personas con discapacidad, porque estas personas gozan -en principio- de plena capacidad de ejercicio -antes de obrar- aunque yerren. Y de no ser así, ¿dónde queda el derecho a adoptar decisiones que otros puedan entender como “erróneas”, porque ello es acorde a sus deseos y preferencias?

Y, sin embargo, lo cierto es que la posibilidad de adoptar decisiones, de asumir riesgos, de equivocarnos, en definitiva, es una manifestación del derecho a la autonomía personal, a la autodeterminación, a la propia decisión independiente -sin aprobaciones ni autorizaciones de terceros- de todas las personas y, ¿no debiera ser también de las personas con discapacidad? ¿o según cuándo? Porque, en verdad, *todos* nos equivocamos, sin excepción, pero la cuestión es que hay momentos en la vida en que somos capaces de advertir nuestros errores y otros en que no, porque nos falta esa capacidad de entendimiento y análisis.

V. EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EL COMPORTAMIENTO QUERULANTE.

Si, como decíamos *supra*, desde que se aprobara en 2006 la Convención, más tarde que temprano se ha alcanzado la superación del modelo médico, asistencial o terapéutico⁶² en favor de otro modelo social⁶³ que un sector doctrinal califica como una cuestión de derechos humanos⁶⁴. Si la Convención de 2006 en su Preámbulo afirma que “la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano”. Si, en consecuencia, en esta materia están afectados directamente los derechos humanos; ello concierne a la idea de que todas las personas somos iguales en tales derechos y que la discapacidad es uno de los retos mundiales contra la discriminación de las personas. También en el acceso a la justicia. La vulnerabilidad de estas personas con relación a las instituciones relacionadas con la justicia ha determinado su exclusión de este servicio público y, por tanto, su degradación como seres humanos⁶⁵. La legislación española, hasta fecha muy reciente no ha tenido en cuenta el Objetivo 16 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de Naciones Unidas en su Agenda de Desarrollo Sostenible 2030, *Paz, Justicia e Instituciones sólidas*, que pretende promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles.

62 El modelo médico, terapéutico o rehabilitador, implantado tras la Segunda Guerra Mundial, considera que las causas que dan origen a la discapacidad son médico-científicas y no sociales o exclusivas.

63 En CALAZA LÓPEZ, S.: “Incógnitas procesales”, cit., pp. 53-85.

64 GARCÍA RUBIO, M.P.: “Notas sobre”, cit, pp. 39-62, en p. 61.

65 DE LUCCHI-LÓPEZ TAPIA, Y.: “El servicio de facilitación judicial como pieza clave para la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad”, *La Ley, Actualidad Civil*, núm. 9, Sección Persona y derechos, septiembre 2022, pp. 1-25, en p. 2.

I. El derecho de acceso a la justicia

El artículo 13.I de la Convención obligaba -desde 2006- a los Estados, a asegurar “que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares”.

El derecho de acceso a la justicia es un derecho derivado del derecho general a la justicia y constituye un principio básico del Estado de Derecho. Tiene su fundamento jurídico en los arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. De conformidad con dicha legislación europea e internacional, se impone a los Estados la obligación de garantizar a todas las personas el derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales o a otros órganos de resolución de conflictos para recabar la tutela de sus derechos. El derecho de acceso a la justicia integra, además, el derecho a un juicio justo garantizado.

Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha señalado que pese a que el art. 6 no establece expresamente un derecho de acceso a los tribunales, dicho derecho emana del conjunto de derechos enunciados en él. Así pues, este derecho de acceso a los tribunales -que el TEDH ha definido como el derecho a instituir procedimientos ante los órganos jurisdiccionales en asuntos de naturaleza civil-, forma parte del derecho a la tutela judicial, derivado del art. 6 del Convenio, y ampara a las personas con discapacidad tanto si quieren ejercer su derecho a la tutela judicial, -no exclusivamente en la jurisdicción civil-, como si participan de cualquier otra forma en el proceso. No obstante, el derecho de acceso a la justicia, tal como se enuncia en la Convención, va más allá de la delimitación formulada por el TEDH. Consiguientemente, no puede afirmarse que el derecho de acceso a la justicia implique exclusivamente el derecho a la tutela judicial, puesto que se extiende a situaciones en las que la persona con discapacidad participa de forma indirecta, ya como testigo ya como perito o jurado⁶⁶.

A) La protección de la discapacidad

A consecuencia de la Convención, no es suficiente el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en calidad de parte. Es preciso garantizar su

66 BIEL PORTERO, I.: *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 360.

participación en el proceso⁶⁷ en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos -como testigos-, sin que puedan ser excluidos por su discapacidad⁶⁸. Igualmente, el derecho se extiende a todas las fases de los procedimientos judiciales, incluidas las preliminares. Así pues, para asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus funciones en igualdad de condiciones con los demás, los Estados están obligados a adoptar ajustes de procedimiento adecuados⁶⁹. Y estos ajustes han de ser individualizados atendiendo a la persona en concreto y a su peculiar discapacidad. Para ello, se debe tener en cuenta que para determinadas personas con discapacidad intelectual y/o mental, el contacto con el sistema institucional de justicia puede provocarles sentimientos intensificados de miedo, retracción, aislamiento y humillación que le dificulten sensiblemente el ejercicio de sus derechos de defensa, como ha manifestado el TEDH en su STEDH de 8 de febrero de 2012, caso Z.H c. Hungría.

Ahora bien, uno de los aspectos más relevantes que plantea el acceso a la justicia de las personas con discapacidad es su derecho a entender y ser entendidas. Y es que, en la práctica, en el caso de las personas con discapacidad intelectual, este derecho no se garantiza suficientemente y constituye una barrera infranqueable en muchos casos que les impide la participación en un proceso en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos⁷⁰. Téngase en cuenta que las barreras contextuales, el lenguaje técnico y las complicadas estructuras procedimentales dificultan la comprensión y la toma de decisiones en personas con discapacidad intelectual⁷¹. Igualmente, la falta de información en un formato accesible y el ritmo de las actuaciones procesales suponen una barrera para las personas con discapacidad intelectual porque les limita la comprensión de lo que está sucediendo⁷². Estas dificultades de comprensión del procedimiento pueden, asimismo, dar lugar a determinadas actitudes y comportamientos de la persona con discapacidad intelectual que distorsionan el verdadero sentido de su voluntad. Frecuentemente estas personas se comportan como lo que en psicología se ha denominado “agradabilidad social” o “aquiescencia”, de manera que, ante una

67 Vid. sobre esta cuestión TORIBIOS FUENTES, F.: “Comentarios al art. 7 LEC”, en AA.VV.: “Comentario al art. 7 bis LEC”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1119-1125.

68 QUIJADA GONZÁLEZ, C.: “El acceso a la justicia de las personas con discapacidad intelectual. Su derecho a entender y ser entendidas”, en AA.VV.: *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar. De la sustitución de la voluntad al apoyo en la toma de decisiones* (dir. por J. MORCILLO MORENO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 83-94, en pp. 83 y 84.

69 En tal sentido, BIEL PORTERO, I.: *Los derechos humanos*, cit., p. 360.

70 Así, QUIJADA GONZÁLEZ, C.: “El acceso a la justicia”, cit., p. 83.

71 Vid. DE LUCCHI-LÓPEZ TAPIA, Y.: “El servicio de facilitación”, cit., en p. 4.

72 Vid. al respecto DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, I.: “Comentario al art. 7 bis LEC”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1125-1132, en p. 1131.

pregunta del juez, de abogados o de peritos forenses, la respuesta sea la que quiere oír quien pregunta y no la realidad de los hechos⁷³.

Asimismo, se han de proteger derechos del acusado e investigado con discapacidad, pero también cuando la persona con discapacidad es la víctima o testigo en el proceso. Al efecto existe otro tipo de barreras como las comunicativas si atendemos a limitaciones de las personas en su lenguaje oral; o las barreras actitudinales, basadas en la desinformación y el desconocimiento de las capacidades de estas personas, que influyen negativamente en la tutela de los derechos de las personas con discapacidad, v. gr. la credibilidad del testimonio de la persona con discapacidad intelectual puede verse alterado por la falta de formación de los operadores jurídicos en la valoración de este con diferentes parámetros⁷⁴.

En este orden de cosas, el Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, (en adelante Decreto-ley 6/2023), reforma el art. 7. bis LEC, establece los ajustes y adaptaciones necesarios (en materia de comunicación, comprensión, interacción con el entorno y acceso a los facilitadores o intermediarios expertos⁷⁵) para garantizar la participación de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad en los procesos en los que participen. Con la reforma de este precepto se integran las modificaciones procedimentales demandadas por el art. 13 de la Convención, ya incorporadas al proceso penal por la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima del delito.

Por otra parte, el Decreto-ley 6/2023 da una nueva redacción al art. 109 LECRIM en relación con las personas con discapacidad a las que se reconoce que tienen derecho a ajustes de procedimiento adecuados. Estos ajustes de procedimiento consisten en todas aquellas modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas en el contexto del acceso a la justicia, que se requieran en un caso determinado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás; destacando que, a diferencia de los ajustes razonables, los ajustes de procedimiento no están limitados por el concepto de “carga desproporcionada o indebida”⁷⁶. Ajustes y adaptaciones que podrán venir referidas a la comunicación (lenguaje claro, sencillo y accesible, así como lectura fácil), la comprensión (garantizando los apoyos necesarios para que se puedan hacer

73 Vid. DE LUCCHI-LÓPEZ TAPIA, Y.: “El servicio de facilitación”, cit., p. 4.

74 En tal sentido, DE LUCCHI-LÓPEZ TAPIA, Y.: “El servicio de facilitación”, cit., p. 5.

75 La definición de facilitador de acuerdo con el Glosario de términos de los principios y directrices de la ONU, es la de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida. Sobre toda esta cuestión, vid. DELGADO MARTÍN, J.: “El acceso a la justicia”, cit., p. 3.

76 En DELGADO MARTÍN, J.: “El acceso a la justicia”, cit., p. 3. Vid, asimismo, CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C.: “Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J. R. DE VERDA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 657-696, en p. 661.

entender) y la interacción con el entorno (permitiendo que sea acompañado de persona de su confianza y cuente con un facilitador)⁷⁷.

B) La protección de la vulnerabilidad.

Ahora bien, además de la discapacidad, las personas pueden encontrarse en situación de vulnerabilidad por edad, soledad, situación económica y/o enfermedad. La vulnerabilidad impide a la persona (con o sin discapacidad) -si no recibe los apoyos, ajustes y/o la protección legal adecuados-, su plena, efectiva e igualitaria integración en la sociedad. Así, una discapacidad visual grave no convierte a la persona con esta deficiencia en vulnerable ni tampoco le impide el ejercicio de su capacidad a los efectos de la reforma, siempre que cuente con los ajustes necesarios -técnicos y legales- que le permitan actuar válidamente. Por el contrario, otro tipo de discapacidades o de factores endógenos y exógenos provocan vulnerabilidad en ciertas personas. Y quizás sea por lo que, pese al pleno reconocimiento de la igualdad de las personas con discapacidad, no podemos dejar de lado la vulnerabilidad de la mayoría de ellas⁷⁸, y aquí es donde el legislador debe plantearse protegerlas, no por su discapacidad, sino por la vulnerabilidad a la que les aboca su discapacidad.

En consonancia con ello, el Decreto-ley 6/2023, establece los ajustes y adaptaciones necesarios (en materia de comunicación, comprensión, interacción con el entorno y acceso a los facilitadores o intermediarios expertos) para garantizar la participación, en condiciones de igualdad en los procesos en los que participen, también de los mayores de sesenta y cinco años que lo soliciten y, en todo caso, para los mayores de ochenta años, atendiendo a su posible vulnerabilidad, todo ello, de conformidad con los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad» aprobados por la Asamblea General en aprobados en Resolución 46/91, de 16 de diciembre de 1991, “es menester proporcionar a las personas de edad que deseen y puedan hacerlo posibilidades de aportar su participación y su contribución a las actividades que despliega la sociedad”.

Ahora bien, un aspecto de la cuestión son los ajustes y adaptaciones necesarios para garantizar la participación de las personas con discapacidad y en situación de vulnerabilidad en condiciones de igualdad en los procesos en los que participen y otro bien diferente es si su acceso puede ser limitado debido a un trastorno de personalidad paranoide que se manifiesta mediante un comportamiento querulante.

⁷⁷ Vid. al respecto DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, I.: “Comentario al art. 7 bis LEC”, cit., en p. 1126.

⁷⁸ Como ya señaló el Informe del CGPJ Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 20 de noviembre de 2018, p. 100, en relación con la indeterminación de los caracteres de la discapacidad y que planteaba la procedencia de prescindir de la caracterización de la discapacidad como afectación cognitiva y volitiva que impida el autogobierno y, al tiempo, valorar la conveniencia de incorporar a esa caracterización el elemento de la vulnerabilidad.

2. El comportamiento querulante.

El comportamiento querulante querulancia o querulomanía, delirio querulante, delirio litigante, delirio reivindicatorio o litigioso, pleitomanía o procesomanía es el que padece una persona que acomete la presentación de querellas y la iniciación de pleitos de manera obsesiva y desmedida. La querulancia es un trastorno psicológico caracterizado por una propensión excesiva a entablar litigios, quejas o conflictos con los demás, así como una tendencia a buscar constantemente razones para sentirse agraviado o perjudicado. Estas personas denuncian y se ofenden con independencia de la magnitud o frecuencia de la ofensa recibida. En consecuencia, tienen dificultades para discernir la importancia e intensidad del agravio, que no miden por la ofensa objetiva sino por el grado de lesión de su dignidad personal.

El comportamiento querulante forma parte de los trastornos de personalidad paranoide en el que se presenta un patrón de desconfianza y suspicacia, de manera que se interpretan las intenciones de los demás como malévolas⁷⁹. Los individuos con trastorno de la personalidad paranoide son generalmente difíciles de llevar y con frecuencia tienen problemas en sus relaciones cercanas. Su suspicacia y hostilidad excesivas se pueden expresar discutiéndolo todo abiertamente, mediante quejas recurrentes o con una actitud distante y aparentemente hostil. Debido a que están hipervigilantes en busca de amenazas potenciales, pueden actuar de una manera cautelosa, secreta o maliciosa. A pesar de que puede parecer que son objetivos, racionales y no emocionales, muestran más a menudo un espectro de afectos lábiles, en los que predominan las expresiones hostiles, obstinadas y sarcásticas. Su carácter combativo y suspicaz puede provocar una respuesta hostil en los demás que, a su vez, sirve para confirmar sus expectativas originales⁸⁰. Debido a su rapidez para el contraataque respondiendo a las amenazas que perciben a su alrededor, pueden ser litigiosos y con frecuencia se involucran en disputas legales.

3. El comportamiento querulante: posicionamiento jurisprudencial.

En coherencia con los principios de la Convención mencionados en su art. 3, basados en el respeto de la dignidad inherente, a la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas con discapacidad, se abre la posibilidad de la persona de vivir su vida como desee en coherencia con sus valores y creencias⁸¹. En este sentido, es de destacar que nuestra jurisprudencia se anticipó a la Ley 8/2021 en la STS 17 septiembre 2019⁸²,

79 Vid. CIE-10-ES Diagnósticos, Ministerio de Sanidad y Consumo, enero 2020.

80 ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA: *Manual diagnóstico DSM-5*, cit., pp. 650 y ss.

81 O "como quiera vivirla" de acuerdo con lo señalado en la STEDH Pretty c/Reino Unido, núm. 2346/02, de 29 abril 2004 (Tol 9091729).

82 STS 17 septiembre 2019 (Tol 7504191).

que estimó la autodeterminación como la posibilidad de ser protagonista de la propia existencia, de adoptar las decisiones más trascendentes que marcan el curso vital, según los propios deseos, sentimientos y aptitudes, en la medida en que quepa satisfacerlos. A su vez, la STS 6 mayo 2021⁸³, también anterior a la reforma, entendió que, en congruencia con ello, “a las personas que sufren deficiencias físicas o psíquicas no se les puede privar injustificadamente de la facultad de adoptar decisiones propias, de ser autónomos de elegir la forma en la que desean vivir en coherencia con sus creencias y valores”.

Todo ello, de conformidad con el principio de autonomía, auspicia la idea central de la reforma -introducida por la Ley 8/2021- de apoyo a estas personas en la asunción de sus propias decisiones libres de abusos o influencias indebidas. Pero ello no significa tomar la mejor decisión para la persona con discapacidad, sino permitir que la persona tome su propia decisión, aunque no sea la mejor o no conlleve a la consecución de su mejor interés⁸⁴.

Apoyos que no sustituyen su voluntad. Porque ningún apoyo puede/debe sustituir la voluntad del apoyado que debiera ser soberana, tan sólo podrá/deberá ayudar a la persona en la asunción de sus propias decisiones libre de abusos, influencias indebidas o conflictos de intereses. Apoyos, en consecuencia, que atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. Apoyos que deben ser excepcionales y proporcionados, preferiblemente informales, consentidos y propuestos por la persona afectada (es la persona con discapacidad la que determina quién y cómo se le van a prestar apoyos, si los necesita, con respeto a su voluntad y preferencias)⁸⁵. Apoyos que, pese a lo antedicho, pueden llegar incluso, a la representación en la toma de decisiones, mediante la curatela representativa. Y aunque el art. 12 Convención “proscribe totalmente cualquier decisión de autoridad que elimine o limite la capacidad jurídica de las personas adultas”⁸⁶, la curatela representativa no es sino una medida que limita y a veces elimina el ejercicio de la capacidad jurídica por mucho que se trate de una medida

83 STS 6 mayo 2021 (Tol 8431634).

84 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 AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J. R. DE VERDA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 23-55, en p. 51, para quien “la cláusula general del interés superior de la persona con discapacidad ha sido el instrumento para tomar decisiones que responden al interés de sus familiares o al interés de una comunidad, especialmente en los casos en que se trataba ‘proteger’ los bienes de la persona, en beneficio exclusivo de los propios herederos, o en los que se prohibía la realización de un acto personal (matrimonio), por suponer que la persona estaba engañada o equivocada, o en todos los casos en que se impedía la realización de un testamento, por encontrarse en una condición vulnerable. En todos estos casos, es muy difícil establecer qué es lo que realmente interesa a la persona, y en muchos casos no se ha tomado una decisión que le permita desarrollar y desenvolver su personalidad, sino una que permita el mejor acomodo posible de todas las partes implicadas”.

85 Así pues, la provisión de apoyos judiciales deja de tener un carácter preferente y se supedita a la ausencia o insuficiencia de las medidas previstas por el propio interesado (art. 269 CC).

86 GARCÍA RUBIO, M. P.: “Presentación del monográfico”, en AA.VV.: *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico* (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO), *La Ley Derecho de Familia*, núm. 31, julio-septiembre de 2021, p. 4.

de apoyo personalizada, flexible y excepcional ex art. 269.3 CC a la que se le ha cambiado la denominación pero no -o no tanto-, en líneas generales, el contenido de la antigua tutela⁸⁷

Por otra parte, hay que atender al hecho de que hay enfermedades y deficiencias que comprometen la aptitud natural de entender y querer de quienes las padecen⁸⁸ y su voluntad. En consecuencia, los actos y negocios jurídicos que pretenden adoptar estas personas pueden atentar a su interés personal y patrimonial. Por ello, como pone de relieve la STS 8 septiembre 2021⁸⁹ las medidas de apoyo excepcionales tendrán lugar “cuando la discapacidad repercuta directamente en la capacidad de tomar decisiones, cuando afecte a la autodeterminación, con frecuencia por haber quedado afectada gravemente la propia consciencia, presupuesto de cualquier juicio prudencial ínsito al autogobierno, o, incluso, en otros casos, a la voluntad”⁹⁰.

Para estos supuestos, la STS 12 junio 2024⁹¹ señala que la provisión judicial de apoyos que suponga una curatela y la determinación de su contenido, sigue siendo un “traje a medida” en el que el juez ha de valorar las concretas necesidades de la persona, a la vista de su discapacidad y de su situación vital y, teniendo en cuenta su voluntad, deseos y preferencias, adoptar las medidas más apropiadas para esa persona y en ese momento de su vida; que ahora más que nunca hay que huir de un juicio estandarizado y hay que personalizarlo al máximo en relación con la persona concreta.

Hasta aquí, es coherente este planteamiento con la protección a las personas con discapacidad que afecta tanto a los aspectos personales de cuidado y asistencia como patrimoniales intervivos y mortis causa.

Al mismo tiempo, este planteamiento también se extendió al caso de algunas actuaciones relacionadas con la Administración de Justicia. Me refiero al caso de personas que padecen enfermedades que se manifiestan en un comportamiento querulante. Como ya hemos expuesto, las personas querulantes denuncian y se ofenden con independencia de la magnitud o frecuencia de la ofensa recibida y tienen dificultades para discriminar la importancia e intensidad del agravio que miden de manera subjetiva, esto es, por el grado de lesión de su dignidad personal.

En estos casos, la jurisprudencia ha optado por establecer una curatela asistencial en el ámbito de la salud y complementadora en lo relativo al ejercicio de

87 Vid. al respecto, ESTELLÉS PERALTA P. M.: “Imposición de medidas de apoyo e interés superior versus la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad. Comentario a la STS 1143/2024, de 18 de septiembre (ROJ 4400/2024)”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 39, 2025, pp. 656-673.

88 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La guarda de hecho”, cit., en p. 108.

89 STS 8 septiembre 2021 (Tol 8585229).

90 Asimismo, SAP Madrid 20 diciembre 2021 (Tol 8794206).

91 STS 12 junio 2024 (Tol 10075613).

acciones judiciales, supeditando la posibilidad de iniciar procedimientos judiciales, al consentimiento del curador.

En relación con ello, la STS 12 junio 2024 (Tol 10075613) contempló el supuesto de una persona de sesenta años, que vivía sola, padecía “un trastorno psicótico, con síntomas propios de un trastorno de afectividad” y tenía “ideas delirantes paranoicas”, que guardaban “relación con la herencia de sus padres, cuya honra y patrimonio pretendía restituir”, habiendo “presentado más de ochenta denuncias”. Sin embargo, esta persona mantenía “autonomía para comer, lavarse, vestirse, cocinar..., sin presentar limitaciones físicas para llevar a cabo correctamente las actividades básicas de la vida diaria, si bien, al no tener conciencia de su enfermedad” precisaba “de supervisión en el ámbito de la salud” a fin de que pudiera ser tratada de los trastornos que padecía. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación afirmando que “la provisión judicial de apoyos mediante una curatela exige un juicio o valoración sobre la necesidad de la medida, para lo cual habrá que evaluar el impacto que la discapacidad provoca en la vida de esa persona y en qué medida precisa de un apoyo”, y ponderada dicha circunstancia, concluye que “no tiene sentido constituir una curatela que afecte a todos los actos de la vida de esta persona, tanto en el ámbito personal, como patrimonial”, considerando que la “medida de apoyo acordada, por su contenido, no es proporcional con las necesidades provocadas por los trastornos psíquicos que sufre”. Por ello, se limita a establecer una curatela estrictamente “asistencial” en el ámbito de la salud, con posibilidad de “extenderse a la representación cuando sea necesario para asegurar la prestación de la asistencia médico-psiquiátrica” y complementadora en el estricto campo del “ejercicio de la facultad de denunciar y de emprender acciones judiciales”, para cuya presentación precisará la recurrente “la autorización del curador”.

Entiende, pues, nuestro Tribunal Supremo, que la persona querulante precisa de apoyo para el ejercicio de la facultad de denunciar y de emprender acciones judiciales, que palie y encauce las ideas obsesivas sobre la herencia de sus padres, que le ha llevado a una presentación masiva de denuncias. Así pues, establece que, para la presentación de estas denuncias u otras acciones judiciales, se precise la autorización del curador.

Por otra parte, la jurisprudencia menor ya con anterioridad estableció una curatela representativa para la tramitación de denuncias en la SAP Huesca 24 marzo 2022⁹². Igualmente, la SAP Valladolid 7 diciembre 2021⁹³ constituyó una curatela representativa respecto de persona que presentaba “un trastorno delirante de tipo persecutorio de larga evolución sin conciencia de enfermedad ni tratamiento

⁹² SAP Huesca 24 marzo 2022 (Tol 9412381).

⁹³ SAP Valladolid 7 diciembre 2021 (Tol 8831538).

de carácter persistente”, que proyectaba como monotema sobre políticos y profesionales del sistema judicial, contra los que presentaba denuncias, “fruto de sus ideas persecutorias”. La citada SAP Valladolid 7 diciembre 2021, admite que las medidas asistenciales (proporcionadas y respetando la máxima autonomía de la persona), pueden adoptarse aun en contra de la voluntad del interesado, porque el trastorno que provoca la situación de necesidad le impide tener una conciencia clara de su situación tal como sucede en el supuesto enjuiciado. Y que el juez no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad, pero no determina que haya que seguirse siempre el dictado de esa voluntad manifestada por el afectado. Así pues, la Audiencia fijó como objeto de la curatela el ámbito de la salud, esta persona se negaba “a la ingesta de la medicación prescrita que podría aliviar su idea delirante”, así como a los “ámbitos administrativo y judicial respecto a la presentación de escritos, reclamaciones, quejas, denuncias, querellas o cualesquiera otros escritos de naturaleza similar por su estrecha vinculación con sus ideas delirantes”. Excluyó, en cambio, la adopción de medidas de apoyo respecto del ámbito patrimonial, por no existir “prueba concluyente de que su situación de discapacidad influya o pueda hacerlo sobre su independencia económica”, constando que “desde siempre se ha ocupado personalmente de sus cuestiones patrimoniales sin que exista una prueba de que su trastorno delirante de tipo persecutorio pueda afectar a la gestión de tales cuestiones” y tampoco “consta que disponga de un especial patrimonio que pueda estar en situación de riesgo pues vive en alquiler y carece de ingresos por falta de ocupación laboral”. Es decir, ello no resultaba contrario a su interés superior y particular pues estas acciones judiciales no perjudicaban su patrimonio personal, luego estas medidas que no perjudican el patrimonio personal del paranoide querulante si no se adoptan por su interés particular, para proteger su patrimonio de sí mismo, ¿se adoptan para proteger el interés general o exactamente para qué?

Desgraciadamente, el Tribunal Supremo no nos da ninguna pista sobre la *ratio decidendi* de esta solución. Tampoco las Audiencia Provinciales.

Estamos analizando si se debe proteger la autonomía y la voluntad de la persona con discapacidad, porque estas personas gozan, en principio de plena capacidad -antes de obrar- (también procesal) para comparecer en juicio y defender sus propios intereses; luego, ¿dónde queda el derecho a adoptar decisiones que otros puedan entender como “erróneas”, porque ello es acorde a sus deseos y preferencias? Y, sin embargo, la posibilidad de adoptar decisiones, asumir riesgos, por ende, de equivocarnos, es una manifestación del derecho a la autodeterminación, a la autonomía personal, a la propia decisión independiente -sin aprobaciones ni autorizaciones de terceros- de todas las personas y, también, debiera ser de las personas con discapacidad ¿o no siempre?

Todos nos equivocamos, ya lo afirmábamos *supra*, pero la cuestión es que hay momentos en la vida en que somos capaces de advertir nuestros errores y otros en que no, porque nos falta esa capacidad de entendimiento y análisis.

Así pues, hay que atender al hecho de que hay enfermedades que comprometen la aptitud natural de entender y querer de quienes las padecen y su voluntad. Y que los actos y negocios jurídicos que pretenden adoptar estas personas, también las acciones judiciales, aún de acuerdo con sus preferencias, pueden perjudicar tanto a los terceros como a sus propios intereses personales y patrimoniales.

En estos casos, la jurisprudencia se inclina por permitir un desplazamiento del principio de la voluntad, deseos y preferencias, aunque de manera excepcional y restrictiva⁹⁴. No obstante, hemos de atender al hecho de que nuestros tribunales restringen el acceso a la justicia en los casos de comportamiento querulante, cuando incluso no exista un perjuicio del propio interés de la persona denunciante o querellante, por entender que este comportamiento no es libre ni plenamente consciente.

Así pues, sólo cuando quede probado que la persona con discapacidad mental o intelectual ha actuado consciente y libremente su voluntad real debe ser atendida de lo contrario con el fin de protegerla incluso de sí misma, estaríamos desplazando o prescindiendo de su voluntad y preferencias y por tanto, de su autonomía e independencia.

94 SSTS 19 octubre 2021, 2 noviembre 2021 y 21 diciembre 2021.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERT MÁRQUEZ, M.: "El derecho a comprender el derecho y el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por M. PEREÑA VICENTE y M^a. del M. HERAS HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 185-218.

ÁLVAREZ GARCÍA, H.: "La dimensión constitucional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar. De la sustitución de la voluntad al apoyo en la toma de decisiones* (dir. por J. MEDINA MORCILLO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 21-39.

ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA: *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales DSM-5*, Ed. Médica Panamericana, Madrid, 2014.

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 AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J. R. DE VERDA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 23-55.

BIEL PORTERO, I.: *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CALAZA LÓPEZ, S.: "Incógnitas procesales persistentes en el nuevo escenario sustantivo de la discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 3, julio-septiembre, 2022, pp. 53-85.

CASANUEVA SANZ, I. y BENITO SÁNCHEZ, D.: "La persona con discapacidad intelectual en el derecho penal español a la luz de las exigencias de la Unión Europea", en AA.VV.: *Treinta años de la Unión Europea. Una visión desde el derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 113-142.

CASANUEVA SANZ, I. y BENITO SÁNCHEZ, D.: "Los trastornos mentales y sus efectos en la responsabilidad penal: el juego patológico", en AA.VV.: *El sistema penal y los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 59-105.

CASANUEVA SANZ, I.: "Las repercusiones de la psicopatía en la imputabilidad. Un análisis de la jurisprudencia y una propuesta de aplicación en el Derecho Penal español", *Revista CAP Jurídica Central*, 8, 2021, pp. 81 y ss.

CASANUEVA SANZ, I.: "El trastorno antisocial de la personalidad y/o la psicopatía: su repercusión en la imputabilidad. Análisis jurisprudencial y propuesta de

aplicación", en AA.VV.: *Sistema penal y exclusión social*, (coord. por D. BENITO y J. GÓMEZ), Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 52 y ss.

CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C.: "Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil", en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J. R. DE VERDA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 657-696.

CIE-I0-ES Diagnósticos, Ministerio de Sanidad y Consumo, enero 2020.

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

DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, I.: "Comentario al art. 7 bis LEC", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1125-1132.

DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: "Sobre el concepto jurídico de persona con discapacidad y la noción de apoyos necesarios", *Revista Española de Discapacidad*, 4 (2), 2016, pp. 81-99.

DE LORENZO, R. y PALACIOS, A.: "Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional", en AA.VV.: *Los derechos de las personas con discapacidad. vol. I Aspectos jurídicos* (dir. por J. LAORDEN), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

DE LUCCHI-LÓPEZ TAPIA, Y.: "El servicio de facilitación judicial como pieza clave para la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad", *La Ley, Actualidad Civil*, núm. 9, Sección Persona y derechos, septiembre 2022, pp. 1-25.

DE SALAS MURILLO, S.: "¿Existe un derecho a no recibir apoyos?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 780, 2020, pp. 2227-2268, en pp. 227 y ss., y

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad", en *El nuevo sistema de apoyo a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 81-124.

DELGADO MARTÍN, J.: "El acceso a la justicia penal de las personas con discapacidad: reforma 2023 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", *La Ley*, núm. 10435, Sección Tribuna, 29 de enero de 2024.

ESTELLÉS PERALTA P. M.: "Imposición de medidas de apoyo e interés superior versus la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad. Comentario a la STS 1143/2024, de 18 de septiembre (ROJ 4400/2024)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 39, 2025, pp. 656-673.

GARCÍA RUBIO, M. P.: "Presentación del monográfico", en AA.VV.: *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico* (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO), *La Ley Derecho de Familia*, núm. 31, julio-septiembre de 2021, p. 4.

GARCÍA RUBIO, M. P.: "Notas sobre el propósito y el significado del Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", en AA.VV.: *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 39-62.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Las grandes líneas del nuevo sistema de apoyos regulado en el Código Civil Español", en AA.VV.: *Nuevos sistemas de apoyo a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 21 y ss.

ITURRI GÁRATE, J.: "Concepto jurídico de discapacidad", *Anales de Derecho y Discapacidad*, 6, 2021.

MARÍN CALERO, C.: *La integración de las personas con discapacidad en el Derecho Civil. Una crítica constructiva a la Ley 8/2021*, Aferre, Barcelona, 2022, pp. 103 y ss.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?", en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO), Bosch, Madrid, 2021, pp. 118-119.

MONTOYA MEDINA, D.: "Discapacidad y género: el reto del empleo", en AA.VV.: *Medidas para la inserción laboral de mujeres con discapacidad* (dir. por D. MONTOYA MEDINA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 29-92.

PACHECO JIMÉNEZ, M. N.: "Del tradicional procedimiento de incapacitación a la modificación judicial de la capacidad de obrar y la alternativa del sistema de apoyos", en AA.VV.: *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar. De la sustitución de la voluntad al apoyo en la toma de decisiones* (dir. por J. MORCILLO MORENO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 39-58.

PEREÑA VICENTE, M.: "Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la ley 8/2021, de 2 de junio", en AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, (dir. por M. PEREÑA VICENTE y M del M. HERAS HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, 2022, pp. 125-159.

PEREÑA VICENTE, M.: "La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad", en AA.VV.: *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (dir. por M. PEREÑA VICENTE), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 119- 141.

QUIJADA GONZÁLEZ, C.: "El acceso a la justicia de las personas con discapacidad intelectual. Su derecho a entender y ser entendidas", en AA.VV.: *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar. De la sustitución de la voluntad al apoyo en la toma de decisiones* (dir. por J. MORCILLO MORENO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 83-94.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: "Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, núm. 5, octubre-diciembre 2020.

SANCHO GARGALLO, I.: *Incapacitación y tutela (conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 37 y ss.

SEGARRA ECHEBARRÍA, R., EGUILUZ URUCHURTU, I., GUADILLA FERNÁNDEZ, M. L. y ERROTETA PALACIO, J. M.: "Psicopatología de la afectividad", en AA.VV.: *Introducción a la psicopatología*, (dir. por EGUÍLUZ URUCHURTU, I. y SEGARRA ECHEBARRÍA, R.), Ars Médica, Barcelona, 2005, pp. 167 y ss.

TORIBIOS FUENTES, F.: "Comentarios al art. 7 LEC", en AA.VV.: "Comentario al art. 7 bis LEC", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1119-1125.

EL SISTEMA DE APOYOS PARA EL EJERCICIO DE LA
CAPACIDAD JURÍDICA EN LA LEY ARAGONESA 3/2024, DE
13 DE JUNIO*

*THE SYSTEM OF SUPPORT FOR THE EXERCISE OF LEGAL
CAPACITY IN ARAGONESE LAW 3/2024, OF JUNE 13*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 112-133

* Trabajo realizado en el marco del Grupo S15_R20 de Investigación y Desarrollo del Derecho civil aragonés, reconocido y financiado por el Gobierno de Aragón.

Aurora LÓPEZ
AZCONA

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

RESUMEN: La aprobación de la Ley 3/2024, de 13 de junio ha supuesto una reforma sustancial del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Esta modificación responde a la necesidad de adecuar el Ordenamiento aragonés a los postulados de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, adoptando un modelo que sustituye el esquema tradicional de incapacitación por un sistema muy flexible de apoyos, basado, ante todo, en el respeto a la autonomía y la voluntad de las personas con discapacidad, pero sin olvidar su dignidad, derechos e intereses. Este trabajo se dedica, en concreto, a ofrecer una panorámica general de las concretas medidas de apoyo que lo integran, esto es, el mandato de apoyo, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

PALABRAS CLAVE: Personas con discapacidad; capacidad jurídica; ejercicio de la capacidad jurídica; apoyos; Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; Derecho aragonés.

ABSTRACT: The Law 3/2024, of 13 June, has implied a significant reform to the Code of Foral Law of Aragón regarding the legal capacity of persons with disabilities. This amendment responds to the need to adapt Aragonese law to the principles of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities of 2006, adopting a model that replaces the traditional incapacitation scheme with a more flexible system of support. This new model prioritizes respect for the autonomy and will of persons with disabilities, while ensuring the protection of their dignity, rights and interests. This paper is dedicated to examining of the specific measures that make up the new support system, in this order, the support mandate, de facto guardianship, curatorship and legal guardianship.

KEY WORDS: Persons with disabilities; legal capacity; exercise of legal capacity; support measures; United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities; Aragonese Law.

SUMARIO.- I. PREVIO. II. EL NUEVO SISTEMA DE APOYOS RESULTANTE DE LA REFORMA. 1. Régimen general. 2. Medidas voluntarias de apoyo: el mandato de apoyo. 3. Disposiciones voluntarias sobre curatela. 4. La guarda de hecho. 5. Medidas judiciales de apoyo. A) *La curatela*. B) *El defensor judicial*.

I. PREVIO.

Interesa en estas líneas ofrecer una lectura, desde mi personal visión como Vocal de la Comisión Aragonesa de Derecho civil¹ de la importante modificación de que ha sido objeto el Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA) en materia de discapacidad por la Ley 3/2024, de 13 de junio.

No obstante, con carácter previo, y al objeto de su debida contextualización, importa recordar que la Comunidad Autónoma de Aragón cuenta desde la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona (en adelante, LDp), con un régimen completo sobre capacidad por razón de discapacidad e instituciones tutelares, ahora medidas de apoyo. Junto a Aragón, solo Cataluña lo tiene, en vías de actualización en estos momentos, mediante un Proyecto de Ley de modificación del Código civil de Cataluña en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas. en fase de tramitación parlamentaria a fecha de hoy².

Sucede, sin embargo, que el régimen aragonés atinente a la discapacidad necesitaba una profunda revisión al objeto de su debida adecuación a la Convención de Naciones Unidas de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante, Convención NU 2006)³, pero también a las nuevas exigencias derivadas de la legislación procesal resultante de la reforma estatal operada por la Ley 5/2021, de 12 abril. A tal fin, el Gobierno de Aragón encomendó en 2022 a la Comisión aragonesa de Derecho civil la elaboración de un Anteproyecto de modificación del Código foral aragonés en materia de capacidad jurídica de las personas.

1 Eso sí, debidamente contrastada con la lectura que de la Ley 3/2024 han hecho mis compañeros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil en la obra colectiva *Reforma del Código del Derecho foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio) comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil* (coord. por BAUD LÓPEZ), Colex, Madrid, 2024.

2 El Proyecto de Ley de modificación del Código civil de Cataluña en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas puede consultarse en la siguiente URL: https://www.parlament.cat/ext/ftp=siap-cerca:expedient:::p15_num_expedient:200-00002/15.

3 Según consta en la propia Memoria justificativa del Anteproyecto, pp. 1-2 (URL: https://ecomisiones.cortesaragon.es/index.php?option=com_content&view=article&layout=edit&id=5635&Itemid=257).

• Aurora López Azcona

Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Zaragoza. Correo electrónico: correo electrónico: alopaz@unizar.es

Tal encargo se ha traducido en una reestructuración en profundidad de su Libro I (“Derecho de la persona”), al objeto fundamentalmente de deslindar el régimen concerniente a las personas con discapacidad del relativo a los menores de edad⁴ -que también ha sido modificado-, aunque sin renunciar a refundir en un Título previo las normas comunes a ambos regímenes. Pero también una revisión de sus Libros II (“Derecho de la familia”) y III (“Derecho de sucesiones por causa de muerte”), a fin de adecuar a la Convención NU 2006 aquellas previsiones que, vinculadas a ciertas instituciones familiares y sucesorias -entre otras, la capacidad para otorgar capítulos matrimoniales, para testar o para ser fiduciario- se refieren a la discapacidad. No así, en cambio del Libro IV, con una regulación muy fragmentaria sobre Derecho patrimonial.

A la par, la Comisión ha aprovechado para revisar aquellos preceptos del CDFA que en su día se vieron afectados por la aprobación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria (en adelante, LJV), así como aquellos otros sobre instrumentos públicos de protección de menores afectados por la reforma estatal del sistema de protección a la infancia y adolescencia operada el mismo año (LO 8/2015, de 22 de julio y Ley 26/2015, de 28 de julio).

La Comisión culminó su encargo en diciembre de 2023, entregando el texto articulado al Gobierno de Aragón que lo asumió como Proyecto de Ley, dándole traslado a las Cortes de Aragón en enero de 2024. Tras una tramitación muy rápida y con mínimas enmiendas, el Proyecto fue aprobado por unanimidad como Ley 3/2024 en el Pleno de las Cortes celebrado el 13 de junio, entrando en vigor el 15 de julio de 2024.

Una vez expuesto el contexto del que trae causa dicha Ley, interesa ahora ofrecer una panorámica general de las diversas medidas de apoyo que configuran el nuevo sistema aragonés y de las relaciones existentes entre ellas.

II. EL NUEVO SISTEMA DE APOYOS RESULTANTE DE LA REFORMA.

Tras la reforma operada en el CDFA por la Ley 3/2024, el sistema aragonés de apoyos se sigue articulando formalmente en torno a las mismas figuras que integraban el anterior sistema tutelar de menores y adultos con discapacidad, salvo la tutela y la autoridad familiar prorrogada y rehabilitada que han sido suprimidas. Ahora bien, por lo que se refiere a las personas con discapacidad, su naturaleza jurídica se ha visto alterada de modo acorde a las exigencias de la Convención NU 2006, por cuanto han pasado de ser instrumentos de protección a medidas

4 Como, igualmente, pone de relieve SERRANO GARCÍA, J.A.: “Capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *Reforma*, cit., p. 37.

de apoyo, a la par que han sido profundamente reformadas en lo que hace a su contenido.

El sistema de protección de menores sigue así pivotando en torno, de una parte, a la tutela ordinaria de los menores no emancipados, la curatela de los menores emancipados y el defensor judicial como instrumentos privados de protección; y de otra, a la tutela y guarda administrativa como instrumentos públicos de protección. Por su parte, el nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad se integra, conforme al siguiente orden no necesariamente excluyente, por las siguientes medidas: el mandato de apoyo, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial (art. 101 CDFA).

I. Régimen general.

Este nuevo esquema ha exigido una restructuración del Libro I del CDFA, al objeto de deslindar el tratamiento de las medidas de apoyo de los adultos con discapacidad y las instituciones tutelares de menores, pero no por ello se ha renunciado, para evitar duplicidades innecesarias, a incorporar una serie de normas de aplicación general a ambas.

Una lectura detenida de dicho régimen común revela que las medidas de apoyo a las personas con discapacidad conservan sus caracteres esenciales, tal y como fueron pergeñados en 2006 por la LDp, ahora enunciados en el art. 52 CDFA. En particular, su aptdo. 1 declara que las medidas judiciales de apoyo constituyen un deber, lo que significa que, en principio, es obligatorio su desempeño y que sólo se admite la excusa de su ejercicio en los casos legalmente tasados que no son otros que los del art. 125. Lo mismo puede decirse del mandato de apoyo, aunque de modo más matizado, ya que, si bien el mandatario queda obligado a su cumplimiento desde su aceptación (art. 169-3), se permite su renuncia, siempre que sea debidamente formalizada ante Notario y notificada fehacientemente al mandante, pero sin necesidad de alegar excusa alguna (art. 169-6.4º). Su aptdo. 2 les atribuye carácter personal, excluyendo la posibilidad de delegación, que no la de colaboración⁵. Como novedad, su aptdo. 3 se refiere al respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad como principio que ha de inspirar su ejercicio, si bien modulado por el de su interés objetivo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 37. Por último, según resulta de su aptdo. 4, otros caracteres de las medidas de apoyo son, de una parte, su sujeción al control judicial que regula detalladamente el art. 105; y, de otra, la gratuidad, a no ser que se ha establecido expresamente su remuneración conforme a las reglas del art. 109⁶.

⁵ Esta previsión se reitera por lo que hace al mandato de apoyo en el art. 169-4.3 CDFA.

⁶ El art. 109 CDFA mantiene, como en el régimen anterior, la posible remuneración por el desempeño de una medida de apoyo, siempre que así lo decida el propio interesado o sus progenitores en la delación voluntaria o, subsidiariamente, la Junta de Parientes o el Juez en cualquier momento. Ello salvo que

Asimismo, se mantienen sus dos principales modos de delación, clarificando que vienen referidos exclusivamente a la curatela, no así al defensor judicial que tiene su propio régimen, fruto de su naturaleza singular. El art. 103 CDFA atribuye así prioridad a las disposiciones voluntarias a realizar tanto por el propio interesado (art. 113) como por sus progenitores, siempre que sean titulares del ejercicio de la autoridad familiar o curadores con facultades de representación (art. 116). A falta de disposición voluntaria o para completarla, la curatela se defiende por resolución judicial, dando lugar a la delación dativa que es, por tanto, supletoria y complementaria de aquélla⁷. No obstante, para los mayores con discapacidad en situación de desamparo desaparece la delación legal, en coherencia con la supresión de la tutela automática referida a los mismos⁸.

En todo caso, el nombramiento del curador se sigue reservando al Juez, no así su toma de posesión que, de modo coherente, con la LJV, se atribuye al Letrado de la Administración de Justicia (art. 104). Su vigilancia y control sigue siendo, igualmente, competencia del Juez conjuntamente con el Ministerio Fiscal ex art. 105.

Permanecen también inalterados los derechos económicos reconocidos a los titulares de medidas de apoyo, esto es, el derecho a ser reembolsados de los gastos generados de su ejercicio -incluidos los derivados de la realización del inventario, prestación de fianza y medidas de vigilancia y control-, el de ser indemnizados por los daños sufridos sin su culpa en su ejercicio y el de ser remunerados, en su caso, por su desempeño (arts. 108 y 109). E igualmente el régimen de responsabilidad

su ejercicio corresponda a la entidad pública competente en materia de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad (aptdo. 3) o a los progenitores (art. 169-28-2 CDFA, referido a la curatela).

El mismo art. 109, en su aptdo. 1, condiciona su fijación a unos determinados criterios. Así, prevé que sólo podrá establecerse en la delación voluntaria siempre que el patrimonio de la persona protegida lo permita y con sujeción a un límite máximo -el 20% de los rendimientos líquidos de su patrimonio-. Cuando se fije por la Junta de Parientes o el Juez, habrá de atenderse a la dedicación que exija el ejercicio de la medida de apoyo. Por añadidura, permite novedosamente su fijación en especie en caso de convivencia del titular de la medida con la persona con discapacidad.

De cualquier modo, según prevé el art. 109.2, en caso de alteración sobrevinida de las circunstancias de la medida de apoyo dicha remuneración será susceptible de modificación e, incluso, extinción por la Junta de Parientes o el Juez.

- 7 Esta previsión relativa a la delación dativa debe completarse con lo dispuesto en el art. 121 CDFA que, en lo que hace a la curatela de las personas con discapacidad, como advierte ARBUÉS AISA, D.: "Normas comunes a las relaciones tutelares y medidas de apoyo", en AA.VV.: *Reforma*, cit., p. 170, ya no impone, a diferencia del anterior art. 116, un orden de preferencia, sino un listado de elegibles, entre los cuales se faculta al Juez para designar a quien estime más idóneo. Así, en su aptdo. 2 enuncia como posibles curadores los siguientes: el cónyuge o pareja de hecho, los progenitores, el guardador de hecho, el hijo o descendiente de mayor edad -de ser varios, se atribuye preferencia al que conviva con la persona con discapacidad-, la persona que haya sugerido el cónyuge o pareja de hecho en documento público, los padrastros, abuelos o hermanos mayores de edad, así como otros parientes y allegados, y la persona jurídica que cumpla los requisitos del art. 123.2 CDFA.
- 8 No obstante, el aptdo. 2 del nuevo art. 45-8 CDFA hace referencia, sin mayor precisión, a la posible situación de "riesgo o desamparo" en que pueda encontrarse un mayor con discapacidad para atribuir a la Administración la competencia en orden a la adopción de las "medidas de ayuda adecuadas para el ejercicio de sus derechos", incluidas las "medidas de apoyo que precise".

por los posibles daños que causen a la persona con discapacidad su actuación negligente (art. 110)⁹.

Por añadidura, este régimen general incluye tres disposiciones complementarias, dos de ellas referidas a la fianza e inventario (arts. 106 y 107) y la tercera dirigida a dotar de un sistema de publicidad adecuado a las medidas de apoyo (art. 111).

En particular, el art. 106 reproduce las previsiones contenidas en el antiguo 140 CDFA para imponer al curador la obligación de prestar fianza, no sin importantes novedades como son el condicionamiento de su imposición a la concurrencia de “circunstancias excepcionales”; el reconocimiento a la Junta de Parientes, además de al Juez, de competencia para exigir su cumplimiento, en coherencia con la filosofía de la Ley 3/2024 favorable a ampliar las funciones de dicho órgano en aras de una mayor desjudicialización en la materia¹⁰; y la exoneración de esta obligación a la entidad pública que ejerza la curatela.

Como obligación adicional, el art. 107 exige exclusivamente al curador que preste apoyos representativos la formalización de inventario de los bienes de la persona con discapacidad, de nuevo, con ciertos matices respecto del anterior art. 141: primero, la atribución al Letrado de la Administración de Justicia de la competencia para formalizar el inventario notarial, en coherencia con la LJV; segundo, la supresión del plazo de seis meses hasta ahora fijado *ex lege*, dejando su fijación al arbitrio del Notario o Letrado; y tercero, la incorporación de la previsión contenida en el art. 285.4 Cc relativa al necesario depósito de los bienes muebles de extraordinario valor. Con todo, de esta obligación han sido exonerados en el art. 169-28 los progenitores, salvo que la autoridad judicial, a instancia del propio hijo o del Ministerio Fiscal, decida lo contrario en atención a las “circunstancias concurrentes”.

Por su parte, el art. 111 pretende ofrecer una respuesta global, a la par que respetuosa con el Ordenamiento estatal, a las exigencias de publicidad derivadas de las vicisitudes que puedan experimentar las personas con discapacidad en lo que hace a su concreta necesidad de apoyos, teniendo presente el legislador aragonés que la competencia en materia de registros públicos atinentes al Derecho privado viene atribuida en exclusiva al Estado *ex art.* 149.1.8ª CE. De este modo, su aptdo. 1, de modo coherente con la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (arts. 4.10ª, 72.1, 73 y 77)¹¹, mantiene la previsión contenida en

9 Esta previsión se reitera en el art. 169-3 CDFA en relación con el mandato de apoyo.

10 De “intervención judicial mínima” habla GARCÍA VICENTE, F.: “La Comisión aragonesa. La tramitación. Principios informadores”, en AA.VV.: *Reforma*, cit., pp. 29-30.

11 Como, igualmente, constatan ORIA ALMUDÍ, J.: “Disposiciones voluntarias sobre la tutela o la curatela. Prioridad entre medidas de apoyo y su publicidad”, en AA.VV.: *Reforma*, cit., p. 99; y ZABALA GUADALUPE, C.: “La publicidad registral de las medidas de apoyo”, *Actualidad del Derecho en Aragón*, núm. 55, 2024, p. 17.

el CDFA desde la LDp relativa la debida inscripción en el registro individual de la persona con discapacidad del Registro civil tanto de las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre medidas de apoyo como de los poderes preventivos. Es más, por lo que hace a las medidas judiciales de apoyo, se precisa la concreta finalidad perseguida con su inscripción que no es otra que su oponibilidad *erga omnes*, a la par que se requiere que se tome constancia de su extensión y límites, en un planteamiento totalmente acorde con los artículos 72.I y 73 LRC¹². Adicionalmente, se ha considerado oportuno incluir por razones de seguridad jurídica¹³ un aptdo. 2 que, tomando como referencia el art. 242 bis Ley Hipotecaria y, además, con la debida prudencia, recomienda -que no impone: “procurará”¹⁴- a quien preste apoyos de carácter patrimonial instar la inscripción de los bienes y derechos de la persona con discapacidad, así como hacer constar la existencia de la medida de apoyo -siempre que esté en vigor- con las limitaciones dispositivas que conlleve¹⁵ en los “registros que corresponda”, entre ellos fundamentalmente el Registro de la Propiedad¹⁶; ello, además, “de acuerdo con su correspondiente normativa”.

2. Medidas voluntarias de apoyo: el mandato de apoyo.

Uno de los principales objetivos perseguidos por la reforma del CDFA de 2024 tiene que ver con la potenciación de las medidas voluntarias de apoyo, en un planteamiento coherente con el principio de respeto a la voluntad y preferencias de la Convención NU 2006, pero también con el principio *standum est chartae* que constituye uno de los principios tradicionalmente inspiradores del Derecho civil aragonés¹⁷.

De este modo, en el CDFA se ha configurado el mandato de apoyo -que no los poderes preventivos- como principal medida de apoyo¹⁸, siguiendo a tal fin la

12 Se trata así, de acuerdo con ORIA ALMUDÍ, J.: *Ibidem*, p. 99, de garantizar el correcto funcionamiento de la prioridad en el establecimiento de las medidas de apoyo.

13 Sin olvidar con ORIA ALMUDÍ, J.: *Ibidem*, p. 110, las indudables ventajas que ello puede reportar tanto a la persona con discapacidad como a quien presta las medidas de apoyo.

14 Como también destaca ORIA ALMUDÍ, J.: *Ibidem*, p. 101.

15 Según matiza ZABALA GUADALUPE, C.: “La publicidad”, cit., p. 17.

16 En cualquier caso, en interpretación de ORIA ALMUDÍ, J.: “Disposiciones voluntarias”, p. 103, tal expresión incluye cualesquiera registros jurídicos de bienes muebles e inmuebles, así como aquellos registros administrativos en los que la inscripción permita acreditar la titularidad de bienes o derechos, tales como el Registro de Propiedad Intelectual o el Registro de la Oficina Española de Patentes y Marcas.

17 Como también constatan CALATAYUD SIERRA, A.: “Mandatos de apoyo y poderes preventivos sin mandato”, en AA.VV.: *Reforma*, cit., p. 112; y BARREDA HERNÁNDEZ, A.: “Breve reseña de los aspectos más relevantes del nuevo sistema de apoyos en Aragón que delimitan su práctica diaria”, *Actualidad del Derecho en Aragón*, núm. 55, 2024, p. 19.

18 Coinciden en esta apreciación CALATAYUD SIERRA, A.: *Ibidem*, p. 122; y GRACIA DE VAL, M.C.: “El impacto de la reforma en la función notarial”, *Actualidad del Derecho en Aragón*, núm. 55, 2024, p. 16. De hecho, como señala el mismo CALATAYUD, *Ibidem*, p. 113, el mandato de apoyo es la única medida voluntaria de apoyo a que se ha dado entrada en el CDFA, a tenor de lo dispuesto en su art. 113.3 (quien no sea designado voluntariamente como mandatario será curador).

Recomendación del Consejo de Europa (2009) II sobre principios relativos a los poderes permanentes y directivas anticipadas relacionadas con la discapacidad¹⁹. Se trata de que una persona mayor de catorce años y con aptitud suficiente ex art. 40, en previsión de la “conurrencia de causas que dificulten el ejercicio de su capacidad jurídica”, encomiende a otra u otras mediante un contrato de mandato, general o especial, otorgado en escritura pública²⁰ la prestación de apoyo que pueda necesitar en el futuro para gestionar sus intereses personales y/o patrimoniales, con o sin poder de representación (art. 168)²¹. Adicionalmente, el mandante podrá establecer las medidas de control que estime oportunas, incluida la atribución de tal función a la Junta de Parientes (art. 169-5).

Con ello se pretende que el mandatario, a diferencia del mero apoderado²², quede obligado a cumplir los concretos apoyos que le encomiende el mandante, debiendo actuar, además, conforme a los límites del mandato (arts. 169-3 y 169-4.1).

No obstante, se mantiene la posibilidad de otorgar poderes preventivos, ya sean puros o con cláusula de subsistencia, por ser una práctica muy habitual y, además, porque resultan muy útiles a la hora de legitimar ciertas actuaciones representativas por parte del guardador de hecho²³. A tales poderes sin mandato se dedica un precepto específico, el art. 168-8, dirigido a regular sus aspectos más relevantes²⁴, no sin negarles expresamente la condición de medidas de apoyo.

A partir de ahí, se ha dotado a este mandato especial de un régimen jurídico muy detallado, tratando de resolver los principales problemas que pueda plantear su aplicación práctica.

Se determina así su inicio de eficacia como medida de apoyo. A tal fin se establece que el mandatario habrá de comparecer ante Notario con un dictamen pericial emitido por profesional especializado ya sea en el ámbito sanitario o social

19 Por lo demás, tal es la solución que adoptan en Derecho comparado los Códigos civiles francés -en que se ha inspirado parcialmente el legislador aragonés- y portugués.

20 El otorgamiento en escritura pública opera como requisito de validez, de acuerdo con CALATAYUD SIERRA, A.: “Mandatos”, cit., p. 120. Es más, como advierte el mismo autor, cualquier modificación de que sea objeto estará sujeta al mismo requisito formal.

21 Como advierte GRACIA DE VAL, M.C., “El impacto”, cit., p. 16, aquí se revela fundamental el papel del Notario encargado de otorgar la oportuna escritura pública, en cuanto habrá de asesorar debidamente a las partes del contrato en orden a la configuración de su concreto contenido, “debido adaptar las medidas a cada persona y su situación”.

22 Incide en esta idea CALATAYUD SIERRA, A.: “Mandatos”, cit., pp. 115-117.

23 Se expresa en términos similares GRACIA DE VAL, M.C.: “El impacto”, cit., p. 16.

24 En particular, el art. 169-8 CDFA fija el siguiente régimen especial para los poderes preventivos, a saber: que habrán de otorgarse en escritura pública, que deberán comunicarse al Registro Civil, que el Juez y Ministerio Fiscal podrán exigir al apoderado rendición de cuentas de su actuación, que el Juez podrá declarar su extinción total o parcial al constituir la curatela o posteriormente a instancia del curador y que, de otorgarse poder preventivo puro -esto es, sin cláusula de subsistencia-, su inicio de eficacia se registrará por lo dispuesto para el mandato de apoyo en el art. 169-1 CDFA.

en el que se declare la concurrencia de las causas que dificultan al mandante el ejercicio de su capacidad jurídica y que, por tanto, hacen necesario el apoyo. Complementariamente, se faculta al Notario para que entreviste al mandante y solicite pruebas complementarias. Una vez practicadas estas pruebas, si el Notario determina que concurren las circunstancias para el inicio de eficacia del mandato, levantará un acta a tal efecto (art. 169-I CDFJ)²⁵. El precepto se cierra con una previsión dirigida a proteger al tercero de buena fe que contrate con el mandatario, a saber: “autorizada el acta, se presumirá ante tercero de buena fe la vigencia del mandato”.

Se establecen sus condiciones de ejercicio, en particular, cuando sean varios los mandatarios (art. 169-4.2). Se da así prioridad a las previsiones que haya podido establecer al respecto el propio mandante. En su defecto, se opta por la regla de la actuación conjunta y en régimen de mayoría.

Complementariamente se consagra la regla de la ejecución personal del mandato, no sin introducir dos matices: primero, que sólo será posible la sustitución en el mandato si el mandante le ha otorgado facultad para ello, previsión esta ya formulada en el art. 191 en relación con los mandatos entre cónyuges y que, por lo demás, resulta coherente con el principio de respeto a la voluntad y preferencias; y segundo, que el mandatario, en todo caso, podrá contar con la colaboración de otras personas (art. 169-4.3).

Se regulan sus causas de extinción, distinguiendo a tal fin entre las que haya podido establecer el propio mandante a las que se otorga preferencia y las fijadas *ex lege* que entran en juego subsidiariamente (art. 169-6). En particular, como causas legales de extinción se han previsto las siguientes: 1ª.- La muerte o declaración de fallecimiento del mandante o mandatario. 2ª.- La revocación del mandato por el mandante en escritura pública. 3ª.- La renuncia del mandatario, eso sí, formalizada ante Notario y notificada fehacientemente al mandante. Además, si este se queda privado de apoyo, el mandatario quedará obligado a seguir actuando como tal hasta que se establezcan -entendiendo que judicialmente- otras medidas de apoyo. 4ª.- Por necesitar el propio mandatario medidas de apoyo que le impidan el adecuado ejercicio del mandato. 5ª.- La extinción declarada judicialmente para el caso de que la ejecución del mandato ponga en peligro los intereses del mandante. En tal caso, el Juez habrá de nombrar un curador.

Por último, se clarifica su relación con las medidas judiciales de apoyo que se ha resuelto dando preferencia al mandato de apoyo, salvo que el Juez considere que resulta insuficiente, inadecuado o no se está ejecutando eficazmente (art. 169-

25 Como matiza certeramente CALATAYUD SIERRA, A.: “Mandatos”, cit., pp. 124-125, la decisión del Notario al respecto podrá ser positiva o negativa.

7). Sólo en tal caso se adoptará una medida judicial complementaria o supletoria al mandato de apoyo. Además, se ha previsto que la existencia de un mandato de apoyo que abarque todos los apoyos necesarios excluye la guarda de hecho, que, no obstante, sí podrá existir respecto de aquellos apoyos no incluidos en el mandato y también cuando la persona con discapacidad se encuentre en “situación de desamparo”, expresión esta que quizá puede interpretarse en el sentido de falta de apoyo a causa del incumplimiento o del ejercicio inadecuado o imposible de las funciones que le han sido atribuidas al mandatario en el contrato de mandato (art. 169-10.1)²⁶.

3. Las disposiciones voluntarias sobre curatela.

Distintas del mandato de apoyo y, por extensión, de las medidas de apoyo son las disposiciones voluntarias sobre curatela a que se refieren los arts. 113 a 119 CDFA.

Bajo esta denominación se sigue facultando a los propios interesados a diseñar su régimen de curatela en previsión de que en un futuro haya de quedar sujetos a la misma (art. 113.1.1). Es más, novedosamente, aun estando ya sujetos a curatela, se les permite establecer disposiciones voluntarias sobre la misma, cara su ulterior revisión; ello siempre que su curatela no sea representativa y con la necesaria asistencia de su curador (art. 113.1.3).

De igual modo, se reconoce a los progenitores, siempre que tengan la titularidad y el ejercicio de la autoridad familiar o sean curadores con facultades de representación, la facultad de otorgar disposiciones voluntarias sobre la curatela de sus hijos con discapacidad para cuando llegue el día en que no puedan ocuparse de ellos o, en su caso, dejen de ser curadores por causa distinta a su remoción. Ahora bien, tales disposiciones otorgadas por los progenitores son subsidiarias de las de autocuratela, en cuanto lógicamente se otorga preferencia a esta, de ser incompatibles (art. 116).

El contenido de que se ha dotado en la reforma a estas disposiciones voluntarias -a formalizar necesariamente en instrumento público notarial- es muy amplio, toda vez que puede consistir, como hasta ahora, en designar o excluir a las personas que han de ejercer la función de curador -dejando al margen a la entidad pública- o dispensarles de ciertas causas de inhabilidad, pero también en fijar los requisitos que deben reunir o, incluso, delegar en otra persona su elección entre los que haya previamente designado o reúnan los requisitos fijados (art. 113.1.1 y 2).

²⁶ En cualquier caso, se trata de una interpretación personal, tomando como referencia la noción de desamparo referida a la tutela administrativa de menores en el art. 150.1 CDFA, en ausencia de una previsión específica al respecto.

Adicionalmente, podrán establecerse disposiciones tanto sobre el funcionamiento de la curatela como relativas a la persona y bienes (art. 114)²⁷.

En todo caso, en consonancia con el principio *standum est chartae*, el art. 119 atribuye, como regla, preferencia a tales disposiciones voluntarias, en cuanto vinculan al Juez que haya de constituir, en su caso, la curatela. Ahora bien, novedosamente -y aquí me permito manifestar mi discrepancia- se han incorporado dos salvedades adicionales a dicha vinculación como son la concurrencia de hechos relevantes no tenidos en cuenta en el momento de su otorgamiento y, tratándose disposiciones sobre la persona, la imposibilidad o dificultad extraordinaria en orden a su cumplimiento, a la vez se ha mantenido la referida a la alteración sustancial de las circunstancias -contemplada en el anterior art. 114- que, a mi juicio, era ya suficiente.

El régimen de las disposiciones voluntarias se complementa con dos previsiones ya recogidas en el régimen anterior; dirigidas, de una parte, a posibilitar la designación de una pluralidad de curadores (art. 117)²⁸; y de otra, a fijar unos criterios de resolución para el caso de que concurran varias disposiciones voluntarias incompatibles entre sí (art. 118)²⁹.

4. Guarda de hecho.

La Ley 3/2024 atribuye a la guarda de hecho la condición de medida de apoyo de las personas con discapacidad, principalmente a fin de garantizar la efectividad de uno de los principales principios inspiradores de la reforma del CDFA como es el de intervención mínima -como consta en su propio Preámbulo-, pero también con la pretensión de dar la debida respuesta a una realidad social innegable como es la de aquellas personas con discapacidad que reciben los apoyos necesarios de sus familiares más cercanos en su quehacer cotidiano, sin necesidad de nombramiento o formalización alguna³⁰. Es más, se le ha dotado de un régimen jurídico muy

27 El art. 114.1 CDFA precisa el contenido del anterior art. 108.1, permitiendo, entre otras, la inclusión de instrucciones sobre la vida personal, reglas sobre la gestión de los bienes, el establecimiento de órganos de fiscalización incluida la Junta de Parientes, la retribución del curador y la exclusión de la obligación de prestar fianza (aptdo. 1). Por añadidura, el mismo precepto, en su aptdo. 2, introduce una serie de importantes límites al mismo; en particular, impide -como hasta ahora- la exclusión del control judicial y del Ministerio Fiscal, pero, junto a ello, prohíbe liberar al curador de la formalización de inventario y rendición de cuentas, así como de su responsabilidad por los daños que por su actuación pueda causar a la persona sujeta a curatela y también dejar sin efecto las causas legales de remoción.

28 El art. 117 CDFA mantiene la posibilidad contemplada en el anterior art. 112 de designar a dos curadores para que actúen conjunta o solidariamente, si bien incorpora la regla de la actuación conjunta para el caso de que no se haya especificado la forma de actuación. Adicionalmente, incorpora la posibilidad de separar la curatela de la persona y bienes, así como la de designar un número indefinido de curadores para su actuación sucesiva.

29 El art. 118 CDFA reproduce, debidamente adaptados, los criterios de resolución del anterior art. 113, si bien con una previsión novedosa dirigida a resolver la hipótesis de que hayan sido designados varios sustitutos sucesivos, dando distinta solución según hayan sido designados o no en el mismo documento.

30 De acuerdo con BAYOD LÓPEZ, C.: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Reforma*, cit., pp. 139-141.

detallado, dirigido a garantizar su adecuado funcionamiento y, por lo demás, su correcto encaje en el nuevo sistema de apoyos, lo que bien permite calificarla de medida legal de apoyo³¹.

Se ha incorporado así al CDFA una noción legal de la que resulta su configuración como medida de apoyo sin investidura formal, permanente -que ya no transitoria- y autosuficiente. En particular, el art. 169-9 define al guardador de hecho como “la persona física o jurídica que por iniciativa propia presta los apoyos precisos a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica con ánimo de permanencia”. Tal definición se completa con lo dispuesto en el art. 169-11 que da cobertura legal a una práctica muy habitual como es la guarda de hecho plural, en particular, a la ejercida por ambos progenitores respecto de sus hijos mayores o por varios hermanos respecto de sus progenitores o hermanos (aptdo. 1), articulando unas reglas de actuación a tal efecto (aptdos. 2 y 3).

Igualmente, es reseñable la inclusión de unas pautas para clarificar su relación con las demás medidas de apoyo, ya sean voluntarias o judiciales. En particular, según prevé el art. 169-10.1 y 2, la guarda de hecho queda excluida si hay mandato de apoyo o curatela, salvo que el mandato no cubra todos los apoyos necesarios o la persona con discapacidad se encuentre en situación de desamparo. No obstante lo anterior, el mismo precepto, en su aptdo. 3, formula una importante previsión dirigida a posibilitar al guardador su nombramiento como curador, cuando así lo solicite³².

Asimismo, cabe destacar el reforzamiento de su sistema probatorio³³, en cuanto se ha dado entrada a la declaración de notoriedad en acta notarial, junto a la declaración de la Junta de Parientes que ya se contemplaba en el régimen anterior. Ahora bien, en ambos casos se requiere que el acta notarial se haya otorgado en los dos años anteriores a la necesidad de acreditación. Ello sin perjuicio de que expresamente se permita su acreditación mediante cualquiera de los medios admitidos en Derecho y, en particular, probando ya sea haber ejercido la autoridad familiar de la persona con discapacidad, la convivencia en el mismo domicilio, el parentesco dentro del cuarto grado o la condición de cónyuge o pareja estable no casada. Por añadidura, se clarifica que no es necesaria la declaración judicial para acreditar su existencia (art. 169-13 CDFA), tratando así de evitar la práctica que se está consolidando al amparo del Cc³⁴.

31 Suscribo aquí la tesis de BAYOD LÓPEZ, C.: *Ibidem*, pp. 141-142 y 147.

32 Previsión que, igualmente, pone en valor BAYOD LÓPEZ, C.: *Ibidem* p. 147.

33 Como también destaca BAYOD LÓPEZ, C.: *Ibidem*, p. 149.

34 Como indica certeramente BAYOD LÓPEZ, C.: *Ibidem*, p. 154.

En cuanto al ámbito de actuación del guardador de hecho, se ha ampliado a todos aquellos actos en los cuales la persona con discapacidad pueda necesitar apoyo, en cualquiera de las modalidades contempladas por el art. 35. A partir de ahí, en función de su mayor o menor transcendencia se ha dado entrada a la autorización previa o, en su caso, aprobación posterior de la Junta de Parientes o Juez. De este modo, en el ámbito patrimonial se legitima al guardador para realizar actos de administración y de disposición de escasa relevancia, incluidas disposiciones pecuniarias para gastos ordinarios, así como gestionar prestaciones asistenciales en beneficio de la persona con discapacidad; y en el ámbito personal para asistirle en la toma de decisiones, en concreto, en lo que hace al consentimiento sanitario informado. Dentro de este limitado ámbito de actuación y para facilitar su actuación frente a terceros, se atribuye al guardador de hecho la representación legal -entiéndase, cuando haya de suplir la voluntad de la persona con discapacidad-, sin exigirle autorización o aprobación adicional alguna. Ahora bien, como novedad, cuando se requiera actuación representativa del guardador para llevar a cabo actuaciones que excedan de este ámbito -p.e. para enajenar o gravar un inmueble-, necesitará autorización previa o, en su caso, aprobación posterior de la Junta de Parientes o del Juez, con audiencia de la persona con discapacidad (art. 169-12).

Por último, se ha dado entrada a unas causas específicas de extinción de la guarda de hecho (art. 169-14), a saber: 1ª.- Que deje de ser necesaria la prestación del apoyo, causa que responde esencialmente al principio de temporalidad de las medidas de apoyo. 2ª.- Que el guardador deje de actuar como tal; ello sin perjuicio de que se imponga al guardador de hecho la obligación de comunicarlo a la autoridad judicial o la entidad pública competente en materia de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, salvo que le resulte imposible u otra persona asuma voluntariamente la guarda de hecho. 3ª.- Que la autoridad judicial lo estime conveniente -lo que podrá suceder p.e. cuando el ejercicio de la guarda de hecho resulte inadecuado o imposible-, a instancia de parte, en particular, del Ministerio Fiscal, de la persona con discapacidad o de aquél que se interese en ejercer el apoyo.

5. Medidas judiciales de apoyo.

El nuevo sistema aragonés de apoyos se cierra con dos medidas judiciales como son la curatela y el defensor judicial, en función de que la persona con discapacidad necesite apoyo continuado u ocasional, como hasta ahora. Se ha suprimido, no obstante, la tutela, por considerarla una figura excesivamente rígida y poco adaptada a los postulados de la Convención NU 2006.

A) La curatela.

En el nuevo sistema aragonés de apoyos la curatela se sigue configurando como una medida de carácter estable y recurrente³⁵, cuyo contenido específico habrá de determinar al Juez, en un planteamiento acorde con la doctrina jurisprudencial del “traje a medida”, atendiendo a las concretas necesidades de apoyo que la persona con discapacidad tenga en el ejercicio de su capacidad jurídica y, por tanto, de modo proporcional a las mismas (art. 169-15, en relación con art. 36 CDFA).

En cualquier caso, se ha atribuido a dicha medida judicial de apoyo carácter supletorio³⁶. En particular, respecto del mandato de apoyo, toda vez que, sólo cuando éste resulte insuficiente, inadecuado o no se esté ejecutando eficazmente, el Juez podrá constituir la curatela (art. 169-7, al que se remite el 169-16.2). Lo mismo puede decirse, en principio, respecto de la guarda de hecho, a tenor de lo dispuesto en el art. 169-16.1 (“podrá constituirse la curatela cuando la persona con discapacidad carezca de [...] guardador de hecho que le preste los apoyos precisos”). No obstante, aun existiendo y funcionando adecuadamente esta medida de apoyo, se ha previsto la posible constitución de la curatela a instancia de la persona con discapacidad, el propio guardador o el Ministerio Fiscal (art. 169-16.3, en relación con el art. 169-10.3).

A partir de ahí, el CDFA articula esta medida de apoyo de modo muy flexible, siguiendo el modelo anterior, toda vez que, en coherencia con la noción genérica de medidas de apoyo del art. 35, puede adoptar tres modalidades que, además, son compatibles entre sí: la curatela de comunicación y acompañamiento, la de asistencia y con facultades de representación (art. 169-19)³⁷.

De menor a mayor intensidad, el art. 169-20 contempla, en primer lugar, la curatela de comunicación y acompañamiento, a adoptar en caso de que la persona con discapacidad pueda conformar su voluntad por sí sola, pero tenga problemas de comunicación y/o comprensión. Dicha modalidad incluye dos submodalidades³⁸: de una parte, la de comunicación, cuando la persona presente problemas para manifestar su voluntad y necesite, por tanto, una persona para darla a conocer; y de otra, la de acompañamiento, cuando necesite apoyo para “la consideración de opciones y la comprensión de los actos jurídicos y de sus consecuencias”.

35 Coincide en esta interpretación ARBUÉS AISA, D.: “Normas”, cit., p. 178.

36 Se expresa en el mismo sentido ARBUÉS AISA, D.: *Idem*.

37 Esta solución se encuentra inspirada en la reforma de que fue objeto el Código civil suizo en 2008, en que se dio entrada a cuatro modalidades de curatela: la curatela de acompañamiento, la de cooperación, la de representación y gestión patrimonial y la de alcance general.

38 En palabras de ARBUÉS AISA, D.: “Normas”, cit., p. 170.

La curatela asistencial, tal y como dispone el art. 169-21, se dirige a prestar asistencia a la persona con discapacidad para la válida formación de su consentimiento. De ello resulta, por consiguiente, que el apoyo a prestar por el curador en tal caso opera como complemento de capacidad, de tal manera que, en defecto de asistencia, el acto a realizar por la persona con discapacidad adolecerá de anulabilidad³⁹. Es más, según precisa el art. 169-22 -inspirado en el art. 27, relativo al menor mayor de catorce años-, tal asistencia o aprobación requiere conocer el acto por parte del curador, valorar las preferencias de la persona a quien la presta, informarle de su transcendencia y considerarlo conforme a sus intereses. La asistencia puede ser expresa o tácita -incluida la mera presencia sin oposición- y tanto previa como simultánea al acto. En cualquier caso, no puede prestarse de forma genérica, pero sí concederse para una pluralidad de actos de igual naturaleza o referentes a una misma empresa, explotación económica, actividad o sociedad.

Por último, la curatela con facultades de representación sólo podrá adoptarse excepcionalmente para aquellos actos en los que la persona con discapacidad “no pueda determinar su voluntad, expresarla y actuar conforme a ella”, ni aun con asistencia (art. 169-23). En tales actos el curador decidirá “por” la persona con discapacidad, si bien con la preceptiva autorización de la Junta de Parientes o el Juez cuando se trate de alguno de los enunciados en los arts. 14 a 16 o, en su caso, con su aprobación ulterior; de tratarse de la división de una cosa común (art. 169-4).

En lo que hace al régimen jurídico de la curatela en cualquiera de sus modalidades, es de destacar la articulación de una curatela especial de los progenitores, en sustitución de la prórroga o rehabilitación de la autoridad familiar⁴⁰, en cuanto que el art. 169-28.I les exonera de ciertas obligaciones a que están sujetos los demás curadores, en particular, de las obligaciones de prestar información periódica y formalizar inventario a que se refieren respectivamente los arts. 105 y 107. No así de la rendir la cuenta general de su gestión una vez cesen sus funciones. Por añadidura, para el caso de que sean curadores representativos se limita la exigencia de autorización o aprobación de la Junta de Parientes o el Juez a aquellos actos en que la necesitarían si el hijo fuese menor de 14 años esto es, los enunciados en los artículos 14, 15 y 17; no así, en cambio, los previstos en el artículo 16 en cuanto vienen referidos exclusivamente al tutor. Con todo, en atención a las circunstancias concurrentes, se faculta al Juez, a la hora de constituir la curatela,

39 No obstante, con ARBUÉS AÍSA, D.: *Ibidem*, p. 180, no cabe descartar la posible intervención judicial ex art. 45-9 CDFA, en caso de que la falta de asistencia resulte perjudicial o abusiva a la persona con discapacidad.

40 Como se indica en el Preámbulo Ley 3/2024, con esta modalidad especial de curatela “se trata de poner en valor el apoyo desinteresado que los progenitores, a lo largo de toda su vida, prestar a sus hijos con discapacidad”. Nótese, por lo demás, que esta opción legislativa ha sido acogida favorablemente por los operadores jurídicos (BARREDA HERNÁNDEZ, A.: “Breve reseña”, cit., p. 18; y GIL GALINDO, M.: “Modificación”, cit., p. 15).

a modificar o excluir la aplicación de este régimen especial, si así lo solicita el Ministerio Fiscal o el propio interesado (art. 169-28. 2). Es más, tratando de facilitar el ejercicio de la curatela atribuida a otros familiares próximos, el art. 169-28.3 permite extender este régimen especial al cónyuge o conviviente, descendiente o hermano nombrado curador, eso sí, siempre que así lo decida el Juez.

Otra novedad reseñable tiene que ver con la imposición *ex lege* al curador, más allá de las concretas funciones de apoyo que le hayan sido atribuidas judicialmente, de un deber de comunicación con la persona con discapacidad a la que presta apoyo. Así, el art. 169-17 establece que el curador mantendrá un contacto permanente con la persona a la que preste apoyo, estando obligado a visitarla al menos una vez al mes o, en su caso, con la periodicidad que el Juez estime conveniente.

Junto a ello, en el art. 169-26 se establecen unas reglas de funcionamiento para la curatela plural, esto es, para el caso de que el Juez nombre varios curadores, ya sea para modalidades distintas -p.e. uno que asista y otro que represente- o para la misma modalidad -p.e. en una curatela con facultades de representación, uno para el ámbito personal y otro para el patrimonial-, en cuyo caso habrá de determinar su forma de actuación solidaria o mancomunada. Tales reglas son las siguientes: 1ª.- De haberse establecido una curatela mancomunada, las posibles divergencias entre los curadores se resolverán acudiendo la Junta de Parientes o el Juez, salvo que sean reiteradas, en cuyo caso éste último podrá modificar la curatela temporalmente, redistribuyendo las funciones. 2ª.- De haberse nombrado curadores distintos para la persona y los bienes, ambos mantienen su ámbito de actuación independiente, pero el segundo habrá de proporcionar al primero los recursos necesarios para el cumplimiento de su función. 3ª.- De cesar uno de los curadores, habrá de designarse uno nuevo, salvo que se ha previsto judicialmente otra solución.

Por añadidura, el artículo 169-27 da solución a la posible existencia de impedimentos transitorios en el ejercicio de la curatela ("para actuar en un caso concreto"). Según resulta de la lectura de dicho precepto, tratándose de una curatela plural y siempre que los curadores tengan las mismas funciones atribuidas, el apoyo habrá de prestarlo lógicamente aquél que no esté afectado por el impedimento. En otro caso, corresponderá prestar el apoyo a la Junta de Parientes o, en su caso, a un defensor judicial nombrado a tal efecto. Es más, si la Junta ha de actuar en representación de la persona sometida a curatela y el acto requiere autorización o aprobación, está habrá de ser judicial. Sólo en caso de que tal impedimento se prolongue o reitere en el tiempo, se faculta a la autoridad judicial bien a reorganizar el funcionamiento de curatela o a nombrar a un nuevo curador, a fin de garantizar a la persona con discapacidad el apoyo continuado que necesita,

habiéndose de nombrar entre tanto un defensor judicial para que le preste apoyo puntualmente, tal y como resulta de la dicción del artículo 16.b.

El régimen de la curatela se cierra con un precepto de nuevo cuño, el art. 169-29 CDFA, dirigido a fijar las causas específicas de extinción de la curatela. De su lectura resulta que la curatela se extingue bien de forma automática por la muerte -o, añádase, la declaración de fallecimiento-⁴¹ de la persona con discapacidad sujeta a la misma, bien cuando ya no sea necesaria o se adopte otra medida de apoyo más adecuada, en cuyo caso hará falta una resolución judicial *ad hoc*. Esta última previsión debe ponerse en relación con el art. 169-18, relativo a la necesaria revisión de las curatelas cada tres años o, en su caso, en el plazo superior que determine el Juez. En cualquier caso, una vez extinguida la curatela por cualquiera de las causas enunciadas o, incluso, de cesar el curador con anterioridad a su extinción, se le impone, como al antiguo tutor, la obligación de rendir la cuenta general de su gestión, siempre que haya prestado apoyo asistencial y/o representativo (art. 169-30).

B) *El defensor judicial.*

El sistema aragonés de apoyos a las personas con discapacidad incluye una segunda medida judicial como es el defensor judicial, reservándole como hasta ahora el papel de prestar apoyo puntual -en particular, de tipo asistencial o representativo- a las personas con discapacidad en suplencia de quienes lo presten habitualmente, ya sea el mandatario de apoyo, el curador o, incluso, el guardador de hecho⁴². Dicha figura preserva así sus rasgos característicos, tal y como fueron pergeñados por la LDp, como son, de una parte, la transitoriedad, en cuanto su intervención se produce para un asunto concreto, de la cual deberá rendir cuentas una vez finalizada ante el Letrado de la Administración de Justicia (art. 129-2-I CDFA, en relación con el art. 32 LJV); y de otra, la supletoriedad, por cuanto viene a sustituir a la persona a quien corresponde ejercer habitualmente la función de apoyo. No se ha implementado, sin embargo, la solución estatal (art. 295.5° Cc) de asignarle el papel de medida autónoma de apoyo a operar de modo ocasional y recurrente

En concreto, en el art. 129 CDFA se le sigue dando entrada en dos supuestos muy concretos. Así, se prevé su nombramiento, en primer lugar, como alternativa a la Junta de Parientes ex art. 42, cuando exista oposición de intereses en algún asunto concreto entre la persona con discapacidad y el curador o mandatario de apoyo (art. 129.a); y, en segundo término, por falta de desempeño temporal de sus funciones por parte del “curador o mandatario de apoyo” hasta que cese la

41 Coincido con ARBUÉS AISA, D.: “Normas”, cit., p. 183.

42 Comparte esta apreciación ARBUÉS AISA, D.: *Ibidem*, p. 174.

causa determinante, cualquiera que sea, o se designe por resolución firme a otra persona para su ejercicio (art. 129.b). A partir de ahí, el apoyo a prestar por el defensor judicial será de índole representativo o asistencial, en función de a quién y en qué concretas circunstancias lo sustituya.

Pero, además y como novedad, se ha optado por acoger la solución estatal (art. 295.1.4° Cc) de asignar al defensor judicial la función, hasta ahora conferida en el CDFA a un administrador judicial, de administrar cautelarmente los bienes de la persona con discapacidad durante la tramitación del proceso de provisión de medidas judiciales de apoyo y, además, sólo cuando lo estime necesario la autoridad judicial (art. 129.c).

Por añadidura, junto a estos tres supuestos de actuación específicos, el art. 129.d se refiere a "todos los demás casos previstos en la ley". Se contiene así una remisión genérica y dinámica a la legislación aplicable en Aragón que contemple el posible nombramiento de un defensor judicial. Tal legislación, entiendo, que a tales efectos es estrictamente la legislación civil aragonesa ex artículo 1.2 CDFA, pero también la legislación procesal civil donde, como es sabido, esta figura ha experimentado en los últimos tiempos una importante ampliación de su ámbito de aplicación por la LJV (art. 27).

En lo que hace a su concreto régimen jurídico, se integra de dos previsiones que han sido revisadas al objeto de su debida adecuación a la legislación procesal. Me refiero, en primer lugar, al art. 129-1 que se remite a la "legislación sobre jurisdicción voluntaria", esto es, a los arts. 27 a 32 LJV en lo que hace a su proceso de nombramiento, a tramitar ahora por el Letrado de Administración de Justicia. Y, en segundo lugar, al art. 129-2 que, en su aptdo. 2, exonera exclusivamente de la preceptiva autorización o aprobación de la Junta de Parientes o el Juez aquellos actos a realizar por el defensor judicial en representación de la persona con discapacidad, con una salvedad, a saber: cuando en su nombramiento no se haya previsto lo contrario.

Complementariamente, el art. 129-2.2 incluye una remisión, con las debidas adaptaciones derivadas de su especial naturaleza, al régimen sobre curatela atinente tanto a la vigilancia y control (art. 105) como al relativo a las causas de inhabilidad, excusa y remoción (arts. 123 a 128).

BIBLIOGRAFÍA

ARBUÉS AÍSA, D.: "Normas comunes a las relaciones tutelares y medidas de apoyo", en AA.VV.: *Reforma del Código del Derecho foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio) comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil* (coord. por BAYOD LÓPEZ), Colex, Madrid, 2024, pp. 161-186.

BARREDA HERNÁNDEZ, A.: "Breve reseña de los aspectos más relevantes del nuevo sistema de apoyos en Aragón que delimitan su práctica diaria", *Actualidad del Derecho en Aragón*, núm. 55, 2024, pp. 18-19 (URL: <https://estatuto.aragon.es/sites/default/files/revistasestatuto/revista55/0001.html>).

BAYOD LÓPEZ, C.: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Reforma del Código del Derecho foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio) comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil* (coord. por BAYOD LÓPEZ), Colex, Madrid, 2024, pp. 137-160.

CALATAYUD SIERRA, A.: "Mandatos de apoyo y poderes preventivos sin mandato", en AA.VV.: *Reforma del Código del Derecho foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio) comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil* (coord. por BAYOD LÓPEZ), Colex, Madrid, 2024, pp. 111-136.

GARCÍA VICENTE, F. "La Comisión aragonesa. La tramitación. Principios informadores", en AA.VV.: *Reforma del Código del Derecho foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio) comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil* (coord. por BAYOD LÓPEZ), Colex, Madrid, 2024, pp. 23-31.

GIL GALINDO, M.: "Modificación del Código de Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica", *Actualidad del Derecho en Aragón*, núm. 55, 2024, p. 15.

GRACIA DE VAL, M. del C.: "El impacto de la reforma en la función notarial", *Actualidad del Derecho en Aragón*, núm. 55, 2024, p. 16.

ORIA ALMUDÍ, J.: "Disposiciones voluntarias sobre la tutela o la curatela. Prioridad entre medidas de apoyo y su publicidad", en AA.VV.: *Reforma del Código del Derecho foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio) comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil* (coord. por BAYOD LÓPEZ), Colex, Madrid, 2024, pp. 91-110.

SERRANO GARCÍA, J. A.: "Capacidad jurídica de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Reforma del Código del Derecho foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio) comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil* (coord. por BAYOD LÓPEZ), Colex, Madrid, 2024, pp. 34-60.

ZABALA GUADALUPE, C.: "La publicidad registral de las medidas de apoyo", *Actualidad del Derecho en Aragón*, núm. 55, 2024, p. 17.



PERSONAS MAYORES VULNERABLES Y PROTECCIÓN CIVIL*

VULNERABLE ELDERLY PEOPLE AND CIVIL LAW PROTECTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 134-153

* Ponencia, enriquecida con referencias bibliográficas esenciales, leída en el II Congreso Internacional Hispano Italiano entre Persona y Familia, Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, 24 Septiembre 2024. Esta contribución forma parte de las líneas de investigación del proyecto Age-it (Ageing Well in an Ageing Society), cofinanciado por la Unión Europea - Next Generation EU, en el marco del Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia (PNR), PE8 Extended Partnership Investment «Consequences and Challenges of Ageing».



Valerio
ROTONDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de marzo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

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

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

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

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

SUMARIO.- I. OBSERVACIONES INTRODUCTORIAS.- II. SOBRE LA RELEVANCIA JURÍDICA DE LA CONDICIÓN SENIL.- III. SENILIDAD Y VULNERABILIDAD.- IV. PERSONA MAYOR VULNERABLE Y ADMINISTRACIÓN DE APOYO.- V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. OBSERVACIONES INTRODUCTORIAS.

En el contexto de las transformaciones demográficas que afectan la composición de las sociedades contemporáneas, el envejecimiento de la población es un fenómeno que afecta ampliamente a los países industrializados¹. En el área de la UE, Italia es el país con el índice de vejez más alto². Este marco demográfico llevó al legislador italiano a promulgar recientemente la ley del 23 de marzo de 2023, n. 33, que contiene “Delegaciones al Gobierno en materia de políticas a favor de las personas mayores” cuyo primer decreto de aplicación, de 15 de marzo de 2024, núm. 29, establece por primera vez una tripartición de la edad senil distinguiendo entre: a) “persona mayor”: la persona que ha alcanzado la edad de 65 años; b) “persona muy mayor”: la persona que ha alcanzado la edad de 80 años; c) “persona mayor no autosuficiente”: la persona mayor que, también en consideración de la edad y de las discapacidades previas, presenta graves limitaciones o pérdida de autonomía en las actividades fundamentales de la vida diaria y del funcionamiento bio-psico-social.

A nivel jurídico, el fenómeno del envejecimiento de la población impone al intérprete centrar la atención en los problemas relacionados con la protección brindada por la ley a la persona mayor, así como la situación de vulnerabilidad que puede caracterizar su condición personal³. Adquieren relevancia individual

- 1 Las causas que contribuyen a los cambios en la estructura por edades de la población son muchas. Entre ellas están la mayor supervivencia y el descenso de la natalidad que, en conjunción, tienen el efecto de erosionar el grupo de edad de los jóvenes y aumentar el número de personas mayores. V. BLANGIARDO, G.C.: “Introduzione”, en AA.VV.: *Invecchiamento attivo e condizione di vita degli anziani in Italia* (coord. por L. QUATTROCIOCHI y M. TIBALDI), Istat, Roma 2020, p. 7. Para un análisis reciente de los fenómenos demográficos italianos v. el report *Eurostat*, “Struttura e invecchiamento della popolazione”, en *ec.europa.eu*, y en doctrina BILLARI, F., y TOMASSINI, C. (coord. por): *Rapporto sulla popolazione. L'Italia e le sfide*, Il Mulino, Bologna, 2021. Sobre la demanda de atención a las personas mayores: TOMASSINI, C., ALEBERTINI, M., y LALLO, C. (coord. por): *Avanzare insieme nella società anziana. Considerazioni multidisciplinari sulla domanda di assistenza agli anziani in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2024.
- 2 Más de 14 millones de personas tienen más de 65 años, aproximadamente la mitad de ellas más de 75; 4 millones tienen 80 años o más y 22.000 tienen más de 100 años: v. *istat.it*.
- 3 Como señala la mejor doctrina italiana el jurista debe tener “sensibilidad para interpretar [y] conocer la realidad” con “capacidad crítica en la reconstrucción de hechos y problemas”: PERLINGIERI, P.: “Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare” *Rivista di diritto commerciale*, núm. 1, 1969, p. 455. Esta enseñanza se afirma hoy en PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, I, *Metodi e tecniche*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020, p. 31. Sobre el papel y la sensibilidad del jurista ante las necesidades emergentes que emanan del tejido social v. también la

• **Valerio Rotondo**

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

y social⁴ y encajan en el marco más amplio de la protección y promoción de la persona humana⁵ con especial referencia al tratamiento jurídico de los llamados sujetos débiles o vulnerables⁶. Un ámbito en el que se entrelazan perfiles éticos, existenciales y jurídicos donde no se puede ignorar la consideración del caso concreto individual⁷. De hecho, el intérprete está llamado a proporcionar respuestas que, de acuerdo con las normas y principios que rigen el ordenamiento jurídico⁸, tengan en cuenta las situaciones fácticas individuales e irrepetibles en las que se unen necesidades individuales que nunca son las mismas⁹.

La conciencia de que “no existe un hombre genérico [sino que] existen situaciones diferentes de hombre a hombre”¹⁰ nos obliga a excluir soluciones rígidas y absolutas basadas en las llamadas sujeto de derecho, neutral, siempre por qué la “realidad concreta, incluida la normativa, conoce al hombre con sus

enseñanza de PUGLIATTI, S., *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 89 según el cual cuando “la sociedad y la historia llaman a su puerta [no puede] hacerse el sordo y, por inercia, intentar acostumbrarse al ruido”.

- 4 PERLINGIERI, P.: “Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale”, *Rassegna di diritto civile*, núm. 1, 1990, p. 85.
- 5 La persona ocupa el primer lugar en la jerarquía de valores del ordenamiento jurídico italiano: PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 1972, p. 11 ss. habla de “la persona como valor [que] representa la parte caracterizadora del sistema jurídico” y, desde esta perspectiva, de “un sistema caracterizado por perspectivas axiológicas unitarias”. V., también, PERLINGIERI, P.: *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli 2006, p. 179, y más recientemente PERLINGIERI, P.: “Principio personalista, dignità umana e rapporti civili”, *Annali della Società Italiana degli Studiosi del Diritto civile*, núm. 5, 2020, p. 4, donde se afirma que la protección y promoción de la persona constituye un principio de orden público.
- 6 Para una perspectiva internacional v. FRANZINA, P.: *La protezione degli adulti nel diritto internazionale*, Cedam, Milano, 2012; CASTELLANETA, M.: “La protezione degli adulti in situazione di vulnerabilità: il ruolo degli atti internazionali a tutela dei diritti umani”, *Notariato*, núm. 6, 2023, p. 653 ss.
- 7 Sobre la necesidad de identificar la disciplina más adecuada a las particularidades del caso concreto PERLINGIERI, P.: “*Principi generali e interpretazione integrativa* nelle pagine di Emilio Betti”, *Rassegna di diritto civile*, núm. 1, 2019, p. 106 ss.; Id.: “La teoria del diritto generale e neutrale di Claudio Luzzati”, *Annali della Società Italiana degli Studiosi del Diritto civile*, núm. 2, 2018, p. 13; Id.: “L'interpretazione giuridica e i suoi canoni. Una lezione agli studenti della Statale di Milano”, *Rassegna di diritto civile*, núm. 2, 2014, p. 406; ya antes Id.: “Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa”, *Diritto e giurisprudenza*, 1975, p. 826 ss.
- 8 Sobre la necesidad de combinar razonablemente normas y principios v. para todos PERLINGIERI, P.: “I principi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo”, *Annali della Società Italiana degli Studiosi del Diritto civile*, núm. 1, 2017, pp. 12 y 14, por el qual “los principios expresan valores e intereses preeminentes que caracterizan la axiología general del sistema y, como tales, exigen que el intérprete ajuste el sentido y la razón de ser de las normas a su ámbito de aplicación”, por lo tanto “la interpretación de la ley en una función ordenadora no es una operación aséptica y neutra, exclusivamente lógica, sino una operación cultural, atenta a que sus consecuencias sean razonables y, por tanto, conformes a los principios valorativos identificadores del sistema de derecho que concretamente se pretende aplicar”: así PERLINGIERI, P.: “Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione”, *Rassegna di diritto civile*, núm. 2, 2018, p. 594, pero ya Id.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., pp. 11 ss. e 154 ss. En la reconstrucción más reciente del debate sobre la pertinencia de los principios PERLINGIERI, P.: “Il processo evolutivo del diritto civile nella legalità costituzionale. Una lezione alla Camera civile di Milano”, *Rassegna di diritto civile*, núm. 4, 2023, p. 1358 ss.
- 9 Sobre el tema STANZIONE, P. (coord. por): *Anziani e tutele giuridiche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991; ROSSI CARLEO, L., SAULLE, M.R., SINISCALCHI, L. (coord. por.): *La terza età nel diritto interno ed internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999; TAMPONI, M.: *Nel diritto della terza età. Le rughe tra giudizio e pregiudizio*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2021; CASCIONE, C.M.: *Il lato grigio del diritto. Invecchiamento della popolazione e tutela degli anziani in prospettiva comparatistica*, Giappichelli, Torino, 2022.
- 10 BOBBIO, N.: *I valori e i diritti umani degli anziani cronici nonautosufficienti*, en AA. VV.: *Eutanasia da abbandono*, Rosenberg & Sellier, Torino, 1988, p. 53; Id.: *L'età dei diritti*, Einaudi, Milano, 1990, p. 68.

peculiaridades, sus enfermedades, sus límites, sus necesidades, [y] su época¹¹. El tema es particularmente relevante en referencia a los problemas relacionados con la capacidad de las personas mayores y el valor actual de los instrumentos encargadas de su protección y promoción¹²

II. SOBRE LA RELEVANCIA JURÍDICA DE LA CONDICIÓN SENIL.

No se puede pensar a la persona humana separada de una determinación temporal tal como vive y actúa en un momento histórico determinado¹³.

La edad, como determinado *punctum temporis*, comprendido entre el momento del nacimiento y el de la muerte, ha sido efectivamente definida como “un modo de ser de la persona natural en la progresión temporal del fenómeno biológico que adquiere relevancia para el derecho, como el sistema le atribuye ciertos efectos sobre las capacidades.”¹⁴. Dentro de la Carta Constitucional italiana no hay referencias específicas al estatus jurídico de las personas mayores y no se contempla ningún límite máximo de edad, no sólo para el desempeño de funciones públicas electivas, sino también para el disfrute de “libertades civiles, para el ejercicio de derechos”¹⁵. Los principios a que se refieren los artículos 2 y 3 costituzione aseguran una protección plena e incondicional a la persona humana como tal¹⁶. La persona - y la garantía de sus libertades - se sitúan, efectivamente, en la base de nuestro ordenamiento jurídico como el máximo valor a alcanzar¹⁷. Además, la unidad del valor de la persona exige que su protección no pueda dividirse en casos aislados y autónomos, sino que debe presentarse como un

11 PERLINGIERI, P.: “Diritti della persona anziana”, cit., p. 82.

12 CARAPEZZA FIGLIA, G.: “La amministrazione di sostegno italiana como medida de protección de las personas con discapacidad”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 17, 2022, p. 302 ss.

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

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

15 ABBAMONTE, G.: “Età, (dir. pubbl.)”, *Enciclopedia del diritto*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, p. 98.

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

17 Más recientemente PERLINGIERI, P.: “Principio personalista, dignità umana e rapporti civili”, cit., p. 4; pero ya ID.; “Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia”, *Rivista di diritto civile*, núm. 1, 1978, pp. 408 e 430. En esta perspectiva, “el hombre no está en función del Estado, sino que el Estado está en función del hombre, en el sentido de que su finalidad es garantizar el desarrollo de la persona humana”: MORTATI, C.: *Istituzioni di Diritto Pubblico*, I, Cedam, Padova, 1975, p. 155. Por tanto “el proyecto institucional de desarrollo integral de la persona expresado por las disposiciones constitucionales afecta, por tanto, a todos los sectores del ordenamiento jurídico”: así BESSONE, M. y FERRANDO, G.: “Persona fisica”, *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, p. 193 ss. Importante en esta perspectiva jurisprudencial Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, *Foro italiano*, núm. I, 2008, c. 125, que afirma que “nuestra Constitución, considerando a la persona humana como un valor ético en sí mismo, [...] contempla el límite del «respeto a la persona humana» con referencia al individuo, en cualquier momento de su vida y en la totalidad de su persona”.

problema unitario¹⁸ sin distinciones por edad, presagios de formas diversificadas de guetización y/o marginación¹⁹. El ordenamiento constitucional, por tanto, está enfocado a la protección plena y efectiva de la persona en su proyección cronológica fisiológica, asegurando “la protección y desarrollo de la personalidad de las personas no sólo [...] con vistas a la prevención, sino como la necesidad de fomentar y preparar las mejores condiciones favorables que aseguren su pleno desarrollo”²⁰. Sin embargo, cabe señalar que en la Carta Constitucional se pueden encontrar huellas de la relevancia de la condición senil. Los perfiles inherentes a la senescencia son tomados en consideración por el art. 38²¹, desde el punto de vista de la jubilación del trabajador; vinculando la vejez a un hecho natural que produce efectos jurídicos²². De ahí la combinación - probablemente arbitraria- de edad de jubilación/edad de vejez.

Incluso a nivel supranacional, mirando en particular la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se puede excluir la relevancia autónoma de la condición senil. El art. 25 Carta de la UE, titulada “Derechos de las personas mayores”, sobre la base del art. 23 de la Carta Social Europea²³, titulado “Derecho de las personas mayores a la protección social”, dispone que “la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a conducir, una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural”. Semejante predicción, que podría aparecer como un reconocimiento formal de la condición senil, no es otra cosa que un fortalecimiento del principio de no discriminación consagrado en la arte anterior 21 Carta de la UE. Esta interpretación se ve favorecida por la ubicación sistemática de las previsiones, a que se refiere el mismo capítulo III dedicado a la “Igualdad”, y desde el marco de los “valores indivisibles y universales de la dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad” aceptados en la Carta y especificados en el Preámbulo.

18 Esta es la perspectiva compartida por PERLINGIERI, P.: *Profili del diritto civile*, 3ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994, p. 139; *Id.*: *La personalità umana*, cit., pp. 44 e 183 ss.; *Id.*: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, 4ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 19. Similarmente LIPARI, N.: “*Diritti fondamentali e categorie civilistiche*”, *Rivista di diritto civile*, núm. 1, 1996, p. 417; *contra* IRTI, N.: “*Persona e mercato*”, *Rivista di diritto civile*, núm. 1, 1995, p. 289.

19 PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, III, cit., p. 22.

20 MORTATI, C.: *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, III, Giuffrè, Milano, 1972, p. 435.

21 Según la cual “los trabajadores tienen derecho a la previsión y a un seguro que cubra sus necesidades de subsistencia en caso de accidente, enfermedad, invalidez y vejez, así como en caso de desempleo involuntario”.

22 MENGONI, L.: “La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, núm. IV, 1982, p. 1128. Sobre este tema, v. también las reflexiones de CASILLO, R.: *La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 2016.

23 STANZIONE, P.: “Diritti esistenziali della persona, tutela delle minorità e Drittwirkung nell'esperienza europea”, *Europa e diritto privato*, núm. 1, 2022, p. 50; BACCIARDI, E.: “La tutela civile degli anziani alla luce dell'art. 25 della Carta di Nizza”, *Nuove leggi civili commentate*, núm. II, 2015, p. 293 ss.

Incluso la legislación privada no hace referencia directa a la edad senil y a las personas mayores como portador de intereses particulares. En el Código Civil de 1942 la edad, en una lógica marcadamente patrimonialista²⁴, se concibe como un mero divisor de aguas entre la mayoría de edad y la menor, perfilando los efectos sobre la incapacidad o capacidades de la persona física²⁵. En el art. 2 del Código Civil, de hecho, se atribuye la función de determinar el dies a quo a partir del cual la persona física adquiere la capacidad de expresar voluntad directa para adquirir y ejercer derechos o asumir obligaciones, con independencia de los intereses que intervienen en cada momento. Sin embargo, el Código carece de indicaciones respecto del plazo inicial a partir del cual se prevé “senilidad” y no se prevé ninguna limitación de la capacidad de obrar por el simple hecho de superar un determinado umbral de edad. De hecho, la edad, considerada en abstracto, no integra los requisitos para la aplicación de las medidas de protección contenidas en el Libro Primero. De ello se deduce que la progresión fisiológica en la edad permite que el menor, una vez adulto, adquiera plena capacidad de obrar pero no se contempla el procedimiento inverso, al no existir disposiciones que vinculen la pérdida de la capacidad de obra previamente adquirida con la consecución de dicha capacidad de un umbral de edad específico que, en cambio, puede perderse -o limitarse- en la persona adulta cuando se presenten determinadas condiciones normativamente identificadas.

III. SENILIDAD Y VULNERABILIDAD.

El estudio de la noción de vulnerabilidad adquiere una relevancia cada vez mayor en el debate científico contemporáneo dado su amplio uso en campos de investigación heterogéneos²⁶. La vejez ha sido comparada con autoridad con “la época de las infirmitas, no necesariamente entendida como enfermedad, sino como debilidad, precariedad, [...] menor capacidad para resistir los desafíos que nos plantea la convivencia”²⁷.

A menudo se asocia a la persona mayor con el concepto de vulnerabilidad. Para comprobar si esta comparación es correcta, es necesario comprobar qué se entiende jurídicamente por el adjetivo “vulnerable” y si, por tanto, la persona mayor puede ser considerada como tal. Vulnerabilidad “es uno de esos conceptos [...]”

24 Para todos v. PERLINGIERI, P.: *La personalità umana*, cit., p. 140 ss.

25 En la doctrina del derecho civil, sobre cuestiones jurídicas relacionadas en general con la edad v. TAFARO, L.: *L'età per l'attività*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003.

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

27 BOBBIO, N.: “I valori e i diritti umani degli anziani cronici non-autosufficienti”, cit., p. 48.

cuya extensión y amplitud de significado hacen extremadamente difícil definir²⁸. Escapa a estar enjaulado en estrechas mallas definitorias. Se trata de un concepto necesariamente indeterminado que, sin embargo, cuando se refiere a la persona humana, remite, al de desigualdad o a la situación objetiva de desventaja en que se encuentran unos respecto de otros²⁹. Esta conciencia lleva a la afirmación de que nunca se puede ser vulnerable en abstracto sino siempre en relación con alguien o algo. El adjetivo “vulnerable” es, por tanto, un término valorativo que puede especificarse exclusivamente sobre la base de un juicio de valor³⁰. Por ello se trata de una noción abierta - que rechaza cualquier tipificación - y una “palabra contenedora”³¹, cuyo contenido sólo puede determinarse tras la evaluación de la condición concreta en que se encuentra la persona, de manera estable o transitoria, y que por ello requiere una protección particular con referencia a aquellas conductas o hechos que el ordenamiento jurídico considera dignos de especial atención en relación con el contexto en el que ocurren³².

A nivel práctico, la principal dificultad reside precisamente en establecer, en un momento histórico determinado, qué situaciones determinan la condición de vulnerabilidad³³ y cuándo adquieren valor jurídico. Como se ha señalado en la doctrina “la persona vulnerable no es una figura jurídica teórica como el acreedor o el propietario”³⁴ y las categorías jurídicas difícilmente se prestan a abarcar los múltiples y heterogéneos matices de la debilidad humana³⁵.

Aunque a nivel calificativo las fuentes no ayudan al intérprete que quiere limitar el contenido de los conceptos de “vulnerabilidad” y “persona vulnerable”, existen diferentes normas en la Constitución que tienen en cuenta situaciones específicas similares, si no superponibles, a la condición de vulnerabilidad. Por ejemplo piénsese all’art. 32, sobre el trato gratuito a los indigentes o el art. 24, en materia de acceso a la justicia para los pobres. De manera más general, es el principio supremo de igualdad al que se refiere el art. 3 cost. – como expresión completa

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

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

30 GIOVA, S.: “Minori in condizioni di particolari vulnerabilità”, cit., p. 167. È questa la tesi che si condivide di là dalla considerazione che la vulnerabilità sarebbe un attributo ontologico della persona in quanto essere umano.

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

32 CONTI, R.: “Diritti fondamentali, soggetti vulnerabili: tappe e obiettivi di un articolato cammino”, *questionegiustizia.it*.

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

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

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

del principio de protección de la persona a que se refiere el art. 2 cost.³⁶ – a identificar posibles condiciones de vulnerabilidad que puedan conducir a la exclusión, marginación y/o discriminación³⁷ (sexo, raza, idioma, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales).

El silencio del legislador - a quien creemos que debe atribuirse el deseo de garantizar plena flexibilidad a la noción dejando su delimitación a las peculiaridades del momento jurisdiccional, y por tanto a la resolución del caso concreto - se ve contrarrestado por el uso generalizado de las palabras vulnerabilidad y vulnerable en la jurisprudencia constitucional y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁸. Estas sentencias han identificado progresivamente categorías de sujetos vulnerables, basando ahora las distinciones en consideraciones de cualidades personales intrínsecas o las llamadas situaciones de contexto (menores extranjeros, mujeres víctimas de violencia doméstica, personas sometidas a detención), ahora en relaciones con grupos de personas vulnerables (como por ejemplo personas con discapacidad mental, solicitantes de asilo).

De ello se deduce que la atribución de la condición de vulnerabilidad a la persona humana “debe construirse no como un estatus constante e invariable, sino como una condición dependiente de los contextos relacionales y de las características personales del sujeto que emergen en situaciones particulares y que en tales situaciones requieren protección”³⁹. Por lo demás, como señala la doctrina, “las múltiples situaciones de vulnerabilidad son y siguen siendo situaciones indiferentes para la ley”⁴⁰.

Esta conciencia confirma la necesidad de evitar tipificaciones a priori de sujetos vulnerables, capaces sólo de tranquilizar al intérprete necesitado de certezas y legitimar formas irrazonables de paternalismo que presagian hipótesis injustificadas de “privación o fuerte reducción de la libertad individual”⁴¹. El reconocimiento de

36 PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II, cit., p. 173.

37 STANZIONE, P.: “Costituzione, diritto civile, soggetti deboli”, *Famiglia e diritto*, 2009, p. 305 ss.; COSTA, P.: *I diritti di tutti e i diritti di alcuni. Le ambivalenze del costituzionalismo*, Mucchi, Modena, 2018, p. 68.

38 V. LORUBBIO, V.: “Soggetti vulnerabili e diritti fondamentali: l'esigenza di un portale della giurisprudenza CEDU”, *Famiglia*, 10 marzo 2020; SERGES, G.: “Vulnerabilità, soggetti deboli e giustizia costituzionale. Introduzione ad uno studio sulla giurisprudenza costituzionale in materia di protezione delle persone vulnerabili”, en AA. VV.: *Systèmes de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité Approche de droit comparé* (coord. por C. SEVERINO y H. ALCARAZ), DICE Éditions, Aix-en-Provence, 2022, p. 167 ss.

39 CASCIONE, C.M.: *Il lato grigio del diritto*, cit., p. 157.

40 FUSARO, AR.: *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, cit., p. 10; RESCIGNO, P.: “Handicap psichico e incapacità legale”, *Diritto della famiglia e delle persone*, 1988, p. 1105.

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

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

IV. PERSONA MAYOR VULNERABLE Y ADMINISTRACIÓN DE APOYO.

Antes de la entrada en vigor de la ley núm. 6 de 2004, estableciendo la administración de apoyo, el código civil de 1942, a raíz del de 1865, preveía dos instituciones para la protección de los incapaces: la interdicción y la incapacitación centradas principalmente en la protección de las enfermedades mentales. El sistema de protección se basaba en la combinación de enfermedad mental e incapacidad y reflejaba una visión patrimonialista del problema de la protección de los incapaces basada, por un lado, en la necesidad de evitar la dispersión del patrimonio familiar; por el otro garantizar la correcta y expedita circulación de las mercancías. Interdicción e inhabilitación se caracterizaban por una extrema rigidez, tanto en términos de las condiciones subjetivas requeridas como en términos de los efectos de las sentencias que, predeterminadas por la ley, no dejaban lugar a la facultad discrecional del juez. Estas características - junto con razones de carácter social, cultural y médico-científico - estuvieron en la base de las razones que permitieron a la doctrina, desde principios de los años 1970, esperar, sobre la base de la pertinencia de las normas y principios constitucionales, para la remodulación del sistema de inhabilidades contenidas en el código⁴².

El largo camino que condujo al desmantelamiento del código de protección de las enfermedades mentales culminó con la introducción en el ordenamiento jurídico de la institución de la administración de apoyo, que de conformidad con el art. 404 cc. permite proteger a la persona que “a consecuencia de una enfermedad o de una deficiencia física o mental, se ve incapaz, incluso parcial o temporalmente, de cuidar de sus propios intereses”⁴³. La medida, que de conformidad con el art. l. l. 6/2004 “tiene como objetivo proteger, con la menor limitación posible de la capacidad de acción, a las personas privadas total o parcialmente de autonomía para el desempeño de las funciones de la vida diaria, mediante intervenciones de apoyo temporales o permanentes”, tiene el mérito de valorizar, desde el punto de vista de protección personal y patrimonial, los matices heterogéneos de la fragilidad humana. Su introducción constituyó una “revolución en el ordenamiento

42 Entre los estudios más significativos de este periodo figuran los trabajos de PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., y STANZIONE, P.: *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 1975.

43 Para una reconstrucción del tema v. BONILINI, G. y TOMMASEO, F.: *Dell'amministrazione di sostegno*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2018; CENDON, P. y ROSSI, R.: *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, Utet, Torino, 2009; BONILINI, G.: *L'amministrazione di sostegno*, Cedam, Padova, 2007.

jurídico” porque, a diferencia de las medidas de interdicción e inhabilitación, cuyo impacto operativo es hoy residual⁴⁴, “permite desarrollar un proyecto adaptado al caso concreto con flexibilidad y atención a las necesidades y peticiones de la persona.”⁴⁵, salvaguardar en la medida de lo posible la autodeterminación del destinatario de la medida.

Si el principio que inspira la disciplina de la administración de apoyo es garantizar la máxima preservación de la capacidad de obrar, se persigue concretamente a través de la flexibilidad de la respuesta protectora, encomendando al juez la tarea de realizar una evaluación sobre la determinación de las restricciones esenciales para garantizar la protección de la persona afectada por la medida⁴⁶: debe proporcionar definiendo el ‘objeto’ de la administración de apoyo de acuerdo con las necesidades del beneficiario⁴⁷. La flexibilidad de la respuesta protectora ofrecida por la institución de administración de apoyo ha permitido, a nivel de aplicación, extender su disciplina a las necesidades de protección y protección de las personas mayores. Si bien la senilidad considerada en abstracto no constituye

44 Cass., 12 giugno 2006, n. 13584, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, p. 275 ss.: “carácter residual, pretendiendo el legislador reservarla, en atención a la gravedad de los efectos que de ella se derivan, para aquellas hipótesis en las que de una medida distinta no se derivaría efecto protector alguno”; Cass., 26 luglio 2013, n. 18171, *Famiglia e Diritto*, 2014, núm. 12, p. 1119 ss. Mas recientemente, Trib. Grosseto, 2 dicembre 2022 n. 738, *dirittopratico.it*: “a la hora de identificar la medida cautelar más adecuada para la protección del sujeto débil, el juez debe guiarse por un criterio de residualidad y extrema ratio [...]. La interdicción y la incapacitación se presentan como medidas de protección de carácter residual”; Trib. Nocera inferiore, 19 maggio 2022, ivi: “tras la reforma de 2004, la interdicción debe considerarse como una medida [...] a adoptar sólo en los casos en que la administración de los apoyos no proteja a la persona a la que están destinados. La intervención del Estado, en la esfera íntima y personal del incapacitado mayor de edad, debe reducirse al mínimo necesario e indispensable, ya que la dignidad de la persona debe preservarse siempre, incluso en presencia de patologías que afecten significativamente a la salud psíquica del enfermo”. El carácter residual de estas medidas también queda demostrado por los datos comunicados por ISTAT, que en el año 2022 registró 324.169 procedimientos de administración de alimentos pendientes ante las oficinas del Juez Tutelar italiano, frente a 1290 de interdicción e incapacitación. En referencia a la potestad del juez para identificar la medida más adecuada a las necesidades de protección del beneficiario: Cass., 12 dicembre 2006, n.13584, *Dejure online*: “sólo la especificidad de cada caso y de las necesidades que deban satisfacerse en cada momento puede determinar la elección entre las distintas instituciones”.

45 Trib. Trieste, 5 ottobre 2006, n. 913, *Giurisprudenza italiana*, núm I, 2007, p. 84 ss. con una nota de CENDON, P.: “«Sopraspedere all'amministrazione di sostegno? Il problema è che siamo ormai scesi dagli alberi...»”.

46 Sobre la necesidad de que el juez identifique la medida de protección que minimiza la capacidad de obrar del beneficiario: Corte cost., 9 dicembre 2005, n. 440, *giurcost.org*: “La disciplina introducida por la Ley n° 6 de 2004 sobre las normas preexistentes del Código Civil encomienda al juez la tarea de identificar la institución que, por una parte, garantice al incapacitado la protección más adecuada al caso y, por otra, limite su capacidad en la menor medida posible”; Cass., 29 novembre 2006, n. 25366, *Giurisprudenza italiana*, 2007, núm. 10, p. 2259 ss.: “En la elección no puede dejar de influir el tipo de actividad a desarrollar. Una actividad mínima, tal que no se corra el riesgo de perjudicar los intereses del sujeto, y, en definitiva, una hipótesis en la que no sea necesaria una limitación general de la capacidad del interesado, corresponderá a la administración de apoyo, que es preferible no sólo a nivel práctico [...] sino también en el plano ético social, por el mayor respeto a la dignidad de la persona que implica, frente a las medidas más invasivas de incapacitación e interdicción, que atribuyen un estatuto de incapacitación, concerniente, en el primer caso, sólo a los actos de administración extraordinaria, y extendido, en el caso de la interdicción, también a los de administración ordinaria”.

47 Cass., 29 novembre 2006, n. 25366: “el juez - que, no por casualidad, es el juez tutelar, figura a la que normalmente se confían funciones atribuibles a la administración de intereses y a la vigilancia y control (más que a la resolución de litigios entre partes que se disputan un derecho) [...] Se limita a identificar los actos en relación con los cuales considera necesario intervenir, sin por ello determinar una limitación general de la capacidad de obrar del beneficiario. Él [...] se mueve, en la dirección de identificar, en interés del beneficiario, los medios de apoyo necesarios con referencia únicamente a las categorías de actos en cuya realización le considera incapaz”.

un requisito previsto por el art. 404 del Código Civil para la aplicación de la medida, el análisis de la jurisprudencia confirma que la mayoría de los procedimientos ven como protagonistas a personas en edad senil que, más allá de la hipótesis de una incapacidad total, requieren las más variadas formas de apoyo y protección⁴⁸. Del estudio de las decisiones se desprende que la principal criticidad radica en el abuso de la proposición del recurso por parte de los sujetos legitimados, identificado por el art. 417 cc. “en el cónyuge, en la persona que convive permanentemente, en los parientes hasta el cuarto grado y en los parientes dentro del segundo”⁴⁹.

De hecho, la práctica conoce numerosas hipótesis de uso indebido de la institución en relación con el fin realmente perseguido. Lejos de ser infrecuente es el intento de obtener la activación de la medida por parte de familiares con el objetivo instrumental de proteger el patrimonio de los familiares de edad avanzada, con miras a proteger las expectativas sucesorias; bienes respecto de los cuales los herederos tienen una expectativa que no está protegida por la ley mientras el sujeto esté vivo. Desde este punto de vista, el Tribunal de Casación excluyó la posibilidad de nombrar un administrador de apoyo a una anciana que no padecía patologías cognitivas ni discapacitantes, rechazando la solicitud de los niños que parecía destinada a proteger los intereses patrimoniales de la familia, a falta de un acto perjudicial específico de la madre⁵⁰. Más recientemente, el Tribunal Supremo ha excluido, para permitir la plena valorización de la persona, que la institución de la administración de apoyo pueda “organizarse hacia quienes, a pesar

48 El juez tutelar de Vercelli, con resolución de 16 de octubre de 2015, desestimó la solicitud de nombramiento de un administrador de apoyo propuesta por la nuera de una mujer de noventa y dos años aquejada de déficit visual y auditivo y dificultades para caminar, pero asistida por un servicio diario de asistencia domiciliaria que le ayudaba con los trámites personales y las tareas domésticas. En el caso que nos ocupa, el juez piamontés, adhiriéndose a la jurisprudencia del Tribunal de Milán, no sólo consideró que “la edad avanzada es irrelevante con arreglo al artículo 404 del Código Civil”, sino que reiteró que para “la designación de un administrador de apoyo no sólo la vulnerabilidad debe causar un obstáculo en el ejercicio de los derechos o impedir ventajas y beneficios, sino también que estar afectado por patologías, incluidas las invalidantes, que impidan proveer de forma autónoma a los propios intereses no implica necesariamente la asistencia de una persona designada judicialmente cuando uno es capaz de ejercer plenamente sus derechos valiéndose ya de la ayuda de terceros”. En tales casos, en opinión del juez, el nombramiento de un administrador de apoyo y, por tanto, la privación, aunque sea parcial, de la capacidad de obrar de la persona “sería injusto y, sobre todo, innecesario”.

49 Otros perfiles críticos relativos a la aplicación de la medida también con referencia a la persona mayor se refieren a la normalización de los decretos de los jueces tutelares y a la fase de audiencia de los beneficiarios. Bajo este último perfil, cabe mencionar una reciente sentencia del tribunal de legitimidad (n° 1667/ 2023), que destacó la importancia de la audiencia personal del beneficiario de la administración de apoyo como un cumplimiento esencial, en consonancia con la dignidad de la persona y funcional a la comprobación de los requisitos previos de la institución. En particular, el Tribunal destacó que la audiencia es necesaria para evaluar el estado psicofísico actual del beneficiario y adoptar medidas adaptadas a sus necesidades.

50 En el caso en cuestión, dos hermanos, preocupados de que su madre anciana y analfabeta pudiera poner en peligro el patrimonio familiar, recurrieron al juez de tutela de Potenza para que proporcionara a la mujer un administrador de apoyo. Ofendida por la iniciativa de sus hijos, la anciana recurrió ante el Tribunal de Apelación de Potenza para solicitar la revocación del decreto con el que el juez de tutela había ordenado la apertura del procedimiento en su contra. La solicitud de la anciana fue aceptada por la Corte de Apelaciones, y confirmada por la Corte Suprema, basándose en la inexistencia de condiciones para activar la administración de apoyo, en consideración a la ausencia de patologías capaces de afectar sus capacidades intelectuales y volitivas, y por el objetivo, efectivamente perseguido por la petición de los hijos, encaminado a la protección exclusiva del patrimonio de la anciana madre en ausencia de cualquier perjuicio concreto Cass., 28 febbraio 2018, n. 4709, *ilcaso.it*.

de encontrarse en condiciones de discapacidad física por el avance de la edad, tienen plena capacidad de determinación y de poder expresar su disconformidad con la medida de apoyo". En opinión del Tribunal, cualquier necesidad de mejorar la gestión patrimonial nunca "justifica una invasión del ámbito de la capacidad de acción de la persona", ya que la institución de administración de apoyo "se caracteriza marcadamente por la cura personal, y no exclusivamente por la cura de los patrimonios"⁵¹.

Otros perfiles críticos que afectan a la aplicación de la medida también en relación con las personas mayores se refieren a la valorización de su voluntad. Sobre este tema, tomamos nota de la decisión adoptada en 2023 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁵² que, por primera vez, trataba sobre la institución de la administración de apoyo, en relación con un anciano de noventa años hospitalizado contra su voluntad en un centro de salud residencial. El Tribunal declaró la violación del art. 8 CEDH por Italia, por haber adoptado medidas restrictivas de la libertad personal contra un sujeto vulnerable, que fueron inadecuadas y no proporcionales a los objetivos perseguidos.

En el caso en cuestión, se había designado un administrador de apoyo para el señor de edad avanzada en consideración a su excesiva generosidad. Colocado en un RSA contra su voluntad, se le negó, aparte de regresar a casa, comunicaciones telefónicas y visitas a familiares. Por estas razones, el primo, en nombre propio y en nombre y representación del anciano, interpuso un recurso de apelación ante el Tribunal de Estrasburgo. Respecto a las imputaciones planteadas, el Tribunal reconoció la injerencia del Estado italiano en el derecho al respeto de la vida privada del hombre ya que, si bien el nombramiento del administrador perseguía en realidad un objetivo legítimo, que es la protección del interesado, la medida adoptada - y por tanto la elección de la hospitalización en una residencia de ancianos - era tan grave que debía "reservarse para circunstancias excepcionales". A juicio de la Corte, si es cierto que los Estados disfrutaban de un margen de valoración porque tienen contacto directo con las partes interesadas, el margen es limitado "cuando el derecho en cuestión es crucial para el goce efectivo de derechos esenciales". Para el Tribunal "cualquier medida de protección hacia una persona capaz de expresar su voluntad debe reflejar esa voluntad en la medida de lo posible". En particular, en el caso concreto, no se habían considerado todos los factores para evaluar la proporcionalidad de la medida, ya que la autoridad judicial no había adoptado todas las medidas capaces de permitir el mantenimiento de las relaciones sociales de la persona mayor. Para el Tribunal de Estrasburgo "las autoridades han abusado de la flexibilidad de la administración de apoyo para

51 Cass., 31 dicembre 2020, n. 29981, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, núm. 3, 2021, p. 1043 ss.

52 Corte edu, 6 luglio 2023, n. 46412/21, *Affaire Calvi et c.g. c. Italie*, echr.coe.int; CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Protezione della persona vulnerabile e limitazioni della capacità. Un caso di abuso dell'amministrazione di sostegno", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2024.

perseguir los fines que la legislación italiana asigna, con límites rigurosos, a la asistencia sanitaria obligatoria, cuya disciplina legislativa ha sido eludida mediante un uso abusivo de la “administración de apoyo”.

A la luz de la sentencia examinada una vez más, debe destacarse la centralidad de la tarea del juez de tutela al determinar, en términos concretos, las capacidades residuales del beneficiario de la administración de alimentos y al proporcionar medidas adecuadas al caso específico. Éstos, como también lo reitera la Corte Supranacional, deben tener como objetivo garantizar la menor injerencia posible en el ámbito de la libertad del sujeto y deben tener en cuenta al máximo sus deseos.

V. CONSIDERACIONES FINALES.

Al final podemos afirmar que Los datos sobre el envejecimiento de la población y el aumento de la demanda de asistencia, tanto personal como material, de las personas mayores confirman la necesidad del intérprete de no frenar la profundización de los problemas vinculados a la condición senil. El análisis de la jurisprudencia ha demostrado que, si bien la administración de apoyo puede responder a las necesidades de protección de las personas mayores, en la práctica su uso suele estar destinado a fines que van más allá de la protección de sus intereses. Además, el número de procedimientos - que acabaron socavando la eficacia del instituto - su excesiva burocratización y complejidad - teniendo en cuenta, por ejemplo, las onerosas obligaciones de información que pesan sobre los administradores de apoyo - así como la progresiva estandarización de los procedimientos, son todos factores elementos que impactan negativamente en el logro real del propósito para el cual se destina la medida. Legítiman la duda, como señala la doctrina, de si “la dirección judicial en la protección de los incapaces es realmente el único camino a seguir”⁵³. Cualquiera que sea la respuesta regulatoria que se pueda identificar de vez en cuando, debe evitarse la construcción de una categoría de personas mayores consideradas abstractamente subespecie de una categoría protegida, precursora de un trato diferencial irrazonable.

53 GIROLAMI, M.: “Dalla crisi dell'amministrazione di sostegno al mandato di protezione: un bilancio de jure condendo”, *Rivista di diritto civile*, núm. 5, 2021, p. 854 ss.

BIBLIOGRAFÍA

ABBAMONTE, G.: "Età, (dir. pubbl.)", *Enciclopedia del diritto*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, p. 98.

BACCIARDI, E.: "La tutela civile degli anziani alla luce dell'art. 25 della Carta di Nizza", *Nuove leggi civili commentate*, núm. II, 2015, p. 293 ss.

BESSONE, M. y FERRANDO, G.: "Persona fisica", *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, p. 193 ss.

BILLARI, F. y TOMASSINI, C. (coord. por): *Rapporto sulla popolazione. L'Italia e le sfide*, Il Mulino, Bologna, 2021.

BLANGIARDO, G.C.: "Introduzione", en AA.VV.: *Invecchiamento attivo e condizione di vita degli anziani in Italia* (coord. por L. QUATTROCIOCCHI y M. TIBALDI), Istat, Roma 2020, p. 7.

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

BOBBIO, N.: *Letà dei diritti*, Einaudi, Milano, 1990, p. 68.

BONILINI, G.: *L'amministrazione di sostegno*, Cedam, Padova, 2007.

BONILINI, G. y TOMMASEO, F.: *Dell'amministrazione di sostegno*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2018.

CENDON, P.: "«Sopraspedere all'amministrazione di sostegno? Il problema è che siamo ormai scesi dagli alberi...»", *Giurisprudenza italiana*, núm. I, 2007, p. 84 ss.

CENDON, P. y ROSSI, R.: *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, Utet, Torino, 2009.

CASCIONE, C.M.: *Il lato grigio del diritto. Invecchiamento della popolazione e tutela degli anziani in prospettiva comparatistica*, Giappichelli, Torino, 2022.

CARAPEZZA FIGLIA, G.: "La amministrazione di sostegno italiana como medida de protección de las personas con discapacidad", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 17, 2022, p. 302 ss.

CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Protezione della persona vulnerabile e limitazioni della capacità. Un caso di abuso dell'amministrazione di sostegno", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2024.

CASILLO, R.: *La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 2016.

CASTELLANETA, M.: "La protezione degli adulti in situazione di vulnerabilità: il ruolo degli atti internazionali a tutela dei diritti umani", *Notariato*, núm. 6, 2023, p. 653 ss.

CATERINA, R.: "Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato", *Rivista di diritto civile*, 2005, núm. II, p. 771.

CONTI, R.: "Diritti fondamentali, soggetti vulnerabili: tappe e obiettivi di un articolato cammino", *questionegiustizia.it*.

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

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

COSENTINO, F.: "Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati", *Quadrimestre*, 1993, p. 120.

COSTA, P.: *I diritti di tutti e i diritti di alcuni. Le ambivalenze del costituzionalismo*, Mucchi, Modena, 2018, p. 68.

FRANZINA, P.: *La protezione degli adulti nel diritto internazionale*, Cedam, Milano, 2012.

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

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

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

GIROLAMI, M.: "Dalla crisi dell'amministrazione di sostegno al mandato di protezione: un bilancio de jure condendo", *Rivista di diritto civile*, núm. 5, 2021, p. 854 ss.

IRTI, N.: "Persona e mercato", *Rivista di diritto civile*, núm. I, 1995, p. 289.

LIPARI, N.: “Diritti fondamentali e categorie civilistiche”, *Rivista di diritto civile*, núm. I, 1996, p. 417.

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

LORUBBIO, V.: “Soggetti vulnerabili e diritti fondamentali: l'esigenza di un portale della giurisprudenza CEDU”, *Famiglia*, 10 marzo 2020.

MENGONI, L.: “La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, núm. IV, 1982, p. 1128.

MORTATI, C.: *Istituzioni di Diritto Pubblico*, I, Cedam, Padova, 1975, p. 155.

MORTATI, C.: *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, III, Giuffrè, Milano, 1972, p. 435.

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

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

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

PERLINGIERI, P.: “Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare”, *Rivista di diritto commerciale*, núm. I, 1969, p. 455.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, I, *Metodi e tecniche*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020, p. 31.

PERLINGIERI, P.: “Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale”, *Rassegna di diritto civile*, núm. I, 1990, p. 85.

PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 1972, p. 11 ss.

PERLINGIERI, P.: *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli 2006, p. 179.

PERLINGIERI, P.: “Principio personalista, dignità umana e rapporti civili”, *Annali della Società Italiana degli Studiosi del Diritto civile*, núm. 5, 2020, p. 4.

PERLINGIERI, P.: "I princípi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo", *Annali della Società Italiana degli Studiosi del Diritto civile*, núm. 1, 2017, pp. 12 y 14.

PERLINGIERI, P.: "Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione", *Rassegna di diritto civile*, núm. 2, 2018, p. 594, pero ya lo.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., pp. 11 ss. e 154 ss.

PERLINGIERI, P.: "Il processo evolutivo del diritto civile nella legalità costituzionale. Una lezione alla Camera civile di Milano", *Rassegna di diritto civile*, núm. 4, 2023, p. 1358 ss.

PERLINGIERI, P.: "Princípi generali e interpretazione integrativa nelle pagine di Emilio Betti", *Rassegna di diritto civile*, núm. 1, 2019, p. 106 ss.

PERLINGIERI, P.: "La teoria del diritto generale e neutrale di Claudio Luzzati", *Annali della Società Italiana degli Studiosi del Diritto civile*, núm. 2, 2018, p. 13.

PERLINGIERI, P.: "L'interpretazione giuridica e i suoi canoni. Una lezione agli studenti della Statale di Milano", *Rassegna di diritto civile*, núm. 2, 2014, p. 406.

PERLINGIERI, P.: "Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa", *Diritto e giurisprudenza*, 1975, p. 826 ss.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, 4ª ed., Napoli, 2020, p. 5.

PERLINGIERI, P.: *Commento alla Costituzione italiana*, 2ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, pp. 6-12.

PERLINGIERI, P.: "Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia", *Rivista di diritto civile*, núm. 1, 1978, pp. 408 e 430.

PERLINGIERI, P.: *Profili del diritto civile*, 3ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994, p. 139.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, 4ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 19.

PUGLIATTI, S.: *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 89.

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

RESCIGNO, P.: "Handicap psichico e incapacità legale", *Diritto della famiglia e delle persone*, 1988, p. 1105.

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

SERGES, G.: "Vulnerabilità, soggetti *deboli* e giustizia costituzionale Introduzione ad uno studio sulla giurisprudenza costituzionale in materia di protezione delle persone vulnerabili", en AA. VV.: *Systèmes de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité Approche de droit comparé* (coord. por C. SEVERINO y H. ALCARAZ), DICE Éditions, Aix-en-Provence, 2022, p. 167 ss.

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

STANZIONE, P.: "Diritti esistenziali della persona, tutela delle minorità e Drittwirkung nell'esperienza europea", *Europa e diritto privato*, núm. 1, 2022, p. 50.

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

STANZIONE, P.: *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 1975.

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

TAMPONI, M.: *Nel diritto della terza età. Le rughe tra giudizio e pregiudizio*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2021.

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



LOS DOCUMENTOS DE VOLUNTADES ANTICIPADAS
EN LA LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE: SUJETOS
LEGITIMADOS, FORMALIDADES EXIGIDAS Y NECESARIA
ACTUALIZACIÓN*

*ADVANCE DIRECTIVE DOCUMENTS IN LAW 41/2002, OF 14
NOVEMBER: LEGITIMATE SUBJECTS, REQUIRED FORMALITIES
AND NECESSARY UPDATING*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 154-183

* El presente artículo ha sido realizado en el marco de los Grupos Permanentes de Investigación de la Universidad de Valencia "Persona y Familia", GIUV2013-101, del que es IP el profesor José Ramón de Verda y Beamonte, y "Derecho y vulnerabilidad: menores de edad, personas con discapacidad y animales de compañía", GIUV2022-532, del que es IP el profesor Pedro Chaparro Matamoros.

Manuel ORTIZ
FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de marzo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

RESUMEN: En la generalidad de los escenarios, el paciente manifiesta el consentimiento informado en el momento inmediatamente anterior a la realización de la intervención sanitaria de que se trate. Sin embargo, es posible acudir a las instrucciones previas o voluntades anticipadas como un medio para dejar constancia de la voluntad del usuario y que la misma se aplique con posterioridad. No obstante, la parquedad de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, presenta importantes dudas interpretativas. En este sentido, en el presente estudio abordaremos tres problemáticas vinculadas a estos documentos: los sujetos legitimados; las formalidades requeridas y, en todo caso, las que debieran incluirse; y el efecto del paso del tiempo y su necesaria actualización y revisión.

PALABRAS CLAVE: Anticipada; documento; formalidad; legitimación; voluntad.

ABSTRACT: *In most scenarios, the patient expresses informed consent immediately before performing the health intervention in question. However, it is possible to use advance directives to record and apply the user's will later. However, the sparsity of Law 41/2002, of 14 November, presents important interpretative doubts. In this sense, this study will address three problems linked to these documents: the legitimated subjects, the formalities required and, in any case, those that should be included, and the effect of the passage of time and its necessary updating and revision.*

KEY WORDS: *Advance; document; formality; legitimation; will.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. EL PROBLEMA DE LA “CAPACIDAD” Y LOS SUJETOS LEGITIMADOS. I. LOS MENORES DE EDAD Y SU INTERÉS SUPERIOR.- 2. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- III. LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS ANTE EL PASO DEL TIEMPO Y SU ACTUALIZACIÓN.- IV. LOS REQUISITOS FORMALES.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

En la generalidad de los escenarios, el paciente manifiesta el consentimiento informado en el momento inmediatamente anterior a la realización de la intervención sanitaria de que se trate. Sin embargo, es posible acudir a las instrucciones previas como un medio para dejar constancia de la voluntad del usuario y que la misma se aplique con posterioridad. Este hecho posibilita que, cuando se deba llevar a cabo la actuación médica y si el paciente se encuentra en una situación que no le permita expresar su decisión, se pueda recurrir al consentimiento incorporado en las instrucciones previas o voluntades anticipadas.

Se trata, en definitiva, de una manifestación de la autonomía de la voluntad¹ y, en particular, del consentimiento informado en el ámbito sanitario. En suma, las instrucciones previas son, pues, un negocio jurídico² unilateral y formal, que contiene declaraciones de voluntad personalísimas revocables y destinadas a producir efectos, fundamentalmente, *inter vivos*³. Apunta De Dios De Los Valles⁴

- 1 Destaca BERNAD MAINAR, R.: “Algunas precisiones sobre el documento de voluntades anticipadas”, *icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 75, 2008, p. 343, que “el verdadero fundamento haya que buscarlo en el principio de la autonomía de la voluntad, puesto que en su virtud se pretende adquirir el control ante situaciones futuras que afecten a la salud personal y tener así la tranquilidad de que, aunque la salud pueda llegar a quebrarse en demasía, la voluntad del paciente será respetada a ultranza y, con ello, se evitará que los familiares más próximos deban decidir sobre puntos tan delicados y complejos”.
- 2 En este sentido, *vid.* FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “Naturaleza y eficacia de los documentos de instrucciones previas”, *Ius et Scientia*, núm. 1, vol. 3, 2017, p. 153; TUR FAUNDEZ, M.N.: “El documento de instrucciones previas o testamento vital. Régimen jurídico”, en AA.VV.: *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, (coord. por J.M. GONZÁLEZ PORRAS y F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ), Tomo II, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Murcia, 2004, p. 4871; BERROCAL LANZAROT, A.I.: *Autonomía, libertad y testamentos vitales*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 177.
- 3 En palabras de LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: “El documento de instrucciones previas y la prestación de ayuda para morir”, en AA.VV.: *Derecho y salud: retos jurídicos actuales* (dir. por C. LÓPEZ SÁNCHEZ y M. ORTIZ FERNÁNDEZ), Aranzadi, Navarra, 2023, p. 139, estamos ante “un negocio jurídico unilateral (la declaración de voluntad procede de una sola parte, sin que sea necesaria la aceptación), personalísimo (solo puede realizarse por el propio interesado), formal (es necesario que conste por escrito –documento público o privado– y bajo ciertas formalidades), *inter vivos* (produce sus efectos estando en vida el declarante) y revocable”.
- 4 “Los profesionales sanitarios y las instrucciones previas”, en: *RqR Enfermería Comunitaria*, n.º 3, vol. 3, 2016, p. 48. Así, señala que “la forma eficaz de profundizar en la autonomía del paciente y en su capacidad para tomar decisiones al final de la vida debe pasar por abrir un espacio de diálogo entre los profesionales sanitarios y los pacientes; constituyendo el documento de instrucciones previas una herramienta y no un objetivo en sí mismo”.

• Manuel Ortiz Fernández

Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil. Universidad Miguel Hernández de Elche. Correo electrónico: m.ortizf@umh.es

que estas últimas se han de constituir como un medio (y no como un fin) y que resulta imprescindible englobar este documento en un marco de actuación más amplio e integral, la planificación anticipada de decisiones.

Por lo que respecta a las posibilidades que ofrece la norma estatal, el artículo 11.1 de 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, se contemplan dos escenarios diferentes. Por un lado, que el paciente prevea los cuidados, tratamientos o intervenciones sobre su salud o, en caso de fallecimiento, el destino de su cuerpo y órganos⁵—por ejemplo, si quiere destinarlos a la ciencia e investigación—. Por otro lado, puede designar a un representante para que actúe como interlocutor válido con el médico.

Por su parte, el artículo 11.3 de la Ley 41/2002 se ocupa de las limitaciones legales, esto es, que, si se incumplen estas previsiones, las instrucciones no podrán ser aplicadas. En particular, el precepto alude a las que sean contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis* sanitaria, o las que no se correspondan con el supuesto de hecho previsto por parte del usuario al momento de manifestar las instrucciones previas.

Cuando el profesional detecte que alguna de las previsiones del documento no respeta alguna de estas limitaciones, debe dejar constancia “razonada” en la historia clínica. En suma, si decide no aplicar el documento por estas causas, tendrá que argumentar dicho motivo en la historia clínica a fin de que, en su caso, pueda tratar de eximirse de responsabilidad. Quizás, puede deducirse una presunción *iuris tantum* cuando el médico no recoge esta circunstancia, en el sentido que se entenderá que ha procedido de manera negligente.

Cabe señalar que entre las restricciones contrarias al ordenamiento jurídico y a la propia *lex artis* (a la buena práctica profesional) se aludía a la eutanasia activa directa, pues se encontraba tipificada en el artículo 143.4 CP. Así, los problemas que se planteaban estaban relacionados, fundamentalmente, con el encubrimiento de la misma a través de la eutanasia activa indirecta, la eutanasia pasiva o la sedación paliativa (cuyas diferencias, en ocasiones, son de matices).

Sin embargo, tras la aprobación de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, la eutanasia activa directa se ha legalizado en España, por

5 A este respecto, destaca LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *Testamento vital y voluntad del paciente (Conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 51 la relevancia que ha tenido en este ámbito la normativa que regula la donación de órganos que, además, ha quedado reafirmada al mencionar la Ley 41/2002, de forma expresa, la posibilidad de recoger en las instrucciones previas lo que se desea en relación con la donación de órganos.

lo que hay que entender que esta limitación ha desaparecido de la prestación⁶ y, en particular, de las instrucciones previas. Máxime si atendemos a la STC 19/2023, de 22 de marzo⁷ y, más recientemente, a la STC 94/2023, de 12 de septiembre⁸.

Por último, el mencionado artículo 11.3 de la Ley 41/2002 alude a la prohibición relativa a la inaplicación de los documentos cuando no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas, lo cual es una cuestión valorativa y peligrosa. Quizás podría evitarse y salvarse esta problemática con el recurso a un plazo máximo de vigencia de las instrucciones previas (si se quiere, de caducidad) o la propia revisión obligatoria. Sea como fuere, somos conscientes de que, a pesar de estas salvaguardas, podríamos encontrarnos en casos excepcionales en los que resulta necesario acudir a esta regla.

En relación con ello, en este caso, la valoración se efectúa *ex post* y, por su propia naturaleza, corresponde al profesional. No obstante, la que se centra en el respeto del ordenamiento jurídico y la *lex artis*, puede corresponder al sujeto con el que se efectúa el otorgamiento, cuestión a la que nos referiremos posteriormente.

II. EL PROBLEMA DE LA “CAPACIDAD” Y LOS SUJETOS LEGITIMADOS.

En relación con los sujetos legitimados, es decir, los pacientes que pueden otorgar instrucciones previas, el artículo 11.1 de la Ley 41/2002 excluye, de facto, a los menores de edad. Asimismo, la previsión relativa a que sea una persona “capaz y libre” parece que no incorpora a las personas con discapacidad. De hecho, esta conclusión se refuerza si atendemos al artículo 9.3 b) que, a pesar de la desfasada terminología, establece una suerte de consentimiento por representación, de tal forma que corresponde tomar la decisión al sujeto que ostente el cargo y actúe como medida de apoyo.

Sin embargo, consideramos que esta conclusión no puede ser admitida sin matices y que es posible formular un criterio interpretativo que, en cierta medida, corrija el tenor literal de las leyes y permita ofrecer una respuesta más satisfactoria y justa. En todo caso, por las particularidades existentes en cada uno de los campos citados, consideramos que es más correcto efectuar un estudio diferenciado para cada uno de los pacientes.

6 En todo caso, afirma MARTÍNEZ NAVARRO, J.A.: “La eutanasia y su incidencia en los derechos del paciente”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 63, 2021, p. 213 que “las instrucciones previas quedan vinculadas a la prestación de ayuda para morir de un modo sucinto y con protagonismo residual, formalizando un proceso subsidiario frente al régimen general previsto en la Ley de Eutanasia”. Así las cosas, en su aplicación, “el legislador deja importantes dudas sin resolver como, por ejemplo, la posibilidad de que el menor de edad pueda incluir la prestación de ayuda para morir en las instrucciones previas”.

7 STC 19/2023, de 22 de marzo (Tol 9493276).

8 STC 94/2023, de 12 de septiembre (Tol 9714073).

I. Los menores de edad y su interés superior.

En el caso de los menores de edad, hemos de partir de que existen dos factores que, en ocasiones, aparecen enfrentados y es necesario llevar a cabo una correcta ponderación: el respeto a su autonomía de la voluntad y la tutela de sus derechos.

Además, otro aspecto que influye en este campo es la patria potestad que ostentan los progenitores sobre sus descendientes. Y es que, las relaciones familiares que surgen se enmarcan en una suerte de derecho-deber; de tal forma que, a diferencia de las facultades, el ejercicio de la misma por parte de los progenitores representa una verdadera obligación. A este respecto, afirma el artículo 154 CC que la patria potestad representa una “responsabilidad parental”, que debe llevarse a cabo en interés de los hijos, “de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental”.

Entre otros deberes, el mencionado precepto incluye el de velar por ellos, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. En cualquier caso, las citadas constricciones no desaparecen, incluso, cuando los progenitores son privados de la patria potestad. Muy al contrario, las mismas se mantienen, ex artículo 110 CC, como consecuencia de la determinación de la filiación.

Por su parte, los hijos han de obedecer a sus padres y respetarles (art. 155 CC), así como contribuir, equitativamente y en la medida de sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella. No concreta el Código, sin embargo, en qué medida han de cumplir los descendientes las directrices de los padres.

Lo que sí incorpora el decimonónico Código Civil es un sistema que, partiendo del artículo 12 CE, atribuye únicamente la plena capacidad a los mayores de edad y, con ciertas excepciones, a los menores emancipados. Al margen de que la actual Ley 8/2021 (y la todavía más actual 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) parece haber suprimido la tradicional distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, lo cierto es que, en la práctica, los hijos menores de edad (no emancipados) únicamente dispondrán de la primera, debiendo contar con la intervención de sus progenitores para llevar a cabo actos jurídicos de forma válida.

No obstante, sin perder de vista lo anterior, no se puede negar que, en determinadas circunstancias y cuando existan discrepancias entre padres e hijos, el sometimiento de estos últimos a las decisiones de los primeros bien puede

conllevar, al mismo tiempo, una negación o limitación su propia autonomía de la voluntad.

En este sentido, este principio de autonomía o, si se quiere, el derecho de autodeterminación, implica que las personas puedan autogobernarse; en suma, puedan escoger, de entre las opciones vitales que se presentan, la que estimen más adecuada a sus intereses. Este derecho, si atendemos a las últimas reformas normativas, se ha vinculado al derecho a la dignidad, amparado y protegido en el artículo 10 CE. En definitiva, se está aludiendo al libre desarrollo de la personalidad como requisito *sine qua non* el ser humano no puede desenvolverse de una forma que pueda reputarse como digna.

Y es que, al margen de la restricción de facultades a los menores de edad, el ordenamiento jurídico reconoce su participación, más o menos activa, en los distintos campos de la vida. Quizás la manifestación más importante sea la prevista en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, esto es, el derecho a ser oído y escuchado (a lo que habría que añadir, para otorgar eficacia, el derecho a ser tenido en cuenta). A partir de estas premisas, el legislador ha ido aprobando disposiciones que, en función del sector concreto al que se refieren, han permitido o privado de la facultad de decisión a los menores de edad.

Sobre el particular, hay que tener en cuenta que la citada Ley Orgánica 1/1996 promueve que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se deben interpretar de forma restrictiva y, en todo caso, siempre atendiendo al citado interés superior del menor. En esta misma línea, la evolución del ordenamiento jurídico español sigue esta tendencia consistente en atribuir más ámbitos de actuación (antes restringidos) a los menores de edad, reconociendo facultades y derechos y favoreciendo su autonomía y el libre desarrollo de la personalidad. A este respecto, *vid.*, a modo de ejemplo, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

En todo caso, en ocasiones nos encontramos ante inconsistencias en el sistema, tales como que, por ejemplo, puedan recibir una autorización especial para usar armas (como señala el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas) y, sin embargo, precisaran, antes de la reforma, del consentimiento de sus representantes legales para interrumpir voluntariamente el embarazo. Y, con ciertos matices, que se permita interrupción del embarazo y, sin embargo, que se excluya a los menores de edad de la práctica de técnicas de reproducción humana asistida.

Para tratar de salvar estas incoherencias, aparece el denominado principio de interés superior que conjuga las dos realidades referidas. Este principio adquiere

especial relevancia y se le ha atribuido, incluso, una triple perspectiva: como un derecho, como un principio y como una norma de procedimiento. En definitiva, consiste en que, si existen varias interpretaciones, intereses o procesos posibles, se escoja aquel que sea más beneficioso para el menor de edad. Ciertamente, encuentra amparo internacional (principalmente, en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989) y nacional (como la Ley Orgánica 1/1996 o la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia). Sobre el particular, es necesario que se lleve a cabo una determinación y una evaluación del interés superior⁹.

Así las cosas, se incorpora en la referida Ley Orgánica 1/1996 el principio de interés superior del menor, “inspirador de todas las actuaciones relacionadas con aquél”. Su artículo 2 arbitra la necesidad de que el mismo sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le afecten. Este principio¹⁰ –en el caso de los hijos, *favor filii*–, recogido en distintas normas¹¹ (nacionales e internacionales), de algún modo, establece una suerte de premisas sobre el tratamiento que deben recibir los mismos. A este respecto, adquiere especial relevancia la ya mencionada Ley Orgánica 1/1996 y, en su seno, el artículo 2¹², ya

9 En este sentido, prevén las Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los refugiados, 2008) que la “determinación del interés superior” (DIS) “describe el proceso formal, dotado de garantías procesales estrictas, establecido para determinar el interés superior del niño, especialmente en la adopción de las decisiones importantes que le afecten”, que debe “asegurar la adecuada participación del niño sin discriminación, involucrar a las personas expertas en áreas relevantes encargadas de tomar las decisiones y equilibrar todos los factores relevantes para valorar la mejor opción”. Por su parte, la “evaluación del interés superior” es la “valoración efectuada, excepto cuando se requiere un procedimiento de DIS, por el personal que desempeña su actuación con respecto a niños individuales, concebida para asegurar que tal acción atribuya una consideración primordial al interés superior del niño. La evaluación puede realizarse de forma individual, o con el asesoramiento de otros, por parte de miembros del personal con el debido grado de conocimiento experto, y requiere la participación del niño”.

En iguales términos, se pronuncian MARTÍNEZ GARCÍA, C., DEL MORAL BLASCO, C.: *et al.*: *Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño*, Save the children, Universidad Pontificia Comillas, Cátedra Santander de Derecho y Menores, 2017.

10 En puridad, aunque se hable de principio, dicha consideración debe entenderse como una mera licencia del lenguaje, ya que tiene una triple perspectiva. Por un lado, es un derecho de los menores, pues siempre deberá primarse el mismo al valorar los intereses en juego a la hora de tomar decisiones que les afecten. Por otro, supone un principio informador de todo el ordenamiento que obliga a interpretar las diferentes normas jurídicas optando, preferentemente, por la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del menor. Por último, representa una verdadera norma de procedimiento en tanto en cuanto obliga a que el proceso incluya una estimación de las posibles repercusiones de la toma de decisión en los intereses de las niñas y niños.

Como destaca parte de la doctrina «el interés superior del menor es un principio general del derecho de carácter universal, como lo demuestra el hecho de que se recoja expresamente en un nutrido conjunto de Convenciones y textos internacionales». Vid. OLIVA BLÁZQUEZ, F.: “El menor maduro ante el Derecho”, *Eidon: revista de la fundación de ciencias de la salud*, núm. 41, 2014, pp. 28-52.

11 En este sentido, encontramos la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, los artículos 23 y 24) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, el artículo 10) y la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

12 Cabe destacar que este precepto ha sido modificado por la Disposición final octava de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. En este sentido, el artículo 1.1 de la mencionada Ley Orgánica 8/2021 indica que tiene “La ley tiene por objeto

que incorpora el interés del menor como valor primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan.

De todo lo anterior podemos extraer que, cuando se trate de menores de edad, la interpretación que se ofrezca ha de estar presidida por la consideración del principio del interés superior del menor. Este principio viene a implicar, en definitiva, que a la hora de tomar una decisión se adopte aquella que conlleve una mayor consideración a la promoción y respeto de sus derechos¹³.

Por lo tanto, el comentado interés puede justificar que, en el caso concreto, se restrinja la posibilidad de decisión del menor de edad y, por el contrario, en otros se otorgue primacía a su autonomía de la voluntad. No obstante, téngase en cuenta que el mencionado principio tiene límites y no puede amparar, por sí solo, el incumplimiento de una norma jurídica o el recurso a una interpretación *contra legem*.

En este punto, se plantea, pues, si en el ámbito concreto de las instrucciones previas, pueden participar los menores de edad. En primer lugar, con la finalidad de buscar un criterio aplicable al ámbito sanitario y teniendo en cuenta las últimas tendencias, hemos de destacar que la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, recientemente modificada por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, permite acudir a la interrupción voluntaria del embarazo a las menores de dieciséis años cumplidos, sin necesidad del consentimiento de sus representantes legales¹⁴.

Además, la reciente STC 44/2023, de 9 de mayo¹⁵, al resolver el recurso de inconstitucionalidad planteado frente a la mencionada Ley Orgánica 2/2010, ha reconocido un derecho fundamental de la mujer a interrumpir voluntariamente su embarazo, afirmando que esta decisión se encuentra amparada en la dignidad de

garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida”.

13 En esta línea, destacan ALGARRA PRATS, E.; BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “Custodia compartida y mediación familiar en el derecho civil valenciano: criterios para la determinación del interés del menor”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 2, 2015, p. 793, que “El interés del menor se ha introducido en nuestra legislación como una cláusula general, es decir, se expresa normativamente por medio de un concepto jurídico indeterminado. El interés superior del menor tiene como finalidad el bienestar del menor mediante la primacía de su interés sobre cualquier otro que pudiera concurrir”.

14 Para CHAPARRO MATAMOROS, P.: “El aborto a petición de las menores de edad tras la entrada en vigor de la LO 1/2023, de 28 de febrero, que modifica la LO 2/2021, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo”, en AA.VV.: *La minoría de edad como factor de vulnerabilidad: desafíos presentes y futuros en el ámbito del Derecho privado* (dir. por J. MARTÍNEZ CALVO), Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 151-152, el legislador orgánico ha establecido una suerte de presunción *iuris et de iure* de madurez para tomar la decisión a los dieciséis años. Sin embargo, destaca el autor que esta edad no garantiza una suficiente madurez de la menor de edad y que, en aras de proteger la seguridad jurídica, se puede actuar contra la conciencia de la decisión que se tome.

15 STC 44/2023, de 9 de mayo (Tol 9582039).

la persona y en el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), y en el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). Concluye el Tribunal, en consecuencia, que la imposición de una maternidad forzada supone una instrumentación de la persona contraria al artículo 15 CE.

En el consentimiento informado, en particular, el artículo 9.4 de la Ley 41/2002 establece que, como regla general, la edad clínica se fija en los dieciséis años (ya estén emancipados o no¹⁶), de tal modo que, salvo excepciones, no se debe acudir al consentimiento por representación. A lo que hay que anudar el derecho a ser tenido en cuenta a partir de los doce años.

Como se puede observar, existe una evidente incoherencia y no parece tener excesivo sentido que los menores de edad puedan prestar consentimiento informado y, sin embargo, no puedan otorgar instrucciones previas. Por ello, algunos autores como DOMÍNGUEZ LUELMO¹⁷ han denunciado este extremo y consideran que este régimen debería ser modificado ofreciendo un tratamiento adecuado para los menores emancipados y los que hayan obtenido el beneficio de la mayor edad.

Precisamente por este motivo parte de la doctrina¹⁸ ha entendido que, si los menores de edad pueden prestar su consentimiento informado, han de poder redactar las instrucciones previas, dada la evidente relación existente entre ambos. Así, afirma BERNAD MAINAR¹⁹ que, a pesar de que al margen del tenor literal de las legislaciones que requieren la mayoría de edad, tanto los menores emancipados

16 A este respecto, conviene tener en cuenta que, tras la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, se suprimió la posibilidad de que los menores de dieciséis años contrajeran matrimonio y, por tanto, de acceder a la emancipación con anterioridad a dicha edad. Por lo tanto, la referencia a la emancipación, en la actualidad, carece de virtualidad pues, en todos los casos, deberá tener dieciséis años cumplidos para estar emancipado.

17 “Voluntades anticipadas y prestación de ayuda para morir”, en AA.VV.: *La eutanasia a debate: primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia* (coord. por C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA), Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 130.
Asimismo, también se muestra contraria a la exclusión de las leyes estatal y autonómicas en relación con los menores emancipados ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “La declaración de voluntades anticipadas o instrucciones previas”, en AA.VV.: *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. por J.M. GONZÁLEZ PORRAS y F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ), Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Murcia, vol. I, 2004, pp. 177-178.

18 A este respecto, vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *Testamento vital*, cit., pp. 106-109; “El documento”, cit., pp. 147-148.

19 “Algunas precisiones”, cit., p. 346. En un sentido similar, MOSCOSO TORRES, R.M.: “El documento de instrucciones previas: límites formales y apreciación de la capacidad”, pp. 15-16 [consultado el 01.10.2024]. Disponible en: https://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=74566c2b-3e47-4ab2-a3fe-66580cb688a1&groupId=10228

Así, destaca el autor que el requisito de la mayoría de edad “no casa bien con la necesidad de tomar en consideración los deseos expresados anteriormente por un paciente que en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad, conforme al principio proclamado en el Convenio de Oviedo, por cuanto que en etapas anteriores a la mayoría de edad se puede tener madurez suficiente para expresar deseos respecto a una intervención médica”. Además, el autor propone, de *lege ferenda*, que se modifique el artículo 11 de la ley 41/2002 toda vez que “el testamento vital no es más que la prestación del consentimiento informado otorgado de forma anticipada, en previsión de una futura enfermedad” y “no se alcanza a comprender bien las diferencias de criterio entre los artículos 9 (regulador del consentimiento informado) y 11 (relativo a las instrucciones previas) de la misma ley 41/2002”.

como los menores de edad con suficiente madurez podrían otorgar, en hipótesis, estos documentos.

En consecuencia, a nuestro entender, debería reformarse el artículo 11 de la Ley 41/2002 pero, en todo caso, cabe recurrir a una interpretación correctora en atención a lo previsto, fundamentalmente, en el artículo 9.4 de la misma norma. Lo más coherente y razonable es, pues, tal y como realiza la Ley Foral 17/2010 de Navarra, permitir que los menores de edad con dieciséis años cumplidos (emancipados o no) puedan otorgar estos documentos. E, incluso, aquellos con una edad inferior pero que demuestren tener la madurez y capacidad suficientes para comprender y querer el documento y el alcance del contenido que se incorpora.

Sea como fuere, esta previsión tiene un límite derivado también del artículo 9.4 de la Ley 41/2002 como es el relativo a las actuaciones de grave riesgo. Por este motivo, la anterior conclusión debe ser complementada en el sentido de acoger un “acceso restringido” de los menores de edad en la medida en que no podrá incluir un contenido contrario a la Ley 41/2002.

Así las cosas, podrá, por ejemplo, señalar si desea o no recibir un tratamiento que no tenga un impacto grave y notorio para su vida o salud. En sentido contrario, encontrará restricciones para introducir aspectos relativos a tratamientos, operaciones o procedimientos que pongan en grave peligro su vida o integridad. Para estos extremos precisará de la intervención de sus padres o representantes que actuarán como un “complemento” *sine qua non*. Tendrá, por tanto, que acudir caso por caso a valorar estas cuestiones, adquiriendo especial relevancia el control efectuado al efecto.

Sí tendrá facultad, por lo demás, para decidir en el ámbito de la donación de órganos (*mortis causa*), pues no se requiere la mayoría de edad a diferencia de lo previsto para la donación de órganos de pacientes vivos²⁰ (ex art. 8.1 a) Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad).

Esta posición resulta, desde nuestra perspectiva, más respetuosa con la propia evolución del ordenamiento jurídico, así como con el principio de interés superior del menor de edad, en la medida en que conjuga los dos extremos a los que aludíamos –la promoción de su autonomía de la voluntad y la protección de sus derechos y bienes jurídicos– y se sitúa en el término medio entre el exceso (quizás,

20 Sobre el particular, *vid.* BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “Minoría de edad y donación de órganos de personas vivas: estado de la cuestión en Derecho español”, *Revista da ESMAL, Maceió.AL*, núm. 1, 2016, pp. 7-23.

la regla general de los catorce años de la Ley 6/2002 aragonesa) y el defecto (la mayoría de edad prevista en la Ley 41/2002 y la mayoría de normas autonómicas).

2. Las personas con discapacidad.

En el campo de las personas con discapacidad, como es sabido, la Ley 8/2021, introdujo un cambio de paradigma en el ordenamiento jurídico español. A este respecto, supuso la atribución de capacidad jurídica a todas las personas mayores de edad.

A partir de dicho momento, España adaptó su legislación a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y estableció un marco respetuoso con los derechos 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 judicial 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. El objetivo 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 sujetos²¹, 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

21 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”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 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”.

de las personas con discapacidad requiere de un cambio en distintas dimensiones²² (política, cultural, ética, jurídica, etc.).

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 asistencia²³”. 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 discapacidad²⁴.

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. Sobre el particular, 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”.

Así, afirma De Verda y Beamonte²⁵ que se puede observar un evidente cambio de paradigma en lo que respecta a la discapacidad, de tal suerte que ya no cabe contemplarla desde un punto de vista restrictivo (negativo) de la capacidad de obrar. Muy al contrario, se lleva a cabo desde un planteamiento “en positivo”, es

22 Como muy acertadamente pone de relieve 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, 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”.

23 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 Medicinæ (Saúde, novas tecnologias e responsabilidades)*, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, núm. 4, vol. II, 2019, pp. 381-394.

24 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.

25 “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad”, *Diario La Ley*, núm. 10168, 2022, p. 2. Asimismo, *vid.* DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La guarda de hecho de las personas con discapacidad a la luz de la reciente jurisprudencia sobre la materia”, *Diario La Ley*, núm. 10168, 2022.

decir, propugnando la creación de un sistema de apoyos (con las correspondientes salvaguardas) en favor de las personas con discapacidad que, en última instancia, les permita ejercitar los derechos por sí mismas.

A este respecto, por ejemplo, la STS 19 octubre 2021²⁶ establece la necesidad de respetar la voluntad de la persona con discapacidad en relación con su preferencia por la medida de curatela, al no concurrir las “causas legales previstas para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandada”, por no existir “circunstancias graves desconocidas por la misma, o variación de las contempladas al fijar la persona que le prestará apoyos”.

En esta misma línea, en cuanto a la designación de la persona que debe desempeñar la medida de apoyo, se pronuncia la STS 23 diciembre 2021²⁷, en la que se prevé que no cabe “prescindir de la voluntad exteriorizada por el demandado, dada la trascendencia que se le otorga en la nueva ley”, requiriéndose, en consecuencia, una especial motivación que explicita “las concretas razones por las que, en su caso, se prescinde de la voluntad y preferencia en tal aspecto exteriorizada por el demandado”.

Sin embargo, esta nueva realidad no ha estado exenta de críticas en la doctrina. Por un lado, parece razonable cuestionar la supresión del interés superior de la persona con discapacidad; en suma, la protección de esta última, aún en contra de su voluntad. Por este motivo, apunta ARNAU MOYA²⁸ 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, citando las SSTs 8 septiembre 2021²⁹ y 19 octubre 2021³⁰ señala que, con buen criterio, este principio será “rescatado” por la jurisprudencia.

Por otro lado, íntimamente relacionado con lo anterior, aparece la cuestión relativa a la determinación y concreción de la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad. Máxime, porque en muchos casos será la propia enfermedad la que provoque que el sujeto carezca de capacidad para discernir y formar la pretendida voluntad³¹.

26 STS 19 octubre 2021 (Tol 8628066).

27 ECLI:ES:TS:2021:4879.

28 “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.

29 SSTs 8 septiembre 2021 (Tol 8585229).

30 STS 19 octubre 2021 (Tol 8628066).

31 Así lo pone de relieve DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Primeras resoluciones”, cit., p. 2, 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

De lo expuesto hasta el momento, pareciera que las personas con discapacidad gozan de un tratamiento acorde con su dignidad y que, en consecuencia, en ejercicio de su derecho de autodeterminación, pueden decidir en todos los ámbitos de su vida (incluido el campo sanitario). Máxime, en este último sector, si atendemos a los artículos 12 y 25 del Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997 que establece la obligación de otorgar los apoyos necesarios a las personas con discapacidad y exige que los profesionales aseguren una prestación sanitaria de la misma calidad.

Sin embargo, debemos reflexionar sobre las implicaciones reales de la precitada Ley 8/2021, pues al margen de la supresión formal de la tutela, no es cierto que hayan desaparecido las facultades de representación de quienes desempeñan los cargos. A este respecto, se contempla la “curatela representativa” que, en principio, supone una medida casi equivalente a la anterior tutela.

En especial, en el campo sanitario, cabe destacar lo dispuesto en el artículo 287.1º CC (tras la modificación de la Ley 8/2021), 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. Así las cosas, la Ley 8/2021, a diferencia de lo que ha ocurrido con muchas otras leyes, no ha modificado la Ley 41/2002, lo cual no deja de ser llamativo. Por tanto, el régimen dispuesto en la Ley 41/2002 continúa teniendo plena vigencia en este sector.

Desde esta perspectiva, como inmediatamente se verá, esta última 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,

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)”.

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 STS 8 septiembre 2021 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. Sígase 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”.

pues, del modelo de apoyos que proclama la Ley 8/2021 y se asemeja al que estaba vigente anteriormente.

A este respecto, al margen de la desfasada terminología (que, por lo demás, hubiera sido motivo suficiente para proceder a su reforma), determina dos reglas generales.

En el caso de la información, el artículo 5.2 de la Ley 41/2002, referido a la información, amplía los sujetos a los que se deben comunicar los datos relativos a la salud del paciente. En este sentido, 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”.

Por lo que respecta al consentimiento y en la línea de lo destacado anteriormente, el artículo 9.3 a) y b) 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. Este inciso a la sentencia, que podía tener relevancia en relación con el régimen anterior a la Ley 8/2021 para evitar que se restringiera la voluntad de la persona con discapacidad en todos los sectores sin excepción, no parece tener encaje en el sistema de apoyos.

Estas previsiones se completan con los apartados 6 y 7 del mencionado artículo 9 de la Ley 41/2002. El primero de ellos prevé que el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho han de tomar la decisión atendiendo al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Si se detecta que este extremo no se cumple, se debe poner en conocimiento de la autoridad judicial para que “adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad”.

En todo caso, no se comprende adecuadamente el alcance de este precepto si, como se ha señalado anteriormente, el interés de la persona con discapacidad ha sido suprimido del ordenamiento jurídico, en la medida que ha sido sustituido por la promoción de su autonomía y libre autodeterminación.

Por su parte, el apartado 7 del mismo precepto³² incorpora una regla para valorar y ponderar la situación y la participación de la persona con discapacidad.

32 Asimismo, la Disposición adicional cuarta de la norma indica que “El Estado y las Comunidades Autónomas, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, dictarán las disposiciones precisas para garantizar a

Dispone, en consecuencia, que el paciente participará, en la medida de lo posible, en la toma de decisiones en el proceso sanitario. Se acompaña, además, de la necesidad de que se ofrezcan las medidas de apoyo pertinentes para que la información sea comprensible para las personas con discapacidad, tratando de favorecer que consientan por sí mismos. De esta forma, el fin último ha de ser el respeto a la dignidad del paciente y se deberá buscar que intervenga en las decisiones.

Sea como fuere, este artículo no tiene el mismo alcance y contenido que la Ley 8/2021, pues se limita a “rebajar” el tenor literal del artículo 9.3 c) a través de una cláusula interpretativa, sin definir ni concretar, en suma, cómo se debe proceder por parte del profesional cuando se trate de un paciente con discapacidad.

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, así como del tratamiento ofrecido a la vacunación de personas con discapacidad ex STC 38/2023, de 20 de abril de 2023³³.

No obstante, esta conclusión se ve alterada si atendemos a otras normas aprobadas. Es el caso, por ejemplo, de la antes citada 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 44/2023, de 9 de mayo³⁴ (así como en la en la STC 78/2023, de 3 de julio³⁵), 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

los pacientes o usuarios con necesidades especiales, asociadas a la discapacidad, los derechos en materia de autonomía, información y documentación clínica regulados en esta Ley”.

33 STC 38/2023, de 20 de abril de 2023 (Tol 9500943). En esta última, 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. Para llegar a tal conclusión, estudia el Tribunal la evolución del derecho de autodeterminación y su vinculación con el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE). A tal efecto, se sirve de la mencionada STC 37/2011, de 28 de marzo (Tol 2084764) y de la reciente STC 19/2023, de 22 de marzo (Tol 9493276) para recordar que el precepto constitucional “protege la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria, resultando vulnerado cuando se mediatiza o instrumenta al individuo, olvidando que toda persona es un fin en sí mismo”.

Para más información, *vid.* 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 AA.VV.: *Derecho y salud: retos jurídicos actuales* (dir. por C. LÓPEZ SÁNCHEZ Y M. ORTIZ FERNÁNDEZ), Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 193-220.

34 STC 44/2023, de 9 de mayo (Tol 9582039).

35 STC 78/2023, de 3 de julio (Tol 9653326).

la persona y en el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), y en el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE).

Si se depara con detenimiento, 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.

Así las cosas, en el caso de las instrucciones previas encontramos una clara inconcreción, pues el artículo 11.1 de la 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 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 de la Ley 41/2002).

Pues bien, consideramos que existen razones suficientes para aplicar una interpretación sistemática (correctora) de la Ley 41/2002 con base en el Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997, en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 y en la propia Ley 8/2021³⁶. Máxime si tenemos en cuenta que el artículo 23.1 b) de esta última Convención establece “el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos”.

Desde esta perspectiva, los pacientes con discapacidad deberán disponer tanto del derecho a la información como del posterior consentimiento, así como de la posibilidad de elaborar instrucciones previas, salvo excepciones. Sea como fuere, como en todos los sectores, ha de imponerse la lógica y coherencia. Así las cosas,

36 En esta línea, apunta 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, 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”.

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 AA.VV.: *La protección de la salud frente al riesgo de contagio* (dir. por M.L. ARCOS VIEIRA, coord. por L. ELIZARI URTASUN), Bosch, Madrid, 2022, p. 350.

la mayor o menor participación del tercero que actúa como medida de apoyo y, por ende, de la persona con discapacidad, dependerá de la discapacidad de que se trate. Parece evidente que, por ejemplo, un sujeto que padezca un alzhéimer severo no podrá, por más que se quiera, tomar una decisión libre y consciente y precisará, en la mayoría de los casos, de una curatela representativa.

De hecho, incluso el artículo 9.7 de la Ley 41/2002 arbitra la intervención del paciente con discapacidad en la toma de decisiones del proceso sanitario “en la medida de lo posible” y, en consecuencia y de forma irremediable, existirán situaciones en las que no quepa favorecer su autonomía de la voluntad.

En este punto, estamos “obligados” a convivir con un régimen (el de la Ley 8/2021) que, sin duda, presenta grandes incógnitas y ofrece un sistema que, en ciertos casos, desprotege a quien, no se olvide, necesita apoyos. Por supuesto, estos apoyos han de ser acordes a las necesidades de la persona con discapacidad y, en muchos supuestos, serán verdaderamente promotores de su voluntad. Pero querer extender esta premisa sin limitaciones aparentes y sin herramientas de seguridad, puede generar consecuencias muy negativas. Por este motivo, los tribunales se están viendo obligados a realizar un esfuerzo desmesurado con tal de, de forma sutil, evitar la aplicación de la Ley 8/2021 con todas sus implicaciones.

Ciertamente, han existido situaciones poco respetuosas con los derechos de las personas con discapacidad al restringir todas las esferas de su vida y sin discriminar en función de la enfermedad que padecían. No obstante, este inconveniente ya se había solventado de forma razonablemente adecuada y, en todo caso, existía toda una escala intermedia de posibilidades antes de situarnos en el otro extremo.

A nuestro entender, las referencias de los artículos 5.2, 9.3 a) y b) y 11.1 de la Ley 41/2002 han de entenderse en el sentido de contar con la intervención de la medida de apoyo establecida para ese usuario. En este sentido, la mayor o menor intervención de los sujetos que apoyen a la persona con discapacidad dependerá del tipo discapacidad y de la medida adoptada (curatela, guardador de hecho, curatela representativa, etc.) y, en consecuencia, también este hecho modulará la toma de decisiones del paciente. En otras palabras, consiste en aplicar una lectura extensiva del artículo 9.7 de la ley 41/2002 y acudir caso por caso.

III. LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS ANTE EL PASO DEL TIEMPO Y SU ACTUALIZACIÓN.

Como se ha tenido ocasión de señalar, las instrucciones previas favorecen que el profesional pueda conocer cuál hubiera sido la opción clínica escogida por la persona si pudiera formular su consentimiento. Claro está, no obstante, que

se trata de un ejercicio probabilístico, pues no se puede conocer con certeza si, realmente, hubiese optado por tal alternativa. Y es, precisamente, en este punto donde se plantea un importante reto en el ámbito de las instrucciones previas³⁷.

En este sentido, puede haber transcurrido un lapso temporal prolongado que, en teoría, podría derivar en dos situaciones. Por un lado, que el paciente hubiera cambiado de creencias, opiniones, ideología, etc. y, en consecuencia, su decisión también se hubiera modificado. A esto último, se puede objetar que no se trata de un documento definitivo y que el usuario bien podría haber efectuado las modificaciones que hubiera estimado oportunas. Siendo ello cierto, no se puede perder de vista que, en muchas ocasiones, el estado de salud se ve alterado de forma inesperada, imprevista y con gran celeridad, lo cual puede ser un impedimento para adaptar el documento a su verdadero pensamiento.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que los avances tecnológicos y, en general, la ciencia avanza a un ritmo demoledor. Desde esta perspectiva, es probable que se haya desarrollado nuevas terapias, intervenciones o medicamentos a los existentes al momento de elaborar las instrucciones previas o que, sencillamente, se hayan descartado otros por demostrarse inadecuados para la patología o dolencia concreta.

Sobre el particular, no cabe duda de que “se discute conceptualmente si realmente puede existir una voluntad anticipada, y si ésta debe entenderse válida y vigente quizás mucho tiempo después de haber sido otorgada. El argumento es que la persona cambia y genera dudas saber si la opinión del paciente, en caso de verse en la situación en la que se plantea una toma de decisiones, habría variado respecto al tiempo en que otorgó el DVA³⁸”.

Debido a lo anterior, la doctrina³⁹ sugiere que se revisen temporalmente para comprobar si se acomoda a la voluntad del sujeto o si, por el contrario, se ha producido una modificación de alguna circunstancia que aconseje su actualización mediante una modificación o revocación. Por ejemplo, se citan como factores a tener en cuenta cambios en la salud del paciente, la aparición de una nueva técnica de curación, un divorcio o la indisponibilidad de la persona nombrada como representante (a los que cabe añadir una reforma en el ordenamiento jurídico).

37 A este respecto, algunos autores diferencian entre la validez y eficacia de las instrucciones previas, y señalan que para “su validez y eficacia en la legislación española no se exige su renovación o ratificación, ni se determina plazo de caducidad”. A este respecto, *vid.* CEBALLOS HERNANDEZ, M.A.: “Instrucciones previas en la Comunidad de Madrid: un documento dinámico”, en: *Revista de Derecho UNED (RDUNED)*, núm. 28, 2021, p. 205.

38 TERRIBAS-SALA, N.: “El final de la vida y las voluntades anticipadas”, en AA.VV.: *Bioética*, Universidad Autónoma del Estado de México/Gedisa, México, 2017, p. 50.

39 A este respecto, *vid.* LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *Testamento vital*, cit., p. 124; “El documento”, cit., pp. 139-140; FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “Naturaleza y eficacia”, cit., pp. 153-154; TUR FAÚNDEZ, M.N.: “El documento”, cit., p. 4871.

A este respecto, para evitar que “tengan un efecto desfavorable y se vuelvan en contra de los pacientes⁴⁰”, se recomienda que sean documentos dinámicos en dos sentidos. De una parte, que reflejen la voluntad actual del paciente y que, en el caso de que exista un cambio de criterio sobre algún aspecto concreto, se modifique en este sentido. De otra parte, que no queden desfasados en atención al estado de la ciencia existente o en cuanto al representante designado (por ejemplo, por haber fallecido).

Es por ello por lo que proponemos, de *lege ferenda*, que se fije la revisión obligatoria de las instrucciones previas en periodos de tiempo razonables o, en la línea de otros países como Bélgica o Francia, se establezca una suerte de caducidad en cuanto a la eficacia y vigencia de los documentos (en el último país, es de cinco años), transcurrido el cual el usuario debe modificar, revocar o ratificar su voluntad⁴¹. De hecho, esta última postura fue acogida en la infructuosa Proposición de Ley Orgánica 122/000244 sobre disponibilidad de la propia vida, de 26 de enero de 1988, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, que, en su artículo 2.2 añadía un nuevo artículo 10 bis en la Ley 14/1986 en los siguientes términos:

“En todo caso, merecerá la consideración de solicitud del paciente, en defecto de la que éste pueda formular en directa relación con el caso concreto o sus eventuales complicaciones, la declaración en tal sentido expresada por escrito ante notario por un mayor de dieciocho años con capacidad para consentir, de modo libre, sin que medie precio o recompensa y alusiva, aun de modo genérico pero inequívoco, a todos o parte de los tratamientos mencionados en el apartado anterior; una vez transcurridos treinta días desde su otorgamiento y no más de cinco años”.

Como se observa, disponía un plazo máximo de cinco años en cuanto a los tratamientos sanitarios incorporados en la denominada “declaración vital” para evitar, precisamente, los extremos indicados anteriormente.

Parte de la doctrina⁴² se muestra contraria a esta previsión y entienden que la vigencia indefinida es la solución más adecuada, implementando, eso sí, “algunas

40 En este sentido, *vid.* LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *Testamento vital*, cit., p. 125.

41 Así, MARCOS DEL CANO, A.: “La toma de decisiones al final de la vida: el Testamento vital y las indicaciones previas”, *Moralia*, núm. 92, 2001, pp. 498-518, propone que estos documentos sean modificados o ratificados cada cinco años. Igualmente, en MARCOS DEL CANO, A.: “Entre la vida y la muerte: la voz del paciente suscitadora de un diálogo integrador”, en AA.VV.: *Cuestiones de vida y muerte: perspectivas éticas y jurídicas en torno a nacer y el morir* (ed. lit por R. TRIVIÑO CABALLERO y D. RODRÍGUEZ-ARIAS VAILHEN), Plaza y Valdés, Madrid, 2016, p. 151 se destaca que, tratándose de una declaración de voluntad muy peculiar y dependiente de diversas variaciones subjetivas, resulta preciso que se hagan revisiones. En la misma línea, pone de relieve SEOANE RODRÍGUEZ, J.A.: “Derecho e instrucciones previas”, *DS: Derecho y Salud*, núm. extra I, vol. 22, 2011, pp. 11-31 que “en aras de garantizar su aplicabilidad y eficacia es aconsejable su ratificación temporal: facultaría la interpretación y la aplicación de las instrucciones previas, evitaría incertidumbre e inseguridad jurídica a los profesionales y reforzaría la protección de la autonomía y los derechos del otorgante”.

42 Por todos, *vid.* FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “Naturaleza y eficacia”, cit., p. 157.

cautelos que resuelvan los problemas que se pudieran plantear". Entre dichas cautelos, incluye un régimen amplio de revocación del documento, sin necesidad de alegar justa causa y la aplicación del referido límite previsto en el artículo 11.3 de la Ley 41/2002.

Este último límite, se refiere a la posibilidad de no aplicar las instrucciones previas, por parte del profesional, cuando "no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas". De tal forma que "cuando sea manifiesto que el paciente, sin haber revocado, modificado o sustituido el documento otorgado, ha cambiado de voluntad, le queda al equipo médico la posibilidad de «no aplicar» el documento".

En todo caso, no se puede obviar que esta posibilidad presenta ciertas "dosis de discrecionalidad"⁴³ en cuanto a la valoración que lleva a cabo el médico. Para salvar este inconveniente, se alude a la previsión del artículo 11.3 de la Ley 41/2002, *in fine*, relativa a la necesidad de que quede "constancia razonada de las anotaciones realizadas con estas previsiones", con la que se considera que se asegura un deber que evita el "abuso de discrecionalidad por parte del médico al aplicar esta cláusula"⁴⁴.

Se trata, en suma, de acudir, en cierta medida, a la nulidad de las instrucciones previas cuando, en atención a lo previsto en la norma estatal y a la realidad del momento, quede patente y resulte notorio que no se corresponde con la voluntad del usuario del centro sanitario.

En otro orden de cosas, se ha planteado la posibilidad de establecer unas instrucciones previas con carácter irrevocable. Como señala LÓPEZ SÁNCHEZ⁴⁵, no se trata de un poder "duradero" (*durable*), ya que mientras el "un *durable power of attorney* o un *health care proxy* concede poder a un representante que sobrevivirá al otorgante incapaz", un "documento irrevocable no puede ser modificado incluso aunque el sujeto que lo otorgó tenga capacidad para hacerlo". A nuestro parecer, en la línea de lo previsto en el artículo 11.4 de la Ley 41/2002 que recoge la revocabilidad del documento, consideramos que, en principio, no tiene cabida este extremo en el ordenamiento jurídico español.

IV. LOS REQUISITOS FORMALES.

En este momento, corresponde que nos refiramos a una última cuestión, como es la relativa a las vías y formalidades para otorgar (y, por extensión, para

43 A este respecto, *vid.* LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *Testamento vital*, cit., p. 125.

44 FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: "Naturaleza y eficacia", cit., p. 157.

45 *Testamento vital*, cit., p. 126.

ratificar, modificar y revocar) las voluntades anticipadas. Sobre esta problemática y ante el silencio del legislador nacional (que se limita a exigir el carácter escrito), las comunidades autónomas han regulado de distinta forma la problemática relativa a la forma exigida para, en definitiva, asegurar que se trata de un documento válidamente emitido por el titular. La Ley 41/2002 no establece ningún mecanismo para analizar si la manifestación de voluntad es libre y voluntaria y, a diferencia de la mencionada Proposición de Ley 124/000002 sobre Derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica, no recoge las vías para establecer las instrucciones previas.

A este respecto, esta última incorporaba dos medios para otorgar estos documentos; a saber, ante notario (sin que fuera precisa la presencia de testigos) y ante tres testigos mayores de edad (de los cuales dos, como mínimo, no debían tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por relación patrimonial con el otorgante).

Desde nuestra perspectiva, la única referencia al carácter escrito, ciertamente, puede suponer una medida insuficiente, ya que no garantiza la autenticidad de la declaración de voluntad emitida⁴⁶. En todo caso, de todas las vías contempladas por las comunidades, quizás la más conflictiva es la referida a la redacción de estos documentos frente a testigos. En este sentido, por más que se establezcan cautelas relativas a la ausencia de relación con el paciente (que responden a la posible existencia de presiones externas), consideramos que no son suficientes.

A este respecto, uno de los controles que cobran más relevancia es el que se ocupa de la emisión de una voluntad libre, voluntaria y consciente; en suma, con capacidad suficiente. Y la determinación de un número de personas (dos o tres, generalmente) no asegura, de ningún modo, que se incorpore un sistema adecuado de revisión de estas disquisiciones. Además, estas problemáticas adquieren especial importancia cuando se trata de pacientes menores de edad o con discapacidad, pues el examen ha de realizarse *ad casum*.

De hecho, tampoco existen certezas acerca de la autenticidad de la propia firma y se plantea un conflicto evidente para el profesional que debe aplicar un

46 En este sentido, para MOSCOSO TORRES, R.M.: "El documento", cit., pp. 7-8, "la sola exigencia de que las instrucciones previas consten por escrito, puede constituir una limitación insuficiente, pues un escrito que contenga una declaración de voluntad vital anticipada no garantiza por sí solo la autenticidad de la declaración si no está revestido de garantías adicionales. Con ese único requisito de que la declaración conste por escrito se plantearían múltiples problemas en la práctica, pues los profesionales sanitarios deberían averiguar si los escritos que se le presentan han sido realmente suscritos por los pacientes que van a tratar, por lo que es patente la necesidad de establecer otras garantías formales, encaminadas a asegurar esa autenticidad o certeza de la declaración".

Por este motivo, las comunidades, lejos de limitarse a regular procedimientos "de garantía de cumplimiento, han regulado procedimientos de emisión de estas declaraciones, dando lugar a diecisiete regulaciones distintas que, aunque muy parecidas, también presentan sus diferencias, lo que en una sociedad con una movilidad personal cada vez más creciente no resulta aconsejable en aras a la seguridad jurídica".

documento en el que no participó e, incluso, siendo posible que no se encuentren presentes los testigos en dicho momento.

Para parte de la doctrina⁴⁷, este inconveniente se solventaría con la garantía adicional de la inscripción en el Registro para su eficacia, pues el funcionario encargado del Registro verificaría la autenticidad de las firmas y el cumplimiento de los requisitos formales. Sin embargo, siendo ello cierto con respecto a las exigencias de carácter formal, no parece que pueda concluirse igual en relación con los requisitos “de fondo” de la emisión de la voluntad, esto es, la inexistencia de presiones externas o la acreditación de capacidad suficiente para entender las consecuencias.

Sea como fuere, salvando las distancias, podemos realizar una suerte de analogía con lo dispuesto para los testamentos abiertos en los que permite, con carácter excepcional, el otorgamiento únicamente ante testigos en casos de peligro inminente de muerte o de epidemia (*vid.* arts. 700 y 701 CC), pero, eso sí, con el control judicial *a posteriori*. En todo caso, como apunta MOSCOSO TORRES⁴⁸ se podrían generar situaciones conflictivas de no fácil solución si alguna de las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho no lo aprueban.

Otro de los procedimientos recogidos en algunas normativas autonómicas es el realizado ante los funcionarios de los servicios de salud (generalmente, el encargado del Registro, como ocurre en Navarra) de dichas regiones. En este supuesto, es imprescindible que las regulaciones establezcan de forma detallada las funciones que se atribuyen a la hora de revisar que se trata de una voluntad adecuada. Como hemos destacado, entendemos que el control que pueden efectuar se encuentra limitado, toda vez que no se requiere que tengan una formación específica (por ejemplo, en el ámbito sanitario). Máxime si tenemos en cuenta que, en muchos casos, el paciente se limita a cumplimentar un formulario redactado previamente.

Así las cosas, a nuestro entender la opción más adecuada es la intervención del notario, toda vez que, dado el carácter íntimo de estos documentos, es imprescindible que se incorpore un sistema que garantice la identidad, capacidad y conocimiento del paciente⁴⁹. Con respecto al juicio (o calificación) de capacidad, como pone de relieve TORRES ESCÁMEZ⁵⁰, es una declaración que realiza el notario (en todas las escrituras y en algunas actas, generalmente al finalizar la comparecencia y

47 MOSCOSO TORRES, R.M.: “El documento”, cit., p. 12.

48 “El documento”, cit., pp. 12-13.

49 En este sentido, *vid.* LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *Testamento vital*, cit., p. 111. Igualmente, *vid.* RIVAS MARTÍNEZ, J.J.: “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, *RJNot.*, núm. 26, pp. 375-376; SAPENA DAVÓ, F.: “Documento de voluntades...”, cit., p. 66.

50 “Un estudio sobre el juicio notarial de capacidad”, *RJNot.*, núm. 34, 2000, pp. 211-212. En palabras de GIMÉNEZ ARNAU, E.: *Derecho notarial*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976, p. 530, estamos

con anterioridad a la calificación del acto) cuya finalidad es expresar la creencia de que los otorgantes disponen de las condiciones de aptitud e idoneidad para que el acto o negocio produzca sus efectos normales⁵¹.

Sobre la preferencia de la escritura pública (frente a las actas de manifestaciones), parte de la doctrina⁵² considera que, a pesar de ser ambos admisibles, la primera es el documento más apropiado, criterio que consideramos acertado. A este respecto, así se deduce del propio tenor literal del artículo 144 párrafo segundo del Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado que establece, que las “escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases”.

Por su parte, a las actas notariales les incumbe “la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos, así como sus juicios o calificaciones” (art. 144 párrafo cuarto del Decreto de 2 de junio de 1944).

Y es que, la función del notario no es equivalente en ambos instrumentos, pues mientras en las escrituras da fe de hechos que percibe y recoge declaraciones de voluntad a las que conforma, legaliza y da forma pública, sin embargo, en las actas, si excepcionalmente recoge manifestaciones de voluntad, no las conforma, legaliza ni les da forma pública⁵³.

ante “un acto o juicio personal que no pertenece al *juxta verum dictum* de la fe pública, sino más bien, al principio de legalidad; *juxta legem actum*”.

Por su parte, destaca MOSCOSO TORRES, R.M.: “El documento”, cit., p. 8 que “si lo que se quiere garantizar es que no haya duda de que una declaración ha sido emitida por una persona identificada tal y como se contempla en un determinado documento, nada más lógico que otorgarla ante Notario, que además de dar fe, es un profesional especializado en apreciar bajo su responsabilidad la capacidad del otorgante, en indagar su voluntad y en plasmarla documentalmente, garantizando al mismo tiempo el secreto de las declaraciones que recibe y de los documentos que custodia”.

- 51 En este sentido, PÉREZ GALLARDO, L.: “Diez interrogantes sobre el juicio notarial de capacidad: Un intento de posibles respuestas”, *Revista de Derecho*, núm. 17, 2014, p. 156, considera que cuando un acto o negocio “se instrumenta por notario, la sola intervención de éste para la autorización del documento, le dota de certidumbre y de autenticidad a su contenido. Tal certidumbre, implica, ante todo, que el notario se ha cerciorado del discernimiento de los comparecientes, al menos ha apreciado en ellos capacidad de querer y entender lo que pretenden concertar”.

De hecho, para DE VELASCO, A.: *Derecho notarial. Con algunos formularios*, Reus, Madrid, 1941, p. 517, “entre todos los problemas que plantea al Notario la autorización de un instrumento, ninguno es de tanta importancia y transcendencia como la apreciación de la capacidad de las personas que en ellos han de intervenir, al extremo que, fijada aquélla, el resto no suele ofrecer dificultades o las presenta de escaso valor”.

En esta línea, pone de relieve DE SALAS MURILLO, S.: “Hacia un estatuto de la persona con discapacidad intelectual: criterios de valoración”, *ADC*, tomo LXIII, fasc. I, 2010, p. 695, que “la aseveración respecto de la capacidad del otorgante constituye una poderosa presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario”.

- 52 LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *Testamento vital*, cit., p. 112.

- 53 En este sentido, vid. ÁVILA ÁLVAREZ, P.: *Derecho notarial*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 34.

Además, destaca MOSCOSO TORRES⁵⁴, de forma acertada a nuestro entender, que el notario podría requerir la presencia de testigos para reforzar el juicio de capacidad, "lo que puede tener base nuevamente en la analogía con el artículo 697.3 del Código Civil cuando regula la intervención de testigos en los testamentos".

A pesar de ello, destaca TORRES ESCÁMEZ⁵⁵, que el notario no expide certificados de "integridad mental", sino que se limita a constatar un hecho sobre el que ofrece una opinión. Así las cosas, ya la STS 21 marzo 1952⁵⁶ estableció, de forma indubitada, que "la fe pública ampara la creencia del fedatario de que el otorgante es capaz, pero no la realidad de que no lo sea, por tratarse de una apreciación psíquica y no de un hecho que se exteriorice por signos perceptibles para el jurista, pues para constatar la veracidad en estos casos, suelen ser precisos los conocimientos propios del psiquiatra".

Por todo lo anterior, desde nuestra perspectiva, la Ley 41/2002 debería fijar, como criterio uniforme para todo el territorio español, varios aspectos. En primer lugar, el carácter escrito de las instrucciones previas estableciendo, como forma única, la intervención del notario a través de la escritura pública. No obstante, como quiera que el juicio de capacidad tiene sus limitaciones, lo ideal sería que se conjugase este sistema con la asistencia de un profesional sanitario, de tal suerte que la evaluación se realizara, cuando fuera posible, por una suerte de "comisión" (jurídico-médica).

Asimismo, en última instancia, se produciría un control *ex post* por parte del funcionario encargado del Registro correspondiente (nacional o autonómico) como último filtro antes de su inscripción. Igualmente, la relevancia de estos registros estriba en que es preciso que, una vez otorgadas las instrucciones previas, llegue a conocimiento de los profesionales sanitarios que han de aplicarlo, pues de lo contrario no tendría eficacia. El problema radica, como se señaló, en el ámbito competencial autonómico, pues, en principio, no cabe atribuir efectos jurídicos.

Con carácter complementario y excepcional, cabe admitir que, en casos de riesgo de fallecimiento inminente, se otorgue por escrito ante la presencia de testigos (entre los que podría ser adecuada la participación del profesional, tal y como prevé la Comunidad de Madrid para las situaciones de riesgo vital) e, incluso, de forma verbal.

54 "El documento", cit., p. 17.

55 "Un estudio sobre el juicio notarial de capacidad", *RJNot.*, núm. 34, 2000, pp. 218-220.

56 STS 21 marzo 1952 (RJ 1952, 504).

BIBLIOGRAFÍA

ALGARRA PRATS, E.: BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "Custodia compartida y mediación familiar en el derecho civil valenciano: criterios para la determinación del interés del menor", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 2, 2015, pp. 789-796.

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "La declaración de voluntades anticipadas o instrucciones previas", en AA.VV.: *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. por J.M. GONZÁLEZ PORRAS y F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ), Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Murcia, vol. I, 2004, pp. 169-194.

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.

ÁVILA ÁLVAREZ, P.: *Derecho notarial*, Bosch, Barcelona, 1990.

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "Minoría de edad y donación de órganos de personas vivas: estado de la cuestión en Derecho español", *Revista da ESMAL, Maceió*, AL, núm. 1, 2016, pp. 7-23.

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 AA.VV.: *Derecho y salud: retos jurídicos actuales* (dir. por C. LÓPEZ SÁNCHEZ Y M. ORTIZ FERNÁNDEZ), Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 193-220.

BERNAD MAINAR, R.: "Algunas precisiones sobre el documento de voluntades anticipadas", *icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 75, 2008, pp. 337-360.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: *Autonomía, libertad y testamentos vitales*, Dykinson, Madrid, 2009.

CARRASCO PERERA, Á.: "Diógenes en el basurero (de la reforma civil de la discapacidad)", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 978, 2021.

CEBALLOS HERNANSANZ, M.A.: "Instrucciones previas en la Comunidad de Madrid: un documento dinámico", *Revista de Derecho UNED (RDUNED)*, núm. 28, 2021, pp. 197-227.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: "El aborto a petición de las menores de edad tras la entrada en vigor de la LO 1/2023, de 28 de febrero, que modifica la LO 2/2021, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo", en AA.VV.: *La minoría de edad como factor de vulnerabilidad: desafíos*

presentes y futuros en el ámbito del Derecho privado (dir. por J. MARTÍNEZ CALVO), Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 145-171.

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 DIOS DE LOS VALLES, R.: "Los profesionales sanitarios y las instrucciones previas", *RqR Enfermería Comunitaria*, n.º 3, vol. 3, 2016, pp. 44-51.

DE SALAS MURILLO, S.: "Hacia un estatuto de la persona con discapacidad intelectual: criterios de valoración", *ADC*, tomo LXIII, fasc. I, 2010, pp. 677-717.

DE VELASCO, A.: *Derecho notarial. Con algunos formularios*, Reus, Madrid, 1941.

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. 35-43.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad a la luz de la reciente jurisprudencia sobre la materia", *Diario La Ley*, núm. 10168, 2022.

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.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "Voluntades anticipadas y prestación de ayuda para morir", en AA.VV.: *La eutanasia a debate: primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia* (coord. por C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA), Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 119-153.

ELIZARI URTASUN, L.: "Reconsideración de la vacunación de adultos vulnerables: de la vacunación forzosa al consentimiento informado con apoyos", en AA.VV.: *La protección de la salud frente al riesgo de contagio* (dir. por M.L. ARCOS VIEIRA, coord. por L. ELIZARI URTASUN), Bosch, Madrid, 2022, pp. 347-389.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: "Naturaleza y eficacia de los documentos de instrucciones previas", *Ius et Scientia*, núm. 1, vol. 3, 2017, pp. 150-160.

GIMÉNEZ ARNAU, E.: *Derecho notarial*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976.

LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *Testamento vital y voluntad del paciente (Conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Dykinson, Madrid, 2003.

LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: "El documento de instrucciones previas y la prestación de ayuda para morir", en AA.VV.: *Derecho y salud: retos jurídicos actuales* (dir. por C. LÓPEZ SÁNCHEZ Y M. ORTIZ FERNÁNDEZ), Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 133-165.

MARCOS DEL CANO, A.: "La toma de decisiones al final de la vida: el Testamento vital y las indicaciones previas", *Moralia*, núm. 92, 2001, pp. 498-518.

MARCOS DEL CANO, A.: "Entre la vida y la muerte: la voz del paciente suscitadora de un diálogo integrador", en AA.VV.: *Cuestiones de vida y muerte: perspectivas éticas y jurídicas en torno a nacer y el morir* (ed. lit por R. TRIVIÑO CABALLERO y D. RODRÍGUEZ-ARIAS VAILHEN), Plaza y Valdés, Madrid, 2016, pp. 137-155.

MARTÍNEZ GARCÍA, C, DEL MORAL BLASCO, C.: et al.: *Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño*, Save the children, Universidad Pontificia Comillas, Cátedra Santander de Derecho y Menores, 2017.

MARTÍNEZ NAVARRO, J.A.: "La eutanasia y su incidencia en los derechos del paciente", *Revista catalana de dret públic*, núm. 63, 2021, pp. 198-215

MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L.: *Derechos fundamentales y discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2015.

MOSCOSO TORRES, R.M.: "El documento de instrucciones previas: límites formales y apreciación de la capacidad", pp. 15-16 [consultado el 01.10.2024]. Disponible en: https://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=74566c2b-3e47-4ab2-a3fe-66580cb688a1&groupId=10228

OLIVA BLÁZQUEZ, F.: "El menor maduro ante el Derecho", *Eidon: revista de la fundación de ciencias de la salud*, núm. 41, 2014, pp. 28-52.

PÉREZ GALLARDO, L.: "Díez interrogantes sobre el juicio notarial de capacidad: Un intento de posibles respuestas", *Revista de Derecho*, núm. 17, 2014, pp. 153-183.

RIVAS MARTÍNEZ, J.J.: "Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad", *RJNot.*: núm. 26, pp. 123-380.

ROSENVALD, N.: "A tomada de decisão apoiada", *Cadernos da Lex Medicinæ (Saúde, novas tecnologias e responsabilidades)*, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, núm. 4, vol. II, 2019, pp. 381-394.

SEOANE RODRÍGUEZ, J.A.: "Derecho e instrucciones previas", *DS: Derecho y Salud*, núm. extra I, vol. 22, 2011, pp. 11-31.

TERRIBAS-SALA, N.: "El final de la vida y las voluntades anticipadas", en AA.VV.: *Bioética*, Universidad Autónoma del Estado de México/Gedisa, México, 2017, pp. 41-58.

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 ESCÁMEZ, S.: "Un estudio sobre el juicio notarial de capacidad", *RJNot.*, núm. 34, 2000, pp. 205-248.

TUR FAÚNDEZ, M.N.: "El documento de instrucciones previas o testamento vital. Régimen jurídico", en AA.VV.: *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, (coord. por J.M. GONZÁLEZ PORRAS y F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ), Tomo II, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Murcia, 2004, pp. 4865-4886.

AVANCES LEGISLATIVOS DE LAS MEDIDAS DE APOYO
A FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL
SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

*LEGISLATIVE ADVANCES ON SUPPORT MEASURES FOR PEOPLE
WITH DISABILITIES IN THE MEXICAN LEGAL SYSTEM*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 184-215

Karla
CANTORAL
y Gisela M^a.
PÉREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de febrero de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

RESUMEN: En este trabajo, se analizan los avances legislativos que se han tenido en México en favor de los derechos de las personas con discapacidad, para determinar que este derecho no se limita a una sola norma, sino que las medidas de apoyo van más allá de la protección a la persona que contienen de forma tradicional los códigos civiles y familiares. Se presenta la realidad normativa en México, especialmente a partir de la reforma realizada a finales del año 2024 al Código Civil para el Distrito Federal, aplicable para la Ciudad de México, así también se presentan las aportaciones del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares para la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

PALABRAS CLAVE: Personas con discapacidad; medidas de apoyo; designación anticipada de apoyos; ajustes procesales; capacidad jurídica.

ABSTRACT: *This paper analyzes the legislative advances made in Mexico in favor of the rights of persons with disabilities, to determine that this right is not limited to a single law, but that support measures go beyond the protection of the person traditionally contained in civil and family codes. The current regulatory situation in Mexico is presented, especially since the reform implemented at the end of 2024 to the Civil Code for the Federal District, applicable to Mexico City. The contributions of the National Code of Civil and Family Procedures to the protection of the rights of persons with disabilities are also presented.*

KEY WORDS: *Persons with disabilities; support measures; advance designation of supports; procedural adjustments; legal capacity.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL MEXICANA A FAVOR DE LAS MEDIDAS DE APOYO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A PARTIR DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- III. LA REALIDAD EN LOS CÓDIGOS CIVILES Y FAMILIARES EN MÉXICO FRENTE A LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- I. Reforma de 2024 al Código Civil para el Distrito Federal.- 2. Análisis jurídico y de Derecho Comparado.- IV. APORTES DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES AL CAMBIO DE PARADIGMA DE LA INCAPACITACIÓN A LA DISCAPACIDAD INCLUYENTE Y NO DISCRIMINATORIA.- V. LEY FEDERAL PARA PREVENIR Y ELIMINAR LA DISCRIMINACIÓN.- VI. LA LEY GENERAL PARA LA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En México, las reformas legislativas y adecuaciones normativas que se han realizado los últimos años son consecuencia de dos factores principales: los compromisos adoptados en el ámbito internacional a partir de la suscripción de tratados y las declaratorias de inconstitucionalidad que emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sus resoluciones, que al ser la máxima autoridad judicial tiene la última palabra en cuanto a interpretación constitucional se refiere.

En este trabajo, se analizan los avances legislativos que se han tenido en México en favor de los derechos de las personas con discapacidad, para determinar que este derecho no se limita a una sola norma, sino que las medidas de apoyo van más allá de la protección a la persona que contienen de forma tradicional los códigos civiles y familiares¹.

La hipótesis que se propone en este trabajo es la siguiente: El derecho de las personas con discapacidad se tutela desde la Constitución Federal con un enfoque

¹ Este artículo es resultado del trabajo que se realiza en el proyecto de investigación "Impacto social de la tutela civil de las personas con discapacidad" (SOCIALDISCA) PID2023-151835OB-I00 financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y universidades del Gobierno de España, cuyo investigador principal es el profesor José Ramón de Verda y Beamonte y en el cual forma parte del grupo de trabajo la profesora Gisela María Pérez Fuentes.

• Karla Cantoral Domínguez

Profesora investigadora en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, en donde forma parte del Cuerpo Académico Consolidado "Estudios de Derecho Civil". Investigadora Nacional nivel II del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores de la Secretaría de Ciencia, Humanidades, Tecnología e Innovación. Desde 2017 es miembro regular a la Academia Mexicana de Ciencias. Correo electrónico karlacantoral@gmail.com.

• Gisela María Pérez Fuentes

Profesora investigadora de tiempo completo titular C en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, en donde es líder del Cuerpo Académico Consolidado "Estudios de Derecho Civil". Investigadora Nacional Emérita del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores de la Secretaría de Ciencia, Humanidades, Tecnología e Innovación. Miembro regular de la Academia Mexicana de Ciencias desde 2014. Correo electrónico giselapef@hotmail.com.

integral, equitativo y transversal que permea en diversas leyes a nivel federal y estatal, en cumplimiento a los principios de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es el caso de las medidas de apoyo que permiten proteger a este grupo social vulnerable.

En el artículo se presenta la realidad en los Códigos Civiles y Familiares en México, especialmente a partir de la reforma realizada a finales del año 2024 al Código Civil para el Distrito Federal, aplicable para la Ciudad de México, así también se presentan las aportaciones del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares para la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Finalmente, se comentan algunos conceptos fundamentales que contienen la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación y la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, con el propósito de visibilizar las acciones afirmativas que se han realizado en el sistema jurídico mexicano.

II. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL MEXICANA A FAVOR DE LAS MEDIDAS DE APOYO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A PARTIR DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

En México, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) rompe el paradigma sustitutivo, ofreciendo por primera vez, un modelo social de discapacidad considerando que las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras que le impone el entorno social, puedan impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.² La CDPD en armonía con el modelo social se basa en los principios siguientes:

- a) El respeto de la dignidad inherente a estas personas.
- b) La autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones.
- c) La no discriminación de las personas con discapacidad.
- d) La participación de las personas en las actividades de la sociedad.

² Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, ratificado por México el 17 de diciembre de 2007, disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

e) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana.

f) La igualdad de oportunidades.

g) La accesibilidad.

h) La igualdad entre el hombre y la mujer.³

México signó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el año 2007, a partir de esa fecha se comenzó un proceso para incorporar este convenio a los diversos ordenamientos jurídicos. En atención al nuevo paradigma de defensa de derechos humanos de personas con discapacidad, la Constitución mexicana estableció reformas progresivas que permitieron pautas para que todos los derechos fundamentales afectados fueran protegidos por la Carta Magna.

En este orden el artículo 1º, último párrafo de la Constitución mexicana⁴ prohíbe la discriminación motivada por alguna discapacidad en las personas. Por su parte, el artículo 2o ha incorporado expresamente medidas de apoyo a personas con discapacidad en el ámbito de la inclusión de los derechos fundamentales y de la accesibilidad a los mismos, que pertenezcan a pueblos y comunidades indígenas, en los términos siguientes:

“...Apartado B. La Federación, las entidades federativas, los Municipios y, en su caso, las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, deberán establecer las instituciones y determinar las políticas públicas que garanticen el ejercicio efectivo de los derechos de los pueblos indígenas y su desarrollo integral, intercultural y sostenible, las cuales deben ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

Para tal efecto, dichas autoridades tienen la obligación de: (...)

XI. Adoptar medidas para que los pueblos y comunidades indígenas accedan a los medios de comunicación e información en condiciones de dignidad, equidad e interculturalidad, sin discriminación alguna para que reflejen la diversidad cultural indígena.

XIII. Establecer políticas públicas para proteger a las comunidades y personas indígenas migrantes, tanto en el territorio nacional como en el extranjero, en especial, mediante acciones destinadas a: (...)

3 Cfr. Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

4 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada el 15 de abril de 2025.

...b) Garantizar los derechos laborales de las personas... con discapacidad;

c) Mejorar las condiciones de salud de las mujeres, así como apoyar con programas especiales de educación y nutrición a niñas, niños, adolescentes y jóvenes de familias migrantes...”

El artículo 4º de la Constitución contempla la obligación del Estado mexicano de garantizar la entrega de un apoyo económico a las personas que tengan una discapacidad permanente. Como se puede observar, en este artículo se determina como política pública de accesibilidad, que la Federación y las entidades federativas garantizarán la entrega de una pensión no contributiva a las personas con discapacidad permanente menores de sesenta y cinco años. En el propio texto constitucional se señala que el Estado garantizará la rehabilitación y habilitación de las personas que viven con discapacidad permanente, dando prioridad a las personas menores de dieciocho años. En el Decreto por el que se reforma y adiciona esta política pública de accesibilidad se establece que el monto de los recursos asignados en el Presupuesto de Egresos de la Federación y en el presupuesto de las entidades federativas del ejercicio fiscal para los programas de atención médica y medicamentos gratuitos, de apoyo económico para personas con discapacidad permanente, no podrá ser disminuido, respecto del presupuesto que se haya asignado en el ejercicio fiscal anterior.⁵

III. LA REALIDAD EN LOS CÓDIGOS CIVILES Y FAMILIARES EN MÉXICO FRENTE A LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

A pesar de la posición constitucional que ratifica la CDPD, así como las normas especiales que han ido introduciendo jurídicamente en el país los principios y las medidas de apoyo que aparecen en la Convención principalmente de no discriminación, accesibilidad y modelos de asistencia en toma de decisiones, y el trabajo del Poder Judicial de la Federación para declarar inconstitucionales los artículos de los Códigos Civiles vigentes en el país, esta última parte ha sido la más difícil de aceptar y asumir por los legisladores, por lo que es importante destacar las reformas legislativas que se han realizado después de varias sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las que cuestionaban el estado de interdicción y que transitaron desde las resoluciones que se dictaron en los amparos en revisión 159/2013⁶; 1368/2015 del cual se conformó la tesis 1a. XL/2019, donde se sanciona en su encabezado que “la figura de estado de interdicción no es armonizable

5 Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 4º y 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 2 de diciembre de 2024.

6 Amparo en revisión 159/2013 resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el día 16 de octubre de 2013.

con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” ello para reiterar en la tesis los principios que aparecen en la Convención en cuanto a que: “la capacidad jurídica es un atributo universal, inherente a todas las personas en razón de su condición humana y no hay circunstancia que permita privar a una persona del derecho al reconocimiento con tal ante la ley o que permita limitar ese derecho. En este sentido -se insiste en el criterio jurisprudencial- el reconocimiento de la capacidad jurídica está vinculado de manera indisoluble con el disfrute de otros derechos humanos como el de acceso a la justicia, a la igualdad y a la no discriminación...”⁷

Sin embargo, es hasta la creación de la tesis jurisprudencial 142/2022⁸ donde se declaran inconstitucionales de forma expresa los artículos 23, 450 fracción II, 462, 466, 467 y 635 del Código Civil para el Distrito Federal, aplicables para la Ciudad de México así como los artículos 902, 904 y 905 del Código de Procedimientos Civiles también del Distrito Federal, que se logra una atención por los legisladores de la Ciudad más representativa de México para proteger los artículos 5 y 12 de la CDPD.⁹

Los hechos que originaron este caso fueron los siguientes¹⁰: Una persona mayor de edad con discapacidad, fue declarada en estado de interdicción en un procedimiento de jurisdicción voluntaria instado por sus familiares. Años después, la persona promovió procedimiento oral familiar para el cese del estado de interdicción en el que manifestó las razones por las cuales originalmente se solicitó que fuera declarada interdicta, así como los inconvenientes y efectos negativos que ello había traído para su vida en múltiples aspectos, identificando a la interdicción como la real barrera que enfrenta, pues está en condiciones de vivir en forma independiente, por lo que solicitó la aplicación directa de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para el reconocimiento de su

7 Tesis: 1a. XL/2019 (10a.), Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 66, mayo de 2019, tomo II, p. 1261.

8 Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 142/2022 (11a.), Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 20, diciembre de 2022, tomo I, p. 982, bajo el rubro: “Estado de interdicción. Los artículos 23, 450, fracción II, 462, 466, 467 y 635 del código civil, 902, 904 y 905 del código de procedimientos civiles, ambos para el distrito federal, aplicables para la ciudad de México, que establecen aspectos sustantivos y procedimentales de su regulación, contravienen el derecho a la igualdad y a la no discriminación, así como el derecho al reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas mayores de edad con discapacidad, además de que afectan el ejercicio de otros derechos”.

9 El artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad protege la no discriminación en los términos siguientes: “ 5.2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo. 5.3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables...” En cuanto al artículo 12 se refiere al reconocimiento como persona ante la ley, destacando en este artículo: “...12.1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad; 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”.

10 Amparo directo 4/2021, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolución emitida el 16 de junio de 2021.

plena capacidad jurídica y la instauración de un sistema de apoyos y salvaguardias adecuados a su realidad y conforme a su voluntad, a efecto de poder vivir de forma autónoma, productiva, proactiva y sin discriminación. Sin embargo, en las instancias correspondientes vincularon la desaparición de la interdicción a los resultados médicos, por ello la Suprema Corte atrajo el caso, en contra de la anterior sentencia la parte actora promovió juicio de amparo directo en el que planteó la inconstitucionalidad de los artículos 23, 450, fracción II, 462, 466, 467 y 635 del Código Civil, así como 902, 904 y 905 del Código de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal, aplicables para la Ciudad de México.

El Juez del conocimiento nuevamente sometió a la persona a diversas revisiones por médicos psiquiatras, finalmente, ponderando las opiniones de éstos, decretó el cese del estado de interdicción bajo la consideración de que su condición de salud estaba “controlada”, extinguió la tutela y curatela y a petición de la parte solicitante designó a diversas personas como sistema de apoyo, a quienes atribuyó encomiendas para que la persona con discapacidad continuara con sus tratamientos médicos y se mantuviera “controlada”, haciéndolos responsables de los daños y perjuicios que se le pudieren causar; asimismo, decretó una salvaguardia para garantizar el funcionamiento adecuado de dicho sistema de apoyo; esta decisión se modificó en apelación, para efecto de precisar las responsabilidades de los apoyos, como sistema normativo regulador de la figura y el procedimiento de interdicción, y se contravirtieron diversos aspectos relacionados con la designación y funciones de las personas de apoyo.

Acorde con los artículos 1o. constitucional, 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; el sistema mexicano seguía imponiendo una tutela sustitutiva de la voluntad en estos casos para que actúen por conducto de representante en el ejercicio de sus derechos, impidiendo que adoptaran sus propias decisiones en el plano jurídico, y contrariando su derecho convencional a recibir apoyos y salvaguardias que les permitan actuar conforme a sus deseos y preferencias, accediendo al ejercicio de su plena capacidad jurídica en condiciones de igualdad con las demás personas.

En la tesis jurisprudencial 142/2022¹¹, se estableció como criterio el siguiente:

“...El sistema jurídico que regula aspectos sustantivos y adjetivos de la figura del estado de interdicción, concretamente los artículos 23, 450, fracción II, 462, 466, 467 y 635 del Código Civil, así como 902, 904 y 905 del Código de Procedimientos Civiles, ambos ordenamientos para el Distrito Federal, aplicables para la Ciudad de México, son contrarios al derecho a la igualdad y a la no discriminación previsto en

¹¹ Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 142/2022 (11a.), Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 20, diciembre de 2022, tomo I, p. 982.

el artículo 1o. de la Constitución General, así como el derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica plena protegido por el artículo 12 de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, y trascienden negativamente en el ejercicio de otros derechos..."

1. Reforma de 2024 al Código Civil para el Distrito Federal.

Es importante reconocer que la vigencia de esta normativa provocaba como consecuencia al negar la capacidad jurídica plena, imponer un régimen tutelar sustitutivo de la voluntad, así también afectaba el ejercicio de otros derechos fundamentales, conjuntamente con el derecho a la igualdad y a la no discriminación ante la ley, sino que también podían verse mermados sus derechos a la autodeterminación personal y las libertades más fundamentales para que la persona con discapacidad pueda desarrollar un proyecto de vida.

Los artículos cuestionados del Código Civil para el Distrito Federal en reiteradas sentencias del Poder Judicial de la Federación estaban redactados en los términos siguientes:

- Artículo 23.- La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

- Artículo 450.- Tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla. (...)

- Artículo 462.- Ninguna Tutela puede conferirse sin que previamente se declare en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, el estado y grado de capacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella.

Tratándose de mayores de edad a que se refiere el artículo 450, fracción II de este Código, el Juez con base en dos diagnósticos médicos y/o psicológicos, escuchando la opinión de los parientes más cercanos de quien vaya a quedar bajo Tutela, emitirá la sentencia donde se establezcan los actos jurídicos de carácter personalísimo, que podrá realizar por sí mismo, determinándose con ello la extensión y límites de la Tutela.

- Artículo 466.- El cargo de tutor respecto de las personas comprendidas en los casos a que se refiere la fracción II del artículo 450 durará el tiempo que subsista la interdicción cuando sea ejercitado por los descendientes o por los ascendientes. El cónyuge tendrá obligaciones de desempeñar ese cargo mientras conserve su carácter de cónyuge. Los extraños que desempeñen la tutela de que se trata tienen derecho de que se les releve de ella a los diez años de ejercerla.

- Artículo 467.- La interdicción de que habla el artículo anterior no cesará sino por la muerte del incapacitado o por sentencia definitiva, que se pronunciará en juicio seguido conforme a las mismas reglas establecidas para el de interdicción.

- Artículo 635.- Son nulos todos los actos de administración ejecutados y los contratos celebrados por los incapacitados, sin la autorización del tutor.

Para armonizar la legislación conforme a los argumentos expuestos en la sentencia que declaraba la inconstitucionalidad de los artículos que contravienen la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se establecieron reformas, las cuales fueron publicadas en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 29 de noviembre de 2024¹², a partir de la reforma e incorporación de nuevos artículos al Libro Primero de las Personas para rescatar la dignidad de las personas con discapacidad, conforme al modelo que establece la CDPD en los términos siguientes:

- Artículo 23.- La minoría de edad y las demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio, que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia.

Para el ejercicio de su capacidad, cualquier persona puede solicitar apoyo para la toma de decisiones. Sin embargo, a ninguna persona se le podrá exigir llevar a cabo un acto jurídico con apoyo.

Los apoyos tendrán el fin de facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo la comunicación, la comprensión de los actos jurídicos, sus consecuencias y la manifestación de su voluntad.

- Artículo 24.- Todas las personas mayores de edad tienen capacidad de ejercicio plena, la cual solo podrá restringirse en los casos y con las condiciones que establece este Código.

¹² Decreto por el que se reforman diversos ordenamientos jurídicos de la Ciudad de México, para su homologación con el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, publicado en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 29 de noviembre de 2024.

La persona mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente si para ello hace uso de apoyos y salvaguardias conforme a las normas jurídicas especiales.

Novedoso e interesante es la incorporación de los poderes preventivos en el artículo 24 A, que se encuentra en el Título Primero Bis, Capítulo Primero, denominado: "De la designación anticipada de apoyos".

La reforma e incorporación de los poderes anticipados en forma jurídica de designación de apoyos se determinó en los términos siguientes:

- Toda persona mayor de 18 años puede designar ante notario el o los apoyos anticipados que considere necesarios, en previsión de requerirlos en el futuro, para el ejercicio de la capacidad jurídica. La designación anticipada de apoyos deberá establecer la forma, alcance, duración y las directrices que deberán cumplir las personas designadas como apoyos, así como el momento o las circunstancias que dan lugar a que estas directrices entren en vigor y las salvaguardias que en su caso la persona decida establecer. En la misma designación se podrá establecer las personas físicas o morales que en ningún caso podrán ser designadas como apoyo, sin perjuicio de que posteriormente pueda ser modificada¹³.

- Las designaciones anticipadas de apoyos deberán otorgarse y revocarse ante Notario en escritura pública, en la cual se podrán nombrar sustitutos. En caso de imposibilidad, muerte, excusa, remoción, no aceptación o relevo de la o las personas de apoyo designadas, proporcionarán los apoyos los sustitutos nombrados¹⁴.

- La aceptación de la designación como persona de apoyo podrá ser expresa o tácita. En este último caso, se entenderá que se ha aceptado si se realizan actos que inequívocamente permitan colegir que se está realizando la función de apoyo. En caso de que la persona designada como apoyo desee separarse del encargo deberá notificarlo a la persona apoyada con la debida oportunidad, de acuerdo con la naturaleza del acto o negocio de que se trate, para que en caso de que lo considere necesario pueda designar una persona sustituta. La persona designada como apoyo que abandone sus responsabilidades sin dar oportunidad al nombramiento de una persona sustituta responderá de los daños y perjuicios ocasionados a la persona apoyada y a los terceros con los que ésta tenga un negocio.¹⁵

13 Cfr. Artículo 24 A del Código Civil para el Distrito Federal.

14 Cfr. Artículo 24 B del Código Civil para el Distrito Federal.

15 Cfr. Artículo 24 C del Código Civil para el Distrito Federal.

En cuanto los artículos siguientes se consideró la idiosincracia social mexicana y la función social que deben cumplir las medidas de apoyo en el ámbito de la accesibilidad por eso se incorporan acertadamente en la designación ordinaria de apoyos:

- Las medidas de apoyo son aquellas que son necesarias para ayudar a cualquier persona a ejercer sus derechos en todos los aspectos de su vida, atendiendo a los requerimientos en cada etapa de su vida, y puede estar conformado por la asistencia humana o animal, intermediarios, objetos, instrumentos, ayuda para la movilidad, comunicación, dispositivos técnicos, tecnologías de apoyo y cualquier otra. Pueden ser objeto de medidas de apoyo todos los actos lícitos, incluidos aquéllos para los que la Ley exige la intervención personal del interesado. Tienen como finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad, respetando la voluntad y preferencias de la persona, con base en su autonomía y dignidad humana, así como la tutela de sus derechos humanos.¹⁶

- Las medidas de apoyo pueden incluir: apoyo en la comunicación, incluyendo los lenguajes, tanto el lenguaje oral, como la lengua de señas, y otras formas de comunicación no verbal, como la visualización de textos, el braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluidas la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso, tal como la lectura fácil, entre otros; apoyo en la comunicación, la comprensión de los actos jurídicos y sus consecuencias, y la manifestación de su voluntad; apoyo en la movilidad; y cualesquiera otros apoyos en general. Las medidas de apoyo deben prestarse favoreciendo el desarrollo del proceso en la toma de decisiones de la persona, de acuerdo con su voluntad y preferencias¹⁷.

- Las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica podrán incluir salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos¹⁸, a fin de que se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona. Las salvaguardias podrán ser determinadas por la persona que designe el apoyo, o por la persona juzgadora, en el caso de los apoyos extraordinarios previsto en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares¹⁹.

16 Cfr. Artículo 24 D del Código Civil para el Distrito Federal.

17 Cfr. Artículo 24 E del Código Civil para el Distrito Federal.

18 Cfr. Artículo 24 F del Código Civil para el Distrito Federal.

19 Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio de 2023, última reforma publicada el 16 de diciembre de 2024.

- Las personas mayores de edad pueden determinar la o las medidas de apoyo ordinarias y las salvaguardias que necesiten, en cuyo caso podrán indicar el alcance de cada una de las medidas de apoyo y salvaguardias. Lo anterior será aplicable para cualquier persona que de manera voluntaria realice la designación indicada. Estas medidas de apoyo, cuando se utilicen para el otorgamiento o celebración de un acto jurídico deberán otorgarse: En escritura pública o en carta poder ante dos testigos y ratificadas las firmas del otorgante y testigos ante notario, cuando el interés del negocio para el que se confieren dichas medidas de apoyo sea superior al equivalente a mil veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México vigente al momento de otorgarse; o por escrito privado, en los demás casos²⁰.

- La designación de apoyos para la celebración de actos jurídicos deberá precisar: I. La persona o personas físicas o morales designadas como apoyo; II. Las funciones que desempeñará cada persona designada; III. La duración del nombramiento; y las salvaguardias que en su caso se establezcan.²¹

- La aceptación de la designación como persona de apoyo deberá ser expresa, pero se entenderá que se ha aceptado si se realizan actos que inequívocamente permitan colegir que se está realizando la función de apoyo. En caso de que la persona designada como apoyo desee separarse del encargo deberá notificarlo a la persona apoyada con la debida oportunidad, de acuerdo con la naturaleza del acto o negocio de que se trate, para que en caso de que lo considere necesario pueda designar una persona sustituta. La persona designada como apoyo de manera expresa que abandone sus responsabilidades sin dar oportunidad al nombramiento de una persona sustituta, responderá de los daños y perjuicios ocasionados a la persona apoyada y a los terceros con los que ésta tenga un negocio²².

- La persona conservará en todo tiempo la posibilidad de revocar o modificar el apoyo designado. La revocación deberá hacerse por la misma vía en que fue designado el apoyo²³.

- Son obligaciones de las personas designadas como apoyo: cumplir con debida diligencia todos los pormenores del acto o negocio de que se trate, de conformidad con los alcances de la designación; comunicar de una manera completa y accesible a la persona apoyada, cuando esté entre sus funciones, todas las incidencias y características del acto o actos para el que fue designada, hasta los límites de la información disponible; transmitir con fidelidad la voluntad y preferencias

20 Cfr. Artículo 24 G del Código Civil para el Distrito Federal.

21 Cfr. Artículo 24 H del Código Civil para el Distrito Federal.

22 Cfr. Artículo 24 I del Código Civil para el Distrito Federal.

23 Cfr. Artículo 24 J del Código Civil para el Distrito Federal.

de la persona apoyada cuando esté entre sus funciones; mantener en estricta confidencialidad todas las interacciones que mantenga con la persona apoyada y con terceras personas con motivo de su encomienda; llevar un registro de todos los actos en los que intervenga personalmente en ejercicio de su encomienda. El registro deberá reflejar fielmente en qué consistió el apoyo; y notificar debidamente a la persona apoyada, la existencia de un conflicto de intereses, cuando éste exista en relación con el acto o actos para los que fue designada²⁴.

- La persona apoyada será plenamente responsable de los actos realizados con apoyo, a menos que se acredite que los daños ocasionados a la persona apoyada o a terceros, derivan del incumplimiento doloso o culposo de las obligaciones de la persona designada como apoyo. En esos casos, la persona designada como apoyo responderá frente a terceros y estará obligada a reparar los daños y perjuicios ocasionados tanto a estos como a la persona apoyada, incluso los que se deriven de la nulidad del acto. Las personas designadas como apoyo no serán responsables de consecuencias no previsibles y que sean parte connatural del riesgo de actuar en la vida jurídica, así como del caso fortuito o fuerza mayor. Son nulos los actos jurídicos realizados con apoyo cuando se acredite que la persona designada como apoyo ejerció violencia, influencia indebida, obró de mala fe o dolosamente indujo a miedo o error a la persona apoyada para la realización del acto.²⁵

- Cuando sea designada más de una persona para brindar apoyo, cada una responderá hasta el límite de las obligaciones establecidas en el escrito de designación y sobre los actos y omisiones efectivamente realizados²⁶.

- Las personas morales que no tengan finalidad lucrativa y cuyo fin primordial sea desempeñar las medidas de apoyo ordinario, podrán desempeñarse respecto del número de personas que su capacidad lo permita. La persona moral presentará ante la autoridad jurisdiccional informe anual pormenorizado del desempeño del cargo conferido, el cual se hará de forma individualizada por cada persona, de acuerdo con lo establecido en el Código adjetivo²⁷.

- En caso de menores que hubieren cumplido dieciséis años podrán designar apoyos para el ejercicio de los derechos que les confiere este Código²⁸. Para ello se asumirá como domicilio legal de los menores, los siguientes²⁹:

24 Cfr. Artículo 24 K del Código Civil para el Distrito Federal.

25 Cfr. Artículo 24 L del Código Civil para el Distrito Federal.

26 Cfr. Artículo 24 M del Código Civil para el Distrito Federal.

27 Cfr. Artículo 24 N del Código Civil para el Distrito Federal.

28 Cfr. Artículo 24 O del Código Civil para el Distrito Federal.

29 Cfr. Artículo 31 del Código Civil para el Distrito Federal.

- De las niñas, niños y adolescentes el de la persona a cuya patria potestad está sujeto;

- De las niñas, niños y adolescentes que no estén bajo la patria potestad el de quien desempeña la tutela;

- De las personas que no pueda conocerse su voluntad.

- En el caso de niñas, niños y adolescentes o mayores de edad con discapacidad abandonados, el que resulte conforme a las circunstancias previstas en el artículo 29.

En cuanto a la incapacidad prevista anteriormente en el artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, se reformó para quedar en los siguientes términos:

- La capacidad de ejercicio de las personas físicas estará sujeta a lo siguiente:

- I.- Las niñas, niños y adolescentes tienen en todo caso incapacidad legal, salvo los casos de excepción previstos expresamente en la ley.

- II.- Las personas mayores de edad, cuya voluntad no pueda ser conocida por ningún medio, aun después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes y de haberles prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, ejercerán sus derechos por medio del apoyo ordinario que hubieren designado previamente y en caso de que no lo hubieran designado deberán recibir apoyo extraordinario de conformidad con el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares y en ambos casos sus correspondientes salvaguardias para facilitar el ejercicio de sus derechos.

- III.- Las personas que estén bajo los efectos de sustancias tóxicas recreativas que afecten la voluntad no podrán realizar acto jurídico alguno mientras duren los efectos de dichas sustancias.

- IV.- Tienen incapacidad legal las personas mayores de edad que suspendan el pago de sus deudas líquidas y exigibles y que por tal motivo el juez competente las declare en concurso de conformidad con la tercera parte del Libro cuarto de este Código³⁰.

En protección al interés superior de la infancia se reformaron también los artículos relativos a la tutela: 453, 454, 456, 457, 458, 460, 461, 462, 463, 464, 465,

30 Cfr. Artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal.

468 y 469 adicionándose el artículo 456 bis y se derogaron los artículos 466 y 467 del Código Civil para el Distrito Federal.

En cuanto al artículo 462, quedó reformado en los siguientes términos: Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare en los términos que disponga el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, el estado y grado de capacidad de la niña, niño o adolescente que va a quedar sujeto a ella.

Los artículos relativos al estado de interdicción contenidos en los numerales 635 al 640 del Código Civil para el Distrito Federal fueron derogados en el multicitado decreto de noviembre de 2024.

En cuanto al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, toda vez que la ciudad de México incorporó a su régimen jurídico el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, como instrumento para regular la forma y términos en que se substanciarán los procedimientos civiles y familiares, se determinó en el decreto del 29 de noviembre de 2024, que el Código de Procedimientos Civiles sería abrogado en forma gradual y progresiva a partir del 1 de diciembre de 2024, lo cual aplica en materia familiar para la promoción de procedimientos de jurisdicción voluntaria, en todas sus modalidades; cualquier controversia familiar en la que no se plantee el divorcio; aquellos conflictos que se atiendan mediante justicia restaurativa; así como sus respectivos procedimientos preparatorios, recursos y medios de defensa, conforme a lo dispuesto en el Código Nacional, por tanto ya no son aplicables los artículos 902, 904 y 905³¹ del Código Procesal Civil que la Suprema Corte declaró inconstitucionales.

31 Al respecto, se cita el contenido de los artículos 902, 904 y 905 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que fueron declarados inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo directo 4/2021:

“...Artículo 902. Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare el estado de minoridad o de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella.

La declaración del estado de minoridad, o de incapacidad por las causas a las que se refiere la fracción II del artículo 450 del Código Civil, pueden pedirse: 1º. por el mismo menor si ha cumplido 16 años; 2º. por su cónyuge; 3º. por sus presuntos herederos legítimos; 4º. por su albacea; 5º. por el Ministerio Público; 6º. por la institución pública o privada, de asistencia social que acoja al hijo o hijos del presunto incapaz.

Pueden pedir la declaración de minoridad los funcionarios encargados de ello por el Código Civil.

Artículo 904.-La declaración de incapacidad por alguna de las causas a que re (sic) refiere el artículo 450 fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal: se acreditará en juicio ordinario que se seguirá entre el peticionario y un tutor interino que para tal objeto designe el juez.

Como diligencias prejudiciales se practicarán las siguientes:

I.- Recibida la demanda de interdicción, el juez ordenará las medidas tutelares conducentes al aseguramiento de la persona y bienes del señalado como incapacitado; ordenará que la persona que auxilia a aquél de cuya interdicción se trata, lo ponga a disposición de los médicos alienistas o de la especialidad correspondiente o bien, informe fidedigno de la persona que lo auxilie u otro medio de convicción que justifique la necesidad de estas medidas.

II.- Los médicos que practiquen el examen deberán ser designados por el juez y serán de preferencia alienistas o de la especialidad correspondiente. Dicho examen se hará en presencia del juez previa citación de la persona que hubiere pedido la interdicción y del Ministerio Público.

III.- Si del dictamen pericial resultare comprobada la incapacidad, o por lo menos hubiere duda fundada acerca de la capacidad de la persona cuya interdicción se pide, el juez proveerá las siguientes medidas:

a).- Nombrar tutor y curador interinos, cargos que deberán recaer en las personas siguientes, si tuvieran la aptitud necesaria para desempeñarlos: padre, madre, cónyuge, hijos, abuelos y hermanos del incapacitado. Si hubiere varios hijos o hermanos serán preferidos los mayores de edad. En el caso de abuelos, frente a la

2. Análisis jurídico y de Derecho Comparado.

El poder es un instrumento que se convierte en una modalidad jurídica de las medidas de apoyo voluntarias establecidas por las personas con discapacidad. A partir de las reformas efectuadas que estarán en concordancia no sólo con la Convención que es de suma importancia sino también con el Código Nacional de Procedimientos Civiles, a partir de la incorporación y modificación de los artículos en el Código Civil del Distrito Federal, se da la pauta para la realización de los poderes preventivos tomando como posibilidad el establecimiento de una cláusula

existencia de maternos o paternos, el juez resolverá atendiendo a las circunstancias. En caso de no haber ninguna de las personas indicadas o no siendo aptas para la tutela el juez con todo escrúpulo debe nombrar como tutor interino a persona de reconocida honorabilidad, prefiriendo a la que sea pariente o amiga del incapacitado o de sus padres y que no tenga ninguna relación de amistad o comunidad de intereses o dependencias con el solicitante de la declaración.

El Juez deberá recabar el informe del Archivo General de Notarias, sobre el registro de la designación de tutor cautelar, de la persona cuya interdicción se pide y, en su caso, los datos de la escritura del otorgamiento de las designaciones de tutor cautelar y curador, en su caso.

Si el informe arroja que la persona de cuya interdicción se trata no hubiere designado tutor cautelar, el juez procederá a nombrar tutor y curador interinos, cargos que deberán recaer conforme al orden señalado en las personas señaladas en los párrafos que anteceden en ésta fracción.

b).- Poner los bienes del presunto incapacitado bajo la administración del tutor interino. Los de la sociedad conyugal, si la hubiere, quedarán bajo la administración del otro cónyuge.

c).- Proveer legalmente de la patria potestad o tutela a las personas que tuviere bajo su guarda el presunto incapacitado.

De la resolución en que se dicten las providencias mencionadas en este artículo procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo.

IV.- Dictadas las providencias que establecen las fracciones anteriores se procederá a un segundo reconocimiento médico del presunto incapacitado, con peritos diferentes, en los mismos términos que los señalados por la fracción II. En caso de discrepancia con los peritos que rindieron el primer dictamen se practicará una junta de avenencia a la mayor brevedad posible y si no la hubiere el juez designará peritos terceros en discordia.

V. Hecho lo anterior el juez citará a una audiencia en la cual si estuvieren conformes el Tutor y el Ministerio Público con el solicitante de la interdicción, dictará la resolución que la declare. En caso de que en la resolución se haya declarado la interdicción, ésta deberá establecer el alcance de la capacidad y determinar la extensión y límites de la Tutela, en los términos enunciados en el segundo párrafo del Artículo 462 del Código civil para el Distrito Federal.

Si en dicha audiencia hubiera oposición de parte, se substanciará un Juicio Ordinario con intervención del Ministerio Público.

Artículo 905. En el juicio ordinario a que se refiere el artículo anterior, se observarán las siguientes reglas: I.- Durante el procedimiento subsistirán las medidas decretadas conforme al artículo anterior y se podrán modificar por cambio de circunstancias o por la aportación de nuevos datos que funden su conveniencia.

II.- El presunto incapacitado será oído en juicio si él lo pidiera, independientemente de la representación atribuida al tutor interino.

III.- El estado de incapacidad puede probarse por cualquier medio idóneo de convicción; pero en todo caso se requiere la certificación de dos médicos o psicólogos, por lo menos, preferentemente de instituciones de salud oficiales. Cada parte puede nombrar un perito médico para que intervenga en la audiencia y rinda su dictamen. El examen del presunto incapacitado se hará en presencia del Juez con citación de las partes y del Ministerio Público. El juez podrá hacer al examinado, a los médicos, a las partes y a los testigos cuantas preguntas estime convenientes para calificar el resultado de las pruebas.

IV.- Mientras no se pronuncie sentencia irrevocable, la tutela interina debe limitarse a los actos de mera protección a la persona y conservación de los bienes del incapacitado. Si ocurriere urgente necesidad de otros actos, el tutor interino podrá obrar prudentemente, previa autorización judicial.

V.- Una vez que cause ejecutoria la sentencia de interdicción se procederá a nombrar y discernir el cargo de tutor o en el caso de excepción, los cargos de tutores definitivos, delimitando su responsabilidad de acuerdo a la ley.

VI.- El tutor interino deberá rendir cuentas al tutor definitivo con intervención del curador.

VII.- Las mismas reglas en lo conducente se observará (sic) para el juicio que tenga por objeto hacer cesar la interdicción.

VIII.- El que dolosamente promueva juicio de incapacidad, será responsable de los daños y perjuicios que con ello ocasione, independientemente de la responsabilidad penal que fije la ley de la materia..."

adicional en la que se permita la continuación de apoyos si para el ejercicio del poderdante sobreviene una discapacidad.

Del estudio de derecho comparado y la investigación que se realiza a partir de la colaboración con el profesor José Ramón De Verda y la Dra. Cristina De Amunátegui³² hemos tenido la oportunidad de profundizar en las medidas de apoyo voluntario a través de los poderes preventivos, no legalizados en México hasta la reciente reforma de finales del 2024. Otros autores mexicanos coinciden en que para otorgar y formalizar el documento de apoyos voluntarios se recomienda la escritura pública por la solidez y los privilegios que la ley le concede a través de la intervención del notario, así que existe coincidencia en cuanto a considerar la función notarial completamente empática con la autonomía de la voluntad de personas con discapacidad.³³

Como explica el profesor De Verda en su reciente obra, existe una clara preferencia a las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, es decir a las establecidas por las personas con discapacidad. En este sentido el citado autor refiere que las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria fundamental son la autocuratela, los poderes con cláusula de subsistencia, si en el futuro el poderdante precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad y los poderes preventivos dados solo para dicha eventualidad. Así apunta que los poderes de carácter preventivo prevalecen sobre otras medidas de apoyo que hubieran podido haberse constituido y tienen una clara ventaja al otorgar un amplio ámbito de libertad de actuación a quien se conceden³⁴.

IV. APORTES DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES AL CAMBIO DE PARADIGMA DE LA INCAPACITACIÓN A LA DISCAPACIDAD INCLUYENTE Y NO DISCRIMINATORIA.

El Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares (CNPCF) define a los “Grupos sociales vulnerables” extendiéndose en la protección de los derechos fundamentales para las personas que pertenecen a grupos sociales en situación de vulnerabilidad, que, por causas diversas, enfrentan situaciones de riesgo o discriminación, de acuerdo al artículo 2, fracción XXII.

32 DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “Las medidas voluntarias de apoyo” en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, coord. P. CHAPARRO MATAMOROS y A. BUENO BIOT), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 107-142.

33 CÁRDENAS GONZÁLEZ, F. A.: *Discapacidad en los Derechos Humanos y la Función Notarial*, Porrúa, México, 2024, p. 50.

34 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: *Medidas de apoyo a las personas con discapacidad*, Editorial Hammurabi, Chile, 2024, pp. 19 – 20.

Por otra parte, reconoce que en los asuntos de orden familiar y civil, y sin alterar el principio de igualdad procesal, las partes podrán revelar su condición de vulnerabilidad, a fin de que la autoridad jurisdiccional provea ajustes de procedimiento en su caso y supla oportunamente de oficio, las deficiencias de sus planteamientos sobre la base de proteger los intereses de la familia, personas mayores, niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad o cualquier otra persona que se encuentre en alguna condición de vulnerabilidad.³⁵

El artículo 5 establece además que en los casos que se involucren derechos de niñas, niños y adolescentes, así como los derechos de las mujeres, la autoridad jurisdiccional deberá actuar y resolver con base en el interés superior de las niñas, niños, o adolescentes, así como con perspectiva de género de conformidad con los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. Asimismo, deberán adecuar sus actuaciones a las circunstancias de los grupos sociales en situación de vulnerabilidad mediante formatos alternativos, a fin de garantizar equidad y accesibilidad estructural y de comunicación, durante el procedimiento, en estricto apego al ejercicio de los derechos humanos.

Tratándose de personas que pertenezcan a pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, la autoridad jurisdiccional deberá cerciorarse que cuenten con intérprete y traductor y en todos los casos considerará sus sistemas normativos, usos y costumbres, siempre que no contravengan lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.³⁶

Se toma en cuenta en la normativa en cuestión los ajustes procesales considerando en el artículo 7 el principio de igualdad procesal, que prevé desde el escrito inicial de demanda y hasta la ejecución de la sentencia, las personas recibirán el mismo trato, oportunidades, derechos y cargas procesales sin discriminación alguna. Con las excepciones que se establezcan expresamente en el Código Nacional, cuando en la controversia se involucren derechos de niñas, niños, adolescentes y personas en grupos sociales en situación de vulnerabilidad.

El Código establece que los procedimientos en materia familiar son de orden público, y por ello corresponderá de oficio a las autoridades jurisdiccionales intervenir en los asuntos que afecten los derechos de las personas que pertenezcan en situación de vulnerabilidad³⁷.

35 Cfr. Artículo 5 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

36 Cfr. Artículo 6 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

37 Cfr. Artículo 550 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

El CNPCF define las características y condiciones de la designación de apoyos extraordinarios que superan la sustitución de las denominadas en otro derecho, incapacitación. Para ello, en el Código se fijan los siguientes principios y procedimientos:

- Todas las personas mayores de edad tienen capacidad jurídica plena. El código civil respectivo regulará las modalidades en que las personas puedan recibir apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, que son formas de apoyo que se prestan a la persona para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, la comprensión de los actos jurídicos y sus consecuencias, y la manifestación de la voluntad. Puede ser objeto de apoyo cualquier acto jurídico, incluidos aquellos para los que la ley exige la intervención personal del interesado. Nadie puede ser obligado a ejercer su capacidad jurídica mediante apoyos, salvo lo señalado en el artículo siguiente³⁸.

- El procedimiento para la designación extraordinaria de apoyos se llevará a cabo ante autoridad jurisdiccional civil o familiar, en su caso, en forma sumaria en una audiencia oral en los términos del Código Nacional³⁹.

- La autoridad jurisdiccional determinará la persona o personas de apoyo, sobre la base de la voluntad y preferencias de la persona manifestadas previamente y, de no existir, determinará la persona o personas de apoyo tomando en cuenta la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista entre ellas y la persona apoyada, escuchando la opinión del Ministerio Público o autoridad competente en la Entidad Federativa. De no existir ninguna de las personas anteriores, o cuando ninguna acepte el cargo, se designará a una persona física o moral del registro de personas morales que provean apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, de conformidad con la regulación del código civil respectivo.⁴⁰

- En las demandas debe aparecer como requisito si la persona que promueve pertenece a un grupo en situación de vulnerabilidad, de acuerdo al artículo 235 y se incorpora en la norma ajustes procesales cuando tratándose de personas pertenecientes a grupos sociales en situación de vulnerabilidad, se señala la obligación de que se utilicen formatos para su debido entendimiento y comprensión, según estipula el artículo 468.

El Código Nacional dedica unos importantes artículos a la designación de apoyo judicial extraordinario, para lo cual la autoridad jurisdiccional decidirá de

38 Cfr. Artículo 445 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

39 Cfr. Artículo 446 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

40 Cfr. Artículo 447 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

acuerdo a: I. La imposibilidad de conocer la voluntad, preferencias, medio, modo y formato de comunicación; II. El riesgo para la salvaguarda de los derechos, el patrimonio, la integridad personal o la vida, y III. La realización de esfuerzos reales, considerables y pertinentes, incluyendo la implementación de ajustes razonables, para que la persona manifestara su voluntad y preferencias, sin que éstos resultaran eficaces⁴¹.

La persona judicialmente designada como apoyo tendrá la encomienda de realizar su mandato de acuerdo con la mejor interpretación posible de lo que fuera la voluntad y preferencias de la persona, de conformidad con las fuentes conocidas de información que resulten pertinentes, incluida la trayectoria de vida de la persona, sus valores, tradiciones y creencias, previas manifestaciones de la voluntad y preferencias en otros contextos, información con la que cuenten personas de confianza, y tecnologías presentes o futuras. La persona designada judicialmente como apoyo está obligada a hacer esfuerzos constantes, dentro de sus posibilidades, durante su encargo para conocer la voluntad y preferencias de la persona apoyada⁴².

Es oportuno mencionar que conforme al artículo segundo transitorio de dicho código, el mismo entrará en vigor gradualmente: en el Orden Federal, de conformidad con la Declaratoria que indistinta y sucesivamente realicen las Cámaras de Diputados y Senadores que integran el Congreso de la Unión, previa solicitud del Poder Judicial de la Federación, sin que la misma pueda exceder del 1o. de abril de 2027. En el caso de las Entidades Federativas, el Código Nacional, entrará en vigor en cada una de éstas de conformidad con la Declaratoria que al efecto emita el Congreso Local, previa solicitud del Poder Judicial del Estado correspondiente, sin que la misma pueda exceder del 1o. de abril de 2027, sin embargo, como ya se ha comentado en este trabajo, de los 32 estados que integran la República Mexicana, actualmente sólo la Ciudad de México ha emitido la Declaratoria respectiva.

V. LEY FEDERAL PARA PREVENIR Y ELIMINAR LA DISCRIMINACIÓN.

Se ha señalado que la falta de normatividad sustantiva y procesal en el orden civil a través de los Códigos tradicionales no ha sido obstáculo para que se fueran aplicando los principios de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que aparece en el Preámbulo de la Convención donde se reconoce que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherente del ser humano.

41 Cfr. Artículo 448 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

42 Cfr. Artículo 450 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

La Convención en su artículo 2, refiere que por discriminación por motivos de discapacidad, se entiende como cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o por denegación de ajustes razonables.

En este sentido la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación⁴³, desarrolla el principio de discriminación desde su artículo 1º, en la que dispone que se entenderá por discriminación, toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud física o mental, jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo.

En la Ley Federal se desarrolla la discriminación interseccional, lo que significa la existencia de varios tipos de discriminaciones así se explica que cuando dos o más motivos prohibidos de discriminación, de forma concomitante, producen un efecto mayor al de la suma simple de cada uno de aquellos motivos:

- Discriminación directa: Cuando una persona recibe un trato menos favorable que otra en una situación similar; por alguna causa relacionada con uno o varios de los motivos prohibidos de discriminación previstos en la Ley.

- Discriminación indirecta: Es aquella que se produce en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro, es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo.

- Discriminación estructural o sistémica: Se refiere al conjunto de normas, reglas, rutinas, patrones, actitudes y pautas de comportamiento que dan paso a

⁴³ Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2003, última reforma publicada el 1 de abril de 2024.

una situación de inferioridad y exclusión contra un grupo de personas de forma generalizada, las cuales son perpetuadas a lo largo del tiempo.

- Discriminación por asociación: Es aquella que ocurre en razón de la relación y/o asociación a una persona o grupo de personas que tengan o les sean atribuidos los motivos de vulnerabilidad reconocidos constitucionalmente.

La Ley identifica distintas conductas que constituyen discriminación, por ejemplo⁴⁴:

- Establecer contenidos, métodos o instrumentos pedagógicos en que se asignen papeles contrarios a la igualdad o que difundan una condición de subordinación;

- Prohibir la libre elección de empleo, o restringir las oportunidades de acceso, permanencia y ascenso en el mismo;

- Establecer diferencias en la remuneración, las prestaciones y las condiciones laborales para trabajos iguales;

- Limitar el acceso y permanencia a los programas de capacitación y de formación profesional.

- Negar o limitar información sobre derechos sexuales y reproductivos o impedir el libre ejercicio de la determinación del número y espaciamiento de los hijos e hijas.

- Negar o condicionar los servicios de atención médica, o impedir la participación en las decisiones sobre su tratamiento médico o terapéutico dentro de sus posibilidades y medios;

- Impedir la participación en condiciones equitativas en asociaciones civiles, políticas o de cualquier otra índole;

- Negar o condicionar el derecho de participación política y, específicamente, el derecho al sufragio activo o pasivo, la elegibilidad y el acceso a todos los cargos públicos

- La denegación de ajustes razonables que garanticen, en igualdad de condiciones, el goce o ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad;

- Difundir sin consentimiento de la persona agraviada información sobre su condición y antecedentes de salud física o mental, o sobre cualquier otro dato personal sensible.

44 Cfr. Artículo 9 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

Ante estas formas de discriminación la Ley establece distintas medidas de nivelación, de inclusión y acciones afirmativas. Las medidas de nivelación son aquellas que buscan hacer efectivo el acceso de todas las personas a la igualdad real de oportunidades eliminando las barreras físicas, comunicacionales, normativas o de otro tipo, que obstaculizan el ejercicio de derechos y libertades prioritariamente a las mujeres y a los grupos en situación de discriminación o vulnerabilidad.

Las medidas de nivelación incluyen entre otras: ajustes razonables en materia de accesibilidad física, de información y comunicaciones; adaptación de los puestos de trabajo para personas con discapacidad; Diseño y distribución de comunicaciones oficiales, convocatorias públicas, libros de texto, licitaciones, entre otros, en formato braille o en lenguas indígenas; uso de intérpretes de lengua de señas mexicana en los eventos públicos; la accesibilidad del entorno social, incluyendo acceso físico, de comunicaciones y de información; derogación o abrogación de las disposiciones normativas que impongan requisitos discriminatorios de ingreso y permanencia a escuelas, trabajos, entre otros, y creación de licencias de paternidad, homologación de condiciones de derechos y prestaciones para los grupos en situación de discriminación o vulnerabilidad⁴⁵.

Las medidas de inclusión son aquellas disposiciones, de carácter preventivo o correctivo, cuyo objeto es eliminar mecanismos de exclusión o diferenciaciones desventajosas para que todas las personas gocen y ejerzan sus derechos en igualdad de trato. Las medidas de inclusión podrán comprender, entre otras, las siguientes⁴⁶:

- La educación para la igualdad y la diversidad dentro del sistema educativo nacional;
- La integración en el diseño, instrumentación y evaluación de las políticas públicas del derecho a la igualdad y no discriminación;
- El desarrollo de políticas contra la homofobia, xenofobia, la misoginia, la discriminación por apariencia o el adultocentrismo;
- Las acciones de sensibilización y capacitación dirigidas a integrantes del servicio público con el objetivo de combatir actitudes discriminatorias, y
- El llevar a cabo campañas de difusión al interior de los poderes públicos federales.

⁴⁵ Cfr. Artículos 15 ter y 15 quáter de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

⁴⁶ Cfr. Artículos 15 quintus y 15 sextus de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

Las acciones afirmativas son las medidas especiales, específicas y de carácter temporal, a favor de personas o grupos en situación de discriminación, cuyo objetivo es corregir situaciones patentes de desigualdad en el disfrute o ejercicio de derechos y libertades, aplicables mientras subsistan dichas situaciones. Se adecuarán a la situación que quiera remediarse, deberán ser legítimas y respetar los principios de justicia y proporcionalidad.

Las acciones afirmativas podrán incluir, entre otras, las medidas para favorecer el acceso, permanencia y promoción de personas pertenecientes a grupos en situación de discriminación y subrepresentados, en espacios educativos, laborales y cargos de elección popular a través del establecimiento de porcentajes o cuotas. Las acciones afirmativas serán prioritariamente aplicables hacia personas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, afro descendientes, mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas jóvenes, personas con discapacidad y personas adultas mayores⁴⁷.

La Ley Federal en cuestión actúa en contra de la discriminación a través del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación⁴⁸, este organismo tiene como objeto generar y promover políticas, programas, proyectos o acciones cuyo objetivo o resultado esté encaminado a la prevención y eliminación de la discriminación; se destacan algunas de sus atribuciones, tales como:

- Elaborar instrumentos de acción pública que contribuyan a incorporar la perspectiva de no discriminación en el ámbito de las políticas públicas;
- Elaborar, coordinar y supervisar la instrumentación del Programa, que tendrá el carácter de especial y de cumplimiento obligatorio de conformidad con la Ley de Planeación;
- Promover una cultura de denuncia de prácticas discriminatorias;
- Difundir las obligaciones asumidas por el Estado mexicano en los instrumentos internacionales que establecen disposiciones en materia de no discriminación, así como promover su cumplimiento por parte de los poderes públicos federales, para lo cual podrá formular observaciones generales o particulares;
- Elaborar, difundir y promover que en los medios de comunicación se incorporen contenidos orientados a prevenir y eliminar las prácticas discriminatorias y el discurso de odio;
- Promover el uso no sexista del lenguaje e introducir formas de comunicación incluyentes en el ámbito público y privado.

47 Cfr. Artículos 15 séptimo y 15 octavo de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

48 Cfr. Artículos 16 y 20 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

- Elaborar y difundir pronunciamientos sobre temas relacionados con la no discriminación que sean de interés público;
- Proporcionar orientación, formación y capacitación bajo diversas modalidades;
- Sensibilizar, capacitar y formar a personas servidoras públicas en materia de no discriminación;
- Instrumentar la profesionalización y formación permanente del personal del Consejo;
- Elaborar programas de formación para las personas y organizaciones de la sociedad civil a fin de generar activos y recursos multiplicadores capaces de promover y defender el derecho a la igualdad y no discriminación;
- Proponer a las instituciones del sistema educativo nacional, lineamientos y criterios para el diseño, elaboración o aplicación de contenidos, materiales pedagógicos y procesos de formación en materia de igualdad y no discriminación y celebrar convenios para llevar a cabo procesos de formación que fortalezcan la multiplicación y profesionalización de recursos en la materia;
- Conocer e investigar los presuntos casos de discriminación que se presenten, cometidos por personas servidoras públicas, poderes públicos federales o particulares y velar porque se garantice el cumplimiento de todas las resoluciones del propio Consejo;
- Emitir resoluciones por disposición e informes especiales y, en su caso, establecer medidas administrativas y de reparación contra las personas servidoras públicas federales, los poderes públicos federales o particulares en caso de cometer alguna acción u omisión de discriminación previstas en esta Ley;
- Promover la presentación de denuncias por actos que puedan dar lugar a responsabilidades previstas en ésta u otras disposiciones legales; así como ejercer ante las Instancias competentes acciones colectivas para la defensa del derecho a la no discriminación.

VI. LA LEY GENERAL PARA LA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

El artículo 19 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, determina que los Estados Partes, adoptarán las medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce del derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad y para ello, se debe facilitar que las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su

lugar de residencia y vivir en igualdad de condiciones con los demás así como a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria y otros servicios de la comunidad, incluida la asistencia personal (ajustes razonables).

La incorporación normativa interna ha pasado por un proceso que comenzó con la aprobación en el año 2011 de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad⁴⁹, la ley es de orden público, de interés social y de observancia general, es decir traspasa el derecho privado y coadyuva a constitucionalizar el tema de Derecho Civil en el ámbito de la persona, y se estructura definiendo los conceptos fundamentales que aparecen en la CDPD, destacándose:

- Discapacidad. Es la consecuencia de la presencia de una deficiencia o limitación en una persona, que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

- Persona con Discapacidad. Toda persona que por razón congénita o adquirida presenta una o más deficiencias de carácter físico, mental, intelectual o sensorial, ya sea permanente o temporal y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva, en igualdad de condiciones con los demás.

La Ley define distintas formas de discapacidad tales como⁵⁰:

- Discapacidad Física. Secuela o malformación que deriva de una afección en el sistema neuromuscular a nivel central o periférico, dando como resultado alteraciones en el control del movimiento y la postura, y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

- Discapacidad Mental. Alteración o deficiencia en el sistema neuronal de una persona, que aunado a una sucesión de hechos que no puede manejar, detona un cambio en su comportamiento que dificulta su pleno desarrollo y convivencia social, y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

- Discapacidad Intelectual. Se caracteriza por limitaciones significativas tanto en la estructura del pensamiento razonado, como en la conducta adaptativa de

⁴⁹ Cfr. Artículo 2 de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de mayo de 2011, última reforma publicada el 14 de junio de 2024.

⁵⁰ Cfr. Artículo 2 fracciones X, XI, XII y XIII de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad.

la persona, y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

- Discapacidad Sensorial. Es la deficiencia estructural o funcional de los órganos de la visión, audición, tacto, olfato y gusto, así como de las estructuras y funciones asociadas a cada uno de ellos, y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

La Ley General establece la discriminación por motivos de discapacidad como cualquier distinción, exclusión o restricción que afecten los derechos humanos de estas personas, en los ámbitos político, económico, social, civil y esto incluye la denegación de los ajustes razonables, esto es muy importante que aparezca plasmado en la ley porque realmente el alcance del concepto no ha logrado permear en la sociedad ni tan siquiera en los trabajos de algunos Tribunales.

La ley establece un concepto de ajustes razonables como, las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Además reproduce el concepto de accesibilidad, que permite distinguir como medida de apoyo a las 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. Como ya sabemos, la accesibilidad está vinculada con el diseño universal, que permite el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. Siendo un requisito que el diseño universal no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad cuando se necesiten.

La Ley General se ocupa en sus definiciones a derechos humanos concretos como la educación, estableciendo las diferencias siguientes⁵¹:

- Educación Especial. La educación especial está destinada a individuos con discapacidades transitorias o definitivas, así como a aquellos con aptitudes

51 Cfr. Artículo 2 fracciones XVI y XVII de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad.

sobresalientes. Atenderá a los educandos de manera adecuada a sus propias condiciones, con equidad social incluyente y con perspectiva de género;

- Educación Inclusiva. Es la educación que propicia la integración de personas con discapacidad a los planteles de educación básica regular, mediante la aplicación de métodos, técnicas y materiales específicos;

Se incorpora la definición de formato de lectura fácil como texto complementario al principal redactado en un lenguaje simple, directo, cotidiano y personalizado, con tipografía clara y tamaño accesible, la cual puede utilizar ejemplos para su mejor comprensión y está libre de tecnicismo y conceptos abstractos.

La Ley define como principio la igualdad de oportunidades, como el proceso de adecuaciones, ajustes, mejoras o adopción de acciones afirmativas necesarias en el entorno jurídico, social, cultural y de bienes y servicios, que faciliten a las personas con discapacidad su inclusión, integración, convivencia y participación, en igualdad de oportunidades con el resto de la población.

A partir de esta ley, se creó el Se crea el Consejo Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad como un organismo público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que tiene por objeto el establecimiento de la política pública para las personas con discapacidad, mediante la coordinación institucional e interinstitucional, así como para promover la armonización de Leyes y Reglamentos a nivel federal, estatal o municipal, respecto de las disposiciones establecidas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de ahí que en cada una de las entidades federativas se cuenta con leyes en materia de discapacidad, por ejemplo en la Ciudad de México existen la ley para la integración de las personas con discapacidad, así como la ley de atención prioritaria para las personas con discapacidad y en situación de vulnerabilidad⁵².

VII. CONCLUSIONES.

El sistema jurídico mexicano ha incorporado en forma progresiva los principios de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad desde la Constitución Federal hasta el reconocimiento de los derechos a este grupo social en situación de vulnerabilidad en diversas leyes tanto en el ámbito federal como estatal.

⁵² Ley para la integración de las personas con discapacidad de la Ciudad de México, publicada en la Gaceta Oficial el 10 de septiembre de 2010, última reforma publicada el 12 de junio de 2023; Ley de atención prioritaria para las personas con discapacidad y en situación de vulnerabilidad en la Ciudad de México, publicada en la Gaceta Oficial el 17 de septiembre de 2013, última reforma publicada el 21 de febrero de 2018.

El enfoque integral, equitativo y transversal que contienen las diversas leyes en favor de los derechos de las personas con discapacidad muestra la evolución jurídica a partir del cambio del estado de interdicción al tránsito en el reconocimiento del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás personas, para elegir y controlar su forma de vida.

Las reformas realizadas en el año 2024 al Código Civil para el Distrito Federal, con aplicación en la Ciudad de México, incorpora los principios de la Convención en la materia, así como el modelo de designación anticipada de apoyos para personas con discapacidad, el cual se puede realizar ante notario, siempre y cuando se establezca la forma, alcance, duración y directrices que deberán cumplir las personas designadas como apoyos, así como el momento o las circunstancias que dan lugar a que estas directrices entren en vigor y las salvaguardias que en su caso la persona decida establecer.

Las medidas de apoyo coadyuvan a cualquier persona a ejercer sus derechos en todos los aspectos de su vida, se configura a través de diversos elementos, como la asistencia humana o animal, ayuda para la movilidad, comunicación, tecnologías de apoyo, entre otros, respetando la voluntad y preferencias de la persona, conforme a su autonomía y dignidad humana.

El Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares dispone de mecanismos y ajustes procesales para que la autoridad jurisdiccional actúe con criterios objetivos y garantice con equidad, accesibilidad estructural y de comunicación los derechos de las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, esperamos que pronto sea una realidad su aplicación en todos los estados que conforman el territorio mexicano y se siga el modelo adoptado por la Ciudad de México en noviembre de 2024.

la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación y la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, definen los diversos tipos de discapacidad, así como las medidas de nivelación, inclusión y de acciones afirmativas que se pueden promover para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, quedando superado el estado de interdicción civil que aún se encuentra regulado en la generalidad de los códigos civiles y familiares de México.

BIBLIOGRAFÍA

CÁRDENAS GONZÁLEZ, F. A., *Discapacidad en los Derechos Humanos y la Función Notarial*, Porrúa, México, 2024.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “Las medidas voluntarias de apoyo” en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, coord. P. CHAPARRO MATAMOROS y A. BUENO BIOT), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: *Medidas de apoyo a las personas con discapacidad*, Hammurabi, Chile, 2024.

LEGISLACIÓN

Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio de 2023, última reforma publicada el 16 de diciembre de 2024.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada el 15 de abril de 2025.

Decreto por el que se reforman diversos ordenamientos jurídicos de la Ciudad de México, para su homologación con el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, publicado en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 29 de noviembre de 2024.

Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2003, última reforma publicada el 1 de abril de 2024.

Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de mayo de 2011, última reforma publicada el 14 de junio de 2024.

Ley para la integración de las personas con discapacidad de la Ciudad de México, publicada en la Gaceta Oficial el 10 de septiembre de 2010, última reforma publicada el 12 de junio de 2023.

Ley de atención prioritaria para las personas con discapacidad y en situación de vulnerabilidad en la Ciudad de México, publicada en la Gaceta Oficial el 17 de septiembre de 2013, última reforma publicada el 21 de febrero de 2018.

JURISPRUDENCIA

Amparo en revisión 159/2013 resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el día 16 de octubre de 2013.

Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 142/2022 (11a.), Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 20, diciembre de 2022, tomo I, p. 982.

Amparo directo 4/2021, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolución emitida el 16 de junio de 2021.

Tesis: 1a. XL/2019 (10a.), Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 66, mayo de 2019, tomo II, p. 1261.

TRATADOS INTERNACIONALES

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, ratificado por México el 17 de diciembre de 2007, disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

LA PIANIFICAZIONE SUCCESSORIA DELL'EREDITÀ
DIGITALE TRA IDENTITÀ E PRIVACY.

*SUCCESSION PLANNING FOR THE 'DIGITAL HERITAGE'
BETWEEN IDENTITY AND PRIVACY.*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 216-245



Davide IANNI

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

RESUMEN: Col presente saggio si vuole affrontare il cangiante e multiforme fenomeno della “Digital Death”, analizzando l’ambivalente matrice patrimoniale e personale del cyberspazio. Da un lato, infatti, si pone la problematica della trasmissione mortis causa dei c.d. digital assets mentre, dall’altro lato, sorge il dilemma della sorte dell’identità digitale dopo la morte del suo titolare. La disamina verrà condotta con un approccio sovranazionale e trasversale e si concentrerà altresì sull’impatto che le nuove tecnologie hanno avuto e avranno sui tradizionali sistemi giuridici moderni, al fine di interrogarsi sulla necessità di riforma o, al contrario, sull’idoneità degli odierni strumenti normativi di arginare le nuove sfide di Internet, con uno sguardo alla tutela dei diritti della personalità degli individui e nel rispetto della libera circolazione dei dati.

PALABRAS CLAVE: Eredità digitale; identità virtuale; privacy e riservatezza; diritto all’oblio; diritti della personalità.

ABSTRACT: *With the present essay, we aim to address the changing and multifaceted phenomenon of “Digital Death” by analyzing the ambivalent patrimonial and personal matrix of cyberspace. Indeed, on the one hand, the issue of the mortis causa transmission of so-called digital assets arises while, on the other hand, the dilemma of the fate of digital identity after the death of its owner arises. The examination will be conducted with a supranational and transversal approach and will also focus on the impact that the new technologies have had and will have on traditional modern legal systems, in order to question the need for reform or, on the contrary, the suitability of today’s regulatory instruments to stem the new challenges of the Internet, with an eye to the protection of the personality rights of individuals and with respect to the free movement of data.*

KEY WORDS: *Digital heritage; virtual identity; privacy and confidentiality; right to be forgotten; personal rights.*

SUMARIO.- I. PROLOGO.- II. L'ETEROGENEITÀ DEL CONCETTO DI EREDITÀ DIGITALE: IL "DIGITAL ASSET" TRA BENI DIGITALI E DATI DIGITALI.- III. (SEGUE) L'INCIDENZA DELLA VOLONTÀ SUGLI STRUMENTI GIURIDICI DI PROGRAMMAZIONE PATRIMONIALE NELLA SFERA DIGITALE.- IV. (SEGUE) LO SCISMA TRA IDENTITÀ PERSONALE E IDENTITÀ DIGITALE: UNA CORSA PER LA SOPRAVVIVENZA.- V. (SEGUE) IL DIRITTO ALLA PRIVACY E ALLA RISERVATEZZA TRA CYBERSPAZIO E MONDO REALE.- VI. EPILOGO.

I. PROLOGO.

La rapidità con cui le nuove tecnologie hanno gradualmente conquistato ogni settore della società ha fatto emergere, in maniera sempre più incalzante, la necessità di addivenire, anche nel campo giuridico, alla predisposizione di una regolamentazione omogenea e completa del fenomeno. Le multiformi implicazioni nascenti dal rapporto tra Diritto ed Intelligenza Artificiale¹ hanno oramai accentrato il dibattito scientifico, anche in campo successorio.

Eppure, l'ascesa delle reti *web* non sembra oltremisura risalente nel tempo, appartenendo ancora alla Storia del recente passato. Invero, negli anni della Guerra Fredda, soltanto intorno al 1969, "l'Agenzia per i progetti di ricerca avanzata di difesa"², su incarico del Governo degli Stati Uniti d'America³, crea e progetta "*Arpanet*"⁴, il progenitore dell'attuale *Internet*. Da allora, i passi in avanti sono stati decisamente numerosi e la diffusione dei fenomeni tecno-digitali è stata inarrestabile. Dacché prima esisteva solo lo Spazio cosmico con le sue galassie e i suoi pianeti, ad esso ora si è affiancato un altro "Universo parallelo": il *cyberspazio*. Si è così assistito ad un'accelerazione progressiva ed incessante della tecnologia a discapito di una altrettanto rapida e consapevole presa di coscienza dei fenomeni digitali. La società moderna non pare riuscire del tutto a governare queste nuove e cangianti dimensioni virtuali, sebbene ne sia oramai assuefatta e ricolma in ogni angolazione e prospettiva. Pertanto, l'obiettivo – ma, a dire il vero, talvolta pare

1 Sul rapporto tra Diritto e "*Artificial Intelligence*", sia consentito rinviare a: AA.VV.: *The Cambridge Handbook of Private Law and Artificial Intelligence* (curato da E. LIM e P. MORGAN), Cambridge University Press & Assessment, Cambridge, 2024, p. 36 e ss.

2 Il nome originale inglese è "Defense Advanced Research Projects Agency", più noto con l'acronimo "DARPA" ed indica un'agenzia governativa del Dipartimento della Difesa degli Stati Uniti incaricata dello sviluppo di nuove tecnologie per uso militare durante gli anni della Guerra Fredda.

3 Il progetto era nato per dare nuovo impulso allo sviluppo del settore di ricerca tecnologica, specialmente a seguito del "sorpasso" dell'Unione Sovietica, che lanciò il primo satellite - noto come "Sputnik" - nel 1957, anticipando di gran lunga le altre Potenze mondiali.

4 Per un'analisi più approfondita del tema, si veda: DETTI, T. e LAURICELLA, G.: *Le origini di internet*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 5 e ss.

• Davide Ianni

Dottorando di ricerca in Diritto Privato, Università degli Studi di L'Aquila. E-mail: davide.ianni2@graduate.univaq.it

anch'esso un miraggio – resta solo il mero tentativo di arginare le derive più pericolose di tali fenomeni.

Se, dunque, questo è il substrato storico-sociale che si staglia all'orizzonte, occorre interrogarsi su quale sia invece il panorama giuridico, con i suoi aspetti problematici e le prospettive future. Com'è noto, i cambiamenti della società spesso colgono di sorpresa il nostro legislatore, che sovente rimane a guardare finché il suo intervento da opportuno diviene indispensabile, richiedendo così l'adozione di una normativa, avente il carattere dell'urgenza, la quale - per sua intrinseca natura - sarà pertanto anche caotica e disorganizzata. L'interrogativo sorge spontaneo: tutto questo avverrà o è già avvenuto anche in tema di tecnologie digitali? Forse, in parte, la risposta potrebbe essere affermativa. Tale difficoltà si rintraccia nella matrice intrinseca della tecnologia, la quale, in quanto *lògos della tèchne*⁵, insegue sé stessa in una corsa inarrestabile verso il progresso, innestando un circolo vizioso dal quale sarà arduo uscire. Per adesso, tuttavia, l'analisi si concentrerà nel capire quale sia l'attuale stato dell'arte nonché nell'interrogarsi sulla capacità delle categorie classiche dell'ordinamento giuridico di adeguarsi ai nuovi fenomeni tecnologici⁶, ponendo sotto la lente d'ingrandimento un aspetto specifico di questo enorme fenomeno: le implicazioni giuridiche del *post mortem* nell'ambito della tecnologia, sia sotto un profilo meramente oggettivo-patrimoniale che sotto un profilo soggettivo-personale. Senza alcuna ambizione di esaustività, si procederà pertanto alla disamina del nuovo concetto di "successione digitale", con l'auspicio che i risultati e le suggestioni che ne scaturiranno possano essere il punto di partenza per una futura ed imminente riorganizzazione e disciplina dei moderni fenomeni tecnologici.

II. L'ETEROGENEITÀ DEL CONCETTO DI EREDITÀ DIGITALE: IL “DIGITAL ASSET” TRA BENI DIGITALI E DATI DIGITALI.

Lo studio dei nuovi risvolti giuridici sul tema delle moderne tecnologie digitali apre un vastissimo panorama su cui gli studiosi iniziano in maniera crescente a confrontarsi. Risulta pertanto indispensabile circoscriverne l'analisi entro confini ben definiti. Il tema prescelto nel presente studio viene spesso conosciuto con denominazioni differenti ma altrettanto valide: eredità digitale, successione digitale, morte digitale, successione nel patrimonio digitale, *digital inheritance*, *digitaler nachlass*. Tutte queste diverse locuzioni hanno in comune il pregio di unire il dato

5 Si richiama la suggestione espressa da FERRETTI, F.: “L'impatto della tecnologia sulle categorie giuridiche. La soggettivizzazione dell'intelligenza artificiale”, in *Nuove tecnologie e cultura del diritto civile* (a cura C. PERLINGIERI e I. MARTONE), Esi, Napoli, 2023, p. 53. Inoltre, per un approfondimento sul tema della soggettività nell'ambito dell'intelligenza artificiale, CAROCCIA, F.: “Soggettività giuridica dei robot?”, *Diritto e intelligenza artificiale* (a cura di G. ALPA), 2020, p. 213 ss.

6 Per una disamina completa sulla relazione tra categorie del diritto e progresso tecnologico, IRTI, N.: *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 25 ss.

empirico-tecnologico con il dato giuridico-successorio. Per fornire una definizione di “successione digitale”, si deve anzitutto precisare la sua natura ambivalente. Come un Giano Bifronte, essa contiene al suo interno due facce della medesima medaglia. All'interno di tale concetto, vengono ricompresi l'insieme dei fenomeni, sia patrimoniali che personali, relativi alla sorte, programmazione e protezione *post mortem* del complesso dei rapporti digitali del titolare-*de cuius*.

Il concetto di “eredità digitale” afferisce non soltanto al versante prettamente patrimoniale ma anche al più delicato problema dell'identità digitale come promanazione e specificazione della persona⁷, reso ancor più complesso dal carattere eterogeneo dei c.d. “*digital assets*”. Con questo idioma di matrice anglosassone si fa riferimento a quel complesso di beni che vengono notoriamente chiamati “risorse digitali”. Nel caso di specie, tuttavia, la migliore accezione da attribuirgli è quella di “patrimonio digitale”. Nell'alveo di un simile concetto, va infatti operata una distinzione primaria⁸: da un lato, si parla di “beni” digitali propriamente intesi mentre, dall'altro, vi sono i “dati” digitali. Appartenere all'una o all'altra categoria comporta un diverso sistema di disciplina e regolamentazione. Innanzitutto, il primo elemento (quello dei beni digitali) è connotato da una valenza prettamente patrimoniale e quindi porta con sé le problematiche inerenti al trasferimento *mortis causa* e la sua trasferibilità o meno mentre il secondo elemento (quello dei dati digitali) vira su tematiche legate alla personalità del titolare, attingendo ai dubbi sul rispetto della *privacy* e della riservatezza della sfera privata della persona, finanche al tema del c.d. “oblio digitale”.

Ora, sotto il profilo contenutistico, al primo gruppo appartengono i documenti e i contenuti multimediali (come video, immagini, musica) che sono incorporati all'interno di supporti fisici (come pc, cd, hard disk, chiavette usb) in esclusiva disponibilità del *de cuius*: vi è un rapporto 1:1, in cui il titolare ha un rapporto diretto ed immediato con essi. A questa categoria si applicherà la disciplina dei beni “classici” in formato materiale-non digitale⁹. La seconda categoria invece

7 La dottrina (MARINO, G.: “La successione digitale”, *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, fascicolo I, 2018, p. 171) parla infatti di un duplice profilo per definire il concetto preferibile di successione digitale: “il profilo della trasmissione di diritti e rapporti giuridici aventi ad oggetto contenuti digitali di carattere patrimoniale e, per altro, quello della continuazione della personalità del defunto, per come sviluppatasi sulla rete, riguardate attraverso il prisma della disciplina delle successioni *mortis causa*”. Per ulteriori riflessioni sul concetto di “eredità digitale” e successione *mortis causa*: DE PLANO, S.: “La successione a causa di morte nel patrimonio digitale”, in *Internet e diritto civile* (a cura di C. PERLINGIERI e L. RUGGIERI), Esi, Napoli, 2015, p. 427 e ss.; GERBO, F.: “Dell'eredità informatica”, *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 300 e ss.; ZOPPINI, A.: “Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)”, *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 185 e ss.; BARBA, V.: “Interessi post mortem tra testamento e altri atti di ultima volontà”, *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 341 e ss.

8 La categorizzazione del fenomeno digitale di diverse classi viene accolta dalla dottrina pressoché unanime, si veda, tra gli altri, RESTA, G.: “La morte digitale”, *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, fascicolo 6, 2014, p. 907 e ss.; CAMARDI, C.: “L'eredità digitale. Tra reale e virtuale”, *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, fascicolo I, 2018, p. 70 e ss.; CARBONE, C.: *Le successioni per causa di morte*, II edizione, Giuffrè, Milano, 2023, p. 53 e ss.

9 Tali beni saranno dunque suscettibili di essere trasferiti – come qualunque *res* – sia *inter vivos* che *mortis causa*, concretizzandosi nel precipitato “digitale” dei beni materiali del suo titolare.

attiene al complesso dei rapporti digitali che nascono sulle piattaforme *online*. In tal caso, si instaura un rapporto trilaterale: titolare-service provider-bene¹⁰. In questi casi, stante la natura stessa del rapporto del titolare verso il bene, si riconduce la fattispecie all'interno di una vera e propria "posizione contrattuale"¹¹. Tuttavia, nell'ambito di questa categoria, vi è una ulteriore distinzione ancora più evidente da analizzare, laddove si consideri la facoltà, per il testatore, di introdurre una clausola di intrasferibilità (o intrasmissibilità) del rapporto contrattuale a seguito della sua morte. In tale caso, si ritiene che, l'intrasferibilità possa essere validamente prevista per i rapporti connotati da una vocazione prettamente personale mentre andrebbe esclusa per quelli di natura commerciale o meramente patrimoniale¹². Il decesso del titolare viene inoltre spesso ricompreso all'interno delle condizioni generali¹³ di contratto come evento che può comportare l'estinzione del rapporto, riconoscendo indirettamente un carattere indubbiamente personale e riservato alla relazione tra utente e piattaforma.

La distinzione tra "beni" e "dati" digitali resta dunque cruciale per comprendere al meglio la complessità del fenomeno virtuale, specialmente considerando il diverso grado di *vicinitas* nel rapporto utente-service provider: in un caso, il supporto materiale contiene una serie di dati che sono a "portata di mano" del suo titolare, seppur in formato elettronico; nel secondo caso, invece, la tangibilità del bene viene radicalmente esclusa, creando una serie di dati che esistono solo in virtù della creazione di uno spazio virtuale avulso dalla realtà materiale. Nella prima ipotesi il rapporto tra dato e titolare è diretto ed immediato mentre nel secondo vi è una interposizione reale di un altro soggetto (*service provider*), il quale risulta indispensabile per la creazione del rapporto stesso e senza il quale non potrebbe neppure venire ad esistenza oppure si estinguerrebbe.

10 A titolo esemplificativo, si può far riferimento ai c.d. contratti di servizio che si stipulano con le piattaforme di social network oppure diretti alla fruizione di servizi di posta elettronica o di messaggistica istantanea.

11 In accordo con questa prospettiva, l'erede, subentrando nella medesima posizione giuridica del *de cuius*, subentrerà direttamente anche nelle relative posizioni contrattuali validamente in essere al tempo dell'apertura della successione e suscettibili di essere trasferite *mortis causa*, e quindi ad eccezione di tutti quei rapporti che invece si estinguono con la morte del suo titolare o *intuitu personae*. si veda, per un approfondimento della tematica: PADOVANI, F.: *Le posizioni contrattuali, Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, (a cura di G. BONILINI), Giuffrè, Milano, 2009, p. 520 e ss. Nel fenomeno successorio, il testatore ha a disposizione la figura del "legato di posizione contrattuale", fermo restando i dubbi circa la trasmissibilità o meno di questi rapporti, dal momento che non può escludersi a priori la relativa estinzione degli stessi, dopo la morte del suo titolare, trattandosi di rapporti strettamente personali.

12 CAMARDI, C.: "L'eredità digitale. Tra reale e virtuale", cit., p. 75 e ss.

13 Riguardo l'effettiva vincolatività delle "condizioni generali" previste dalle piattaforme dei *social networks* in ordine all'estinzione dei rapporti digitali in essere in capo al defunto al momento del suo decesso, è necessario precisare la presenza di due orientamenti contrapposti che si fronteggiano: da un lato, il filone di stampo tedesco esclude la rilevanza di tali condizioni, ai fini dell'esclusione della caduta in successione dei dati digitali, poiché non idonee a dimostrare un consenso preciso, libero, informato e consapevole, concretizzandosi la loro approvazione – nella maggior parte dei casi – nel "flaggare" una casella di cui pressoché si ignora il contenuto; dall'altro lato, il filone anglosassone invece è di opposto avviso, riconoscendo l'esclusione della caduta in successione dei dati se la piattaforma prevedeva tali condizioni ed esse sono state accettate dall'utente.

III. (SEGUE) L'INCIDENZA DELLA VOLONTÀ SUGLI STRUMENTI GIURIDICI DI PROGRAMMAZIONE PATRIMONIALE NELLA SFERA DIGITALE.

Al fine di meglio districarsi nel ginepraio di algoritmi e *big data*, nel presente paragrafo si affronterà il tema prettamente “patrimoniale” relativo al fenomeno della successione digitale. In primo luogo, ci si deve interrogare se esista ed eventualmente quale sia il raggio d'azione riservato alla volontà del titolare, comprendendo con quale incidenza essa possa essere esplicitata ed attraverso quali strumenti giuridici. Cionondimeno, risulta prodromico procedere ad una breve ricostruzione dogmatica dell'oggetto della successione digitale dal punto di vista patrimoniale.

Se i supporti fisici (come *pc*, *tablet*, *hard disk*, *cds*, *chiavette usb*, *et similia*) vengono ricondotti nella categoria dei beni materiali c.d. mobili ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 812 c.c., ben più complicata è la questione relativa ai beni digitali in senso stretto (ossia il contenuto digitale degli stessi). Mediante un procedimento ermeneutico¹⁴ ed analogico¹⁵, viene attribuita una nozione “meta-giuridica” ai dati digitali, intendendo gli stessi come beni “immateriali”. Trattandosi di elementi comunque suscettibili di apprensione da parte dell'uomo, aventi un loro valore patrimoniale, oggetto di diritti nonché idonei a soddisfare bisogni o trarne utilità, quand'anche siano non materialmente tangibili, essi rientrano a pieno nell'alveo normativo di cui al *genus* dell'art. 810 c.c.. Accanto a questa concezione, deve tuttavia essere menzionata la diversa opinione di chi¹⁶ avverte, al contrario, come urgente la necessità di un ampliamento delle categorie dogmatiche dell'ordinamento giuridico, al fine di predisporre una disciplina omogenea e analitica del nuovo fenomeno delle tecnologie digitali¹⁷.

Nelle more di un futuro ed auspicabile intervento legislativo, è comunque indispensabile predisporre un meccanismo che riesca a mettere a riparo l'ordinamento dall'invasione digitale. Sono dunque stati predisposti diversi strumenti giuridici, al fine di consentire una gestione quanto più ordinata possibile

14 Si considera il principio di autosufficienza ed autonomia dell'ordinamento giuridico in forza del quale ogni elemento della realtà può trovare una soluzione al suo interno mediante un procedimento di adattamento e di interpretazione tale da rintracciare la norma applicabile al caso concreto mediante la sussunzione di norme astratte già positivizzate all'interno del sistema giuridico attualmente vigente. per un'analisi della tematica: MODUGNO, F.: *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 141 e ss.

15 Si usa una terminologia impropria per riferirsi al metodo “analogico” che riconduce le invenzioni, le opere dell'ingegno, i marchi, i brevetti, ecc. alla categoria dei beni c.d. immateriali. Ragionando per paragoni, anche ai dati digitali potrebbe essere riconosciuta la medesima natura, in quanto connotati dal carattere della intangibilità materiale.

16 RODOTÀ, S.: “Verso una dichiarazione dei diritti di internet”, in https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/upload_file/upload_files/000/000/193/Internet_Libe.pdf. L'Autore fa riferimento all'urgente necessità da parte del Legislatore di dover tener conto del nuovo “nucleo accresciuto” della società e dell'ordinamento, con l'ingresso di *Internet* e delle tecnologie digitali nelle dinamiche quotidiane, sia commerciali che personali.

17 Si fa riferimento al documento programmatico “Dichiarazione dei diritti in Internet”, disponibile sul sito www.camera.it, 2015.

dei fenomeni tecnologici. I c.d. “digital goods” rientrano nei beni trasferibili *mortis causa*. Lo strumento che l'ordinamento predispone per la regolamentazione patrimoniale *post mortem* è il testamento, il quale – oltre ad interessare oramai anche aspetti di natura meramente personale¹⁸ - resta il mezzo d'elezione con cui il *de cuius* può predisporre una pianificazione economico-patrimoniale della propria sfera giuridica per il tempo in cui avrà cessato di vivere. Limitando, per ora, l'analisi al solo versante strettamente “patrimoniale” (e rinviando per quello “personale” al paragrafo successivo), il testatore potrà istituire un soggetto erede, trasferendo l'universalità del suo patrimonio, oppure predisporre un legato, laddove voglia beneficiare il soggetto di uno o più beni determinati. Risulta ultronea qualunque ulteriore specificazione se si fa riferimento ai beni “materiali” digitali (ossia ai supporti informatici come *pc* o *tablet*)¹⁹.

Diversamente, per i “dati digitali” (ossia i contenuti informatici) si pone un problema più complesso. Qui infatti il connotato puramente patrimoniale cede il passo ad un elemento più intimo e personale. La tematica resta però ancora agganciata al dato “fisico” dei contenuti digitali ed alla sua trasferibilità²⁰. La dottrina²¹ ha così ideato dei meccanismi giuridici al fine di tutelare e garantire il passaggio generazionale anche di questa nuova categoria di beni. Una disamina a parte va riservata al c.d. legato di *password*²². Tale strumento viene utilizzato quando il testatore vuole affidare le proprie credenziali relative ad uno o più *account* ad un soggetto specifico, scrivendo direttamente nel testamento la propria *password* per accedere alla piattaforma. In tal modo però si perde la segretezza della stessa e ci si espone al rischio di abuso da parte di chi voglia appropriarsi della stessa o dei contenuti ai quali accede. Per tali motivi, la prassi ha riconosciuto

18 PERLINGIERI, G.: “Invalidità delle disposizioni *mortis causa* e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia”, *Diritto delle successioni e della famiglia*, n. 1/2016, p. 119 e ss.; GIAMPICCOLO, G., *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Esi, Napoli, 2010, p. 261 e ss.

19 Il testatore potrà nominare erede un soggetto oppure procedere con un semplice legato ai sensi dell'art. 654 c.c. avente ad oggetto il bene che vuole attribuirgli secondo le regole classiche della successione testamentaria.

20 Per meglio dire, si fa riferimento al fatto che, benché in questi casi la volontà del *de cuius* sia rivolta ad un aspetto più personale che squisitamente economico, la problematica resta ancora di natura patrimoniale, intesa come trasferibilità o meno del diritto, e non anche sul profilo dell'identità personale “digitale” di cui invece si parlerà nel prossimo paragrafo.

21 MONCALVO, F. A.: “Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante”, *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 56 ss.; BONILINI, G.: *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Utet, Torino, 2020, p. 171 e ss.; CALVO, R.: “Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante”, *Diritto delle successioni*, n. 1/2010; PALAZZO, A.: “Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori”, *Vita notarile*, 1993, p. 1228 e ss. Inoltre, sulla natura e implicazioni delle disposizioni testamentarie, sia consentito nuovamente un rinvio a PERLINGIERI, G.: “Invalidità delle disposizioni *mortis causa*”, cit.,

22 Per una disamina più approfondita si veda: DI LORENZO, L.: “Il legato di *password*”, *Notariato*, 2014, p. 144 e ss.; CARBONE, C.: *Le successioni*, cit., p. 56; MAGNANI, A.: “L'eredità digitale”, *Notariato*, 2014, p. 530 e ss.; ID., “La figura di erede e la qualità ereditaria, comprendenti sia rapporti e diritti patrimoniali sia qualità personali, morali, ideali. Conseguenze ed applicazioni”, *Riv. not.*, 1998, p. 138 e ss.; CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Password, credenziali e successione mortis causa*, Studio 6-2007/IG (a cura di BECHINI, U.), approvato dalla Commissione Studi Informativa Giuridica in data 11 maggio 2007.

specifici strumenti, alla luce del loro predominante elemento personale²³. Una figura spesso utilizzata è quella dell'esecutore testamentario.²⁴ Il testatore potrà infatti nominare tale figura, impartendo delle istruzioni al fine di gestire i propri rapporti digitali. Un altro strumento è quello del c.d. mandato *post mortem*²⁵, ritenuto dalla dottrina eccezionalmente lecito ed ammissibile²⁶, tramite il quale il testatore incarica un soggetto di procedere al compimento di determinati atti giuridici, dopo la sua morte. Si tratta di un mero incarico gestorio²⁷ avente ad oggetto un'attività da svolgersi dopo la morte del mandante che garantisce la segretezza dei dati²⁸. La volontà del testatore risulta pertanto pressoché invariata nella sua pienezza dispositiva, anche in relazione ai beni digitali. La problematica concerne tuttavia il grado di protezione da garantire ai contenuti informativi in titolarità al testatore al momento della morte, al fine di rispettare a pieno la sua volontà così da far pervenire i contenuti digitali direttamente al suo destinatario designato, senza intromissioni o manomissioni di terzi. Il panorama successorio digitale è costellato da rischi nuovi ed in continua evoluzione, di cui spesso si ignora l'esistenza anche a causa della scarsa conoscenza dei fenomeni tecnologici. Se questa è la situazione relativa all'aspetto "patrimoniale", le problematiche si acquiscono ancor di più per quanto concerne l'impatto della sfera soggettiva²⁹ "personale" del titolare nel mondo digitale.

23 Va precisato come il carattere personale non annulla affatto il dato patrimoniale di questa categoria di *digital goods*: si pensi all'ingente introito economico relativo all'*account* di un *influencer* o di un *content creator* che lavora nel digitale.

24 MAGNANI, A.: "L'eredità digitale", cit., p. 530 e ss.; TALAMANCA, M.: "Successioni testamentarie", *Comm. cod. civ.* (a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA), 1965, p. 20 e ss.; Id., "Successioni testamentarie. Della revocazione delle disposizioni testamentarie – Delle sostituzioni – Degli esecutori testamentari", *Comm. cod. civ.* (a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA), 1978, p. 15 e ss.

25 MONCALVO, F. A.: "Sul mandato", cit., p. 54 e ss.; RESTA, G.: "La morte digitale", cit., p. 915; CARBONE, C.: *Le successioni*, cit., p. 57.

26 Si ritiene infatti che non risultano violate le norme contenute né nell'art. 1722, comma I, n. 4 c.c. (il quale prevede l'estinzione del mandato per morte di una delle parti) né dell'art. 458 c.c. (il quale riconosce la nullità dei patti successori): per il primo punto, infatti, si ritiene ammissibile una deroga dal momento che la dottrina maggioritaria ne riconosce natura meramente dispositiva (cfr. tra le altre, Cass. civ., 25.03.1993 n. 3602) mentre per il secondo punto, non si avrà un patto successorio vietato poiché ciò viene scongiurato dalla natura non patrimoniale delle attribuzioni.

27 Si parla infatti di mandato *post mortem exequendum*, per sottolineare il carattere meramente esecutivo dell'incarico. In dottrina: DI STASIO, N.: "Il mandato post mortem exequendum", *Fam. Pers. Succ.*, 2011, p. 690 e ss.; MONCALVO, F.: "Sul mandato", cit., p. 54 e ss.; VIZZONI, L.: "Mandato post mortem ed eredità digitale", *Rivista Familia*, 2019, <https://www.rivistafamilia.it/2019/05/17/mandato-post-mortem-ed-eredita-digitale/>.

28 Tale ultima teoria sembra inoltre essere stata ulteriormente corroborata anche dal nuovo dato legislativo introdotto con il d.lgs. n. 101/2018, il quale ha modificato l'art. 2-terdecies del Codice della Privacy (d.lgs. n. 196/2003) prevedendo espressamente che "I diritti di cui agli articoli da 15 a 22 del Regolamento riferiti ai dati personali concernenti persone decedute possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario, o per ragioni familiari meritevoli di protezione".

29 Sul punto, si rinvia, per un approfondimento sulla tematica delle "situazioni soggettive esistenziali", alla disamina di PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, III ed., Esi, Napoli, 2006, specificamente cap. XVI (par. 253-259), p. 715 e ss.

IV. (SEGUE) LO SCISMA TRA IDENTITÀ PERSONALE E IDENTITÀ DIGITALE: UNA CORSA PER LA SOPRAVVIVENZA.

Il fenomeno dello “spread out” delle piattaforme digitali e la diffusione della tecnologia in ogni sfera, anche privata, della persona ha portato ad una disgregazione dell'unitarietà ontologica dell'essere umano. Ogni individuo, per le più varie e multiformi esigenze del quotidiano, ha dovuto fare i conti con la moderna realtà informatizzata. Con il trionfo della digitalizzazione, si è assistito all'inizio di una nuova era in cui, in ogni settore della società, è ormai possibile – ed il più delle volte necessario – dotarsi di un profilo virtuale o di un *account* al fine di avviare, gestire o concludere una pratica. Così facendo - nel corso dei decenni - ognuno di noi si è reso artefice della creazione di un proprio *alter ego* digitale, un altro sé che abita in un mondo parallelo al nostro, comunemente noto come *cyberspazio*. Come per la tanto studiata scissione dell'atomo, si è giunti oggi alla scissione della persona in due entità³⁰: quella fatta di carne ed ossa, che abita il pianeta Terra e respira ossigeno, e quella composta da *bit*, *password* e *sequenze crittografate*, che vive in una dimensione virtuale e si nutre di *big data* e algoritmi.

Seppur in epoca risalente, la giurisprudenza italiana³¹ ha affrontato il problema dell'*io digitale* (identità virtuale), riconoscendone la sovrapposizione con l'identità personale (reale), intesa come “diritto di essere sé stessi in relazione alla vita sociale”. In realtà, i due concetti sottendono due fenomeni diversi e non integralmente intercambiabili. Nell'ambito della successione *mortis causa*³², la nascita di codesto “gemello digitale” comporta infatti il sorgere di una questione di non poco conto: la gestione della “personalità digitale”. La tecnologia genera una separazione tra identità biologica e identità virtuale. Normalmente, con la morte della persona fisica, tutti i rapporti personali e strettamente connessi alla soggettività di quell'individuo si estinguono con esso, seguendo la medesima sorte del suo titolare. Diversamente, la sfera digitale del *de cuius* sopravvive ad esso, lasciando una scia di dati ed informazioni personali pressoché permanenti e che, salvo specifiche previsioni, continuano a circolare anche dopo la sua morte: si tratta dell'altra faccia della medaglia del *digital asset*. La tecnologia ha infatti donato alle informazioni personali “digitalizzate” due attributi nuovi: l'idoneità a circolare in spazi e tempi illimitati *post mortem* e la fruibilità da parte di una platea indefinita e ignota di soggetti³³.

30 BONAVITA, S.: “Identità digitale, corpo elettronico e reputazione”, *Tecnologia e diritto*, 2019, p. 30.

31 Cass. civ., n. 13 del 1994, menzionata da LA CHINA, D.: “Tutela post mortem dell'identità digitale”, in *Nuove tecnologie e cultura del diritto civile* (a cura di C. PERLINGIERI e I. MARTONE), Esi, Napoli, 2023, p. 260.

32 Per un approfondimento sulla tematica successoria, BONILINI, G.: *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, II edizione, cit., p. 12 e ss.; PALAZZO, A.: *Le successioni, Trattato di diritto privato* (a cura di G. IUDICA e P. ZATTI), II edizione, Giuffrè, Milano, 2000, p. 185 e ss.

33 Sul punto, si veda anche BONETTI, S.: “Identità digitale post mortem e successione nel contratto avente ad oggetto dati personali”, in *Nuove tecnologie e cultura del diritto civile* (a cura di C. PERLINGIERI e I. MARTONE), Esi, Napoli, 2023, p. 215.

L'analisi dunque si sposta dal versante patrimoniale a quello personale³⁴. La permanenza della sfera soggettivo-personale nello spazio digitale anche dopo la morte del suo titolare crea un *vulnus* incolmabile nella protezione della identità dell'individuo. Si rientra nella categoria dei "diritti della personalità"³⁵ ossia quel complesso di situazioni giuridiche soggettive intrinseche ed immanenti alla persona fisica. L'esigenza di garantire tutela a questa sfera del privato è stata avvertita già ai tempi dell'Assemblea Costituente, inserendo all'art. 2 della Costituzione una specifica previsione. La dicitura utilizzata nel 1948 risulta di una pregevole lungimiranza: la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo si estende non solo al singolo individuo bensì anche alle "formazioni sociali ove si svolge la sua personalità". Senza invadere il campo dei costituzionalisti, è interessante notare come nella locuzione "formazione sociale" possa rientrare, in senso lato, anche il concetto relativo al mondo di *Internet* e della rete in generale³⁶. In tal senso dunque anche il fenomeno tecnologico può essere ritenuto un nuovo spazio virtuale che si impone come intermediario privilegiato della società, filtrando le relazioni tra individui. Ricondotto ad unitarietà il concetto dei diritti della persona³⁷, l'aderenza di tali diritti alla persona fisica alla quale si riferivano ha condotto la dottrina a ritenere come essi siano intrasmissibili *mortis causa*, rimanendo una prerogativa vivente dell'individuo specifico³⁸. In questa nuova dimensione³⁹, la preoccupazione che perseguita il giurista attiene alla tutela⁴⁰ della *privacy* e della riservatezza dei dati personali e delle informazioni sensibili del titolare del rapporto digitale⁴¹. Tale

34 ALPA, G.: "L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione", *Contr. impr.*, 2017, p. 720 e ss.; MARTONE, I.: "Sulla trasmissione a causa di morte del «patrimonio digitale»", *Tecn. dir.*, 2020, p. 425 e ss.

35 PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 715 e ss.; PINO, G.: "Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analitica", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2003/I, p. 237-274.

36 Con il termine "formazione sociale" si fa solitamente riferimento "ad ogni tipo di organizzazione o di comunità che si frapponga tra l'individuo e lo Stato": si veda BIN, R., PITRUZZELLA, G.: *Diritto costituzionale*, Utet, Torino, 2023, p. 568 e ss.

37 Tra le altre, Cass. civ. n. 2129/1975 in cui si abbraccia la tesi c.d. monista secondo cui i vari diritti attinenti alla personalità (nome, immagine, riservatezza) devono essere ritenuti come espressioni unitarie, aspetti di manifestazioni della persona umana considerata in maniera unica ed unitaria.

38 Si parla di diritti "personalissimi" e come tali intrasmissibili. ARCELLA, G.: "La tutela della personalità del defunto e la protezione post mortem dei dati personali", *Notariato*, 6/2021, p. 607 e ss.; CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Eredità digitale: inquadramento generale* (a cura di APOSTOLO, D.) studio n. 1-2023/DI, approvato in Commissione Informatica il 19.10.2023, p. 2.

39 PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, 1982, Esi, Napoli, p. 220 e ss.; RODOTÀ, S.: *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Edizioni Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 27 e ss.; ID., *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Edizioni Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 6 e ss. Sul punto, si veda anche: MARTONE, I.: "Sulla trasmissibilità a causa di morte dei dati personali: l'intricato rapporto tra digitalizzazione e riservatezza", in *Nuovi modelli di Diritto Successorio: prospettive interne, europee e comparate. Atti del convegno*, Eut, Trieste, 2020, p. 87 e ss., in cui l'Autrice parla di "dematerializzazione della realtà".

40 A riguardo la dottrina italiana ha dato un apporto considerevole ma basti citare, tra gli altri, MAGNANI, A.: "Il patrimonio digitale e la sua devoluzione ereditaria", *Vita not.*, 2019, p. 1279 e ss.; CINQUE, M.: "La successione nel «patrimonio digitale»: prime considerazioni", *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 640 e ss.; SASSO, I.: "Privacy post-mortem e successione digitale", in *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 550 e ss.; DELLE MONACHE, S.: "Successione mortis causa e patrimonio digitale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 458 e ss.

41 PERLINGIERI, P.: "Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato", *Il Foro napoletano*, fasc. 2/2018, p. 481 e ss.

interesse non solo è percepito a livello nazionale con il menzionato art. 2 cost. ma anche nel panorama sovranazionale ed europeo con gli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza⁴².

Nonostante gli intenti programmatici, la strada da percorrere per una tutela concreta è ancora lunga. Il dinamismo e la liquidità della tecnologia moderna contribuiscono ad accelerare la trasmissione e diffusione dei dati del nostro "io digitale". Prende sempre più piede la concezione "dinamico-evolutiva"⁴³ di identità e personalità digitale. Una volta creato il nostro profilo sul web, la mole di dati che esso contiene viene fagocita nei sistemi informatici per sempre, per essere riutilizzate a scopi di mercato o di profilazione commerciale⁴⁴. Questo fenomeno risulta ancor più pericoloso alla luce dell'intricato rapporto tra la fine dell'esistenza fisica e la sopravvivenza della dimensione digitale⁴⁵. Benché privo del suo titolare, le informazioni relative a quel soggetto continuano a circolare ed il trattamento *post mortem* dei *digital data* risulterà privo di qualunque argine poiché la loro gestione è fuoriuscita dalla sfera volitiva del suo originario creatore. I medesimi interrogativi riguardano la trasmissibilità *mortis causa*⁴⁶ di questi gruppi di dati e informazioni. In tale panorama, si parla dunque di "diritti della personalità". Tuttavia, i nuovi sviluppi tecnologici, modificando alcune caratteristiche degli stessi⁴⁷, hanno portato al sorgere di una accesa discussione circa la loro sorte a seguito della morte del suo titolare. La dottrina tedesca ha contribuito alla profilazione di due principali ideologie: alcuni riconoscono la sopravvivenza di una limitata capacità giuridica al *de cuius*, così da consentire agli eredi di poter agire a tutela dei diritti personali dello stesso. Diversamente, la teoria dei c.d. *subjectlose Rechte* (diritti senza titolare) riconoscono la possibilità ontologica di diritti privi di titolari, esercitati dagli eredi

42 La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (nota anche come Carta di Nizza) nel capo secondo prevede una specifica tutela sia all'art. 7 ("Rispetto della vita privata e della vita familiare. Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni") che all'art. 8 ("Protezione dei dati di carattere personale. 1. Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente").

43 Essa è intesa come diritto alla continua e corretta proiezione della propria identità personale all'interno della rete. anche la giurisprudenza si è espressa sul punto: si veda Cass. civ., del 05.04.2012 n. 5525.

44 DE FRANCESCHI, A.: *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Esi, Napoli, 2017, p. 20 e ss.; RABAI, B.: "I big data nell'ecosistema digitale: tra libertà economiche e tutela dei diritti fondamentali", *Amministrare*, p. 400 e ss.; PERLINGIERI, P.: "L'informazione come bene giuridico", *Rass. Dir. Civ.*, 2/1990, p. 330 e ss.

45 SISTO, D.: "La morte digitale: cosa resta della nostra identità", *Il Quotidiano giuridico*, 2017, <https://www.altalex.com/documents/2017/06/09/la-morte-digitale-cosa-resta-della-nostra-identita>.

46 In tema di trasmissibilità dei diritti della personalità, sia consentito rinviare a RESTA, G.: "Diritti e personalità: problemi e prospettive", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, fasc. 6/2007, p. 1043 e ss., nello specifico p. 1062. Inoltre, per una visione legata al fenomeno successorio: ZACCARIA, A.: *Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Cedam, Padova, 1988, p. 72 e ss.

47 Come si è avuto modo di analizzare, le nuove tecnologie attribuiscono ai dati personali digitalizzati una nuova matrice immanente che sopravvive al suo titolare nel panorama *post mortem*.

del defunto⁴⁸. Si pone poi la problematica di individuare ipotesi di successione c.d. anomala, sebbene in questo caso venga esclusa dalla dottrina maggioritaria. Il complesso dei fenomeni ed eventi legati a tale tematica ed alle sue implicazioni giuridiche e sociali viene racchiuso sotto la locuzione “*Digital Death*”⁴⁹. Tra le diverse tematiche che vengono sviluppate, la suggestione maggiore ha ad oggetto l'inconsueto valore che assume il concetto di “immortalità” sia verso il singolo individuo che riguardo le informazioni digitali personali⁵⁰. Lo sdoppiamento⁵¹ della personalità⁵² giunge infatti all'estrema conseguenza per la quale la sfera del virtuale sopravvive e vince la sfera del reale. La vulnerabilità delle persone in merito a tali informazioni diffuse sulla rete risulta ancora più marcata poiché, se i meccanismi della tecnologia sfuggono alle maglie del controllo già in vita del suo titolare, figurarsi cosa possa accadere nel momento in cui esso viene meno o se tali informazioni sensibili cadano nelle mani sbagliate. Stante questo connotato indefettibile ed intrinseco al panorama digitale, è avvertita come urgente la necessità di predisporre l'adozione di strumenti che possano garantire maggiori tutele al titolare dei dati informatici, anche e soprattutto dopo la morte.

V. (SEGUE) IL DIRITTO ALLA PRIVACY E ALLA RISERVATEZZA TRA CYBERSPAZIO E MONDO REALE.

La dissociazione tra *digital person* e *natural person* rende evidente l'impossibilità di procedere ad una sovrapposizione tra il concetto della *digital death* e la morte biologica, almeno come concepita *in rerum natura*. Per tali ragioni, se per la categorizzazione di alcune fattispecie si è proceduto mediante i tradizionali strumenti giuridici in possesso del nostro ordinamento, il discorso muta per quanto concerne il tema della personalità digitale. Come si è accennato, il problema qui si sposta sul campo della *privacy*⁵³ e della tutela della riservatezza

48 A riguardo, si veda anche BONETTI, S.: “Identità digitale post mortem e successione nel contratto avente ad oggetto dati personali”, in *Nuove tecnologie e cultura del diritto civile* (a cura di C. PERLINGIERI e I. MARTONE), Esi, Napoli, 2023, p. 217, la quale richiama ZACCARIA, A.: *Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, cit., p. 60 e ss.

49 SISTO, D.: *Digital Death – Come si narra la morte con l'avvento del web*, Tropós, Roma, p. 30 e ss.

50 SISTO, D.: “La morte digitale”, cit., p. 32.

51 Risulta di notevole pregio, le considerazioni, quasi profetiche, di PINO, G.: “Teorie e dottrine dei diritti della personalità”, cit., p. 240 e ss., in cui l'Autore, richiamando un giurista tedesco (PUCHTA, G. F.: *Vorlesungen über das heutige römische Recht*), sottolinea l'importanza della distinzione tra *Mensch* (uomo) e *Person* (persona), palesando la “differenza tra la persona intesa nella sua corporalità e la personalità come indicatore degli attributi della persona o, a volte, della capacità giuridica”.

52 RESCIGNO, P.: “voce Personalità (diritti della)”, *Enc. giur.*, XXIII, 1991, p. 7; GUARNERI, A.: “Le diverse categorie dei diritti soggettivi. Il diritto soggettivo” (a cura di G. ALPA-M. GRAZIADEI ed altri), in *Trattato di diritto civile* (diretto da R. SACCO), Utet, Torino, 2001, p. 467 e ss.

53 Il concetto di *privacy* è ancora oggi alquanto dibattuto ma richiede una definizione funzionale ed onnicomprensiva, al fine di comprenderne a pieno la portata. Tra tutti, RODOTÀ, S.: *Il diritto di avere diritti*, Edizioni Laterza, Roma-Bari, p. 320 e ss., richiama la definizione fornita da WESTIN A. (*Privacy and freedom*, 1970): “la *privacy* è il diritto di controllare l'uso che altri fanno delle informazioni che mi riguardano”. essa assume un'accezione escludente, finalizzata dunque ad escludere gli altri dalla propria sfera privata. riguardo alla ambiguità dell'importato lemma anglosassone “*privacy*”, si richiama PINO, G.: “Teorie e dottrine dei diritti della personalità”, cit., p. 237-274. Interessante è inoltre la tesi di TOMASI, A.: “Gratuità dei servizi e

della sfera privata dell'individuo come bene inviolabile⁵⁴. Dinanzi all'ultrattività dei diritti personalissimi inerenti alla identità digitale, si manifesta a pieno l'ambivalenza del fenomeno successorio: si oscilla dal carattere squisitamente patrimoniale⁵⁵ dei diritti trasmessi *iure successionis* dal *de cuius* al versante prettamente soggettivo in cui si riconosce una legittimazione ad agire *iure proprio* a determinate categorie di soggetti⁵⁶.

Al fine di comprendere a pieno i risvolti e le possibili soluzioni da attuare, è necessario procedere con una breve rassegna legislativa del fenomeno della *data protection* sia a livello nazionale che europeo. Infatti, un primo impulso per la riorganizzazione e predisposizione di strumenti di tutela con riguardo al trattamento dei dati personali nasce a livello comunitario ed è rappresentato dalla Direttiva 95/46/CE⁵⁷, con cui si cercava di trovare un iniziale compromesso tra libera circolazione dei dati e tutela dei diritti fondamentali della persona. Il nostro ordinamento procedeva così a recepire i principi espressi a livello comunitario con la l. n. 675 del 1996⁵⁸. Tuttavia, per una disciplina organica del fenomeno a livello nazionale, bisognerà attendere l'entrata in vigore del d.lgs. n. 196 del 2003 anche noto come Codice della *privacy*, istituendo anche una specifica Autorità Indipendente per vigilare sull'osservanza dei principi in esso contenuti. Punto di riferimento a livello europeo è ora il Regolamento europeo n. 679 del 2016 (noto come *G.D.P.R.*⁵⁹) in cui si è previsto un raccordo globale tra le diverse esigenze di tutela verso i diversi Stati Membri. Un'importante novità è l'introduzione del c.d. "diritto all'oblio"⁶⁰. Infine, con il d.lgs. n. 101 del 2018, l'Italia ha proceduto

"corresponsione" di dati personali", in *Nuove tecnologie e cultura del diritto civile* (a cura di C. PERLINGIERI e I. MARTONE), Esi, Napoli, 2023, p. 102, in cui si analizzano i "dati personali" come un nuovo vero e proprio corrispettivo nei rapporti tra *providers* ed utenti.

54 In tempi alquanto recenti, la *Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sull'intelligenza artificiale e i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto* - adottata dal Consiglio d'Europa il 17 maggio 2024 - ha riconosciuto il rango di "*common principle*" a livello internazionale alla tutela dei dati personali nell'ambito dei sistemi di intelligenza artificiale. Inoltre, il Considerando n. 24 della direttiva 2019/770 statuisce come la protezione dei dati personali sia un diritto fondamentale, non equiparabile a merce (si veda TOMASI, A.: *Gratuità dei servizi*, cit., p. 112).

55 Di tale ambito si è già parlato nei precedenti paragrafi.

56 In questo ultimo caso l'acquisto è autonomo rispetto alla vicenda successoria propriamente intesa, dal momento che la morte diviene mera occasione dell'acquisto e non anche causa dello stesso. il soggetto designato diverrà titolare *ex novo* di una posizione giuridica, inizialmente inesistente ma collegata e connessa alla sfera giuridica del *de cuius*.

57 Il testo della normativa si può consultare sul sito ufficiale: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A31995L0046>.

58 <https://www.parlamento.it/parlam/leggi/966751.htm>.

59 L'acronimo è l'abbreviazione della nomenclatura inglese "General Data Protection Regulation" (in italiano: "Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati") e si può consultare il testo aggiornato della normativa al seguente sito web: <https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/0/Regolamento+UE+2016+679+Ar-ricchito+con+riferimenti+ai+Considerando+Aggiornato+alle+rettifiche+pubblicate+sulla+Gazzetta+Uffi-ciale++dell'27Unione+europea+127+del+23+maggio+2018>.

60 Tale diritto è stato introdotto a livello europeo formalmente solo nel 2016, con l'art. 17 del GDPR, inteso come "diritto alla cancellazione delle informazioni e dati personali". Sul punto, PERLINGIERI, P.: *Manuale di diritto civile*, Esi, Napoli, 2022, p. 199-201. Oggi tale nozione è alla ribalta anche a livello nazionale per la proposta di legge sul c.d. "oblio oncologico", il quale può essere considerato una *species* del *genus* del

all'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento UE del 2016. A tal proposito, la novella ha introdotto un elemento ulteriore, colmando una rilevante lacuna⁶¹ presente nella disciplina europea. Viene infatti previsto il nuovo art. 2-terdecies⁶² al Codice della *privacy*, introducendo una specifica disciplina relativa ai diritti delle persone decedute. In questo panorama colmo di asperità ed incertezze sulle sorti del patrimonio digitale dell'individuo - grazie alla cooperazione tra legislatore europeo e nazionale - si è acceso un primo faro di speranza. Intanto, la regola generale che si desume è quella della sopravvivenza dei diritti del *de cuius* rispetto alla propria morte ed alla possibilità di determinati soggetti di esercitarli, salvo espresso divieto da parte del suo titolare. La difficoltà che tuttavia permane in capo agli interpreti del diritto resta quella di comprendere i confini entro cui tale fenomeno può manifestarsi.

La modernità ha reso sempre più difficile operare una netta distinzione tra sfera patrimoniale e non patrimoniale, specialmente a seguito del *boom* digitale⁶³. Il ruolo del giurista diventa dunque sempre più complesso poiché non può più orientarsi mediante i canonici punti di riferimento della dogmatica tradizionale ma dovrà compiere un ulteriore sforzo di interpretazione al fine di adeguare i principi normativi alle sfide della contemporaneità⁶⁴, soprattutto nel mondo digitalizzato. Tornando al dato normativo, accanto all'introduzione di un vero potere di veto del titolare dei dati anche in vista della propria morte, non si rintraccia la predisposizione di un vero potere di pianificazione patrimoniale da attribuire a soggetti specifici. Dinanzi alla timidezza normativa sul tema, i principali *providers* digitali hanno pertanto adoperato dei propri "sistemi di gestione virtuale" del

diritto all'oblio comunitario, trattandosi sempre di protezione di dati e tutela alla riservatezza in questo caso di un paziente oncologico.

- 61 Si rammenta che la disciplina contenuta nel G.D.P.R. non si applica alle vicende relative a persone decedute (Considerando n. 27).
- 62 "Art. 2-terdecies (Diritti riguardanti le persone decedute). - 1. I diritti di cui agli articoli da 15 a 22 del Regolamento riferiti ai dati personali concernenti persone decedute possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario, o per ragioni familiari meritevoli di protezione. 2. L'esercizio dei diritti di cui al comma 1 non è ammesso nei casi previsti dalla legge o quando, limitatamente all'offerta diretta di servizi della società dell'informazione, l'interessato lo ha espressamente vietato con dichiarazione scritta presentata al titolare del trattamento o a quest'ultimo comunicata. 3. La volontà dell'interessato di vietare l'esercizio dei diritti di cui al comma 1 deve risultare in modo non equivoco e deve essere specifica, libera e informata. il divieto può riguardare l'esercizio soltanto di alcuni dei diritti di cui al predetto comma. 4. L'interessato ha in ogni momento il diritto di revocare o modificare il divieto di cui ai commi 2 e 3. 5. In ogni caso, il divieto non può produrre effetti pregiudizievoli per l'esercizio da parte dei terzi dei diritti patrimoniali che derivano dalla morte dell'interessato nonché del diritto di difendere in giudizio i propri interessi". il testo è consultabile al sito: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2003-06-30.196>.
- 63 In questi termini MARTONE, I.: "Sulla trasmissione a causa di morte", cit., p. III, la quale richiama anche il concetto di "depatrimonializzazione del diritto civile" e della "reciproca ibridazione della sfera patrimoniale e personale" (concetto già espresso da PERLINGIERI, P.: "Depatrimonializzazione e diritto civile", *Rass. dir. civ.*, fasc. I/1983, 1983, p. I e ss.).
- 64 La questione è stata ampiamente affrontata da PERLINGIERI, G.: "Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto successorio tra autonomia ed eteronomia", *Dir. succ. fam.*, 2018, p. I e ss.

post mortem⁶⁵, operativi solo a condizione che il titolare non abbia espresso la sua volontà in un testamento “digitale”⁶⁶ secondo quanto previsto dal vigente Codice della privacy.

Se questo è il quadro normativo di riferimento, lo studio della casistica in materia di *digital death*, seppur non eccessivamente numerosa, risulta comunque un campo di prova molto stimolante. Tra le diverse pronunce⁶⁷, la più interessante a fini di studio risulta quella espressa dalla Suprema Corte Federale Tedesca⁶⁸. Il procedimento logico-giuridico che accompagna la decisione finale innova di un *quid pluris* rispetto alle altre pronunce emesse in casi analoghi. Dopo aver ricondotto la categoria dei dati digitali a quella dei beni immateriali, la Corte tedesca riconosce la piena trasmissibilità degli stessi a favore degli eredi. Il complesso dei dati personali digitali infatti non si differenzerebbe di molto rispetto a quelli contenuti in un qualunque diario cartaceo, mutando solo il supporto su cui sono trascritti (che da materiale diventa virtuale), quand'anche esso contenga informazioni strettamente private o riservate. Il vero elemento distintivo del percorso ermeneutico riguarda proprio quest'ultimo aspetto. I giudici d'oltralpe ritengono che non si rintraccia,

65 A titolo esemplificativo, si elencano alcuni casi: 1) Google ha predisposto il c.d. *Inactive Account Manager*, che - a seguito di un periodo medio-lungo di inattività decorrente all'ultimo accesso in rete - procederà ad eseguire una delle due scelte rese dall'utente nel momento di creazione dell'*account* (totale eliminazione di tutti i dati e del profilo stesso oppure nomina di un fiduciario al quale, decorso il periodo di inattività, il sistema comunicherà i dati che il titolare ha inteso trasferirgli. 2) Yahoo! impone invece una clausola di intrasmissibilità, con conseguente estinzione dell'*account*. 3) Facebook predispone l'intrasferibilità dell'*account* a terzi ma esclude l'estinzione automatica del profilo, trovandosi l'utente di fronte alle seguenti scelte: eliminazione definitiva del profilo. trasformazione in profilo “commemorativo”. nomina di un contatto-erede (*legacy contact*) per la gestione del profilo commemorativo. 4) Instagram segue una procedura simile a quella appena esaminata ma la nomina del contatto-erede è lasciata ai soli familiari. 5) Twitter prevede la facoltà dei familiari di chiedere l'eliminazione dell'*account*. 6) Microsoft e Dropbox prevedono la cancellazione definitiva dell'*account* dopo un lasso di tempo di inattività. 7) Apple prevede una sorta di cristallizzazione dei contenuti digitali senza possibilità di accedervi a chi non è dotato delle credenziali di accesso.

66 Con il termine “testamento digitale” ci si vuole riferire alle disposizioni testamentarie aventi ad oggetto il proprio patrimonio digitale largamente inteso. spesso invece con il medesimo termine si suole indicare il testamento redatto in forma digitale, il quale tuttavia resta avulso dal nostro sistema normativo in cui è necessario adeguarsi al rispetto delle formalità previste dal codice civile (artt. 601 e seguenti c.c.) e dalla legge notarile. per un approfondimento sul tema: TREZZA, R.: “Necro-robotica e circolazione dei dati personali post mortem”, *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2022, spec. p. 233, il quale affronta anche la tematica del testamento olografo digitale e le implicazioni con la blockchain.

67 A dire il vero, nel corso della presente ricerca, si è riscontrata una notevole carenza di casistica sul punto nell'ambito della giurisprudenza italiana, sia di merito che di legittimità. Tra i rari casi che hanno affrontato, in Italia, la tematica in oggetto possono essere menzionati tre esempi: l'ordinanza del 10/02/2021 del Tribunale di Milano, l'ordinanza del 25/11/2021 del Tribunale di Bologna e l'ordinanza del 10/02/2022 del Tribunale di Roma, con cui è stato ordinato ad Apple di fornire agli eredi l'accesso ai dati disponibili associati all'*account* dei propri cari defunti. Con ogni probabilità, la ragione di tale penuria è da rinvenirsi nell'eccezionale novità del tema, il quale, col tempo, sarà tuttavia destinato a conquistare il proprio spazio anche nei processi italiani. Ne è la riprova, infatti, la presenza di diversi casi giudiziari avvenuti in territorio estero. Il primo caso che pone all'attenzione della giurisprudenza il tema dell'eredità digitale fa riferimento alla morte di un giovane *marine* americano avvenuta in Iraq con cui la *Probate Court* della contea di Oakland riconobbe il diritto dei genitori verso la piattaforma Yahoo! ad ottenere copia della corrispondenza elettronica del figlio deceduto. altro caso è quello della morte di una modella avvenuta in circostanze sospette in Inghilterra ma in tal caso la Corte della California non consentì la diffusione del materiale contenuto nel profilo Facebook della ragazza, in virtù del diritto alla riservatezza. c'è poi il caso della scrittrice iraniana Marsha Mehran, il cui padre si vide riconosciuto il diritto di ottenere copia del contenuto dell'iCloud di Google al fine di rintracciare opere inedite.

68 BGH, 12.07.2018 n. 183/17, *Nuova giur. Civ. comm.*, 2019, p. 690.

in vero, alcuna violazione delle norme interne e comunitarie, neppure rispetto al diritto alla *privacy* ed alla riservatezza. Tale assunto poggia le sue fondamenta sulla circostanza che, secondo la Corte tedesca, l'erede del titolare dei dati non si pone come "terzo" rispetto ad essi. Esso, subentrando nella medesima posizione giuridica soggettiva del *de cuius*, si va a sovrapporre ed inserire nella medesima prospettiva del titolare dei dati. Come si avrà modo di comprendere, questa conclusione fomenta il *caos* formatosi intorno alla materia riguardante la protezione dei dati digitali a livello successorio. Sia consentito infatti sollevare delle perplessità in merito al procedimento logico-giuridico seguito nella citata vicenda giudiziaria. Così facendo infatti si perde di vista il concetto principale della vicenda: benché vi sia una scissione tra identità biologica e identità digitale, entrambe sono imputabili ad uno e solo specifico individuo. Secondo l'argomentazione esposta, si finirebbe per riconoscere la possibilità di configurare l'*appiattimento* ed il conseguente inglobamento della personalità dell'erede in quella del defunto. La personalità, quand'anche digitale, di un soggetto rimane e rimarrà sempre distinta e separata rispetto a quella di un altro soggetto. Essa raffigura un connotato immanente proprio di quello specifico soggetto e di cui nessuno potrà mai appropriarsi. L'assunto secondo cui l'identità personale e quella digitale non troverebbero mai una coincidenza perfetta tra loro sembra inoltre avere conforto in una ulteriore riflessione di natura prettamente ontologico-empirica: l'identità virtuale, che nasce nel mondo digitale, è di per sé parcellizzata, frammentata ed incompleta. Il suo titolare infatti la crea lasciando grappoli di informazioni nei vari siti e nelle diverse ricerche che egli effettua di volta in volta. L'*io digitale* può essere immaginato come una sorta di mosaico costituito da diversi componenti, i quali sono disseminati in una moltitudine di piattaforme differenti, le quali elaborano tali dati in tempi e spazi multiformi⁶⁹. Inoltre, c'è chi⁷⁰ parla di identità "dispersa ed irricognoscibile" per il fatto che le informazioni di ogni persona sono disseminate in maniera talmente caotica in una pluralità di fonti digitali che neppure il suo titolare saprebbe riconoscersi.

Diversamente - benché alcuni autori parlino di un *continuum* tra persona e macchina - esistono delle nette discrepanze: infatti solo l'identità biologica ha il connotato intrinseco di riconoscersi in un'unica immagine, comprensiva delle caratteristiche a tutto tondo di uno specifico soggetto, in maniera unitaria e complessa. Con la morte del suo titolare, inoltre, la sfera relativa all'identità personale di un individuo normalmente si estingue ma nel mondo digitale si è visto come ciò non accada automaticamente, anzi non accada affatto. La conclusione espressa dai giudici tedeschi si presta a possibili interpretazioni fuorvianti. In questo scenario pieno di dubbi ed incertezze, l'unica certezza da mantenere salda è il concetto di unicità ed esclusività della sfera personale del soggetto. Dal punto

69 Sul punto, la medesima tesi viene sostenuta da LA CHINA, D.: "Tutela post mortem", cit., p. 260.

70 РОДОТА, S.: *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 319.

di vista ontologico, essa rimane e resta una. Anche a seguito del decesso della persona fisica ed a fronte della scissione dell'identità digitale, essa resta imputabile solo ed esclusivamente a quel soggetto con cui è stata generata. Con la morte del soggetto, l'identità fisica di quel soggetto cessa con esso mentre l'identità virtuale subisce un'ulteriore secessione: essa si estingue nel suo connotato statico (ossia intesa come momento genetico dell'identità di un individuo) mentre continuerà a "navigare" nel limbo dell'incertezza per quanto concerne il suo aspetto dinamico (ossia intesa come flusso di dati ed informazioni in essa contenuti). In questo modo, pertanto, la problematica dell'eredità digitale si pone solo sul suo profilo *sub*-dinamico relativo ai dati, non anche al concetto ontologico-esistenziale dell'identità digitale *tout court*.

Tale concezione inoltre trova un riscontro anche nel già menzionato diritto all'oblio. Se esiste un diritto, riconosciuto anche a livello comunitario, di consistente nella pretesa di un soggetto di mantenere il controllo sulla propria sfera personale, insito nel diritto alla propria autodeterminazione anche in tema di identità, tutelabile mediante la rimozione e cancellazione definitiva di dati determinati⁷¹, ciò implica necessariamente che quel soggetto sia l'unico a cui quelle informazioni potranno essere imputate, anche dopo la sua morte. Si parla di *right to be forgotten*⁷² ma si discute se esso, quale promanazione del più ampio diritto alla *privacy*, possa esplicare i suoi effetti anche dopo la morte o si estingua con essa. Alcuni autori⁷³ parlano di D.A.T.D. ossia di "disposizioni anticipate di trattamento dei dati"⁷⁴. Il titolare dispone dei propri dati, disciplinandone il trattamento. Anche in tal caso, l'afferenza di tali informazioni all'interno della sfera personale ed esclusiva del suo titolare comporta che la propria identità resta tale anche dopo la morte, non potendosi confondere con quella dei suoi eredi. Il loro contenuto (ossia la matrice dinamica dei dati digitali) potrà, alle condizioni già illustrate, essere trasmesso a specifici soggetti ma non per questo vi sarà un'immedesimazione dell'erede nella sfera identitaria digitale del titolare originario⁷⁵. Da ultimo, occorre sottolineare come la necessità di un urgente coordinamento a livello sovranazionale ed europeo del fenomeno digitale ha portato, di recente, alla "Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale"⁷⁶. In tale documento, i diversi Stati membri riconoscono il diritto di ogni persona fisica a pianificare e determinare le sorti della

71 VALVO, A. L.: "Il diritto all'oblio nell'epoca dell'informazione digitale", *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 350.

72 LAZZARELLI, F.: "Tutela dei dati personali nell'età globale: il diritto all'oblio", *Le Corti salernitane*, n. 1/2021, p. 3 e ss.

73 TREZZA, R.: "Necro-robotica", cit., spec. p. 221.

74 Il riferimento è alle D.A.T. (disposizioni anticipate di trattamento) introdotte dall'art. 4 della Legge 219 del 22 dicembre 2017, anche noto come "biotestamento".

75 Tra l'altro, tale evenienza viene espressamente esclusa a priori nella *policy* commerciale dai *service providers* stessi, com'è stato già analizzato.

76 Si tratta della Dichiarazione comune del Parlamento europeo, Consiglio europeo e Commissione europea del 23 gennaio 2023 (2023/C23/01), raggiungibile sul sito <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=OJ%3AC%3A2023%3A023%3AFULL>.

propria eredità digitale, specialmente in relazione alle proprie informazioni ed *account* personali. L'attenzione e la sensibilità delle Istituzioni europee alla tematica del digitale portano ad essere ottimisti verso l'inaugurazione di una nuova era di riforme a tutela della "sfera digitale" della persona⁷⁷.

VI. EPILOGO.

La tematica connessa alla *digital death* è un fenomeno di forte ed indiscussa attualità. Tale assunto trova prove inconfutabili in una diffusa ed emergente sintomatologia insorta nello stesso panorama quotidiano dei *social networks*. "A breve, su Facebook, ci saranno più morti che vivi. Il social network per eccellenza ha già preso le sembianze di un cimitero digitale, in costante e inarrestabile crescita"⁷⁸. Già un importante studio inglese⁷⁹ dimostra infatti come entro il 2070 i morti sui *social network* potrebbero essere ancora per poco in inferiorità numerica rispetto ai vivi. Tuttavia, se il più grande *social network* del mondo continua ad espandersi ai tassi attuali, il numero di utenti deceduti potrebbe raggiungere i 4,9 miliardi prima della fine del secolo. Se si pensa che il tema in esame sia lontano dalle attuali problematiche della società, il pensiero appena citato apre il campo a suggestioni ben più agghiaccianti. La tecnologia ha cagionato una dissociazione della società, trasfigurando i paradigmi tradizionali in entità virtuali.

L'impatto della "rivoluzione digitale" sulle relazioni umane ha influenzato anche il diritto. All'ordinamento giuridico è dunque riservato il compito di raccogliere la sfida e verificare la propria tenuta a questa nuova onda d'urto - o come direbbe qualcuno "*digital tsunami*"⁸⁰ - composta da *bit*, algoritmi e *big data*. Tra coloro che difendono la totale completezza ed autosufficienza dell'ordinamento giuridico, ritenuto un sistema chiuso e perfetto, e coloro che invece invocano come unica via d'uscita una riforma trasversale volta a ribaltare i meccanismi tradizionali, bisogna preferire una terza via, quella intermedia. Certamente, la necessità di nuove disposizioni normative che vadano a recepire i nuovi dettami sorti con la diffusione delle nuove tecnologie si impone come scelta obbligata e necessaria. Di questo avviso è sicuramente l'Unione Europea, la quale, nel corso degli anni, sta tentando di introdurre una regolamentazione armonizzata tra i vari Stati membri in materia

77 A riguardo è interessante l'approccio perseguito da RUGGERI, L.: "La dicotomia dati personali e dati non personali: il problema della tutela della persona nei c.dd. dati misti", *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc. 2, 2023, p. 808.

78 AMBROSINO, B.: "Facebook is a growing and unstoppable digital graveyard", in BBC, 14 marzo 2016, disponibile sul sito: <https://www.bbc.com/future/article/20160313-the-unstoppable-rise-of-the-facebook-dead>.

79 Si tratta di uno studio dell'Università di Oxford: Carl J. Ohman e David Watson, *Are the dead taking over Facebook? A Big Data approach to the future of death online*, *Big Data & Society*, 2019: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2053951719842540>.

80 Il riferimento è a RODOTÀ, S.: *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 325, il quale richiama un gruppo di ricerca dell'Unione Europea (*The Future Group*).

di tecnologia e digitalizzazione⁸¹. Anche l'Italia nel tentativo di regolamentare alcune zone grigie, attraverso l'AG.I.D. (Agenzia per l'Italia digitale), sta provvedendo alla predisposizione di un Comitato di Coordinamento per l'aggiornamento della strategia nazionale in tema di intelligenza artificiale⁸². Tuttavia, non deve essere trascurata l'indole elastica e duttile del nostro ordinamento, il quale è capace di adattarsi ed adeguarsi, grazie all'opera ermeneutica degli interpreti, anche ai cambiamenti più massicci della società. Finché ciò risulterà possibile e conveniente, si potrà continuare ad incasellare la nuova realtà digitale all'interno delle finestre tradizionali del diritto vigente. Laddove però ci si renda conto che gli strumenti attualmente in uso all'ordinamento non siano più sufficienti ad arginare il fenomeno digitale e le sue cangianti e sempre nuove implicazioni, bisognerà intervenire per tempo, mediante l'adozione di normative mirate e specifiche.

La difficoltà che spesso si incontra nel normare tali aree si annida nella natura "volatile" del *cyberspazio*. La mancanza di una conoscenza approfondita del fenomeno digitale ed il monopolio di alcuni *service providers*, spesso con sedi in territori esteri con legislazioni diverse dalla nostra, rendono sempre più difficoltoso un globale coordinamento sovranazionale in materia di programmazione giuridica dei fenomeni *online*. Ad un *vulnus* di tutele a livello generale, si sommano poi le incertezze che riguardano da vicino le relazioni umane, sia dal punto di vista patrimoniale che da quello personale. Come si è avuto modo di illustrare nei precedenti paragrafi, l'eterogeneità del concetto di "successione digitale" si scontra con lo sdoppiamento dell'identità personale digitale. Il momento *post mortem* del digitale è spesso considerato un *tabù*, poiché spesso si associa la sfera della tecnologia ad un qualcosa che resta nel virtuale e che quindi non interessa la realtà. Vi è la tendenza a scindere il mondo reale da quello digitale senza comprendere che, in realtà, tra i due emisferi vi è un ponte. E dunque dobbiamo strappare via questo "velo di *Maya*" che ci impedisce di vedere l'interdipendenza e l'ambivalenza della società moderna.

Questo vale anche per il diritto. Le problematiche giuridiche che via via emergono nel mondo digitale esistono solo in quanto relazionate al mondo reale. Le differenze, in realtà, sono meno ingombranti di quanto si possa immaginare. Il principio della perpetuità dei dati condivisi *online* sta a significare che tutto ciò che viene immesso nei sistemi digitali rimane lì per sempre, mutando forme e viaggiando nel *cyberspazio*. Questo concetto però era già noto da molto tempo,

81 Da ultimo, si pensi - in tema di intelligenza artificiale - all'*EU AI Act* (prima regolamentazione a livello europeo sull'intelligenza artificiale). Inoltre, si consideri anche la *Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sull'intelligenza artificiale e i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto* adottata il 17 maggio 2024 a Strasburgo dal Consiglio d'Europa che rappresenta – ad oggi - il primo trattato internazionale giuridicamente vincolante finalizzato a garantire il rispetto delle norme giuridiche in materia di diritti umani, democrazia e Stato di diritto nell'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale.

82 Per una completa disamina sul rapporto tra il diritto privato e l'intelligenza artificiale: AA.Vv., *The Cambridge Handbook of Private Law and Artificial Intelligence*, cit., p. 71 e ss.

eppure non creò lo stesso scandalo: “Nulla si crea, nulla si distrugge, tutto si trasforma”⁸³. E forse è nella trasformazione che bisogna trovare la chiave di lettura del problema. Questa incessante corsa della società nel tentare di arginare il mondo virtuale all'interno di canoni prestabiliti è infatti destinata al fallimento. Solo se ci si immerge a pieno nella modernità, si potrà iniziare a comprendere e risolvere il problema della tutela della sfera “cyber-virtuale” della persona. Nonostante le numerose sfumature e sfaccettature con cui si declina la problematica della “riservatezza digitale”, essa deve essere ricondotta ad un *unicum*⁸⁴. Il concetto è infatti strettamente connesso con il concetto di libertà, eguaglianza e sicurezza pubblica⁸⁵. Con la digitalizzazione e la creazione di un “io digitale esterno” è cambiato il perno della stessa conoscenza ed autodeterminazione dell'uomo in quanto esso dovrà necessariamente guardare anche al di fuori di sé, verso la proiezione digitale che si è creato nel *cyberspazio*⁸⁶.

L'avvento della tecnologia ha portato ad un ulteriore rovesciamento: se nell'antichità la peggior condanna era considerata la “*damnatio memoriae*” - ossia la cancellazione di un individuo dalla memoria collettiva di una comunità - nella realtà odierna, invece, risulta difficile ottenere il medesimo effetto, a cui molti invece aspirano e condensato oggi nel citato diritto all'oblio, oramai di difficile attuazione. Tuttavia, la responsabilità della diffusione di una società digitale di questo tipo è collettiva. Sono i singoli individui che hanno reso sé stessi delle vere e proprie “miniere a cielo aperto di dati e informazioni”⁸⁷ da dare in pasto ai sistemi digitali. L'evoluzione della specie umana è forse sbarcata in una nuova tappa della Storia: da *homo sapiens* a *homo digitalis* o *numericus*⁸⁸. L'essere umano si è privato del suo connotato puramente biologico, creando gradualmente un proprio *alter ego* virtuale nel *cyberspazio*.

In questo modo, il legislatore deve fare i conti con il nuovo “paradigma dell'immanenza” della sfera digitale con quella reale, soprattutto nell'ambito della disciplina della pianificazione *post mortem*. Queste due sfere dell'esistenza sono oramai intrinsecamente connesse ed interdipendenti, cosicché anche nella pianificazione successoria è necessario tener conto di questa natura ambivalente della propria sfera giuridica patrimoniale e personale. Lo strumento che regna sovrano nella regolamentazione del proprio *post mortem* resta il testamento,

83 Il riferimento è alla celebre frase del chimico e fisico francese Antoine-Laurent Lavoisier (LAVOISIER, A.-L.: *Traité élémentaire de chimie*, 1789) nota anche come “legge della conservazione della massa”.

84 RODOTÀ, S.: *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 321 e p. 397, in cui l'Autore sottolinea come il diritto alla protezione dei dati personali trova una tutela autonoma all'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, separata e distinta rispetto alla protezione del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare contenuta nel diverso art. 7 della medesima Carta.

85 Si pensi ai numerosi attacchi *hacker* che comportano il furto di numerosi dati ed informazioni sensibili.

86 Suggerzione che viene raccolta da RODOTÀ, S.: *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 327.

87 RODOTÀ, S.: *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 322 parla di “*data mining*”.

88 COHEN, D.: *Homo numericus: La “civilisation” qui vient*, Albin Michel Editore, Parigi, 2022.

quale unico negozio lecito e valido per affidare ai posteri la propria volontà per il tempo in cui si è cessato di vivere. Tuttavia, assume in questa sede un rilievo ancor più peculiare il contenuto che dovrà caratterizzare il negozio testamentario avente ad oggetto la c.d. eredità digitale. Accanto agli strumenti classici⁸⁹, pur sempre validi, si dovranno infatti affiancare mezzi giuridici moderni, più efficaci rispetto alle nuove ed emergenti sfide della tecnologia, a tutela dei propri dati personali e anche per la reale effettività del riconoscimento di un diritto all'oblio digitale. Come si è tentato di dimostrare nel corso della presente disamina, lo strumento testamentario sovente si rivela, purtroppo, inidoneo a ricoprire il ruolo di "messenger" di determinate informazioni, specialmente alla luce dell'esposta rivoluzione digitale in corso. Si pensi infatti alle *password* o alle chiavi di accesso di un *account*: qualora un soggetto volesse disporre riguardo ad esse, ad oggi, egli sarebbe costretto a menzionarle espressamente nel testamento (quand'anche in via indiretta se si fa riferimento allo strumento del mandato *post mortem* o all'esecutore testamentario oggetto di precedente analisi) e ciò genererebbe il chiaro pericolo della loro diffusione e conoscibilità da parte di chiunque accedesse al testamento, potendo tali dati finire in mani sbagliate.

Di conseguenza, un modo per evitare tali inconvenienti potrebbe essere quello di prevedere un canale differenziato e specifico, riservando così all'*eredità digitale in senso stretto*⁹⁰ un'autonoma disciplina giuridica, disancorata dalle sorti del patrimonio "classico"⁹¹. Si potrebbe, pertanto, iniziare a pensare alla creazione di un nuovo "ufficio di diritto privato"⁹² - un "curatore del patrimonio digitale" - avente due precipue finalità: da un lato, la tutela della *privacy* del defunto, in relazione ai propri dati personali, dopo la sua morte e, dall'altro lato, la necessaria intermediazione tra le varie piattaforme digitali e gli eredi/familiari del *de cuius*, i quali potrebbero legittimamente avanzare delle richieste in merito ad essi (ad esempio, avere indietro le foto digitali per mantenere un ricordo del defunto, recuperare la corrispondenza privata, prendere visione dei contenuti dei profili *social networks*). A questa nuova figura giuridica dovrebbe essere affidato il compito di ricevere, in prima battuta, al momento di apertura della successione, il complesso dei dati digitali esistenti in quel momento in capo al *de cuius* e tenerli "in cassaforte", rispettando la volontà del testatore. Successivamente, una volta analizzata la volontà del *de cuius*, si procederà a dare esecuzione alle sue decisioni, trasmettendo i dati che egli voleva fossero trasferiti ai soggetti predeterminati

89 L'esempio già richiamato del "mandato *post mortem exequendum*" potrebbe soddisfare certamente alcune esigenze più pratiche o esecutive ma si scontra con i limiti propri della sua stessa natura di istituto classico, nato per ben altre esigenze.

90 Intendendo, con tale locuzione, il complesso dei dati nativi digitali riconducibili ad un determinato soggetto come *account*, *password*, *fotografie digitali*, *e-mail*, *contenuti dei social networks et similia*.

91 Si fa riferimento al patrimonio non-digitale.

92 Inteso come situazione in cui un soggetto è investito di uno specifico e confinato potere per la tutela di un interesse altrui.

ed eliminare quelli che voleva scomparissero insieme a lui con la sua morte. Tale sistema potrà avere come perno, ancora una volta, la figura del notaio, in virtù della sua funzione di custode supremo della volontà delle parti⁹³. In questo modo, il testatore verrebbe reso edotto, da parte del notaio rogante, della possibilità di usufruire di tale specifica normativa, come tra l'altro già avviene in altre ipotesi⁹⁴. Si potrebbe quindi prevedere la creazione di una nuova *species* di testamento pubblico - che potremmo chiamare "testamento digitale" - con cui il *de cuius* disciplinerà esclusivamente i suoi dati esistenti nel *cyberspazio*. Tale strumento dovrà avere un grado di riservatezza più elevato rispetto ai normali strumenti testamentari moderni, impedendo che lo stesso possa essere letto da chiunque bensì solo da chi ne sarà beneficiario o solo per la parte che lo riguarda. Saranno necessari apparati di tutela contro possibili abusi ed il rispetto della *privacy* dovrà essere comunque il rigoroso obiettivo primario.

Quanto alle modalità operative della presente proposta, laddove il testatore decidesse di avvalersi della facoltà di scegliere l'applicazione di tale specifica normativa, all'interno del testamento "ordinario"⁹⁵, consultabile da chiunque vi abbia interesse, vi sarà soltanto la menzione di tale scelta, in cui si darà atto che il testatore ha deciso di applicare alla propria eredità digitale la normativa specifica sopra esposta, senza specificare quali siano i rapporti digitali esistenti o se ve ne siano ancora. In cotal guisa, la *privacy* del testatore sarebbe rispettata, senza la necessità di dover elencare i dati digitali che egli non vuole vengano conosciuti da nessuno ma neppure far sapere quali dati digitali vuole trasmettere ed in favore di chi. Sarà sicuramente necessario integrare di nuovo la normativa attualmente vigente in tema di diritto alla riservatezza e alla *privacy* ma ciò potrebbe rappresentare un buon punto di partenza verso il riconoscimento di un'autonoma area di programmazione successoria dei fenomeni digitali, in un'accentuata ottica di valorizzazione dell'autonomia testamentaria⁹⁶.

Appare inoltre stimolante notare come, analizzando il profilo successorio del fenomeno digitale, sia possibile sollevare un'altra interessante problematica

93 Il motto del Notariato italiano, contenuto anche nell'effigie del suo stemma ufficiale, è "*fidei et veritatis anchora*".

94 Si pensi, allo stesso modo, alla c.d. *professio iuris* di cui all'art. 22 del Reg. Ue n. 650/2012, in ordine alla scelta della legge applicabile alla propria successione.

95 Si fa riferimento a qualsiasi forma di testamento classico "non-digitale" (olografo, segreto, pubblico, internazionale, speciale). Si usa impropriamente tale termine per distinguerlo dalla nuova figura del "testamento digitale" di cui si è accennato poc'anzi.

96 È infatti di notoria conoscenza il diffuso fenomeno della "crisi" dello strumento testamentario pubblico. Mediante l'introduzione di tali novità, si compirebbe un ammodernamento del testamento stesso, invogliando i privati a ricorrere ad esso per garantirsi una maggiore tranquillità nella pianificazione *post mortem* dei propri beni non solo sul versante patrimoniale ma anche su quello personale e digitale. Anche in una prospettiva deflattiva del contenzioso giudiziario, tale (auspicabile) rinnovato interesse verso il testamento, tornato nuovamente strumento "necessario" grazie al gancio della pianificazione successoria digitale, comporterebbe una flessione del numero delle cause ereditarie che affollano le aule di Giustizia, oltre che garantire maggiore certezza giuridica.

rimasta, per ora, ancora celata: si tratta della natura da attribuire all'accesso non autorizzato – da parte di un delato all'eredità – ai contenuti digitali del *de cuius*, senza che questo abbia ancora accettato o rinunciato espressamente all'eredità. In tale ipotesi, infatti, si potrebbe far riferimento al dettato normativo contenuto nell'art. 476 c.c. in tema di accettazione tacita. Si potrebbe dunque integrare una *pro herede gestio*? La problematica allora si sposta non solo sull'urgenza di tutela del *de cuius*, in merito alle situazioni giuridiche fin qui esposte, bensì anche sulla necessità, nei confronti degli eredi, di essere consapevoli delle conseguenze di una possibile ingerenza nei contenuti digitali del *de cuius*. Essi dovranno porre la massima attenzione anche nella gestione del profilo tecnologico-digitale dell'eredità, il quale, benché connotato da un'innata immaterialità, potrà comunque essere oggetto di un atto di accettazione tacita, con tutte le conseguenze che ne discendono in tema di esposizione ai debiti ereditari. La questione tende dunque ad allargarsi ben oltre i semplici confini della tutela della sfera patrimoniale e personale del *de cuius*, estendendosi – per osmosi - anche nei confronti degli altri soggetti coinvolti nel fenomeno successorio, come i chiamati all'eredità o gli eredi stessi per i motivi su esposti.

Ciononostante, le maggiori problematiche e i principali interrogativi restano comunque quelli inerenti alle modalità con cui tutelare in maniera più efficace possibile la sfera personale del *de cuius* in materia di eredità digitale. È infatti in questo campo che la discrasia tra le due realtà, quella virtuale e quella reale, si pone in maniera più accentuata, mediante un ribaltamento della sopravvivenza dei dati sul suo titolare, in un terreno potenzialmente sconfinato ed ancora poco o affatto normato. L'interprete, in via ermeneutica, potrà tamponare le lacune – elencate in precedenza -disseminate nell'ordinamento finché ciò risulterà possibile secondo le categorie giuridiche esistenti. Tuttavia, anche sulla scia del promettente indirizzo programmatico europeo⁹⁷, anche il sistema normativo italiano dovrà necessariamente interfacciarsi con la nuova realtà del digitale, garantendo una tutela alla sfera privata della persona, la quale risulta intaccata, sin dalle sue radici più profonde, nella stessa intrinseca concezione di libertà individuale e di autodeterminazione. L'art. 2 della Costituzione ne sarà il faro⁹⁸. Il fenomeno

97 Di recente, si può far riferimento alla proposta di risoluzione, da parte del Parlamento europeo, sul "riconoscimento dell'Identità Digitale Universale: un diritto fondamentale per tutti i cittadini europei" (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-8-2019-0236_IT.html). tale atto dimostra come l'Unione europea annovera tra i diritti fondamentali anche la problematica inerente all'identità digitale e dunque, per osmosi, anche la sua tutela nel *post mortem* strettamente connessa con l'eredità digitale.

98 In realtà, risulta stimolante la riflessione di PINO G. ("Teorie e dottrine dei diritti della personalità", cit., p. 270 e ss.), il quale, criticando la ricostruzione dogmatica che spesso viene sostenuta da alcuni giuristi e si concretizza nel parallelismo "diritti della personalità" = "diritti fondamentali/diritti umani/diritti di libertà", ricondotti nell'alveo del citato art. 2 Cost., sostiene ed asserisce che "definirò "diritti della personalità" quei diritti che pertengono alla sfera relazionale della persona, alla sfera della conoscenza, della conoscibilità e della identificabilità della persona nell'ambito delle relazioni sociali. definirò "diritti della persona" quei diritti che riguardano la tutela giuridica dell'integrità psicofisica della persona (come specificazione civilistica del diritto alla salute ex art. 32 Cost.). definirò "privacy" il diritto della persona a controllare la raccolta e l'uso che terzi possono fare delle informazioni personali attinenti a quella persona, ovvero il diritto (in determinate condizioni) ad inibirne la raccolta e l'uso. Così definita, la privacy

digitale è certamente ancora fin troppo recente, instabile ed in continuo divenire per essere inchiodato all'interno di dettami ben definiti e statici. Tuttavia, mai come adesso, la matrice puramente giuridica della materia successoria si colora di un'innata vocazione etica, la quale pone interrogativi ben più elevati rispetto alla mera predisposizione di strumenti normativi volti a tutelare la sfera personale di un soggetto nel *post mortem*. Negli anni a venire, pertanto, si dovrà prendere in considerazione una rilettura dell'intero impianto giuridico dedicato alle successioni – magari anche prendendo spunto dalle proposte enunciate nel corso della presente analisi - al fine di aggiornarlo ai nuovi canoni etici richiesti dalla rivoluzione tecnologica in atto. Tale operazione dovrà porre - ancora una volta - al centro della tutela giuridica, l'Essere umano, il quale però, questa volta, non sarà solo nel suo connotato reale e tangibile bensì dovrà essere accompagnato anche dal suo *alter ego* digitale, divenuto oramai la sua ombra inseparabile.

è agevolmente riconducibile alla categoria dei diritti della personalità, e a ben vedere altro non è che la sintesi di diritti che nella nostra cultura giuridica sono solitamente tenuti distinti”.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *The Cambridge Handbook of Private Law and Artificial Intelligence* (curato da E. LIM e P. MORGAN), Cambridge University Press & Assessment, Cambridge, 2024, p. 36 e ss.

ALPA, G.: "L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione", *Contr. impr.*, 2017, p. 720 e ss.;

AMBROSINO, B.: "Facebook is a growing and unstoppable digital graveyard", *BBC*, 14 marzo 2016: <https://www.bbc.com/future/article/20160313-the-unstoppable-rise-of-the-facebook-dead>.

ARCELLA, G.: "La tutela della personalità del defunto e la protezione post mortem dei dati personali", *Notariato*, 6/2021, p. 607 e ss.;

BARBA, V.: "Interessi post mortem tra testamento e altri atti di ultima volontà", *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 341 e ss.

BIN, R., PITRUZZELLA, G.: *Diritto costituzionale*, Utet, Torino, 2023, p. 568 e ss.

BONAVITA, S.: "Identità digitale, corpo elettronico e reputazione", *Tecnologia e diritto*, 2019, p. 30.

BONETTI, S.: "Identità digitale post mortem e successione nel contratto avente ad oggetto dati personali", in *Nuove tecnologie e cultura del diritto civile* (a cura di C. PERLINGIERI e I. MARTONE), Esi, Napoli, 2023, p. 215.

BONILINI, G.: *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, II edizione, Utet, Torino, 2003, p. 12 e ss.;

CALVO, R.: "Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante", *Diritto delle successioni*, n. 1/2010, 2010;

CAMARDI, C.: "L'eredità digitale. Tra reale e virtuale", *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, fascicolo I, 2018, p. 70 e ss.;

CARBONE, C.: *Le successioni per causa di morte*, II edizione, Giuffrè, Milano, 2023, p. 53 e ss.

CAROCCIA, F.: "Soggettività giuridica dei robot?", *Diritto e intelligenza artificiale* (a cura di G. ALPA), 2020, p. 213 ss.

CINQUE, M.: "La successione nel «patrimonio digitale»: prime considerazioni", *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 640 e ss.;

COHEN, D. : *Homo numericus: La "civilisation" qui vient*, Albin Michel Editore, Parigi, 2022.

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Eredità digitale: inquadramento generale* (a cura di APOSTOLO, D.) studio n. I-2023/DI, approvato in Commissione Informatica il 19.10.2023, p. 2.

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Password, credenziali e successione mortis causa*, Studio 6-2007/IG (a cura di BECHINI, U.), approvato dalla Commissione Studi Informativa Giuridica in data 11 maggio 2007.

DE FRANCESCHI, A.: *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Esi, Napoli, 2017, p. 20 e ss.;

DE PLANO, S.: "La successione a causa di morte nel patrimonio digitale", in *Internet e diritto civile* (a cura di C. PERLINGIERI e L. RUGGIERI), Esi, Napoli, 2015, p. 427 e ss.;

DELLE MONACHE, S.: "Successione mortis causa e patrimonio digitale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 458 e ss.

DETTI, T. e LAURICELLA, G.: *Le origini di internet*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 5 e ss.

DI LORENZO, L.: "Il legato di password", *Notariato*, 2014, p. 144 e ss.

DI STASIO, N.: "Il mandato post mortem exequendum", *Fam. Pers. Succ.*, 2011, p. 690 e ss.

FERRETTI, F.: "L'impatto della tecnologia sulle categorie giuridiche. La soggettivizzazione dell'intelligenza artificiale", in *Nuove tecnologie e cultura del diritto civile* (a cura C. PERLINGIERI e I. MARTONE), Esi, Napoli, 2023, p. 53.

GERBO, F.: "Dell'eredità informatica", *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 300 e ss.

GIAMPICCOLO, G., *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Esi, Napoli, 2010, p. 261 e ss.

GUARNERI, A.: "Le diverse categorie dei diritti soggettivi. Il diritto soggettivo" (a cura di G. ALPA-M. GRAZIADEI ed altri), in *Trattato di diritto civile* (diretto da R. SACCO), Utet, Torino, 2001, p. 467 e ss.

IRTI, N.: *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 25 ss.

LA CHINA, D.: "Tutela post mortem dell'identità digitale", in *Nuove tecnologie e cultura del diritto civile* (a cura di C. PERLINGIERI e I. MARTONE), Esi, Napoli, 2023, p. 260.

LAZZARELLI, F.: "Tutela dei dati personali nell'età globale: il diritto all'oblio", *Le Corti salernitane*, n. 1/2021, p. 3 e ss.

MAGNANI, A., "La figura di erede e la qualità ereditaria, comprendenti sia rapporti e diritti patrimoniali sia qualità personali, morali, ideali. Conseguenze ed applicazioni", *Riv. not.*, 1998, p. 138 e ss.

MAGNANI, A.: "Il patrimonio digitale e la sua devoluzione ereditaria", *Vita not.*, 2019, p. 1279 e ss.

MAGNANI, A.: "L'eredità digitale", *Notariato*, 2014, p. 530 e ss.

MARINO, G.: "La successione digitale", *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, fascicolo I, 2018, p. 171.

MARTONE, I.: "Sulla trasmissibilità a causa di morte dei dati personali: l'intricato rapporto tra digitalizzazione e riservatezza", in *Nuovi modelli di Diritto Successorio: prospettive interne, europee e comparate. Atti del convegno*, Eut, Trieste, 2020, p. 87 e ss.

MARTONE, I.: "Sulla trasmissione a causa di morte del «patrimonio digitale»", *Tecn. dir.*, 2020, p. 425 e ss.

MODUGNO, F.: *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 141 e ss.

MONCALVO, F. A.: "Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante", *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 56 ss.

PADOVANI, F.: "Le posizioni contrattuali", in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, (a cura di G. BONILINI), Giuffrè, Milano, 2009, p. 520 e ss.

PALAZZO, A.: "Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori", *Vita notarile*, 1993, p. 1228 e ss.

PALAZZO, A.: *Le successioni*, in *Trattato di diritto privato* (a cura di G. Iudica e P. Zatti), II edizione, Giuffrè, Milano, 2000, p. 185 e ss.

PERLINGIERI, G.: "Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto successorio tra autonomia ed eteronomia", *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 1 e ss.

PERLINGIERI, G.: "Invalidità delle disposizioni mortis causa e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia", *Diritto delle successioni e della famiglia*, n. 1/2016, p. 119 e ss.

PERLINGIERI, P.: "Depatrimonializzazione e diritto civile", *Rass. dir. civ.*, fasc. 1/1983, 1983, p. 1 e ss.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, III ed., Esi, Napoli, 2006, specificamente cap. XVI (par. 253-259), p. 715 e ss.

PERLINGIERI, P.: "L'informazione come bene giuridico", *Rass. Dir. Civ.*, 2/1990, p. 330 e ss.

PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Esi, Camerino-Napoli, 1982, p. 220 e ss.

PERLINGIERI, P.: *Manuale di diritto civile*, Esi, Napoli, 2022, p. 199-201.

PERLINGIERI, P.: "Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato", *Il Foro napoletano*, fasc. 2/2018, p. 481 e ss.

PINO, G.: "Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analitica", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2003/1, p. 237-274.

RABAI, B.: "I big data nell'ecosistema digitale: tra libertà economiche e tutela dei diritti fondamentali", *Amministrare*, 2017, p. 400 e ss.

RESCIGNO, P.: "voce Personalità (diritti della)", *Enc. giur.*, XXIII, 1991, p. 7.

RESTA, G.: "Diritti e personalità: problemi e prospettive", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, fasc. 6/2007, p. 1043 e ss., nello specifico, p. 1062.

RESTA, G.: "La morte digitale", *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, fascicolo 6, 2014, p. 907 e ss.

RODOTÀ, S.: *Il diritto di avere diritti*, Edizioni Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 320 e ss.

RODOTÀ, S.: *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Edizioni Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 6 e ss.

RODOTÀ, S.: *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Edizioni Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 27 e ss.

RUGGERI, L.: "La dicotomia dati personali e dati non personali: il problema della tutela della persona nei c.dd. dati misti", *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc. 2, 2023, p. 808.

SASSO, I.: "Privacy post-mortem e successione digitale", in *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 550 e ss.

SISTO, D.: *Digital Death – Come si narra la morte con l'avvento del web*, Tropós, Roma, 2016, p. 30 e ss.

SISTO, D.: "La morte digitale: cosa resta della nostra identità", *Il Quotidiano giuridico*, 2017, <https://www.altalex.com/documents/2017/06/09/la-morte-digitale-cosa-resta-della-nostra-identita>.

TALAMANCA, M., "Successioni testamentarie. Della revocazione delle disposizioni testamentarie – Delle sostituzioni – Degli esecutori testamentari", *Comm. cod. civ.* (a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA), 1978, p. 15 e ss.

TOMASI, A.: "Gratuità dei servizi e "corresponsione" di dati personali", in *Nuove tecnologie e cultura del diritto civile* (a cura di C. PERLINGIERI e I. MARTONE), Esi, Napoli, 2023, p. 102.

TREZZA, R.: "Necro-robotica e circolazione dei dati personali post mortem", *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2022, spec. p. 233.

VALVO, A. L.: "Il diritto all'oblio nell'epoca dell'informazione digitale", *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 350.

VIZZONI, L.: "Mandato post mortem ed eredità digitale", *Rivista Famiglia*, 2019, <https://www.rivistafamiglia.it/2019/05/17/mandato-post-mortem-ed-eredita-digitale/>.

ZACCARIA, A.: *Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Cedam, Padova, 1988, p. 72 e ss.

ZOPPINI, A.: "Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)", *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 185 e ss.

LA PRÁCTICA HABITUAL –¿Y RAZONABLE?– DEL
COBRO DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA DEL HIJO
MAYOR DE EDAD POR SU PROGENITOR CUSTODIO.
EL NECESARIO “AGGIORNAMENTO” DEL ART. 93 II DEL
CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

*THE COMMON –AND REASONABLE? – PRACTICE OF
COLLECTING CHILD SUPPORT FROM AN ADULT CHILD BY THE
CUSTODIAL PARENT. THE NECESSARY “AGGIORNAMENTO” OF
ARTICLE 93 II OF THE SPANISH CIVIL CODE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 246-295

Ángel ACEDO
PENCO

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de abril de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

RESUMEN: Tras las rupturas matrimoniales o de las parejas que tienen hijos comunes mayores de edad, o que alcanzan dicha mayoría posteriormente, la pensión de alimentos de estos se entrega en España al progenitor que convive con los hijos hasta que abandonan el hogar familiar. Sin embargo, en muchas ocasiones en que los hijos mayores de edad no cobran directamente la pensión alimenticia genera problemas, distorsiones y desajustes que recomiendan un cambio normativo tal como ya han realizado algunas legislaciones próximas, tanto autonómicas como en países europeos de nuestro entorno, considerándose muy conveniente legislar en igual sentido actualizando el artículo 93 del Código civil del Reino de España.

PALABRAS CLAVE: Pensión alimenticia hijos mayores de edad; ruptura matrimonial; alimentos entre padres e hijos; derecho de familia

ABSTRACT: *Following the breakup of a marriage or a couple with common-law children who are of legal age, or who reach that age later, child support payments are paid in Spain to the parent who lives with the children until they leave the family home. However, in many cases, when adult children do not receive child support directly, this creates problems, distortions, and imbalances that call for a regulatory change, as has already been implemented by some upcoming legislation, both in regional and neighboring European countries. It is considered highly desirable to legislate in the same direction by updating Article 93 of the Civil Code of the Kingdom of Spain.*

KEY WORDS: *Child support for adult children; marital breakdown; child support; family law.*

SUMARIO.- I. APROXIMACIÓN.- II. RÉGIMEN ALIMENTICIO PATERNOFILIAL: SÍNTESIS.- 1. Concepción y naturaleza.- 2. Los sujetos activo y pasivo en la obligación alimenticia.- 3. Aspectos objetivos: inicio, cuantía y extensión.- III. LOS ALIMENTOS DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD.- 1. Fundamento y legitimación.- 2. Los hijos de las parejas no casadas entre sí.- 3. Los alimentos de los hijos mayores de edad con alguna discapacidad.- IV. ACCIPIENS DE LA PENSIÓN DEL HIJO MAYOR DE EDAD.- 1. Situación consolidada: precepción por el progenitor custodio.- 2. La implícita prórroga automática tras la mayoría de edad.- 3. Las claudicantes e injustas consecuencias del pago directo al hijo sin la cobertura de un previo acuerdo o una resolución judicial expresa.- 4. La cuestionada ineficacia los pagos directos al hijo mayor de edad sin la previa cobertura de una resolución o acuerdo expreso.- 5. Admisión excepcional del pago directo al hijo mayor.- V. MOTIVOS QUE JUSTIFICAN UN GIRO NORMATIVO.- 1. Perturbaciones del sistema vigente. 1. Cobro indebido –para sí– de la pensión por el progenitor custodio.- 2. La implícita prórroga automática tras la mayoría de edad.- 3. Coincidencia del sujeto legitimado con el accipiens de la pensión.- 4. Dificultades para organizar y desarrollar su propia autonomía personal.- 3. Las claudicantes e injustas consecuencias del pago directo al hijo sin la cobertura de un previo acuerdo o una resolución judicial expresa.- 4. La cuestionada ineficacia de los pagos directos al hijo mayor de edad.- 5. Limitación de la capacidad de obrar del hijo mayor de edad.- 6. Obligatoria –y evitable– litigiosidad para cambiar de accipiens. VI. BREVE RECORRIDO POR REGULACIONES ACTUALES EN EUROPA QUE PREVEN EL PAGO DIRECTO AL HIJO MAYOR DE EDAD.- 1. España.- A) *El frustrado Anteproyecto de ley que modificaba el art. 93.II CC.*- B) *El art. 10 de la Ley del País Vasco de relaciones familiares.*- C) *La ley 104 a) del Fuero Nuevo de Navarra.*- 2. Europa.- A) *El modelo mixto alemán: pago directo según conviva y/o lo solicite.*- B) *Reino Unido (Inglaterra y Gales): ambos sistemas.*- C) *Irlanda: reconocimiento del pago directo con orden judicial.*- D) *La opción francesa: el art. 373-2-5 del 'Code civil'.*- E) *El precedente italiano: art. 337-septies del 'Codice civile'.*- F) *El claro supuesto del pago directo en Países Bajos.*- G) *El caso sueco: abono directo al hijo mayor de edad.*- H) *El régimen noruego de pago directo al mayor de edad.*- I) *El mecanismo polaco de pensión directa al hijo.*- J) *Pago directo al hijo en el sistema suizo.*- VII. SUCINTAS CONCLUSIONES.

I. APROXIMACIÓN.

Es bien sabido que la obligación de prestar alimentos a los hijos por parte de sus progenitores no se extingue con la llegada a la mayoría de edad de aquellos. En la práctica, el progenitor custodio es quien recibe del otro las cantidades fijadas, ya sea en vía convencional o contenciosa, tras la tramitación de la ruptura matrimonial. Alcanzada esa mayoría de edad, y persistiendo su derecho a alimentos, la forma de pago no varía, continuando, cobrando tal progenitor custodio la pensión mensual mientras conviva con él.

Tal es el sistema que, sistemáticamente, en vía contenciosa se viene llevando a cabo en España siguiendo la vigente y unánime interpretación jurisprudencial del art. 93 II del Código civil. Sin embargo, son muchos los factores que aconsejan tomar otro rumbo y actualizar aquellos postulados conforme a una realidad

• Ángel Acedo Penco

Profesor titular de Derecho Civil de la Universidad de Extremadura. Correo electrónico: aacedo@unex.es.
ORCID: 0000-0002-7424-4601

social que poco tiene que ver con la de hace varias décadas cuando se redactó¹, reformó² e interpretó el precepto por el Tribunal Supremo acuñando la doctrina que desde entonces se viene aplicando³, que dificulta al mayor de edad ejercer la plena autonomía propia de su capacidad jurídica de realizar por sí mismo todos sus actos con eficacia, organizar sus recursos económicos y prepararse para su emancipación, alargándose con ello su dependencia familiar.

Además, no ha de ocultarse que, en no pocas ocasiones, el cobro directo por un progenitor de la pensión del hijo mayor de edad provoca situaciones indeseables en aquellos casos en que no se destina al fin previsto, no llega a su legítimo destinatario, o el hijo titular no desea verse envuelto en un proceso judicial contra un progenitor –que la cobra– a instancias del otro –quien la paga–, incluso cuando el hijo ya vive de manera independiente y con recursos ajenos a los de ambos progenitores. Así, la falta de acuerdo –por mala relación, ausencia de comunicación u otros motivos– puede provocar, además de una injusticia palmaria, una añadida crisis familiar abocada a ese nuevo proceso judicial, que por lo general el hijo, y a veces también el progenitor pagador, eluden en evitación de episodios familiares desagradables, eternizándose con ello la injusticia.

Es objeto del presente trabajo poner de manifiesto este desajuste y aportar remedios a situaciones tan indeseables, para lo cual, bastaría una ligera modificación normativa, como han hecho ordenamientos próximos, o un giro en la actual interpretación jurisprudencial, lo que determinará un cambio de paradigma más acorde con tiempo presente.

La doctrina reciente se ha ocupado de los problemas que rodean al derecho de los hijos mayores de edad a recibir alimentos de sus padres tras la ruptura matrimonial⁴, y con mayor profusión, más específicamente, acerca de las posibles causas y vicisitudes de la extinción de tal derecho⁵, siendo muy numerosos

- 1 Redactado por la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.
- 2 El párrafo segundo del art. 93 CC fue introducido por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.
- 3 STS 411/2000, de 24 de abril, FD 2º *in fine* (ECLI:ES:TS:2000:3422).
- 4 ROLDÁN MELCHOR, N.: *La extinción de la pensión de alimentos en hijos mayores de edad*, editorial Colex, Madrid, 2022; MORENO-TORRES HERRERA, M.ª L.: *Estudios sobre el deber de alimentos*, editorial Reus, Madrid, 2021; APARICIO CAROL, I.: *La pensión de alimentos de los hijos mayores de edad en el Derecho español. Problemas que se plantean en los pleitos de familia*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; MARIN GARCIA DE LEONARDO, M.ª T.: *Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad*, Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia, 1999, por citar solo algunas monografías.
- 5 UREÑA MARTÍNEZ, M.: “La eficacia jurídica de la sentencia que declara la extinción de la pensión de alimentos a hijo mayor de edad: comentario a la STS 1196/2023, de 20 de julio”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 124, 2024, pp. 267-278; RODA Y RODA, D.: “Reflexión sobre la prestación de alimentos a los hijos mayores de edad: especial referencia a las malas relaciones como causa de extinción de la pensión, según la Jurisprudencia”, *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 99, 2023, pp. 45-92; TORRELLES TORREA, E.: “¿Hasta cuándo deben percibir la prestación de alimentos los hijos mayores de edad en los supuestos de crisis matrimoniales o ruptura de pareja?”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 37, 2023 (Ejemplar dedicado a: Aspectos patrimoniales de las crisis

los fallos judiciales. Sin embargo, pese a su enorme repercusión práctica y a la injusticia advertida, raros son los análisis específicos del pago de la pensión por el progenitor alimentante al otro (por lo general su excónyuge), para que la administre en beneficio del titular del derecho, el alimentista ya mayor de edad, con quien convive, a veces solo formalmente⁶.

II. RÉGIMEN ALIMENTICIO PATERNOFILIALAL: SÍNTESIS.

I. Concepción y naturaleza.

Los alimentos entre parientes son aquellos que se derivan del derecho subjetivo que la ley reconoce a una persona que carezca de recursos económicos de poder reclamarle a determinados familiares aquello que precisa para una subsistencia

matrimoniales, coord. por E. TORAL LARA), pp. 83-106; PÉREZ DÍAZ, R.: "La petición y extinción de alimentos de hijos matrimoniales o de parejas de hecho mayores de edad", *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 96, 2022, pp. 25-58; BÉRIAIN FLORES, I., IMAZ ZUBIAUR, L.: "La falta de relación entre el progenitor alimentante y sus hijos mayores de edad como causa de extinción de la obligación de alimentos: Análisis de la actualidad jurisprudencial", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, 2022, pp. 118-155; DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: "Extinción de la pensión de alimentos por ruptura unilateral, voluntaria y sostenida del hijo hacia el progenitor", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 97, núm. 788, 2021, pp. 3679-3689; RIBERA BLANES, B.: "La falta de relación afectiva entre padres e hijos mayores de edad como causa de extinción de la pensión de alimentos", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 13, 2020 (Ejemplar dedicado a: El interés superior del menor en la experiencia jurídica latina), pp. 482-529; MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M.: "Principales controversias en torno a la pensión de alimentos de los a hijos mayores de edad desde el punto de vista sustantivo", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 17, 2020, pp. 171-190; BERROCAL LANZAROT, A. I.: "La extinción de la prestación de alimentos de los hijos mayores de edad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 96, núm. 777, 2020, pp. 479-529; GALLARDO RODRIGUEZ, A.: "Límite temporal y causas de extinción de la pensión de alimentos a los hijos mayores de edad en las crisis matrimoniales", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 24, 2019 (Ejemplar dedicado a: Aspectos económicos de las crisis matrimoniales), pp. 22-36; CASTILLO SALDÍAS, A.: "Comentario de la Sentencia núm. 104/2019 de 19 de febrero de 2019 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español: abre la posibilidad de extinguir la pensión de alimentos de aquellos hijos mayores de edad que no mantengan relación con el progenitor obligado al pago de su pensión de alimentos", *Revista Justicia y Derecho*, Vol. 2, núm. 1, 2019, pp. 132-139; MÉNDEZ TOJO, R.: "Extinción de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad: la novedosa STS 104/2019, de 19 de febrero", *Actualidad civil*, núm. 6, 2019; AVELLÁN CARO, P.: "Extinción de la pensión de alimentos para hijos mayores de edad, días a quo y fundamentos", *Cuaderno de Familia: Boletín Jurídico de Infancia, Familia y Capacidad de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria*, núm. 5, 2019, pp. 24-27; ALIAGA CASANOVA, A. C.: "Extinción de la pensión de alimentos por falta de relación del hijo mayor de edad con el progenitor. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2019", *Cuaderno de Familia: Boletín Jurídico de Infancia, Familia y Capacidad de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria*, núm. 2, 2019, pp. 32-44; MARTÍNEZ DEL TORO, S.: "La extinción de los alimentos a los menores por razón de la edad de éstos", *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 134, 2018, p. 5 y ss.; RINCÓN ANDREU, G.: "Extinción de la pensión de alimentos a hijos mayores de edad", *Diario La Ley*, núm. 9156, 2018; MAGRO SERVET, V.: "Inexistencia de causa para la extinción de la obligación de la pensión alimenticia en los casos de pérdida de afecto del alimentista", *Diario La Ley*, núm. 9028, 2017; AGUILAR RUIZ, L.: "Conflicto filio-parental y alimentos. Interpretación jurisprudencial de la causa de extinción de la obligación de alimentos de padres a hijos mayores de edad basada en el «maltrato» de los hijos a sus progenitores: Comentario a la Sentencia AP Córdoba 18 mayo 2016 (AC 2016,1121)", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 43, 2017, pp. 285-296; entre otros, por citar solo los trabajos específicos más recientes.

- 6 El único análisis específico que hemos encontrado sobre esta materia en la doctrina española es el magnífico trabajo de BUSTOS MORENO, Y. B.: "El Accipiens frente al acreedor en las pensiones de alimentos de los hijos mayores de edad, en las situaciones de crisis matrimonial: Posibilidad del pago directo a los hijos mayores de edad", en: AA.VV.: *La voluntad privada en las relaciones jurídico-familiares*, coordinado por C. SANCIENNA ASURMENDI y J. CARBAJO GONZÁLEZ, editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 235-257. No obstante, otros autores también han abordado este problema, con mayor o menor amplitud, en diversas publicaciones que citamos en páginas subsiguientes.

digna. Su regulación se desarrolla en el Código civil español, artículos 142 a 153, ubicado en el Título VI “De los alimentos entre parientes”, del Libro primero “De las Personas”.

Tales disposiciones, también son aplicables a los demás casos en que se tenga derecho a alimentos cuando así venga establecido, según expresa el art. 153 CC, en alguno de los siguientes instrumentos: en el propio Código civil, en testamento, o mediante un pacto, salvo que en ellos se indique otra cosa diferente⁷. En todo caso, no parece muy acertada la denominación legal del título VI “De los alimentos entre parientes” porque incluye a los cónyuges como primeros sujetos afectados cuando resulta indiscutible que ellos no están unidos por una relación de parentesco⁸.

Respecto de su naturaleza jurídica no cabe duda de que se está ante una de las llamadas obligaciones legales, reconocidas en los artículos 1089 y 1090 CC, aunque con sus especialidades propias. Es una obligación legal que tiene una finalidad personal como es socorrer al pariente necesitado, pero que está dotada de un contenido patrimonial. Aunque se ha discutido mucho si tiene carácter patrimonial, existen dos fases: 1ª) el derecho de alimentos que tienen sus titulares mientras permanece en estado de latencia –expectante–, hasta que son exigidos y reconocidos; y 2ª) la obligación legal de alimentos ya fijada en una prestación concreta.

Tradicionalmente se fundamenta, de un lado, en el interés particular en vivir que tiene la persona a quien puede reconocerse tal derecho, según la doctrina italiana y francesa; y de otro lado, en el interés general del Estado por la vida de sus ciudadanos, como un deber jurídico estatal. En relación con esta última posición se ha escrito que en la actualidad la obligación de alimentos es una obligación subsidiaria “complementaria de la que el Estado tiene de atender a los más necesitados por expresa imposición” de los arts. 27, 39, 41, 49 y 50 de la Constitución española⁹.

7 STS 706/1997, de 28 de julio, FD 2º (ECLI:ES:TS:1997:5313): “en el contrato de donación en cuestión, la prestación alimenticia modal engloba asimismo la obligación de alimentos legales, hasta el punto que aquélla se identifica con ésta, y como para cuyo cumplimiento se pactó el establecimiento del sistema que refleja el art. 149 del Código Civil, en cuanto a que la prestación alimentaria se cumpliría manteniendo el donatario en su propia casa al donante, como así se efectuó hasta que dicho donante liberó de una manera concreta e indubitada al donatario de esta prestación”. Previamente se advierte que “Los alimentos a los que se refiere el art. 648-3 CC, no solo engloban los determinados en los artículos 142 y 143 de dicho cuerpo legal, sino también a los alimentos debidos “pro donationis”. O sea que, aparte de lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica del donante, se deben incluir los que se especifiquen o se deriven ineludiblemente del contrato de donación”.

8 STS 455/2018, de 28 de julio, Sala Tercera, FD 2º (ECLI:ES:TS:2018:978): “El parentesco de que se trata comienza con el matrimonio de dos personas. Hasta ese momento los consanguíneos de los contrayentes, obviamente, carecían de toda relación parental”.

9 ROGEL VIDE, C. y ESPÍN ALBA, I.: *Derecho de la familia*, Colección Jurídica General, Cursos, editorial Reus, Madrid, 2010, p. 21.

Tal vez, pensamos, sea más acertado considerar que el fundamento de la obligación de prestar alimentos entre parientes se encuentra en los principios de solidaridad y de protección de la familia, reconocidos en tales preceptos. Atendiendo a su regulación legal, y tomando el derecho de alimentos —más que la obligación alimenticia ya concretada—, se distinguen ciertas características en tal estado de latencia:

1ª. Tienen naturaleza personalísima siendo indisponibles y por tanto: a) intransmisibles¹⁰; b) irrenunciables¹¹; c) inembargables; d) sin transacción posible sobre ellos¹²; y d) se extinguen con la muerte¹³, tanto del titular, como del obligado al pago¹⁴. 2ª. Son recíprocos, quienes tengan derecho a reclamarlos a sus familiares que estén en situación desfavorable, también podrán verse obligados a prestarlos a éstos cuando estén en idéntica situación que aquéllos¹⁵. 3ª. Son imprescriptibles, pues siempre se podrán solicitar cuando su titular se encuentre en la situación prevista; pero cuando la obligación ya está determinada y vencida, el derecho a reclamarlos prescribe a los 5 años¹⁶. 4ª. Son variables, puesto que el importe se puede modificar dependiendo de las circunstancias de uno y otro sujeto, e incluso desaparecer¹⁷. 5ª. No es una obligación solidaria, sino mancomunada y divisible, donde se reparte el importe de cada uno¹⁸ cuando sean varios los obligados¹⁹. 6ª. No son compensables con los importes que quien tenga derecho a percibirlos

- 10 “No es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos. Pero podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas”, determina el art. 151 CC.
- 11 STS 529/2015, de 23 septiembre, FD 6º (ECLI:ES:TS:2015:3889): “Del simple tenor del art. 151 en relación con el art. 1200.2, ambos del C. Civil, queda clara la imposibilidad de compensar los alimentos, pues una es la deuda del padre con el hijo y otra diferente es la existente entre los excónyuges”.
- 12 Tal como se determina en el art. 1814 CC.
- 13 Arts. 150 CC (alimentante) y 152.1º CC (alimentista).
- 14 SSTS 661/2015, de 2 diciembre, FD 2º (ECLI:ES:TS:2015:4925); 395/2015, de 15 julio, FD 2º (ECLI:ES:TS:2015:3215); 111/2015, de 2 marzo (ECLI:ES:TS:2015:568); 703/2014, de 19 enero, FD 6º (ECLI:ES:TS:2015:427) y 700/2014, de 21 noviembre, FD 2º (ECLI:ES:TS:2014:5817).
- 15 STS 120/2016, de 2 marzo, FD 3º (ECLI:ES:TS:2016:769): “En conclusión, los abuelos tienen obligación de afrontar los gastos que generen sus nietos, ante la insolvencia de los padres, de acuerdo con lo establecido en el art. 142 del C. Civil y con respeto estricto del principio de proporcionalidad (arts. 145 y 146 C. Civil), (sentencias de 21 y 27 de octubre de 2015, recursos 1369 y 2664 de 2014)”.
- 16 “Por el transcurso de cinco años prescriben las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones siguientes: 1.ª La de pagar pensiones alimenticias (art. 1966.1º CC).
- 17 Los alimentos “se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos”, dispone el art. 147 CC. La SAP Cádiz (sec. 5ª) 111/2016, de 28 marzo, FD 2º (ES:APCA:2016:184) aclara: “lo que tiene en cuenta el precepto no es rigurosamente el caudal de bienes de que pueda disponer el alimentante o los que tenga atribuidos con facultades de administración, sino simplemente las necesidades del alimentista puestas en relación con el patrimonio de quien haya de darlos.”.
- 18 STS 236/1994, de 12 de abril, FD 1º (ECLI:ES:TS:1994:2382): “Así pues, la demanda dirigida exclusivamente contra uno de los obligados a prestar alimentos, para que este íntegramente los preste, (lo que supone una solidaridad) solo puede admitirse en los casos del art. 145-2º”.
- 19 “Cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo”, dispone el art. 145.1º CC.

pueda adeudar al que tiene la obligación de prestarlos²⁰. 7ª. Estos alimentos entre parientes son independientes y diferentes de los alimentos derivados de la relación paternofilial del art. 110 CC pues éstos, en especial cuando son menores de edad, no tienen las limitaciones propias de los arts. 142-153 CC²¹, aplicable a los hijos ya mayores o emancipados. 8ª. Son distintos de la pensión compensatoria por divorcio del art. 97 CC pues éste no genera una obligación de alimentos entre los excónyuges²². 9ª. Pero la separación de hecho de los cónyuges libremente consentida sí permite recibir alimentos del consorte en virtud de los arts. 142-153 CC²³.

De otro lado, para que nazca la obligación de prestar alimentos han de concurrir los siguientes presupuestos: a) existencia de la relación familiar prevista en la ley; b) una situación de necesidad económica de la persona que los solicita; c) su destino ha de ser el sustento, la habitación, el vestido y la asistencia médica; d) tener el obligado a prestarlos la capacidad económica sin dejar de atender sus necesidades; e) deben ser solicitados expresamente al juez en un proceso civil²⁴; y f) determinar su cuantía con la prueba oportuna para que pueda concederlos, sin que sea posible otorgarlos de oficio.

2. Los sujetos activo y pasivo en la obligación alimenticia.

La determinación de las personas que han de prestar y recibir la prestación alimenticia, así como las cualidades y circunstancias de éstas son decisivas en el régimen jurídico de los alimentos entre parientes. Se denomina alimentista a quien tiene el derecho de reclamar y recibir alimentos a sus familiares previstos en la ley; de otro lado, la persona que está legalmente obligada a prestarlos se llama alimentante. Deberán, recíprocamente, dar los alimentos como alimentantes y reclamarlos como alimentistas: a) los cónyuges; b) los ascendientes y descendientes; y c) los hermanos; sin que se extienda a otros familiares. Los dos primeros grupos deben alimentos en toda la extensión fijada en la ley, los hermanos solo aquellos para la vida y educación²⁵.

La reclamación de alimentos, cuando proceda y sean dos o más los obligados a prestarlos, se hará, exigiéndolos, en este orden a estos sujetos: 1º) cónyuge; 2º) descendientes de grado más próximo; 3º) ascendientes, también de grado

20 “Tampoco podrá oponerse al acreedor por alimentos debidos por título gratuito”, determina el 1200.II CC, como hiciera el 151 CC, ya examinado notas anteriores.

21 STS 5 octubre 1993 (ECLI:ES:TS:1993:17670).

22 SSTS 23 septiembre 1996 (ECLI:ES:TS:1996:4982) y 29 junio 1988 (ECLI:ES:TS:1988:9922).

23 STS 25 noviembre 1985 (ECLI:ES:TS:1985:527).

24 Ello, a tenor del principio de justicia rogada art. que se desprende del 216 LEC.

25 Tal orden se establece en el art. 143 CC, cuya interpretación se completa con lo dispuesto sobre la obligación de prestar alimentos entre hermanos en la STS (Sala de lo Social) de 15 octubre 2015, FD 3º (ECLI:ES:TS:2015:5561).

más próximo; 4º) hermanos, pero estando obligados en último lugar los que sean uterinos o consanguíneos²⁶. En todos estos se repartirá entre tales personas el pago de la pensión que se haya fijado en cantidad proporcional a su caudal respectivo. Si hubiere urgente necesidad y por circunstancias especiales, podrá el juez obligar a una sola de ellas a que los preste provisionalmente, sin perjuicio de su derecho a reclamar a los demás la parte que les corresponda²⁷. Cuando sean varios los obligados a prestar alimentos entre parientes han de ser demandados en el proceso todos y cada uno de tales obligados²⁸.

En el lado opuesto, cuando dos o más alimentistas reclamaren a la vez alimentos de una misma persona obligada legalmente a darlos, y ésta no tuviere fortuna bastante para atender a todos, se guardará el orden de preferencia antes establecido²⁹, salvo que los alimentistas fuesen el cónyuge y un hijo sujeto a la patria potestad, en cuyo caso éste será preferido a aquél. La legitimación para reclamar los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales se tratará más adelante con base en la jurisprudencia que clarifica y deja zanjada la cuestión³⁰.

En lo que respecta al núcleo central de este trabajo, en la pensión de alimentos de los hijos casi siempre interviene un tercer sujeto, que no es ni acreedor, ni deudor de la prestación alimenticia, pero su intervención es clave, cual es el *accipens*, un progenitor diferente del alimentista –único titular del derecho alimenticio–, que se corresponde con el cónyuge tras la ruptura matrimonial o el progenitor con quien conviven los hijos, menores y mayores de edad, y que además es, salvo muy contadas excepciones, quien recibe directamente, en su propia cuenta corriente bancaria, el importe económico mensual que sufraga el *solvens* (el otro progenitor, su excónyuge, por lo general).

3. Aspectos objetivos: inicio, cuantía y extensión.

La obligación de dar alimentos nace, y por tanto, será exigible “desde que los necesitare, para subsistir” la persona que tenga derecho a percibirlos; sin embargo,

26 Tal se dispone en el art. 144 CC que añade: “entre los descendientes y ascendientes se regulará la gradación por el orden en que sean llamados a la sucesión legítima de la persona que tenga derecho a los alimentos”.

27 El párrafo II del art. 145 CC dispone: “Sin embargo, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, podrá el Juez obligar a una sola de ellas a que los preste provisionalmente, sin perjuicio de su derecho a reclamar de los demás obligados la parte que les corresponda”. Véase la SAP Murcia 369/2015, de 2 julio (sec. 4º), FD 3º (ES:APMU:2015:1511).

28 La STS 5 noviembre 1996 (ECLI:ES:TS:1996:6101), apreció la falta de litisconsorcio pasivo necesario al plantear la demanda un hijo solamente contra el padre. En dicho sentido, su FD 1º afirma: “Por ello se hace preciso demandar a todos y cada uno de los obligados, en el caso que examinamos, padre y madre conjuntamente (art. 144-3º del Código civil). Como razonablemente señala la sentencia recurrida, fijar la deuda de uno de los padres supone entonces, inexcusablemente, fijar simultáneamente el porcentaje de la deuda del otro, lo cual exige, para no producir indefensión a esa otra parte, y para evitar sentencias contradictorias, traer a todos los deudores conjuntamente al proceso como partes demandadas”.

29 Esto es: 1º el cónyuge; 2º los descendientes; 3º los ascendientes; y 4º los hermanos.

30 STS 223/2019, de 10 de abril, FD 2º (ECLI:ES:TS:2019:1252) y las que allí se citan.

no hay obligación de abonarlos con carácter retroactivo, sino que solo se deberán, “desde la fecha en que se interponga la demanda” ante el Juzgado reclamándolos, si son reconocidos, ordena el art. 148 CC. Por tanto, la sentencia solo podrá conceder los alimentos que se generan desde la presentación de la demanda, sin que puedan reclamarse aquellos que, aun estando en situación precaria, se produjeron antes de tal fecha.

Todo alimentante deberá realizar el pago por meses anticipados, pero si falleciere el alimentista recibéndolos, sus herederos no estarán obligados a devolver los que aquel hubiese recibido anticipadamente. El juez, a petición del alimentista o del ministerio fiscal, ordenará con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una entidad pública u otra persona y proveer a las futuras necesidades³¹.

Según sea su extensión y alcance, los alimentos pueden ser civiles o amplios y naturales o estrictos, sin que su cuantía pueda ser revisable por el Tribunal Supremo ya que se trata de una facultad exclusiva de los tribunales de instancia³².

Los alimentos civiles o amplios se prestan entre cónyuges, ascendientes y descendientes e incluyen, según el art. 142 CC: a) “todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica”; b) “la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable”; c) además, solo para las mujeres, “los gastos de embarazo y parto en cuanto no estén cubiertos de otro modo”.

Los alimentos naturales o estrictos son los que se prestan entre hermanos e incluyen exclusivamente “los auxilios necesarios para la vida cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán, en su caso, a los que precisen para su educación”, según el art. 143 *in fine*.

La cuantía de los alimentos “será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”, como dispone el art. 146 CC³³. Además, “se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o

31 STS 487/2016, de 14 marzo, FD 2º (ECLI:ES:TS:2016:3441): “De acuerdo con el art. 148 CC, las sentencias que reconozcan la obligación de prestar alimentos producen sus efectos desde la demanda. El párrafo primero de esta disposición, después de señalar que se deben desde el momento en que se produce la necesidad del alimentista, añade que “no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda”, tal como han recogido las sentencias de 5 octubre 1995; 3 octubre 2008; 26 octubre 2010; 14 junio 2011; 26 marzo 2013 y 23 junio 2015”.

32 STS 30 diciembre 1986, FD 3 (ECLI:ES:TS:1986:7851): “la determinación de la cuantía de los alimentos es facultad exclusiva de la Sala de instancia, y su pronunciamiento sólo puede ser atacado por evidente error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba”.

33 STS 184/2016, de 18 marzo, FD 2º (ECLI:ES:TS:2016:1288).

disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos”³⁴, pudiendo tenerse en cuenta la inflación³⁵.

Se reconocen al obligado a prestar alimentos, a su elección, las siguientes opciones (art. 149 CC): pagar la pensión económica fijada; o bien, recibir y mantener en su propia casa al alimentista que tuviera derecho a ellos. Sin embargo, no tendrá el alimentante el derecho de elección, siendo obligatoria la pensión cuando: 1) contradiga la situación de convivencia establecida para el alimentista por la ley o una resolución judicial; 2) concurra justa causa³⁶; 3) se perjudique el interés del alimentista menor de edad³⁷.

El Código civil enumera las causas tasadas por las que decae el derecho a seguir recibiendo alimentos, en sus artículos 150 y 152, y por tanto, para que desaparezca la obligación de sufragar la pensión de alimentos, siendo las siguientes: a) la muerte del obligado “aunque los prestase por sentencia firme”³⁸; b) el fallecimiento del alimentista que los recibía, o tenía derecho a ellos; c) la reducción de la fortuna del alimentante hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia; d) cuando el alimentista pueda ejercer algún oficio, profesión o industria o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, sin que le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia, debiendo ser una posibilidad real³⁹; e) el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiere cometido alguna falta, prevista legalmente, de las que dan lugar a la desheredación; y f) la mala conducta o falta de aplicación al trabajo del alimentista, que sea descendiente del alimentante, cuando la necesidad la cause tal conducta⁴⁰.

III. LOS ALIMENTOS DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD.

I. Fundamento y legitimación.

En el presente contexto socioeconómico, especialmente durante este último decenio y por diversas causas, los jóvenes españoles prolongan la estancia en

34 Tal indica el art. 147 CC que completa la STS 395/2015, de 15 julio, FD 1º (ECLI:ES:TS:2015:3215).

35 STS 11 octubre 1982 (ECLI:ES:TS:1982:1161).

36 STS 25 noviembre 1985, FJ 5º (ECLI:ES:TS:1985:527): “ese derecho de opción en el modo de prestar los alimentos que el precepto autoriza no puede ser tan absoluto que limite el amplio examen que los Tribunales han de efectuar de los datos concurrentes en cada caso, hallándose subordinado a la condición de que no exista estorbo alguno, ni legal ni moral, para que el alimentista pueda ser trasladado a casa del alimentante”.

37 STSJ Aragón 7/2015, de 11 febrero, FD 5º (ECLI:ES:TSJAR:2015:88): “El propio recurrente conoce que ello es así, como se desprende de lo expresado en el escrito de oposición a la apelación. Él mismo le ha dado la posibilidad de trasladarse a vivir con él, solicitud que se vuelve a realizar en el escrito de demanda, pero obviamente, al ser ambos mayores de edad, si su voluntad -como se manifiesta por la representación de la madre- no es convivir con el padre, nada puede hacer la justicia al respecto”.

38 SAP Cádiz (sec. 5ª) 25/2016, de 26 enero, FD 1º (ECLI:ES:APCA:2016:3).

39 SSTS 5 noviembre 1984 (ECLI:ES:TS:1984:1862) y 10 julio 1979 (ECLI:ES:TS:1979:5233).

40 SSTS 661/2015, de 2 diciembre, FD 2º (ECLI:ES:TS:2015:4925); 395/2015, de 15 julio, FD 2º (ECLI:ES:TS:2015:3215); y 111/2015, de 2 marzo (ECLI:ES:TS:2015:568).

el domicilio familiar durante periodos de tiempo que van mucho más allá de la mayoría de edad legal⁴¹.

Como se anticipó, los hijos tienen derecho a los alimentos civiles o amplios, pero su alcance difiere si son mayores o menores de edad. Durante la minoría de edad, y mientras los hijos están sujetos a la patria potestad de sus padres, éstos han de procurarle alimentos⁴² –salvo que los menores tengan ingresos propios suficientes– y también los demás cuidados que se detallan en el art. 154 CC.

Añádase a lo anterior, como advierte la jurisprudencia, que “la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos”⁴³.

Cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad y salen *ope legis* de la patria potestad, pierden la amplia protección que les otorga dicho precepto, sin embargo, tienen derecho al régimen alimenticio general que se les reconoce en los artículos 142-153 CC. “En materia de alimentos, como es sabido, es preciso distinguir, según que los hijos sean menores o mayores de edad” y diverso el régimen entre hijos menores no emancipados e hijos mayores de edad, pero no son pocos los rasgos que comparten ambos regímenes, a la vista de los párrafos primero y segundo del art. 93 CC⁴⁴.

41 Según divulga la web oficial del Consejo de la Juventud de España, del Ministerio de Juventud de Infancia, en una entrada fechada el 11-08-2023: “Las personas jóvenes se emancipan a los 30,3 años de media en España, la cifra más alta de los últimos veinte años”, y además, comparativamente resulta que la tasa de emancipación juvenil en nuestro país se estanca en el 15,9%, muy por debajo de los niveles europeos que ostentan una tasa media de 31,9 %. Disponible en <https://www.cje.org/las-personas-jovenes-se-emancipan-a-los-303-anos-de-media-en-espana-la-cifra-mas-alta-de-los-ultimos-veinte-anos> (última consultado, 20-03-2025).

42 STS 24 octubre 2008, FD 2º (ECLI:ES:TS:2008:5556): “La consecuencia de lo anterior no puede ser otra que la subsistencia de la obligación de prestar alimentos a hijos menores de manera incondicional aún en el caso de que el hijo tenga sus necesidades cubiertas por sus propios medios, y así debe entenderse la doctrina que se dice vulnerada, que descarta que las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes –entre las que se encuentran sin duda las causas de cesación de la prestación alimenticia previstas en el art. 152 CC– sean causa de cesación de la prestación debida al hijo menor, precisamente por derivar el derecho del menor directamente del hecho de la generación”.

43 STS 372/2014, de 7 de julio, FD 3º *in fine* (ECLI:ES:TS:2014:2622) donde la discapacidad del hijo era del 65%: “La discapacidad existe, y lo que no es posible es resolverlo bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los derechos del discapacitado que en estos momentos son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores, para reconducirlo al régimen alimenticio propio de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, como deber alimenticio de los padres hacia sus hijos en situación de ruptura matrimonial, conforme a lo dispuesto en el art. 93 CC, pues no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias, mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga”.

44 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y BUENO BIOT, A.: “Los alimentos debidos a los hijos menores de edad: un estudio jurisprudencial”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 13, agosto 2020, pp. 448-452, donde se describe el ámbito de aplicación del art. 93.I CC, con un nutrido apoyo jurisprudencial.

En consecuencia, no va a extinguir el derecho de alimentos de manera automática por el hecho temporal de haber llegado el hijo menor a los dieciocho años, aunque su régimen jurídico, y sobre todo su alcance, queda alterado –reducido– sustancialmente, según expresa el texto legal: 1) Siendo menores “los alimentos se prestan conforme a las circunstancias y necesidades económicas de los hijos en cada momento”. 2) Pero llegando a la mayoría de edad, “los alimentos son proporcionales al caudal de quien los da y a las necesidades de quien los recibe y se reducen a aquellos alimentos que sean indispensables para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, conforme al art. 142 CC”, debiendo añadirse que el fundamento de la extensión de tal derecho se asienta en la ineludible convivencia del hijo, ya mayor, con el progenitor custodio⁴⁵.

Así, cuando tras la nulidad, separación o divorcio de sus progenitores el menor alcance la mayoría de edad, el art. 93.II CC⁴⁶ y la jurisprudencia que lo interpreta, exigen el requisito de la convivencia en el domicilio familiar para poder gozar de los alimentos que le reconoce el precepto, si bien ya en la cuantía y extensión del citado art. 142.

Este presupuesto de la convivencia en el domicilio familiar se refiere “no sólo el domicilio conyugal propiamente dicho, es decir, el último domicilio que ha sido compartido por los progenitores antes de que se produjera el cese de la convivencia marital, sino que también debe incluirse en este concepto el domicilio de cualquiera de los progenitores con quien convive el hijo tras la separación”⁴⁷.

Se afirma que esta convivencia persistirá –más bien se presumirá legalmente– aun cuando el hijo resida temporalmente en otra ciudad por motivos de estudios, u otro similar, pero regrese periódicamente al domicilio en vacaciones y/o fines de semana, debiendo tratarse del domicilio estable⁴⁸.

En este sentido se pronuncia con reiteración la jurisprudencia, vinculando la legitimación de cónyuge custodio a la convivencia, razonando que: “la sentencia que recaiga en estos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad, se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores, convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una

45 STS 661/2015, de 2 de diciembre, FD 2º (ECLI:ES:TS:2015:4925).

46 “Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos”, reza el precepto.

47 MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M.: “Principales controversias en torno a la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad desde el punto de vista sustantivo” en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 17, julio-diciembre 2020, pp. 176-178.

48 MONTERO AROCA, J.: *Los alimentos a los hijos en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del art. 93 del Código Civil)*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 210 y ss.

convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran⁴⁹.

Si bien este fundamento de la convivencia en el domicilio familiar (habitualmente con el cónyuge custodio) no ha dejado de generar controversias, especialmente para justificar el mantenimiento o extinción de los alimentos⁵⁰, el Alto Tribunal, en fechas más recientes, viene exigiendo una mayor rigidez de aquella, negando la pensión alimenticia del mayor de edad cuando falte una convivencia familiar estricta.

Respecto de la controvertida legitimación para reclamar los alimentos de los hijos mayores de edad, el Tribunal Supremo destaca la imperfección técnica del art. 93 II CC, al advertir que tal precepto, tiene “la laguna de no concretar, dentro del proceso matrimonial, la legitimación para reclamarlos. Se echa en falta la existencia de una norma, como sucede en otros ordenamientos, que expresamente conceda legitimación al progenitor conviviente con el hijo mayor de edad para solicitar la contribución del otro en el sostenimiento del hijo pues tales legislaciones prevén, pues, una legitimación directa del progenitor conviviente”⁵¹.

Sin embargo, la jurisprudencia pronto solventó la cuestión colmando aquella laguna⁵² declarando “la exclusiva legitimación del progenitor conviviente en lo que se refiere a los alimentos del hijo mayor de edad, pero naturalmente siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el precepto tal como se interpretan jurisprudencialmente”⁵³. Así las cosas, se constata que se ha producido “un cambio del estado de la cuestión al dejar claro que la legitimación la tiene el progenitor que convive con el hijo mayor” que puede actuar en beneficio del hijo mayor de edad, pese a la plena capacidad de este⁵⁴.

49 STS 411/2000, de 24 de abril, FD 2º *in fine* (ECLI:ES:TS:2000:3422): “se concluye que el cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el art. 93, párrafo 2º, del Código Civil, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquellos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores”. Esta breve, pero muy fructífera, sentencia marca el punto de partida de otras tantas que le sucedieron corroborando la legitimación del progenitor custodio, complementando la evidente laguna del precepto citado, siendo repetidamente citada en infinidad de resoluciones ulteriores.

50 Expuesta, entre otros, en los trabajos doctrinales sobre la cuestión citados en la nota 9.

51 STS 47/2019, de 12 de marzo, FD 3º (ECLI:ES:TS:2019:869) que añade sobre otros ordenamientos: “Así aparece en el art. 295 del *Code français*, tras la reforma del 11 de junio de 1975, al disponer: “el padre que asuma a título principal la carga de los hijos mayores de edad que no pudieran por ellos mismos satisfacer sus necesidades, podrá solicitar a su cónyuge que le haga una aportación a su manutención y su educación”. En el mismo sentido lo dispone el art. 155 del Código Civil Italiano, y dentro de España el art. 233-4 del Código Civil de Cataluña, al disponer que la autoridad judicial, “a instancia del cónyuge con quien los hijos convivan”, pueden acordar alimentos para los hijos mayores de edad emancipados teniendo cuenta lo establecido en el art. 237-1”.

52 Primero, tempranamente, en la ya citada STS 411/2000, de 24 abril (ECLI:ES:TS:2000:3422).

53 STS 432/2014, de 12 julio (ECLI:ES:TS:2014:3438).

54 STS 223/2019, de 10 de abril, FD 2º (ECLI:ES:TS:2019:1252).

En todo caso, el hijo mayor de edad —exista o no ruptura matrimonial de sus padres—, si abandona el domicilio familiar, deberá ser él mismo —aquí sí—, en caso de necesitarlos, quien haya de interponer ante el órgano judicial la demanda de reclamación de alimentos contra el padre, la madre, o contra ambos. Así se deduce del art. 93.I CC, previsto para cuando los pida por primera vez al demandado, puesto que si ya los percibía siendo menor estos se extienden de manera automática al llegar a la mayoría.

Ahora bien, el hijo mayor de edad perderá cualquier derecho de reclamar alimentos a sus padres, cuando se den una de estas dos circunstancias que se prevén en los apartados 3º y 5º del art. 153 CC, que: a) “pueda ejercer un oficio, profesión o industria”; o b) su necesidad “provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo”.

Las resoluciones sobre la extinción del derecho a percibir la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad a cargo de sus padres vienen siendo abundantes, y señalan que han de adoptarse caso por caso, destacándose su condicionalidad y las circunstancias que pueden llevar a su extinción, ya sea por falta de convivencia en el domicilio familiar⁵⁵, ya por falta de rendimiento académico del alimentista⁵⁶, ya por constatarse la independencia económica de este⁵⁷, sin olvidar el “mínimo” vital del alimentante⁵⁸.

Recientemente viene admitiendo por la jurisprudencia un nuevo motivo que, añadido a los anteriores, podría justificar la desaparición del derecho a la pensión de alimentos de los mayores de edad a cargo de sus padres cuando incurran en la causa de desheredación del art. 853.2 en relación con el 152.4º CC, “por vía de interpretación flexible de las causas de desheredación, a efectos de extinción de

55 La STS 699/2017, de 21 de diciembre (ECLI: ES:TS:2017:4614), declara (hija mayor de edad, que no convive con los progenitores), en su FD 4º: “Esta sala en interpretación de los preceptos mencionados, ha dictado, entre otras, la sentencia núm. 700/2014, de 21 de noviembre, y la núm. 372/2015, de 17 de junio, las que se analiza el supuesto de alimentos a hijos mayores de edad, cuando prolongan sus estudios más allá de la mayoría de edad. Igualmente en sentencia núm. 558/2016, de 21 de septiembre, se declaró: “Esta Sala, acudiendo a las circunstancias mencionadas del caso concreto, ha decidido, bien por negar los alimentos para no favorecer una situación de pasividad de dos hermanos de 26 y 29 años, bien por concederlos (STS 700/2014, de 21 noviembre) a una hija de 27 años por entender que no es previsible su próxima entrada en el mercado laboral, cuando la realidad social (art. 3.I CC) evidencia la situación de desempleo generalizado de los jóvenes, incluso con mayor formación que la hija de la que se trata”. En igual sentido, se pronuncia la STS 395/2017, de 22 de junio (ECLI:ES:TS:2017:251).

56 STS 95/2019, de 14 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:379), cuyo FD 4º: “fija un límite temporal de un año para la continuidad en la percepción de alimentos, entendiendo que ese es un plazo razonable para adaptarse el hijo a su nueva situación económica habida cuenta que su nulo rendimiento académico le hace acreedor a la extinción próxima de la pensión, de acuerdo con el art. 152.5 del C. Civil”.

57 STS 232/2024, de 21 de febrero (ECLI:ES:TS:2024:981), FD 2º: “concorre una situación objetivamente constatable de pérdida sobrevenida de la legitimación del progenitor demandado para percibir una contribución de alimentos por ausencia de convivencia con los hijos mayores de edad económicamente independientes (art. 93.2 CC)”

58 STS 661/2015, de 2 de diciembre, FD 2º (ECLI:ES:TS:2015:4925).

la pensión alimenticia” conforme a la realidad social⁵⁹. No obstante, habrá de ser de “interpretación rigurosa y restrictiva –para– valorar la concurrencia y prueba de la causa, esto es, la falta de relación manifiesta y que esa falta sea imputable, de forma principal y relevante al hijo”⁶⁰.

Por su parte el Código civil de Cataluña, entre las causas de desheredación incluye: “La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario” (art. 451-17 e), causa ésta que el Código civil español no recoge. Sin embargo, el Tribunal Supremo, tras indicar que la interpretación de tal norma “es perfectamente extrapolable al derecho común”, afirma que para apreciar esa causa de extinción de la pensión de alimentos de los hijos “ha de aparecer probado que la falta de relación manifiesta entre padre e hijos, sobre la que no existe duda, era, de modo principal y relevante, imputable a éstos”⁶¹.

No obstante, la situación fáctica de la convivencia del hijo mayor de edad con el progenitor custodio, es decir, sin que se haya independizado, no es elemento suficiente que justifique por sí solo el derecho a percibir una pensión alimenticia a cargo del otro progenitor, sino que habrán de concurrir todas y cada una de las circunstancias precisas del régimen alimenticio general que se ha descrito sucintamente en las páginas anteriores.

2. Los hijos de las parejas no casadas entre sí.

El Código civil, como se ha visto, solo prevé la obligación legal de alimentos entre: cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos, sin que la extienda a otras personas. En consecuencia, el art. 143 CC no incluye a los miembros de las parejas de hecho, de igual o diferente sexo, unidas sentimentalmente y que además convivan. Teniendo en cuenta el principio de igualdad ante la ley del art. 14 CE cabe preguntarse si las parejas que conviven *more uxorio* pueden ser incluidas en la obligación de alimentos como ocurre con los que están unidos mediante un matrimonio válido.

59 STS 104/2019, de 19 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:502), importante resolución, citada ulteriormente, entre otras, en la más reciente STS 511/2023, de 18 de abril (ECLI:ES:TS:2023:1570).

60 Sería de interpretación rigurosa y restrictiva valorar la concurrencia y prueba de la causa, esto es, la falta de relación manifiesta y que esa falta sea imputable, de forma principal y relevante al hijo. Precisamente por esta interpretación restrictiva, las Audiencias Provinciales catalanas, donde un precepto expreso prevé esa causa de extinción de la pensión de alimentos (art. 441-17.e CCCat.) han desestimado la extinción cuando, constatada la falta de relación manifiesta, no aparecía probado que tal circunstancia se atribuyese única y exclusivamente al hijo alimentista (sin ánimo de ser prolijo, véanse en igual sentido: SAP Lleida (sec. 2ª), 385/2014, de 24 de septiembre; SAP Tarragona (sec. 1ª) 147/2017, de 23 de marzo, SAP Barcelona (sec. 12ª) 2 enero 2018, y SAP Barcelona (sec. 18ª) 29 junio 2017, entre otras.

61 STS 104/2019, de 19 de febrero, FD 3º-8: “Esta argumentación, que se hace al aplicar la normativa del Código Civil de Cataluña, es perfectamente extrapolable al derecho común, en la interpretación flexible de la causa de extinción de pensión alimenticia que propugnamos, porque la solidaridad familiar e intergeneracional es la que late como fundamento de la pensión a favor de los hijos mayores de edad, según la doctrina de la sala ya mencionada”.

En cuanto a los dos miembros de la pareja, la mayoría de la doctrina es partidaria de no equiparar ambas realidades y se opone a la aplicación de estos preceptos a ellas bajo el fundamento de que el art. 143 CC exige el vínculo conyugal, o el parentesco, sin que ninguno de los dos requisitos acontezca en este tipo de uniones⁶². No obstante, sí que se admiten los alimentos entre los miembros de la pareja de hecho cuando aquéllos se derivan de un pacto entre ellos, aún tácito, tanto mientras dura la convivencia y se prevean para el caso de ruptura.

En igual sentido, la jurisprudencia rechaza aplicar a las parejas no casadas las normas previstas para el matrimonio, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional en base a que “la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio⁶³, aunque una y otra se sitúen dentro del Derecho de familia. Aún más: hoy en día⁶⁴, con la existencia del matrimonio entre personas del mismo sexo y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias”⁶⁵.

Todo ello al margen de ciertas legislaciones autonómicas que sí han reconocido el derecho de alimentos entre los miembros de la pareja de hecho⁶⁶ lo que viene a constatar, una vez más, el desigual y variopinto Derecho de familia existente en España, de difícil justificación racional, pues no son diferentes en uno u otro lugar del Reino.

Ahora bien, cuando se trata del derecho a los alimentos de los hijos de las parejas no casadas, objeto esencial de estas páginas, la cuestión varía rotundamente, al estar proscriba toda desigualdad jurídica entre aquellos, matrimoniales o

62 BERROCAL LANZAROT, A.I.: “Las uniones o parejas de hecho, los efectos patrimoniales constante y al cese o ruptura de la convivencia”, en AA.VV.: *Derecho y familia en el siglo XXI*, vol. 2 (eds. por R. Herrera Campos y M. A. Barrientos Ruiz), editorial Universidad de Almería, 2011, pp. 638-639.

63 STS 611/2005, de 12 de septiembre, FD 3º (ECLI:ES:TS:2005:5270): “Por ello debe huirse de la aplicación por “analogía legis” de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio”. La sentencia, muy polémica, tuvo dos extensos votos particulares, uno sobre el fondo discrepando de la negativa de la mayoría a conceder la indemnización reclamada (suscrito por el magistrado Xavier O’Callaghan Muñoz) y otro sobre la argumentación que sirve de soporte al fallo (firmado por los magistrados José Ramón Ferrándiz Gabriel y Encarnación Roca Trías).

64 SSTC, ambas del Pleno, 184/1990, de 15 de noviembre (BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 1990) y 222/1992, de 11 de diciembre (BOE núm. 16, de 19 de enero de 1993).

65 STS 1048/2006, de 19 de octubre, FJ 2º (ECLI:ES:TS:2006:6421): “Es, pues, consustancial a esa diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio y a la voluntad de eludir las consecuencias derivadas del vínculo matrimonial que se encuentra ínsita en la convivencia “more uxorio” el rechazo que desde la jurisprudencia se proclama de la aplicación por “analogía legis” de las normas propias del matrimonio”.

66 Véanse, entre otros: el art. 9 de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunidad Valenciana; el art. 313 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, “Código del Derecho Foral de Aragón”, Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas; el art. 6 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de las Islas Baleares, de Parejas Estables; o el art. 234-10 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, sobre persona y familia.

no, adoptivos o naturales, igualdad que se proclama en el artículo 39 CE cuyo apartado 2 garantiza: “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación”, indicando el apartado 3 que: “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio”. Esta dicción no puede ser más taxativa.

Por ello, aquí la jurisprudencia, en base al precepto constitucional expresado, no duda en fijar la aplicación analógica del art. 93.II CC, expresando que este precepto: “por analogía justificada cabe aplicar[lo] al supuesto que nos ocupa, toda vez que el cónyuge con el cual conviven los hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el artículo 93, párrafo segundo del Código civil, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquellos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores”, pues “el deber de los padres de alimentarlos no lo evita las relaciones más o menos deterioradas o en situación de ruptura que puedan mantener los mismos”⁶⁷.

El fallo tiene en cuenta el criterio de la Fiscalía General del Estado, interpretando el precepto citado, que también había determinado en el supuesto anterior que “los derechos de los hijos a la prestación alimenticia subsisten después de la mayoría de edad, si permanece situación de necesidad no imputable al alimentad”⁶⁸.

3. Los alimentos de los hijos mayores de edad con alguna discapacidad.

Atendiendo los mandatos expresados en el art. 39.3 CE, así como en los arts. 93 y 142 CC, es claro que los progenitores tienen la obligación de prestar alimentos a sus hijos menores de edad en todo caso, deber que se extiende también a los hijos mayores que adolezcan de alguna discapacidad que les impida valerse por sí solos.

Además, es obligado acudir a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en cuyo artículo 28.I se viene a reconocer expresamente, el derecho de las personas con discapacidad a llevar un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, incluyendo la alimentación, vestido y vivienda adecuados, y la mejora continua de sus condiciones de vida⁶⁹:

⁶⁷ STS 1241/2000, de 30 de diciembre, FD 1º (ECLI:ES:TS:2000:9772), citando la STS 24 abril 2000.

⁶⁸ Consulta 1/1992, de 13 de febrero, de la Fiscalía General del Estado sobre la interpretación del párrafo 2.º del artículo 93 del Código Civil (BOE, Doctrina FGE, ref.: FIS-Q-1992-00001, pp. 1-4).

⁶⁹ Ratificada por España por Instrumento de 3 de diciembre de 2007, vigente desde el 3 de mayo de 2008, cuyo art. 1 dispone: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Pese a lo anterior, no puede ocultarse el vacío legal existente en España respecto de la obligación de alimentos a los hijos mayores de edad discapacitados, siendo inexplicable que la reciente 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, pese a su extraordinario alcance, no haya cubierto la omisión legal. Además, se advierte con acierto que, “conforme a la nueva normativa, se elimina la patria potestad prorrogada o rehabilitada, y por tanto desaparece la guarda y custodia de hijos mayores, ninguna referencia se hace al respecto a ello en relación a los hijos mayores con discapacidad en los arts. 92 o 93 CC”⁷⁰, lo que agrava la situación previa a tal reforma.

Aunque, es verdad que siete años antes de dicha reforma, cumpliendo la función que le otorga el art. 1.6 CC, la jurisprudencia ha colmado aquella laguna, y tomando como punto de partida la citada Convención de Nueva York, ha declarado como doctrina legal que: “la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos”⁷¹, siendo muy provechosos los razonamientos desplegados en tal resolución⁷².

Además, la jurisprudencia se muestra contraria a aplicar al derecho de alimentos a los hijos mayores discapacitados el régimen de alimentos previsto en los artículos 142 y siguientes del Código civil, pues se trata de un deber de alimentos de los padres a sus hijos mayores, todo ello en base a la doctrina legal apuntada⁷³.

70 PÉREZ DÍAZ, R.: “La pensión de alimentos de los hijos mayores con discapacidad en caso de crisis matrimoniales”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, julio 2022, p. 339.

71 STS 372/2014, de 7 de julio, FD 2º (ECLI:ES:TS:2014:2622): “Es evidente que aun cuando el hijo puede recibir ayudas de la administración, en estos momentos no las recibe ni tampoco parece que pueda obtener ingresos por su trabajo, dado la dificultad para acceder al mundo laboral. Y lo que no es posible en estas circunstancias es desplazar la responsabilidad de mantenimiento hacia los poderes públicos, en beneficio del progenitor. Los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que estos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo, lo que no es en este caso. El contenido ético del Derecho está presente en las normas del Código Civil, como son las alimenticias, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el artículo 39 de la Constitución Española. Esta obligación se prolonga más allá de la mayoría de edad de los hijos en aquellos casos como el presente en que un hijo discapacitado sigue conviviendo en el domicilio familiar y carece de recursos propios, al margen de que no se haya producido la rehabilitación de la potestad”.

72 PÁRAMO DE SANTIAGO, C.: “Hijo discapacitado mayor de edad: pensión alimenticia (Comentario a la STS de 7 de julio de 2014)”, *Revista CEFlegal*, núm. 167 (diciembre 2014), p. 63.

73 STS 430/2015, de 17 de julio, FD 2º (ECLI:ES:TS:2015:3441): “no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga ninguna discriminación, antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico”.

Por tanto, no se equipara de un modo absoluto a los hijos mayores discapacitados con los menores puesto que se viene exigiendo a estos, idénticos requisitos que el Código civil exige para para el mantenimiento de los alimentos a los hijos mayores y emancipados⁷⁴, esto es, “que convivan en el domicilio familiar y que carezcan de recursos propios, en caso contrario la pensión alimenticia podría considerarse extinguida, lo cual no ocurriría en los casos de los hijos menores de edad cuya suspensión solo procede en determinados supuestos y con carácter temporal y excepcional”⁷⁵.

Actualmente, “para obtener la pensión de alimentos los hijos mayores con discapacidad, al igual que los hijos mayores sin discapacidad, tienen que cumplirse dos requisitos convivir en el domicilio familiar y carecer de ingresos propios”⁷⁶, siendo “alimentos condicionados a que existan, de forma simultánea, ambas premisas”⁷⁷. Y aunque no se establece previamente límite alguno de edad para la extinción de la pensión de alimentos de un hijo mayor de edad con discapacidad⁷⁸, la discapacidad no garantiza la pensión en todos los casos pues si “no le impedía trabajar y, de hecho, lo hacía, siendo, además, determinante que el padre alimentante estuviese afectado por una incapacidad absoluta para toda actividad”, se declaró la extinción de la pensión alimenticia⁷⁹.

IV. ACCIPIENS DE LA PENSIÓN DEL HIJO MAYOR DE EDAD.

I. Situación consolidada: la precepción por el progenitor custodio.

En la actualidad, la pensión de alimentos establecida en favor de los hijos en la sentencia de separación o divorcio, mientras son menores, la recibe el cónyuge custodio, el *accipiens* en esta obligación, aunque no sea el titular del derecho, extremo colmado de toda lógica y razón. Alcanzada la mayoría de edad, y no habiendo abandonado el domicilio familiar, el hijo tampoco suele ser el receptor directo del importe de la pensión alimenticia fijada para él en exclusiva, sino que

74 ECHEVARRÍA DE RADDA, M^a. T.: “Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales situación actual”, *RCDI*, 2016, p. 2499.

75 MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M.: “Principales controversias...”, p. 190.

76 PÉREZ DÍAZ, R.: “La pensión de alimentos”, cit., p. 339.

77 CAMPO IZQUIERDO, A. L.: “Alimentos en hijos mayores de edad. Art. 93.2 Código Civil”, *Actualidad Civil*, núm. 4, abril, 2022, p. 5.

78 STS 558/2016, de 13 septiembre, FD 3º (ECLI: ES:TS:2016: 4101): “la ley no establece ningún límite de edad y, de ahí, que el casuismo a la hora de ofrecer respuestas sea amplio en nuestros tribunales, en atención a las circunstancias del caso y a las socioeconómicas del momento temporal en que se postulan los alimentos”.

79 STS 666/2017, de 13 diciembre, FD 2º (ECLI:ES:TS:2017:437): “lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesan en un determinado momento para integrarles, si es posible, «en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico», como precisa la sentencia 372/2014 de 7 de julio, lo que no ocurre en este caso”.

la seguirá recibiendo el mismo progenitor que tenga asignada la custodia, con el deber de seguir destinándola en su integridad a los alimentos del hijo, ya mayor⁸⁰.

La cuestión planteada sobre qué sujeto debe recibir directamente el importe de la pensión alimenticia para un hijo mayor de edad puede variar según la situación, pero se pueden sintetizar algunos puntos relevantes:

1. El supuesto general es que la percibe el progenitor custodio: la pensión alimenticia se paga al progenitor que tiene la custodia del hijo. Este progenitor actúa como administrador de la pensión, asegurándose de que los recursos se utilicen para cubrir las necesidades del hijo, como alimentación, vivienda y educación.

2. Percepción directa por el hijo mayor de edad: cuando el hijo mayor de edad tiene la capacidad de gestionar sus propios recursos, en algunos casos se puede acordar que la pensión se pague directamente a él, lo que es muy infrecuente. Sin embargo, esto suele depender de la situación económica del hijo y de si sigue dependiendo de sus padres.

3. Acuerdos y modificaciones: son posibles y recomendables, aunque infrecuentes, acuerdos de modificación de convenio regulador o de medidas acordadas tras la ruptura conyugal sobre el modo de pago y quién ha de recibir el importe de la pensión que habrán de formalizarse, para su eficacia jurídica, mediante escritura pública o decreto del letrado de la Administración de Justicia, al no existir menores de edad, sin que sea necesaria la intervención del juez siempre que no exista controversia.

4. Obligación de los progenitores: la obligación de pagar la pensión alimenticia persiste al margen de la edad del hijo, siempre que este siga necesitando apoyo económico, si bien será requisito inexcusable, además, la convivencia en el domicilio familiar; de lo que se deduce inequívocamente, la falta de independencia económica.

5. Como ya es sabido, la pensión alimenticia suele ser pagada al progenitor custodio en la inmensa mayoría de los casos en España, sin embargo, en algunos supuestos en que las circunstancias así lo aconsejen, se debería admitir que la cantidad que comporta sea entregada directamente al hijo mayor, lo que requiere un pronunciamiento judicial cuando el progenitor conviviente y *accipiens* se

80 Aunque no especifica el Código civil quién debe recibir la pensión destinada a los alimentos del hijo tras llegar a la mayoría de edad, se viene siguiendo el criterio que se establece para los menores, básicamente, en los artículos 90.I.c) y 93.I, según los cuales la recibirá el progenitor que conviva con los hijos menores. El polémico art. 93.II tan solo indica que el juez “fijará los alimentos que sean debidos” cuando tales hijos mayores convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios, lo que hace deducir, y así se aplica, que seguirán el mismo régimen del pago al progenitor custodio.

oponga a que sea su hijo mayor de edad quien la reciba de manera directa del otro progenitor obligado al pago.

Resumiendo, y como regla general, no es jurídicamente posible pagar la pensión de alimentos directamente al hijo mayor de edad por decisión unilateral del progenitor obligado al pago. La normativa y jurisprudencia establecen que mientras el hijo mayor de edad conviva con el progenitor custodio y mantenga una situación de dependencia económica, la administración de la pensión corresponde a dicho progenitor.

El pago directo al hijo mayor de edad solo sería válido en situaciones específicas, cuando: a) haya acuerdo explícito por escrito entre ambos progenitores; b) se modificó judicialmente el régimen de pago; c) el hijo ya no conviva con el progenitor custodio.

De hecho, realizar pagos directos sin cumplir estas condiciones podría considerarse un incumplimiento de la sentencia o convenio regulador, lo que podría derivar en un procedimiento de ejecución iniciado por el progenitor custodio con las consecuencias que a continuación se indican.

2. La implícita prórroga automática tras la mayoría de edad.

Durante la minoría de edad, tras la ruptura de sus padres, será el progenitor con quien convive es quien reciba y administre la pensión del otro obligado a satisfacerla. Llegada la mayoría de edad, en la práctica diaria, la situación no varía pues se prorroga automáticamente, siempre que tal hijo carezca de ingresos propios, continúe la convivencia en iguales términos y no sea independiente económicamente.

En tal sentido, la jurisprudencia subraya la importancia del rol del progenitor custodio en la gestión de la pensión alimenticia, también en estos casos en que el hijo ha alcanzado la mayoría de edad. El progenitor que ejerce la custodia es considerado el responsable de gestionar los recursos para el bienestar del hijo, y en virtud de ello, se afirma que “cuando se trata de alimentos a favor de hijos mayores de edad, el progenitor que con ellos conviva, y precisamente en función de dicha convivencia (art. 93.2 CC), podrá reclamar, en los procedimientos matrimoniales, alimentos al otro progenitor”⁸¹.

Pero el cónyuge custodio perderá tal legitimación para percibir la pensión alimenticia del hijo mayor al amparo del precepto citado una vez que cesen los

⁸¹ La STS 412/2022, de 23 de mayo, reitera la legitimación activa del progenitor custodio para reclamar la pensión para los hijos mayores de edad al progenitor no custodio, que ya fue proclamada en la sentencia pionera 411/2000, de 24 de abril, tantas veces citada en estas páginas, seguida por las SSTs 432/2014, de 12 julio, 156/2017, de 7 de marzo y 223/2019, de 10 de abril.

elementos fácticos referidos a su subsistencia, pues desde que desaparecen tales condicionantes, los únicos legitimados para reclamar alimentos a su progenitor serán, directamente, los propios hijos del obligado, al ser mayores de edad con plenos efectos⁸².

Más concretamente, sobre quién ha de ser el *accipiens*, esto es, el sujeto que recibirá de manera directa el importe económico del progenitor obligado, se sigue el criterio establecido por el Tribunal Supremo que hemos venido avanzando: corresponderá al cónyuge –progenitor– custodio recibir y administrar él mismo la pensión alimenticia que recibe del otro en favor del hijo mayor de edad con quien convive⁸³.

Y con mayor detalle así lo viene ratificando la jurisprudencia menor, que establece esta prórroga automática⁸⁴: “si la pensión alimenticia se hubiera concedido en sentencia a un hijo menor de edad” al amparo del art. 93.2 CC⁸⁵ “se prorrogan sus efectos una vez alcance aquél la mayoría de edad siempre que igualmente carezca de independencia económica, viva en compañía de su padre/madre y no haya revocado expresamente la autorización para reclamarlos, y se sobreentiende que el común descendiente, sigue facultando, sin solución de continuidad, al progenitor con el que convive para el ejercicio de su derecho y la administración de las sumas que reciba del otro alimentante”⁸⁶.

82 STS 1.072/2023, de 3 de julio, FD 3º (ECLI:ES:TS:2023:3162), reproduciendo la STS 147/2019, de 12 de marzo, afirma: “Sin embargo, en el caso sometido a la decisión de la sala, y desde el escrupuloso respeto a los datos fácticos de la sentencia recurrida, lo que consta es que el hijo Raúl goza de ingresos propios y dejó de convivir con su madre; por lo que la cuestión no gira alrededor de las necesidades alimenticias de Raúl, tema que queda extramuros de este procedimiento, sino en si la recurrente dejó de estar legitimada para percibir la pensión alimenticia, al amparo del arts. 93.2 CC, por haber desaparecido los condicionantes fácticos en orden a su subsistencia. Desde que el hijo Raúl dejó de convivir con la madre, el único legitimado para reclamar alimentos a su progenitor era él, al ser mayor de edad”.

83 STS 411/2000, de 24 de abril, FD 2º *in fine* (ECLI:ES:TS:2000:3422).

84 Propiciada por la defectuosa redacción del párrafo II del art. 93 CC, añadido mediante por Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, con el siguiente texto (que sigue vigente): “Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”.

85 Auto AP Barcelona (sec. 18ª) 13 julio 2001 (ECLI:ES:APB:2001:1223A), FJ 2º: “En definitiva, y puesto por todo lo expuesto el motivo que se examina debe ser estimado”, motivo del recurso en el que se alegaba que las cantidades satisfechas por el ejecutado directamente a la hija común no podían tener efectos solutorios, ni, por tanto, descontarse del total adeudado como hizo la resolución impugnada”.

86 Auto AP Barcelona (sec. 12ª) 252/2019, de 17 de junio (ECLI:ES:APB:2019:3963A), cuyo FJ 1º afirma: “La obligación paterna conforme a la sentencia que, como hemos dicho se dictó además en un proceso de mutuo acuerdo, era la de ingresarla dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente designada por la madre y no en la cuenta de la hija ni a esta última en mano. La fase de ejecución de una sentencia viene condicionada por los pronunciamientos del fallo de esta, que deben ser cumplidos en sus propios términos, tal como establece el art. 18 de la LOPJ. En consecuencia, no estaba en poder del progenitor el modificar la forma de pago, debiendo ingresar la pensión completa a la madre y ser esta la que atendiera los gastos de la hija; todo lo que le entregara directamente a ella, como bien indica la parte apelante, no puede ser definido sino como un regalo o un acto de liberalidad hacia su hija y no puede ser descontado de las cantidades adeudadas por pensión de alimentos”.

Esta doctrina jurisprudencial, consolidada desde fallos algo más añejos, se ve reforzada con la circunstancia de haberse determinado, en la resolución que fijó el pago de la pensión alimenticia, de manera expresa que habría de ser el progenitor no custodio quien recibiera el importe mensual de manera efectiva en su cuenta corriente concreta de una entidad bancaria, si bien para sufragar los alimentos del hijo⁸⁷.

No hay que desconocer que, más recientemente, el Tribunal Supremo incluso a llegado a cuestionar que, en los procesos matrimoniales, los hijos mayores de edad puedan recibir ellos directamente en sus cuentas corrientes bancarias, el importe mensual de la pensión a cargo del progenitor obligado al pago, justificándolo en que la función de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponde al progenitor conviviente y, por tanto, también la recepción de la pensión⁸⁸.

3. Las claudicantes e injustas consecuencias del pago directo al hijo sin la cobertura de un previo acuerdo o una resolución judicial expresa.

De manera taxativa, e interpretando el art. 93.II CC, se viene afirmando que “tratándose de procesos matrimoniales, destinatario mediato y sujeto del pago lo es el progenitor con el que conviven tales hijos mayores de edad, cuya legitimación deriva del hecho de ser parte de dicho proceso y por cuanto la aplicación de aquél precepto en su actual redacción es perfectamente pacífica y procedente a todos aquellos menores que sin independencia económica devienen mayores con posterioridad a la sentencia que les reconoció una pensión de alimentos, por lo que si bien siguen siendo destinatarios finales de la pensión, lo serán hasta que se consume su independencia”⁸⁹.

Por ello, el crudo efecto jurídico que ordena la jurisprudencia viene a ser que: “los pagos efectuados directamente al hijo no pueden reputarse en principio como realizados en cumplimiento de la obligación alimenticia –art. 142 CC–”. Y se añade

87 SAP Madrid (sec. 22ª) 3 junio 1999, FD 4º (ECLI:ES:APM:1999:7728): “Podemos concluir diciendo que en los procedimientos matrimoniales los hijos carecen de legitimación activa o pasiva para reclamar alimentos. A la sumo y si al tiempo de entablarse la demanda de separación ya fueran mayores de edad y carecieran de independencia económica y vivieran en el domicilio de los padres deberían autorizar al progenitor en cuya compañía vivieran para reclamarlos (...). Y si, vigente esta situación, el progenitor obligado al pago reclama su minoración o extinción, queda perpetuada la legítima relación jurídica procesal entablada en su día por lo que en este último caso tampoco sería necesario ningún tipo de intervención en los autos del hijo para examinar la continuidad o no de la pensión alimenticia a su favor”.

88 STS 156/2017, de 7 de marzo (ECLI:ES:TS:2017:857), FJ 2º-6 *in fine*: “A ello se une, y es relevante y definitivo, que lo pretendido por la recurrente es que se fijen alimentos a favor de los hijos mayores a ingresar por cada progenitor en las respectivas cuentas corrientes de ellos. Lo anterior no se compadece con una situación de convivencia familiar monoparental en la que la función de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponde al progenitor conviviente que sufraga alimentos. Sería tal circunstancia la que ampararía que se fijase en el proceso matrimonial alimentos a favor de los hijos mayores de edad”. Cita la jurisprudencia asentada por la STS 411/2000, de 24 de abril, que ratifica.

89 A partir del día 7 de noviembre de 1990 (BOE núm. 250, de 18 de octubre de 1990).

que: “destinatario mediato y sujeto del pago lo es el progenitor custodio o con el que conviva el hijo si deviene mayor de edad, cuya legitimación deriva de ser parte en el proceso matrimonial que determinó el establecimiento de la pensión, por lo que aun siendo el hijo destinatario de la pensión, hasta que no se consume su independencia, será aquél el que reciba el importe correspondiente. En definitiva, debe denegarse eficacia solutoria a los pagos realizados directamente al hijo”⁹⁰.

En los casos de establecimiento de la custodia compartida en las que no hay acuerdo, en particular, en materia de abono de pensión de alimentos, si bien, obviamente, solo puede decretarse respecto de los hijos menores⁹¹, el régimen alimenticio suele prorrogarse hasta que estos alcancen la independencia y suficiencia económica. Por ello, también quedan afectados los hijos mayores de edad respecto de la prórroga automática que suele seguir a dicha fecha acerca de la pensión de alimentos que venía disfrutando desde que todavía eran menores, ordenándose en algún caso abrir una cuenta corriente común de la hija y la madre ordenándose que ambos progenitores hagan los ingresos en ella⁹².

La jurisprudencia menor, en línea con lo que se acaba de indicar, ha dispuesto otras soluciones, también imaginativas para la administración de los alimentos como la apertura de una cuenta bancaria conjunta, pero en este caso entre ambos progenitores, donde la disposición ha de ser mancomunada y en la que uno y otros deben ingresar el importe de la pensión económica alimenticia que se haya decretado⁹³.

90 El FJ 3º del Auto AP Barcelona (sec. 18ª) 13 julio 2001 (ECLI:ES:APB:2001:1223A) razona: “cuyo contenido y forma de cumplimiento para cada caso concreto fina la respectiva sentencia que establece los efectos de la separación o del divorcio, o la sentencia de modificación de aquellas en su caso, y se concreta en la cuantía de la pensión de alimentos pagadera en principio a la persona del progenitor custodio en los plazos y forma que judicialmente se determine, de suerte que por lo general este tipo de obligación solo se cumple -con los requisitos del art. 1162 en relación con los arts. 1170 y 1171 CC- abonando dicha pensión, relegándose los pagos directos a terceros o a los hijos al supuesto de que la autoridad judicial lo haya establecido expresamente, en ningún otro caso los pagos directos pueden considerarse pagos totales o parciales, ni ser compensados en función del art. 151 CC; solamente compensados en el trámite de ejecución los pagos parciales que reúnan los demás o de periodicidad y destinatario”.

91 STS 407/2025, de 17 de marzo (ECLI:ES:TS:2025:1183), y STC 28/2024, de 27 de febrero, del Pleno (BOE núm. 82, de 3 de abril de 2024), entre otras muchas.

92 SAP Álava (sec. 1ª) 273/2017, de 2 de junio, FJ 2º (ECLI:ES:APVI:2017:437): “Para los gastos ordinarios que no se cubran de esa forma los padres deberán aportar una cantidad de dinero en una cuenta común que deberá abrirse al efecto. La encargada de abrir la cuenta será la madre y deberá comunicar el número al padre”.

93 SAP Navarra (sec. 3ª) 416/2025, de 19 de marzo, apartado 4 del fallo (ECLI:ES:APNA:2025:319): “En cuanto a la contribución a los alimentos, cada uno de los progenitores soportará los gastos vinculados a la tenencia física del menor cuando esté en su compañía, tales como nutrición, aseo, ropa y calzado. El resto de los gastos generales ordinarios y cotidianos que no dependen de la convivencia, se abonarán por ambos. Para ello, abrirán una cuenta corriente común, que administrarán mancomunadamente visto la naturaleza de los gastos que van a cubrirse a través de la misma, donde se domiciliarán los gastos escolares que giren los centros, ya sea de matrícula, cuotas escolares, aportaciones que se exijan, excursiones o actividades que organice el centro en el periodo escolar, fotocopias, material escolar que se devengue, libros de texto que se devenguen al inicio y de lectura que exija el centro, uniforme en su caso, así como los gastos de comedor si se quedara en el mismo, piscina donde acudan y los demás gastos periódicos que no dependen de la convivencia. En dicha cuenta cada progenitor ingresará mensualmente la cantidad de 80 euros”. Su FD

4. La cuestionada ineficacia de los pagos directos al hijo mayor de edad.

Pese a la rotundidad de los postulados de los tribunales indicados en el apartado anterior, la fluctuante jurisprudencia menor acerca del sujeto que ha de ser el *accipiens* de la pensión de alimentos también ha venido considerando válidos y liberatorios, en ocasiones, ciertos pagos hechos directamente a los hijos mayores de edad por parte del progenitor no custodio, por ejemplo cuando aquellos declaran expresamente que la han recibido (si bien también se han sostenido criterios opuestos como se ha visto).

En particular, se ha admitido la validez de los pagos directos a los hijos incluso cuando se había establecido expresamente en la resolución que los imponía que serían realizados mediante ingresos o transferencias en la cuenta bancaria designada por la progenitora custodia. Se afirma que “en cuanto al argumento relativo a que en la sentencia se indicaba que los pagos se realizarían dentro de los cinco días de cada mes y en la cuenta que la madre designase, cabe señalar que la falta de cumplimiento de este requisito en absoluto significa que la deuda no se pague, y por lo tanto, nunca puede justificar la continuación de la ejecución dineraria promovida por estos conceptos” por la progenitora custodia, pues los pagos habrían sido acreditados en la sentencia, tanto mediante la prueba testifical –de las propias alimentistas titulares del derecho– como según la doctrina de los actos propios –de la demandante en ejecución–⁹⁴.

En la misma línea: “las cantidades que el demandado haya podido entregar a los hijos no son más que meras liberalidades que no pueden servir para obviar el contenido del art. 18.2 LOPJ. La obligación debe cumplirse en los términos establecidos en la sentencia y en esta se acuerda que el esposo abonará las pensiones de alimentos en una cuenta a nombre de la esposa. El pago a los hijos no puede tener efectos liberatorios del pago o cumplimiento de la obligación que debe reunir los requisitos de identidad e integridad de la prestación”, rechazándose además la compensación pues en materia alimenticia no opera esta figura⁹⁵.

2º advierte: “se aplicarán sólo cuando no haya acuerdo entre las partes, lo que permitirá a éstas buscar el máximo beneficio para su hijo”.

94 Auto AP La Rioja (sec. 1ª) 30/2012, de 22 de marzo (ECLI:ES:APLO:2012:111A): En primer lugar, “es un hecho cierto e insoslayable que las dos hijas refirieron que su padre les entregaba a ellas el dinero correspondiente a la pensión de alimentos “en mano”, y que luego ellas lo entregaban a su vez a su madre. No hay probado ni un solo indicio que permita albergar dudas sobre la sinceridad de estas testigos, hijas del ejecutado, pero también hijas de la ejecutante”. Y concluye “pero es que, en segundo lugar, la propia apelante reconoce que en siete mensualidades aceptó la entrega de la pensión alimenticia de esta forma (“en mano”), luego es claro que esta forma de pago fue aceptada por la hoy ejecutante como una forma válida de recibir el dinero correspondiente a alimentos, sin que pueda ir ahora contra sus propios actos”.

95 Auto AP Barcelona (sec. 18ª), 157/2012, de 10 de julio (ECLI:ES:APB:2012:5532A), FD 9º, párrafo segundo. Y respecto de la compensación, el FD 2º se pronuncia en estos términos: “lo que no puede estimarse es la compensación y devolución de las mensualidades abonadas a la madre en concepto de alimentos en cumplimiento de la sentencia. Como se ha dicho con anterioridad en materia de alimentos no cabe la compensación. Al margen de todo ello, tampoco procedería oponer en el procedimiento de ejecución de

Pero, justo en sentido contrario, también se ha afirmado que: “no constituye un modo de satisfacer la pensión los pagos realizados directamente al hijo, pues lo que se está ejecutando es una sentencia de separación en la que se aprueba un convenio regulador, y el acuerdo alcanzado entre padre e hijo para entregarle aquél la pensión directamente no es oponible en la presente ejecución por cuanto los titulares de la relación procesal son el padre y la madre, y por lo tanto, es ajena a ellos un acuerdo no alcanzado entre las mismas partes por lo que se estima la cantidad reclamada en concepto de actualizaciones de la pensión alimenticia”⁹⁶.

La controversia jurisprudencial entre las Audiencias Provinciales bien merecería la unificación de criterios, aunque, dado el punto de partida del Tribunal Supremo, que se viene manteniendo en la actualidad, mucho nos tememos que vendría a consolidar el criterio contrario al que aquí se defiende, por lo que carecerían de eficacia liberatoria.

5. Admisión solo excepcional del pago directo al hijo mayor.

Al hilo de lo anterior, constatada la validez, en ocasiones, de los abonos realizados en calidad de alimentos por parte el progenitor no custodio al hijo mayor de edad. También es sabido que habrá de ser caso por caso, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes, las que aconsejen, a falta de acuerdo, y bajo la petición de alguno de los implicados, que se entregue de manera directa el importe de la pensión al hijo mayor no independizado. Pero, como se viene contemplando, se trata de excepciones a la regla general impuesta por la práctica forense y apoyada jurisprudencialmente.

Pero no sería justo dejar de aportar ciertas resoluciones, alguna muy reciente, donde se determina, asume y da validez, con suma claridad al hecho de que esta pensión sea entregada directamente por el padre no custodio a la hija que convive con su madre, si bien —no ha de ocultarse— concurriendo en el caso ciertas situaciones de constante conflictividad judicialmente constatada, no con uno, sino con ambos progenitores. En el caso enjuiciado fue el padre quien solicitó en los trámites del recurso de apelación, y la Audiencia de Navarra así lo acordó: “la asignación directa de la prestación alimenticia a la hija mayor de edad y no a través

sentencias la compensación, como se verá, pues no se encuentra recogida entre las causas de oposición que la LEC contempla como posibles en la ejecución de títulos judiciales”.

96 Auto AP Málaga (sec. 6ª) 237/2020, de 30 de septiembre (ECLI:ES:APMA:2020:788ª), FD 1º *in fine*.

de la madre-demandada”⁹⁷, si bien aplicando la previsión normativa contenida expresamente en su Derecho foral⁹⁸.

Como viene ocurriendo en ciertas materias de Derecho civil, muchas veces son las Comunidades Autónomas las que en el ámbito de sus competencias –y a veces incluso más allá de ellas, violando el art. 149.1.6ª CE– se adelantan y sustituyen a las Cortes Generales o al Gobierno de la Nación (que no lo hace por pura desidia en unos casos, o para no contrariar a gobiernos nacionalistas que le prestan apoyo político, en otros), legislando para solo una parte del territorio nacional ciertas instituciones jurídicas, en este caso familiares, que precisan de una actualización normativa que sería deseable fuera uniforme pues nada justifica lo contrario.

En algún otro caso, también la jurisprudencia menor, cuando la convivencia del hijo mayor de edad no ha sido absoluta, sino que podría decirse intermitente, pues como se afirma “lleva una vida parcialmente independiente, residiendo casi todo el año fuera del domicilio materno”, también se ha confirmado el criterio de que “sea el propio hijo mayor de edad quien perciba directamente la pensión”⁹⁹.

V. MOTIVOS QUE JUSTIFICAN UN GIRO NORMATIVO.

I. Perturbaciones del sistema vigente.

Ha de partirse del hecho indiscutible de que la excesiva tardanza en la emancipación económica de los hijos mayores de edad viene siendo una realidad creciente propia de nuestros tiempos, sobre todo en España, lo que, infelizmente,

97 SAP Navarra (sec. 3ª) 339/2025, de 5 de marzo, en cuyo extenso FD 1º se determina sobre esta cuestión (ECLI:ES:APNA:2025:278): “Sí se va a acceder, como medida de prudencia (tomando igualmente en consideración la pena de prohibición de aproximación y comunicación impuesta en la sentencia penal), a la solicitud planteada por el demandante en su recurso de apelación, relativa a la asignación directa de la prestación alimenticia a la hija mayor de edad y no a través de la madre-demandada”. El fallo contiene, entre otros, este pronunciamiento literal: “revocándose parcialmente la citada resolución, en el sentido de acordar la asignación o abono de la pensión alimenticia, por parte del padre-demandante D. Gerardo, directamente a la hija mayor de edad Emma (no a través de la madre demandada)”.

98 Efectivamente, el anterior fallo judicial cita en apoyo de tal decisión la ley 104 a) del Fuero Nuevo de Navarra donde se establece que “cuando así se solicite, el juez podrá establecer que la cantidad que cada progenitor deba satisfacer para el sostenimiento de los hijos mayores de edad sea asignada directamente a ellos”, lo que no es incompatible con el texto del art. 93 CC, sino –entendemos– fructíferamente complementario, al que se aludirá nuevamente al final de este trabajo.

99 SAP Badajoz (sec. 3ª) 370/2003, de 11 de septiembre, FD 1º (ECLI:ES:APBA:2003:1193): “Esto es, si el destinatario mediato y sujeto del pago lo es el progenitor custodio o con el que conviva el hijo si deviene mayor de edad, si dicha convivencia ya no se mantiene, podrá acordarse que no sea aquél el que reciba el importe correspondiente, sino directamente el hijo, tal como se desprende, a sensu contrario, entre otras, de la SAP Barcelona (sec. 18ª) 13 julio 2001, y asimismo, la SAP Huesca 15 enero 1996, cuando indica que resulta coherente el que se disponga “...que el dinero sea entregado directamente al hijo ya mayor de edad pues sí, como dijimos en la sentencia de 22 abril 1994, nada impide que los alimentos del hijo mayor de edad no independizado sean recibidos por el progenitor con el que aquel convive, lo cierto es que en el presente caso parece oportuno mantener la determinación tomada por el Juzgado para que sea el propio hijo mayor de edad quien perciba directamente la pensión pues lleva una vida parcialmente independiente, residiendo casi todo el año fuera del domicilio materno...””.

genera numerosos abusos por parte de los sujetos que participan en la relación alimenticia.

La jurisprudencia ha intentado atajar algunos de ellos, sobre todo los más frecuentes, como aquellos en los que se ha calificado de “parasitismo social” el contexto que se deriva del intento de algunos hijos mayores de edad de continuar gozando de la pensión alimenticia *sine die* cuando se acredita que no hacen todo lo posible por trabajar y obtener ingresos propios, o la independencia económica, ello, claro está, cuando sus progenitores, o al menos el alimentante obligado, se opone a prolongar tal situación¹⁰⁰.

En algún caso paradigmático el Tribunal Supremo rechaza la pretensión de una hija que, pudiendo trabajar, pretendía vivir de manera independiente y a la vez cobrar una pensión alimenticia de sus padres, afirmando con acierto que: “lo que no se puede pretender es realizar un modelo de vida propio y con arreglo a unos principios de conducta, que atacan y contradicen a los de un entorno familiar y social, y seguir obteniendo las ventajas de acogimiento y económicas de dicho entorno, que se rechaza”¹⁰¹.

En otros, la prolongación de la pensión al hijo mayor de edad choca con las posibilidades económicas del padre. En este supuesto, los alimentos únicamente podrían hacerse efectivos aplicando las normas contenidas en los artículos 142 y siguientes del Código civil, siempre teniendo en cuenta que, conforme al art. 152.2 CC, esta obligación cesa: “cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia”, que es lo que ocurre en este caso respecto al padre¹⁰².

100 La conocida STS 1 marzo 2001 (ECLI:ES:TS:2001:1584), que tuvo una gran repercusión en los medios de comunicación, luego reproducida en numerosas resoluciones ulteriores, justifica la denegación de la pensión que le reclamaron al padre sus dos hijas licenciadas universitarias y mayores de treinta años, porque (FD 1º): “la obligación de prestar alimentos, se basa en el principio de la solidaridad familiar tiene su fundamento constitucional en el art. 39.1 CE de protección a la familia”, y en el caso enjuiciado: “dos personas, graduadas universitarias (una en derecho y la otra en farmacia), con plena capacidad física y mental y que superan los 30 años de edad –tenían 26 y 29 cuando demandaron al padre–, no se encuentran, hoy por hoy, y dentro de una sociedad moderna y de oportunidades, en una situación que se pueda definir de necesidad, que les pueda hacer acreedores a una prestación alimentaria; lo contrario sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un “parasitismo social””.

101 STS 151/2000, de 23 de febrero, FD 1º (ECLI:ES:TS:2000:1394): “la hija ha ejercitado, al salir del hogar paterno –no consta que fuera expulsada conminatoriamente del mismo– uno de los mayores, por no decir el mayor, de los bienes o valores que tiene el ser humano, como es el del ejercicio de la libertad personal. Ahora bien, dicha parte recurrente en casación no puede ni debe olvidar, que muchas veces la libertad como valor social particular, exige el pago de un precio, como es el de la pérdida de ciertas comodidades, y de sufrir contratiempos dolorosos, que van desde el área de los afectos hasta el entorno laboral”.

102 STS 661/2015, de 2 de diciembre, FD 2º (ECLI:ES:TS:2015:4925); “En este caso no estamos ante los alimentos de un hijo menor de edad, en el que la necesidad de valorar la capacidad económica del alimentante constituye una exigencia especial, sino ante los alimentos que se prestan a un hijo mayor de edad. Un hijo de veintidós años, cuyo mínimo vital se enfrenta al de su padre prácticamente insolvente (ingresa menos de 400 euros al mes, frente a los 1.100 euros mes que recibía en el momento del divorcio), que no puede prestarlos”.

Sentado lo anterior, y como consecuencia de tal extensión temporal de pensión de alimentos, resulta que vigente sistema que obliga al *solvens* –progenitor no custodio– a entregar directamente al cónyuge o progenitor custodio el importe económico (por lo general mediante transferencia bancaria) de la misma, y no al propio hijo ya mayor, puede provocar situaciones a veces escandalosas e indeseables.

El sistema vigente que aquí se cuestiona produce, además, otras distorsiones y perjuicios en diferentes ámbitos que afectan principalmente al hijo mayor de edad, titular del derecho alimenticio, pero también al progenitor que abona la pensión habida cuenta de que no siendo buenas las relaciones con el excónyuge puede ver con cierta reticencia que sea quien administre el dinero que paga y dude del cabal destino del mismo. También la Administración de Justicia se ve dañada por la excesiva litigiosidad que el régimen genera al tener que acudir sistemáticamente a ella y mover toda la maquinaria judicial para solventar problemas que deberían ser ajenos a ella (la disposición por el mayor de edad de sus propios derechos o su renuncia a la pensión que obligatoriamente queda judicializada a falta de consentimiento del otro progenitor *accipiens*).

Algunos de los anteriores desajustes, no todos (pues no se aludirá a la inseguridad jurídica que provoca la falta de unidad de criterio en las Audiencias Provinciales, o más simplemente, el coste social de dilatar una injusticia manifiestamente evitable), se exponen, sucintamente, en los apartados siguientes.

2. Cobro indebido –para sí– de la pensión por el progenitor custodio.

A veces, y la práctica acredita que no se trata de algo excepcional, el *accipiens* no hace –como debiera– llegar la pensión al hijo, o no en la cuantía y el tiempo en que la recibe, ya por desavenencias con éste y/o con el otro progenitor, ya porque la considera –erróneamente– un derecho propio, no de su hijo mayor de edad, quedándose para sí en exclusiva su importe, incluso cuando ya no convive con el titular del derecho por haber logrado la independencia económica.

Se advierte esta realidad en supuestos similares al contemplado, por ejemplo, en un muy reciente fallo del Tribunal Supremo que obliga a una madre a “devolver las cantidades percibidas como pago de la pensión alimenticia, por ausencia de convivencia con los hijos mayores de edad económicamente independientes”. En el supuesto enjuiciado se “vincula la obligación de devolver las cantidades percibidas como pago de la pensión alimenticia, entre otros, con los supuestos en los que concurre una situación objetivamente constatable de pérdida sobrevenida de la legitimación del progenitor demandado para percibir una contribución de alimentos

por ausencia de convivencia con los hijos mayores de edad económicamente independientes (art. 93.2 CC)”¹⁰³.

No se trata de un pronunciamiento único y aislado puesto que, con anterioridad se llegó a un resultado similar en otro caso donde la madre incurrió en un claro supuesto de cobro de lo indebido, por lo que el Alto Tribunal le exigió devolver las cantidades percibidas que recibió del padre por los alimentos del hijo “desde el momento que cesó la convivencia puesto que dejó de estar legitimada para percibir dicha pensión”¹⁰⁴.

En estos casos, y no son los únicos, en nombre de los hijos mayores de edad, se “percibió la pensión sin justificación ni causa legal, conforme al art. 93.2 CC, por haber desaparecido los condicionantes fácticos en orden a su subsistencia”, apreciándose en este supuesto en la madre, “querer mantener una legitimación para percibir la pensión de alimentos de los hijos, que había perdido”¹⁰⁵.

Bien es verdad que en otros pronunciamientos en los que el progenitor custodio siguió cobrando la pensión del hijo mayor de edad durante cierto tiempo, la jurisprudencia ha optado por declarar extinguida la pensión, pero sin efectos retroactivos, esto es, sin la obligación de devolver lo ya cobrado por dicho progenitor, que viene a justificar en la –supuesta– convivencia, no discutida, del hijo: “de ahí, que las sentencias que, tratándose de hijos mayores de edad y litigios entre los progenitores, han fijado el efecto de la modificación de la pensión alimenticia desde la fecha de la sentencia se hayan dictado en supuestos en que los alimentos habían sido consumidos por los hijos beneficiarios por seguir conviviendo con su progenitor”¹⁰⁶.

103 STS 232/2024, de 21 de febrero (ECLI:ES:TS:2024:981) FD 2º-3, *in fine*: “Pues bien, el del caso es uno de esos supuestos, ya que, como declara la sentencia de primera instancia y asume la de apelación, “ha quedado acreditado, ni siquiera se ha discutido, que la hija de los litigantes, en julio de 2013, se hallaba efectivamente incorporada al mercado laboral, aún (sic) con las dificultades propias del momento, optando por una vida independiente y cesando la convivencia en el domicilio de la demandada”. Se sigue de lo anterior, como también dice el recurrente con razón, que, entre agosto de 2013 y julio de 2016, la recurrente percibió la pensión sin justificación ni causa legal, conforme al art. 93.2 CC, por haber desaparecido los condicionantes fácticos en orden a su subsistencia”.

104 STS 147/2019, de 12 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:869), en la que se: “declaró extinguida una pensión alimenticia y condenó a la madre a devolver las cantidades abonadas por el padre desde el momento en que el hijo alimentista mayor de edad y con ingresos propios había dejado de convivir con aquella”.

105 STS 223/2019, de 10 de abril, FD 2º (ECLI:ES:TS:2019:1252), FD 2º.4: “La demandada dejó de estar legitimada para percibir la pensión alimenticia, al amparo del art. 93.2 CC, por haber desaparecido los condicionantes fácticos en orden a su subsistencia. Desde que desaparecieron tales condicionantes, los únicos legitimados para reclamar alimentos a su progenitor eran los hijos, por ser mayores de edad”.

106 STS 1196/2023, de 20 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3520), FD 4º: “El hecho de que posteriormente se haya visto mejorado el nivel de los ingresos del hijo justifica que se acuerde la extinción de la pensión, pero no que se retrotraiga la extinción al momento en el que se obtuvieron los primeros ingresos por un trabajo que el hijo compatibilizaba con los estudios y con cuyos ingresos satisfacía sus necesidades y contribuía a los gastos de la familia de los que también se beneficiaba, dada la situación de convivencia” (cita las SSTS 661/2015, de 2 de diciembre, y 483/2017, de 20 de julio). Y añade: “No se trata de un supuesto de abuso o fraude por ausencia de convivencia con los hijos mayores de edad económicamente independientes (art. 93.11 CC), o de un caso en el que se esté utilizando el montante económico percibido por la madre

Se reafirma lo anterior; también, con base en una añeja doctrina jurisprudencial, acuñada hace ya más de un siglo, conforme a la cual los alimentos no tienen efectos retroactivos, “de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida”¹⁰⁷.

3. Coincidencia del sujeto legitimado con el accipiens de la pensión.

Como agudamente se ha puesto de relieve, el sistema vigente hace coincidir, en vía contenciosa, al sujeto legitimado con quien ha de cobrar directamente el importe de la pensión del alimentista menor y mayor de edad. Así lo entendió la jurisprudencia al interpretar el art. 93.II CC que fue el punto de partida en que se ha justificado el cobro por el cónyuge custodio. Pero en realidad, se ha producido un exceso porque la tan referida resolución¹⁰⁸ solo declaró que la remisión de los alimentos de los hijos mayores de edad a los artículos 142 y ss. CC, “solo se refiere al contenido, no a la forma de prestarlos, ni a las condiciones procesales para su reclamación”¹⁰⁹.

Al ser el cónyuge custodio quien reclama la pensión para los hijos cuando son menores, dada la plena legitimación legal otorgada, y con toda lógica en ese periodo el receptor de la pensión, resulta que, al alcanzar la mayoría de edad, como se ha visto, se produce una prórroga automática de la situación anterior manteniéndose el mismo *accipiens* que obligaría a un incierto proceso judicial de modificación de medidas para el que el hijo mayor de edad carece de toda legitimación al ser un proceso matrimonial.

Sin embargo, al socaire de tal fallo del Tribunal Supremo, las Audiencias Provinciales se han pronunciado expresamente a favor de que sea el cónyuge progenitor custodio que reciba la pensión del hijo mayor de edad y la administre.

En vía convencional, por el contrario, nada impide hijo mayor al manifestar –e incluso imponer– su preferencia por el cobro por él mismo de la pensión,

perceptora de la prestación en su propio provecho y que justificaría que se le condenase a devolver unos alimentos por no haber sido consumidos por el hijo común de los litigantes”.

107 STS 1072/2023, de 3 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3162), FD 3º: “En el mismo sentido, en la sentencia 412/2022, de 23 de mayo, señalamos: “No procede la devolución de los alimentos consumidos, aunque la obligación de prestarlos fuera reducida o extinguida. Dicha regla es manifestación de una reiterada doctrina de este tribunal que se remonta a la antigua sentencia de 18 abril 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 junio de 1885 y 26 octubre 1897, citadas en las sentencias de 202/2015, de 24 de abril y 573/2016, de 29 de septiembre, conforme a la cual los alimentos no tienen efectos retroactivos, “de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por su-puesto consumidas en necesidades perentorias de la vida” (STS 483/2017, de 20 de julio y 630/2018 de 13 de noviembre). Su fundamento se encuentra en el carácter consumible de los mismos (sentencias 600/2016, de 6 de octubre 2016 y 147/2019, de 12 de marzo)””.

108 STS 411/2000, de 24 de abril, FD 2º *in fine* (ECLI:ES:TS:2000:3422).

109 BUSTOS MORENO, Y. B.: “El *Accipiens* frente al *acreedor*”, cit., p. 238.

haciéndose constar así en el convenio regulador ratificado ante letrado de administración de justicia o notario, máxime cuando según el actual art. 82.I.I CC, la aprobación del convenio queda en sus manos pues deberá otorgar su consentimiento a las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el que fuera domicilio familiar¹¹⁰.

4. Dificultades para organizar y desarrollar su propia autonomía personal.

Otra consecuencia de conceder al progenitor custodia el privilegio del cobro tras la mayoría de edad del titular del derecho, en base –según la jurisprudencia menor– a que el progenitor custodia es quien organiza, administra y dirige la economía familiar, es el efecto pernicioso que implica para el hijo el no poder aprender a administrarse por sí mismo sus recursos alejándole de una experiencia para aprender a vivir por sí solo e incentivando, en cierto modo, una eternización de su dependencia a la vez que un serio obstáculo para su madurez.

Tal situación le priva de la posibilidad de organizar su economía, ya sea el tiempo que está en el domicilio familiar, ya sea cuando cursa estudios –universitarios por lo general– en otra ciudad diferente, o incluso en otro país.

Contrasta esta dificultad con la creciente autonomía que se concede a los menores de edad con los más recientes avances legislativos en cualesquiera textos que les afecten habida cuenta de las enormes capacidades y desarrollo personal que hoy conceden las sociedades a los menores. Así, actualmente, se viene dotando a los menores de edad de la máxima capacidad y autonomía para suscribir con eficacia numerosos actos y contratos, además de potenciar su autonomía en todos los ámbitos¹¹¹, especialmente para ejercer sus derechos fundamentales, así como otros de carácter patrimonial, debiendo interpretarse de manera restrictiva sus limitaciones a la capacidad de obrar¹¹², no parece del todo acorde con la realidad presente esta situación de que, tras haber alcanzado ya la mayoría de edad, con plenos efectos constitucionalmente reconocidos, y siendo capaz para todos los actos de la vida civil¹¹³, haya de ser una tercera persona, ya sea su madre o padre

110 ACEDO PENCO, Á.: "Crisis matrimoniales ante Notario: Normativa aplicable y ámbito de aplicación", en AA.VV., *Separaciones y divorcios ante Notario*, dir. y coord. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, editorial Reus, Madrid, 2016, pp. 92-93, donde criticamos tal exceso y el poder de veto otorgado a los hijos –mayores de edad– en el precepto.

111 La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, indica en su Exposición de Motivos (apartado 2, párrafo quinto) que: "El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás".

112 El párrafo segundo del artículo 2.1 de la citada Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, es claro y taxativo, desplegando enormes efectos prácticos: "Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor".

113 En su última redacción por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

con quien conviva, u otra cualquiera, la encargada de recibir directamente, dirigir, organizar y administrar en su nombre, y para su beneficio, la pensión económica mensual que abona el otro progenitor obligado por una sentencia del juez, un decreto de letrado de la administración de justicia o una escritura autorizada por notario.

No podemos sino coincidir con la doctrina que mejor ha analizado esta cuestión que con brillantez lo explica con estas palabras: “desde la perspectiva social actual, al exigirse la “convivencia” (para la aplicación del art. 93.2 CC) el mantenimiento de la residencia en el hogar monoparental a partir de ciertas edades, así como la atribución de la pensión alimenticia al progenitor conviviente está propiciando, en algunos casos, otro efecto negativo y no previsto en la mente del legislador, al incluir el segundo párrafo del artículo 93 CC; el alargamiento de la adolescencia y la dificultad que podrían tener los jóvenes para asumir responsabilidades, tras tantos años delegándolas en los padres”¹¹⁴.

5. Limitación de la capacidad de obrar del hijo mayor de edad.

A mayor abundamiento, y complementando lo expuesto, no cabe duda de que la privación de la recepción y administración del importe de la pensión de alimentos del mayor de edad es una limitación de su capacidad jurídica o de obrar.

Como es sabido, el art. 12 CE establece que “Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”¹¹⁵. Y El art. 246 CC determina que: “El mayor de edad puede realizar todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”, y es claro que la interpretación jurisprudencial que se viene haciendo del art. 93.II CC estaría dentro de esas “excepciones”.

Ante tan sólidos principios de nuestro ordenamiento: ¿estarían siempre justificadas con los argumentos que se han venido exponiendo sostenidos por la jurisprudencia menor para limitar al hijo mayor de edad el derecho a administrar su pensión alimenticia? ¿Y más aún, es razonable quebrar el principio constitucional de la mayoría de edad a los dieciocho años del art. 12 CE al amparo de tan débiles razonamientos?

En realidad, analizando el Código civil, y el resto de la legislación vigente, salvo la exigencia de haber cumplido al menos los 25 años de edad para poder ostentar

¹¹⁴ BUSTOS MORENO, Y. B.: “El Accipiens frente al acreedor...”, cit., p. 239.

¹¹⁵ VILLANUEVA TURNES, A.: “La mayoría de edad. Artículo 12 de la Constitución”, *Estudios de Deusto*, Vol. 65/2, julio-diciembre 2017, p. 324, en un interesante análisis del precepto recuerda que la Constitución Española de 1931 establecía, en su art. 36 “Los ciudadanos de uno y de otro sexo, mayores de veintitrés años, tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes”.

la condición válida de adoptante¹¹⁶, son muy escasas –prácticamente ninguna– las limitaciones previstas para los mayores de 18 años, salvo la referida a la adopción, e, insólitamente, ¡la que aquí se denuncia! Al revés, como bien sabemos, son numerosos y crecientes los actos jurídicos civiles de toda índole que se permiten ejecutar con plena validez por debajo de la mayoría de edad constitucionalmente fijada.

Como colofón ha de añadirse que la entrada en vigor 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, eliminó la figura tradicional que se aplicaba desde el derecho romano de la “incapacidad” por lo que todas las personas, al margen de su edad, ostentan su capacidad jurídica que podrán ejercer, en su caso, por sí mismas o contando con las medidas de apoyo a la discapacidad que allí se prevén.

Al hilo de lo que se expone, cierta jurisprudencia menor viene denominando “efecto residual de la patria potestad” a la situación que se produce con “el derecho de alimentos que se establece en el proceso matrimonial al amparo del art. 93 CC” que se genera “bajo gestión del progenitor conviviente” siendo los 25 edad “el límite que en condiciones ordinarias se considera adecuado para prolongar el derecho de alimentos”, a lo que añade que, en base a lo anterior, carecería de sentido que la madre gestionase los alimentos, por ejemplo, de un hijo de treinta años¹¹⁷.

En el mismo sentido se había afirmado ya que “los alimentos de los hijos mayores de edad son un efecto residual de la patria potestad ya extinguida, cuando el hijo ha alcanzado la emancipación jurídica pero no económica por no haber completado su formación”¹¹⁸. La sola idea que equiparar, aunque sea en sentido figurado, la situación que generan estos alimentos con una “patria potestad –alimenticia– prorrogada” (después del desacierto de haber eliminado la figura original por la Ley 8/2021, de 2 de junio) ya nos da una idea de la imperiosa necesidad de superar tal desatino y devolver al hijo mayor de edad el estatus

116 Art. 175 CC: “La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. Si son dos los adoptantes bastarán con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad”.

117 SAP Las Palmas de Gran Canaria (sec. 3ª) 18/2015, de 19 de enero, FD 2º (ECLI:ES:APGC:2015:26): “La autonomía jurídica conlleva que a partir de esas edades sea el propio hijo el que en su caso reclame, obtenga y gestione la pensión de alimentos, mediante su reclamación por sí en proceso independiente del matrimonial de sus padres, careciendo de sentido que una madre siga gestionando los alimentos de su hijo a edades de por ejemplo los treinta años, en el caso hipotético de que un descendiente tuviera derecho a tales alimentos en ese instante. Por ello, sin perjuicio de las reclamaciones que la hija pueda realizar por sí contra sus parientes deudores de los alimentos del art. 142 CC, en el proceso de divorcio procede declarar extinguidos tales alimentos concedidos bajo administración materna al amparo del art. 93 CC”.

118 “El deber de alimentos respecto de los hijos mayores de edad -dado que en este caso la obligación derivada de la patria potestad ya no se mantiene- se apoya fundamentalmente en lo que la doctrina civilista ha denominado “principio de solidaridad familiar” (143 CC)” SAP Las Palmas de Gran Canaria (sec. 3ª) 803/2014, de 11 de diciembre, FD 2º (ECLI:ES:APGC:2014:3380).

de plena capacidad que se le reconoce constitucionalmente, sin viejos residuos y escollos que no superan ninguna justificación actual, lógica y seria.

Añádase, por su trascendencia social y jurídica, y su conexión con la capacidad de los menores y mayores edad, que el art. 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas¹¹⁹ fue declarado inconstitucional¹²⁰ por exigir la mayoría de edad para “solicitar la rectificación de la mención registral del sexo”. Si por debajo de la mayoría de edad constitucional se reconocen al menor tan extraordinarias atribuciones, no llega al comprenderse la presente limitación legal –y jurisprudencial– de su capacidad jurídica (o más clásicamente, de obrar), tras ostentar la mayoría de edad, para una cuestión de inferior trascendencia cual es recibir y administrar por sí mismo la pensión económica que recibe de su progenitor no custodio. Nada justifica, pensamos, esta quiebra del aforismo asentado por la jurisprudencia romana: *qui potest plus, potest minus*¹²¹.

6. Obligatoria –y evitable– litigiosidad para cambiar de *accipiens*.

Otro efecto perverso del sistema vigente del cobro por el cónyuge o progenitor con el que convive, o venía conviviendo al hijo desde la minoría de edad y después de alcanzar la mayoría, es que, según la configuración actual, a falta de acuerdo, la única forma que tiene el solvens, progenitor obligado al pago, es acudir a los tribunales de justicia a instar un procedimiento judicial de modificación de medidas instando la extinción de la pensión por cualesquiera motivos previstos en la ley y la jurisprudencia¹²².

Es decir, que a falta de acuerdo con el cónyuge conviviente, no basta que el hijo mayor de edad comunique al progenitor pagador que ya no convive con el otro, o que no precisa los alimentos fijados por haber llegado a independizarse física o económicamente, o gozar de ingresos propios. Tampoco servirá un acuerdo entre alimentante y alimentista, sino que será obligado instar aquel proceso judicial para

119 Esta Ley 3/2007 fue derogada por la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, modificando en su disposición final decimotercera la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, disponiendo que las personas menores de edad mayores de 12 y menores de 14 años, podrán promover el expediente de modificación de la mención registral del sexo asistidas por sus representantes legales.

120 STC 99/2019, de 18 de julio (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019), cuyo pronunciamiento fue recogido posteriormente por la STS 685/2019, de 17 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:4217).

121 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Minoría de edad y cambio de la mención registral de sexo. Comentario a la STC 99/2019, 18 de julio”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 12, febrero 2020, p. 829, glosando ambas resoluciones (del TC y TS), concluye que “la minoría de edad del demandante no le priva de legitimación para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo si tiene suficiente madurez y una situación estable de transexualidad” (reconociéndose al menor, por tanto, la capacidad discutida).

122 Se proclama tan vigente axioma en la STS 24 septiembre 2015, Sala de lo Social (Pleno), FD 3º, *in fine* (ECLI:ES:TS:2015:4150), que reitera: “Porque así lo impone el principio de derecho que establece “quien puede lo más puede lo menos”. En efecto, el principio “qui potest plus, potest minus” que viene del derecho romano [...]”, sentencia atribuida, al parecer, al jurisconsulto Hermogeniano.

evitar verse envuelto en un proceso penal por incurrir en un delito de impago de pensiones de alimentos.

Además, los hijos, ya mayores de edad e independientes no desean acudir al juzgado a “declarar” en contra del progenitor que recibe la pensión de la que ellos son titulares, aunque ya sin derecho a la misma, sino que prefieren evitar el “mal trago” y tampoco desean que el *accipiens* se vea privado de esa cantidad mensual que abona el otro progenitor (a veces más necesitado que el *solvens*). Esta realidad, lamentablemente, se produce a diario en nuestra sociedad, cuando las relaciones no son buenas o están enfrentados los excónyuges, tal como la práctica forense constata y, a todas luces, la situación carece del menor sentido siendo inexcusable arbitrar mecanismos para evitarla.

Y la jurisprudencia, en cierto modo no es del todo tajante para cortar de raíz tales desajustes pues, en ocasiones, la situación se eterniza pues, como se ha visto, no es frecuente adoptar con carácter retroactivo la decisión de devolver (tras el oportuno proceso judicial por lo general nuevo e independiente del previo de modificación de medidas extinguiendo la pensión), desde que fue cobrada indebidamente, la pensión por parte del cónyuge sin derecho a ello, sino desde la presentación de la demanda, en su caso.

Ello, en cierto modo, podría “incentivar” al *accipiens* y progenitor con quien convivía el hijo mayor a seguir cobrando la pensión alimenticia de este, tras su independencia, sin descartar que a veces puede necesitarla verdaderamente (pero no olvidemos que no se trata de una pensión compensatoria a cargo del excónyuge, sino de alimentos del hijo que la necesitaba), habida cuenta de que la devolución no de lo cobrado de manera indebida no suele ordenarse retroactivamente desde que se extinguió el derecho del hijo al haberse independizado, sino desde la demanda a lo sumo.

VI. BREVE RECORRIDO POR REGULACIONES ACTUALES EN EUROPA QUE PREVÉN EL PAGO DIRECTO AL HIJO MAYOR DE EDAD.

I. España.

Examinadas las principales distorsiones que en la práctica diaria se vienen advirtiendo con el vigente y generalizado sistema de abono de la pensión de alimentos los hijos a cargo del progenitor no custodio mediante la entrega de su importe, mensual casi siempre, al excónyuge con quien convive el alimentista, titular del derecho, llega el momento de tratar de formular algunas consideraciones o propuestas que sean útiles para tratar de evitar, en lo posible, los desajustes más graves entre los expuestos.

A tal fin, dada la práctica uniformidad jurisprudencial, salvo contadas excepciones, que viene interpretando el precepto cuestionado, resulta oportuno aproximarnos a las soluciones, totales o parciales, que están vigentes en otros ordenamientos jurídicos, ya sea dentro o fuera de nuestro país, dado que ello nos permitirá tomar una visión más

A) El frustrado Anteproyecto de ley que modificaba el art. 93.II CC.

Como tantos planes legislativos y anteproyectos ya elaborados en fase muy avanzada que se quedan por el camino como consecuencia de tantas vicisitudes, más por oportunismo político-electoral que por cuestiones técnicas o de fondo, el “Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia”, que afectaba, naturalmente, a diversos preceptos del Código civil y a otras normas concordantes,

El Anteproyecto formula una profunda reforma del artículo 93 CC, los dos párrafos que contiene en la actualidad serían sustituidos por cinco apartados de nuevo cuño, por tanto, creciendo notablemente la extensión del nuevo texto¹²³.

La reforma mantenía intacto el párrafo segundo del actual art. 93, llevándolo al nuevo apartado 4 (si bien añadiendo al texto actual “a instancia del progenitor con quien convivan”), introduciendo un segundo párrafo completamente nuevo, que es el relevante a nuestros efectos, según el cual: “La pensión por alimentos podrá ser asignada directamente a los hijos cuando sean mayores de edad, en atención a

123 Propuesta de art. 93 CC en la tercera redacción de 13 de enero de 2015 del Anteproyecto: “1. El Juez determinará, cuando proceda, la contribución de cada progenitor a la satisfacción de las cargas familiares y, siempre que hubiere hijos menores, la pensión de alimentos por sus necesidades ordinarias y la proporción en la que deben contribuir a los gastos por sus necesidades extraordinarias, su periodicidad, forma de pago y bases de actualización, y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. 2. Deben considerarse gastos necesarios ordinarios los comprendidos en el artículo 142 que los hijos precisen de forma habitual y cuyo devengo sea previsible, y cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales o que estén consolidados antes del cese de su convivencia. Serán gastos extraordinarios aquellos que se produzcan por necesidades imprevisibles e indeclinables de los hijos y, en todo caso, los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o seguro médico y los de educación y formación por actividades convenientes, pero no obligatorias, para los hijos, siempre que exista acuerdo sobre las mismas. No se considerarán incluidos en ninguno de los párrafos anteriores aquellos gastos voluntarios que no respondan a necesidades de los hijos, aunque sean continuados, pero se consideren adecuados para ellos. 3. Para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios se tendrán en cuenta las necesidades de los hijos, los recursos económicos de cada progenitor, el tiempo de permanencia de los hijos con cada uno, la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, el lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos y la contribución a las cargas familiares, en su caso. Los gastos extraordinarios de los hijos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos voluntarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido su realización. 4. Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, a instancia del progenitor con quien convivan, fijará, en la misma resolución, los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes. La pensión por alimentos podrá ser asignada directamente a los hijos cuando sean mayores de edad, en atención a las circunstancias concurrentes, sin perjuicio de la contribución que deban realizar los mismos al progenitor con el que convivan para el levantamiento de las cargas familiares. 5. La obligación de abonar la prestación de alimentos a los hijos cesará en los supuestos establecidos en el artículo 152”.

las circunstancias concurrentes, sin perjuicio de la contribución que deban realizar los mismos al progenitor con el que convivan para el levantamiento de las cargas familiares”¹²⁴.

El nuevo texto del Anteproyecto, tal como afirma la opinión a la que nos adherimos, afortunadamente no prosperó, pues en graves defectos, pese a la fortuna de admitir que los hijos mayores de edad podían recibir directamente la pensión alimenticia del progenitor que la abona, sin pasar por el excónyuge o progenitor conviviente¹²⁵.

Por tanto, tuvo el acierto al menos de abrir la posibilidad de que, bien el juez de oficio o a instancia de parte, pudiera acordar el pago directo de la pensión al titular del derecho, el hijo mayor de edad, por parte del obligado al abono de la pensión.

Resulta muy oportuno examinar el Dictamen elaborado en 2014 por el Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, en especial, nos parece muy interesante a los efectos de nuestro análisis su apartado 2.3 referido a la “Contribución a las necesidades de los hijos mayores de edad o emancipados”¹²⁶.

Al respecto, el Consejo de Estado, en sus Conclusiones, informaba favorablemente la postura del nuevo texto del art. 93.4 afirmando sobre el párrafo segundo de este mismo precepto que “esta es una novedad del Anteproyecto” y que “con esta asignación directa a los hijos mayores de edad se pretende cohonestar la titularidad del derecho de alimentos, que pertenece a los hijos mayores de edad, y la legitimación para solicitarlos, que corresponde al cónyuge con quien conviven”. Por lo demás, concluye: “no existe razón aparente para que esa posibilidad de asignación directa de la pensión se contemple únicamente respecto de los hijos mayores de edad y no para los hijos emancipados”.

124 También añade al respecto con incidencia en nuestro análisis, que el Anteproyecto: “modifica el concepto de alimentos en favor de los hijos mayores de edad, dando nueva redacción al párrafo segundo e introduciendo un nuevo tercer párrafo en el artículo 142 del CC, y añadiendo una nueva causa de extinción de los alimentos entre parientes en el núm. 5 del artículo 152 del CC. Con estos ajustes se persigue, en síntesis, que la obligación de alimentos a los hijos o descendientes mayores de edad cese cuando éstos tengan recursos o medios económicos o se encuentren en situación de poderlos obtener, en línea con lo que viene ya diciendo la jurisprudencia menor. Se trata, en definitiva, de una reforma pertinente”.

125 BUSTOS MORENO, Y. B.: “El *Accipiens* frente al acreedor”, cit., p. 245, quien lo expresa con estas palabras: “Afortunadamente, dicha propuesta legislativa, que no fructificó en el Derecho civil común por otras razones bien distintas al tema aquí analizado”.

126 Dictamen del Consejo de Estado aprobado el 24 de julio de 2014 sobre el Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia (sobre el texto contenido en su segunda versión de 10 de enero de 2014), referencia 438/2014 (Justicia), cuyo texto se encuentra disponible en la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado en su website: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-438> (última consulta, 13-05-2025).

B) El art. 10 de la Ley del País Vasco de relaciones familiares.

Mayor fortuna tuvo, quizá como consecuencia del texto de aquel anteproyecto, la Ley 7/2015, de 30 de junio, del País Vasco, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

El artículo 10 se intitula: “Pensión de alimentos, cargas familiares y gastos extraordinarios”, y su apartado 4 determina en su primer párrafo que: “Si convivieran en el domicilio familiar hijos e hijas mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el juez, a instancia del progenitor con quien convivan, fijará, en la misma resolución, los alimentos que sean debidos conforme a la normativa en vigor”¹²⁷.

Y el segundo párrafo de la citada normativa vasca expresa, con excelente simpleza y locuacidad, dando un giro copernicano a lo dispuesto hasta ahora en la legislación e interpretado por la jurisprudencia patria, alumbrando lo siguiente: “La pensión por alimentos podrá ser asignada directamente a los hijos e hijas cuando sean mayores de edad, en atención a las circunstancias concurrentes, sin perjuicio de la contribución que estos deban realizar al levantamiento de las cargas familiares”.

Como se observa, y supliendo la laguna advertida en el precepto de Derecho común, aquí se concede la legitimación de manera expresa al cónyuge o progenitor conviviente con el hijo que puede solicitar la pensión de alimentos de este. Pero, además, y es lo crucial a efectos de nuestro análisis, el precepto prevé de forma clara y sin necesidad de mayor interpretación, que el importe de la pensión alimenticia pueda ser gestionado de manera directa por el propio hijo mayor de edad, aunque no haya sido él quien la reclamara en virtud de la legitimación ahora reconocida.

C) La ley 104 a) del Fuero Nuevo de Navarra.

En sentido parecido, siguiendo la estela anterior, el vigente texto del artículo 104 a) de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, sobre “medidas judiciales”, cuya redacción es de más reciente factura¹²⁸, sobre la “Contribución al sostenimiento de los hijos mayores de edad” determina en su primer párrafo que: “En defecto de pacto, el juez establecerá la contribución de uno y otro cónyuge al sostenimiento de los hijos mayores de edad que todavía dependen

¹²⁷ Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco publicada en el BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015 y en el Boletín Oficial del País Vasco núm. 129, de 10 de julio de 2015.

¹²⁸ Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (BOE núm. 57 de 7 de marzo de 1973), cuyo art. 104 fue redactado por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, no viéndose afectado el precepto por la reforma por la Ley Foral 31/2022, de 28 de noviembre.

económicamente de ellos”, lo que no dista mucho, en esencia, del sentido del art. 93.II CC tan bien conocido por repetido en estas páginas.

Pero, el actual segundo párrafo del citado art. 104 a) de la normativa foral navarra, continuando la línea marcada por la legislación vasca viene a expresar lo siguiente: “Ello, no obstante, cuando así se solicite, el juez podrá establecer que la cantidad que cada progenitor deba satisfacer para el sostenimiento de los hijos mayores de edad sea asignada directamente a ellos”.

2. Europa.

Como se observará en las siguientes líneas, existe una notable convergencia en las legislaciones vigentes en Europa respecto al principio de que los hijos mayores de edad que continúan necesitando apoyo económico (principalmente por estudios) tienen derecho a recibir la pensión de alimentos, y que este pago, idealmente o por defecto en muchos casos, debe realizarse directamente a ellos. La mayoría de los países analizados facilitan o exigen este pago directo una vez alcanzada la mayoría de edad, siempre que persista la necesidad del hijo.

Sin embargo, el Código civil español es la excepción cuyo texto del artículo 93.II se ha quedado obsoleto siendo preciso un *aggiornamento*. Las principales diferencias radican en el grado de automaticidad de este cambio en el perceptor de la pensión y en las formalidades requeridas. En algunos países (Países Bajos, Suecia, Noruega, Polonia, Suiza), el pago directo al hijo mayor de edad es la norma establecida una vez que este cumple los requisitos para seguir percibiendo alimentos. En otros (Italia, Francia, Alemania, Reino Unido, Irlanda), aunque el pago directo es posible y a menudo favorecido, puede requerir una decisión judicial explícita, una modificación de una orden anterior, o dependerá de las circunstancias específicas del caso, como la convivencia del hijo o su capacidad para administrar los fondos. España no sigue el sistema mayoritario europeo y salvo acuerdo entre progenitores el pago directo nunca se produce, o es excepcional.

En todos los casos, la continuación de la obligación alimenticia más allá de la mayoría de edad está supeditada a que el hijo no haya alcanzado la independencia económica, generalmente por estar cursando estudios o una formación profesional de manera diligente. La legislación y la jurisprudencia buscan equilibrar la responsabilidad parental con la autonomía progresiva del hijo mayor de edad, a lo que España debe unirle.

A) *El modelo mixto alemán: pago directo según conviva y/o lo solicite.*

En Alemania, la obligación alimenticia, según se desprende del principio general que se establece en el § 1601 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB, Código

civil alemán) persiste más allá de la mayoría de edad cuando el hijo no puede autoabastecerse, especialmente durante su formación¹²⁹. Esto es, la obligación alimenticia solo nacerá cuando dicha capacidad se dé en el mismo momento en el cual surja la necesidad de sustento del acreedor. Completa el § 1610 expresando la manutención se determina según la situación de vida del necesitado (manutención adecuada) y que comprende todas las necesidades vitales, incluidos los costos de una formación adecuada para una profesión; en el caso de una persona que necesita educación, también se incluyen los costos de la educación¹³⁰. Añade el § 1612 (3), frase 1ª del BGB que los alimentos se pagan mensualmente por adelantado¹³¹.

Por regla general, esta pensión solo debe abonarse directamente al hijo mayor de edad cuando este ya no viva con ninguno de los progenitores o si gestiona su propio hogar. Si el hijo mayor aún vive con uno de los progenitores, la pensión puede ser pagada a ese progenitor, quien la administrará.

No obstante, se autoriza que el hijo, tras alcanzar la mayoría, pueda solicitar el pago directo siempre que sea capaz de administrar los fondos. La jurisprudencia germana viene confirmando la legitimación del hijo mayor que adquiere el derecho a reclamar la pensión directamente a su/s padre/s¹³².

B) Reino Unido (Inglaterra y Gales): ambos sistemas.

En Inglaterra y Gales, el *Child Maintenance Service* (CMS) gestiona la pensión para menores de 16 años, o de 20 cuando estudian a tiempo completo en formación no avanzada. El CMS permite el “*Direct Pay*” entre progenitores, pero al progenitor custodio.

Para hijos mayores de edad fuera de la jurisdicción del CMS (mayores de 19/20 o que cursen educación superior), se puede solicitar al tribunal una orden de mantenimiento bajo la *Matrimonial Causes Act 1973* o el *Children Act 1989*. En estos casos, la resolución judicial puede especificar que los pagos se realicen directamente al hijo ya mayor de edad, siendo común si vive independientemente o para gastos específicos¹³³.

129 BGB § 1601: “Unterhaltsverpflichtete. Verwandte in gerader Linie sind verpflichtet, einander Unterhalt zu gewähren”.

130 BGB § 1610: “Maß des Unterhalts. (1) Das Maß des zu gewährenden Unterhalts bestimmt sich nach der Lebensstellung des Bedürftigen (angemessener Unterhalt). (2) Der Unterhalt umfasst den gesamten Lebensbedarf einschließlich der Kosten einer angemessenen Vorbildung zu einem Beruf, bei einer der Erziehung bedürftigen Person auch die Kosten der Erziehung”.

131 BGB § 1612: “Art der Unterhaltsgewährung. (3) Eine Geldrente ist monatlich im Voraus zu zahlen”.

132 BOVER CASTAÑO, Mª. P.: “La obligación de alimentos en el Derecho de Familia alemán”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, enero 2014, pp. 184-186.

133 *Child Maintenance Service*, disponible: <https://www.gov.uk/child-maintenance-service/payments>, y *Financial Provision for Adult Children*: <https://www.flip.co.uk/financial-provision-for-adult-children> (última consulta el

C) Irlanda: reconocimiento del pago directo con orden judicial.

Los padres deben mantener a sus hijos dependientes (menores de 18, o de 23 si estudian a tiempo completo, o con discapacidad) en Irlanda. Las resoluciones u órdenes de manutención son dictadas por un juez.

La información que se divulga en el portal irlandés *Citizens Information* determina que la orden judicial especificará cómo se debe pagar la pensión alimenticia, lo que sugiere discreción judicial para ordenar el pago directo al hijo mayor de edad, especialmente si no reside con los progenitores o para cubrir gastos de educación superior¹³⁴.

D) La opción francesa: el art. 373-2-5 del 'Code civil'.

Tras la reforma del Código civil de la República de Francia, operada mediante la Ley 305/2002, de 4 de marzo, que dio nueva redacción al precepto, el nuevo art. 373-2-5 del *Code civil* regula con el máximo acierto la cuestión. Y lo hace desde el punto de vista del hijo mayor de edad impulsando su autonomía personal, reconociéndole de un lado la acción para pedir la manutención, y de otro, queda legitimado para recibir la pensión alimenticia de manera directa, organizarse y administrarla por sí mismo.

Dispone el precepto¹³⁵ que: "El progenitor que asume a título principal la carga de un hijo mayor de edad que no puede por sí mismo subvenir a sus necesidades, puede solicitar al otro progenitor que le abone una contribución para su manutención y educación. El juez puede decidir o los progenitores convenir que esta contribución sea abonada total o parcialmente en manos del hijo". Por tanto, a los padres corresponde sufragar las necesidades de manutención y educación del hijo mayor de edad que no puede hacerlo por sí mismo mediante una pensión alimenticia (contribución), para lo cual, ya sea mediante por acuerdo entre los progenitores, ya sea por decisión judicial, dicho importe puede pagarse directamente al hijo de manera total o parcial.

En la regulación francesa no se precisa la convivencia del hijo mayor de edad con uno de los progenitores, como inexcusablemente se exige en la legislación y en la jurisprudencia española, estando en manos del juez la decisión de establecer

14 de mayo de 2025).

134 *Maintenance orders and agreements*: disponible en el portal de Información ciudadana de Irlanda: <https://www.citizensinformation.ie/en/birth-family-relationships/separation-and-divorce/maintenance-orders-and-agreements> (última consulta, 14 de mayo de 2025).

135 Art. 373-2-5: "Le parent qui assume à titre principal la charge d'un enfant majeur qui ne peut lui-même subvenir à ses besoins peut demander à l'autre parent de lui verser une contribution à son entretien et à son éducation. Le juge peut décider ou les parents convenir que cette contribution sera versée en tout ou partie entre les mains de l'enfant" (Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 - art. 6, JORF 5 mars 2002).

una pensión incluso cuando el hijo ya no convive con ninguno de sus padres, pero carece de suficientes recursos. Y, además, también en dicho ordenamiento, y con o sin acuerdo entre los padres, el juez puede ordenar que el pago total o parcial de la pensión alimenticia de uno o de ambos sea abonado directamente al hijo mayor, conviva o no conviva con alguno de sus progenitores¹³⁶.

E) *El precedente italiano: art. 337-septies del 'Codice civile'.*

Bajo las mismas premisas, y con similar acierto, de las que partió la reforma de 2002 en Francia en la que se trataba de otorgar mayor autonomía y responsabilidad al hijo mayor de edad que aun tiene dependencia económica de sus padres, modificación legislativa que influyó decisivamente en Italia, siendo redactado, tras las reformas de 2006 y 2013, el art. 337-septies del *Codice civile*¹³⁷.

La traducción del precepto nos vendría a indicar que: “El juez, valoradas las circunstancias, puede disponer a favor de los hijos mayores de edad no independientes económicamente el pago de una asignación periódica. Dicha asignación, salvo que el juez determine lo contrario, se abona directamente al derechohabiente. A los hijos mayores de edad con discapacidad grave se les aplican íntegramente las disposiciones previstas a favor de los hijos menores”.

Se desprende del citado texto italiano que el juez puede ordenar el pago directo de la pensión al hijo mayor de edad que carece de independencia económica, y también se recoge la posibilidad de que se abone el importe al progenitor con aquel con quien conviva. Al igual que en el Derecho francés –y diferenciándose del español, como se ha dicho–, tampoco exige la norma italiana la convivencia del alimentista con ninguno de sus padres para obtener el derecho a estos alimentos en el proceso.

F) *El claro supuesto del pago directo en Países Bajos.*

La obligación de contribuir a los gastos de manutención y estudio, denominada allí *kinderalimentatie* se extiende hasta los 21 años. Sin embargo, desde que el hijo cumple la edad de 18 años, la pensión de alimentos debe pagarse directamente al hijo, y no al excónyuge. Así lo establece la información oficial del gobierno

136 BUSTOS MORENO, Y. B.: “El Accipiens frente al acreedor”, cit., pp. 241-244.

137 Art. 337-septies: “Il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico. Tale assegno, salvo diversa determinazione del giudice, è versato direttamente all'avente diritto. Ai figli maggiorenni portatori di handicap grave si applicano integralmente le disposizioni previste in favore dei figli minori”. El texto fue producto inicialmente de la Ley italiana de 8 febrero de 2006 y posteriormente del Decreto Legislativo de 28 de diciembre de 2013, que le otorgó finalmente la transcrita redacción.

neerlandés (*Rijksoverheid*). No obstante, cuando el hijo tuviere ingresos propios, se pueden decidir ajustes¹³⁸.

El Código Civil Neerlandés (*Burgerlijk Wetboek*), en su artículo 1:392, establece la obligación alimenticia descrita, sin embargo, son de aplicación la Ley de Divorcio de 2001 (*Wet herziening partneralimentatie*) y la Ley de Ejecución de Pensiones Alimenticias (*Wet op de internationale inning van alimentatie*) que también abordan aspectos relacionados con la manutención de los hijos mayores de edad referidos a la forma de abono.

En virtud de tales normas, la pensión alimenticia para hijos mayores de edad puede ser abonada directamente al hijo, que viene siendo lo habitual, y siempre si este reside de forma independiente o con uno de los progenitores. Sin embargo, en casos de desacuerdo entre los progenitores, el tribunal puede intervenir para determinar la forma y la cuantía de la pensión alimenticia.

G) El caso sueco: abono directo al hijo mayor de edad.

En línea similar a la regulación anterior, en Suecia, según determina el art. 7:1 del Código civil sueco (*Äktenskapsbalken*) la obligación de sustento se extiende hasta los 18 años, o hasta los 21 años cuando el hijo cursa estudios a tiempo completo (ya sea de primaria, secundaria o equivalente)¹³⁹.

Ahora bien, cuando el hijo cumple 18 años y sigue teniendo derecho a la pensión, esta debe pagarse directamente al hijo. El acuerdo se realiza entonces entre el hijo mayor y el progenitor pagador¹⁴⁰.

H) El régimen noruego de pago directo al mayor de edad.

La *barnebidrag*, que es la obligación de alimentos en Noruega, se prolonga generalmente hasta los 18 años, en principio, pero puede continuar si el hijo sigue en educación secundaria superior. Una vez que el hijo haya cumplido la mayoría de edad a los 18 años, cualquier pago de pensión se realizará directamente al hijo.

En este sentido, el hijo mayor de edad que esté cursando su educación puede acordar la pensión con sus padres una pensión alimenticia, o solicitarla al *Arbeids-*

138 *Rijksoverheid.nl - Hoeveel kinderalimentatie krijg of betaal ik?* Información extraída del portal gubernamental <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/scheiden/vraag-en-antwoord/kinderalimentatie> (última consulta, el 14 de mayo de 2025).

139 Art. 7:1 – “Äktenskapsbalken 1 § Föräldrar har en underhållsskyldighet gentemot sina barn. Denna skyldighet gäller även efter att barnet har fyllt 18 år, om barnet inte kan försörja sig själv på grund av studier eller andra ekonomiska svårigheter”.

140 Portal gubernamental nórdico: Norden.org - *Underhållsbidrag och underhållsstöd i Sverige*, disponible en el website: <https://www.norden.org/sv/info-norden/underhållsbidrag-och-underhållsstod-i-sverige>, con datos del *Försäkringskassan* (Seguridad Social de Suecia), última consulta 14 de mayo de 2025.

og velferdsdirektoratet conocido por sus siglas NAV (Administración noruega de trabajo y bienestar, principal organismo estatal encargado de la seguridad social), para que dicho órgano la establezca¹⁴¹.

I) El mecanismo polaco de pensión directa al hijo.

La obligación alimenticia o *alimenty* en Polonia, no cesa automáticamente al cumplir los 18 años cuando el hijo no pueda mantenerse por sí solo, especialmente cuando se encuentra estudiando. Cumplida la citada mayoría de edad, la pensión debe pagarse directamente a él. Como suele ser habitual en todas las legislaciones, antes de esa edad, se paga al progenitor custodio con quien convive.

El cambio de situación, tras alcanzar la mayoría de edad, no requiere una nueva decisión judicial, según ha determinado la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Polonia¹⁴², dado que el hijo mayor es el titular directo del derecho¹⁴³.

J) Pago directo al hijo en el sistema suizo.

En forma similar al caso polaco, en Suiza, la obligación de alimentos (*Unterhalt*) se extiende hasta los 18 años, tal como determina el artículo 277.2 del *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* o ZGB, esto es, el Código civil de Suiza (sobre la extensión de la obligación, que indica: Si al alcanzar la mayoría de edad el hijo no ha podido completar su formación o tiene necesidades económicas, la obligación de manutención puede extenderse más allá de la mayoría de edad)¹⁴⁴. Sin embargo, también se puede extender continuando si el hijo está cursando una formación profesional adecuada.

Y lo esencial, tras cumplir aquella mayoría de 18 años seguirá teniendo derecho a la pensión, y los pagos deberán realizarse directamente a tal hijo mayor de edad.

Según jurisprudencia del Tribunal Federal de la República Helvética, el progenitor que anteriormente tenía la custodia no tiene derecho, tras la mayoría de edad del hijo, a reclamar en su propio nombre contribuciones de manutención

141 Según NAV, *Barnebidrag*, disponible en <https://www.nav.no/barnebidrag> y *Skatteetaten - Bidrag når barnet er over 18 år*, en <https://www.skatteetaten.no/person/betaling-og-innkrevning/barnebidrag-og-andre-underholdsbidrag/motta-underholdsbidrag> (última consulta, 14 de mayo de 2025).

142 *Uchwała Sądu Najwyższego* (resolución del Tribunal Supremo polaco): III CZP 14/77, publicada bajo la referencia jurisprudencial OSNC 1977/7/106.

143 Fuentes consultadas el 15 de mayo de 2025: *Anna Kubica Radca Prawny - Komu płacić alimenty, gdy dziecko uzyska pełnoletność?*, disponible en (<https://anna-kubica.pl/komu-placic-alimenty-gdy-dziecko-uzyska-pelnoletnosc>, *zy Wysokińska Kancelaria Adwokacka - Alimenty po 18 roku życia – co warto wiedzieć?*, cuyo acceso se encuentra en <https://wysokinska.eu/alimenty-po-18-roku-zycia>.

144 Art. 277.2 – *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (ZGB): “Unterhaltspflicht: Die Unterhaltspflicht der Eltern dauert bis zur Volljährigkeit des Kindes. Erweiterung der Pflicht: Hat das Kind nach Erreichen der Volljährigkeit noch keine angemessene Ausbildung, so haben die Eltern die Pflicht, den Unterhalt über die Volljährigkeit hinaus zu leisten”.

por el tiempo de minoría del hijo y a solicitar la apertura de un procedimiento legal para ello y que si el fallo de divorcio ordena el pago de la pensión alimenticia más allá de la mayoría de edad, el hijo que ha alcanzado la mayoría de edad puede hacer ejecutar el fallo (realizando embargos) y obtener la apertura legal definitiva contra la orden de pago tan solo presentando dicha sentencia. La pensión alimenticia debe pagarse directamente al hijo mayor de edad y no a un progenitor. El consentimiento del hijo mayor de edad puede ser tácito¹⁴⁵.

Dado que el hijo mayor es el titular del derecho con buena lógica se le reconoce por la jurisprudencia que puede acordar la pensión o reclamarla judicialmente¹⁴⁶.

VII. SUCINTAS CONCLUSIONES.

Si bien, y desde el principio, a lo largo del presente trabajo hemos ido exponiendo con claridad nuestras posiciones críticas con la reglamentación vigente en el territorio de Derecho común donde se aplica el artículo 93.II CC, cabe condensar en breves párrafos las principales ideas mostradas.

1. El contenido que se desprende de la regulación actual del precepto indicado está abiertamente superado por la situación social, familiar y jurídica del tiempo presente, no solo porque haya transcurrido tres décadas y media desde aquella redacción, sino sobre todo porque los cambios legales operados en los últimos años lo hacen incompatible.

2. Salvo muy contadas excepciones, la jurisprudencia que inspira las resoluciones que se vienen dictando en nuestros días (primero la STS 411/2000, de 24 de abril y, más recientemente, la STS 156/2017, de 7 de marzo, ambas seguida de manera casi unánime por las Audiencias Provinciales) sigue anquilosada en los viejos principios de unir la convivencia a la legitimación para reclamar los alimentos al mayor de edad, permitiendo al cónyuge el ejercicio de la acción pero negando al titular del derecho en tales casos la posibilidad de recibirlos directamente del pagador.

3. La situación denunciada propicia el alargamiento de la permanencia del hijo mayor de edad en el domicilio familiar; pues al ser el progenitor con quien convive quien recibe y administra la pensión económica que recibe del otro, le priva de la posibilidad de organizar sus finanzas y adecuarlas a sus necesidades más

¹⁴⁵ BGE 142 III 78 E. 3, BGE 129 III 55 y 5A_874/2014 E. 1.2, consultadas el 14-05-2025 en *Index der Bundesgerichts- BGE* (índice de sentencias del Tribunal Federal de Suiza), cuyo buscador está disponible en el portal <http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?type=start&lang=de>.

¹⁴⁶ *Alimente ab 18 Jahren in der Schweiz*, en <https://onlinescheidung.ch/lexikon/kinder/volljaehrige-kind/> y también puede verse la información de Gerichte Kanton Luzern - *Unterhalt volljähriger Kinder*", disponible en https://gerichte.lu.ch/rechtsgebiete/ehe_und_familie/unterhalt/volljaehrige_kinder (ambas consultadas por última vez el día 15 de mayo de 2025).

directas, siendo el principal conocedor de sus prioridades y quien mejor sabrá administrarlas.

4. Siendo cada vez mayor la capacidad jurídica en el sentido actual (de obrar, en la terminología anterior) que la ley otorga al menor de edad e incluso a la persona con alguna discapacidad, establecer el cobro por parte de un tercero, aunque sea su progenitor, del importe de la pensión alimenticia de la que es titular el hijo mayor de edad implica una limitación a su capacidad de obrar que carece de toda justificación, contraviniendo el principio constitucional de la mayoría de edad sometiéndolo a una “patria potestad residual” que carece de cualquier apoyo lógico y jurídico.

5. El Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia de 2014 que, entre otros, otorgaba nueva redacción al artículo 93 CC se quedaba bastante corto sin que llegara a ver la luz, aunque algunas normas autonómicas como las aprobadas en el País Vasco y en Navarra determinaron, si bien quizá tímidamente, el cobro directo por el alimentista hijo mayor de edad de la pensión que abona el otro progenitor alimentante. Mucho más decididos han sido la mayoría de los principales países de Europa que han introducido en sus legislaciones tal principio con mucha mayor decisión. Todo lo anterior apunta a imperiosa la necesidad del *aggiornamento* del citado precepto en el sentido de las normativas más avanzadas que se han examinado, en especial siguiendo la senda de los ordenamientos de Noruega, Polonia, Países Bajos, Suecia y Suiza, cuyos principales postulados, con matices en cada caso, acogen las posiciones que defendemos en el presente estudio.

BIBLIOGRAFÍA

ACEDO PENCO, Á.: "Crisis matrimoniales ante Notario: Normativa aplicable y ámbito de aplicación", en AA.VV., *Separaciones y divorcios ante Notario*, dir. y coord. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, editorial Reus, Madrid, 2016.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: "Las uniones o parejas de hecho, los efectos patrimoniales constante y al cese o ruptura de la convivencia", en AA.VV.: *Derecho y familia en el siglo XXI*, vol. 2 (eds. por R. HERRERA CAMPOS y M. A. BARRIENTOS RUÍZ), editorial Universidad de Almería, 2011, pp. 619-646.

BOVER CASTAÑO, M^a. P.: "La obligación de alimentos en el Derecho de Familia alemán", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, enero 2014, pp. 170-189.

CAMPO IZQUIERDO, A. L.: "Alimentos en hijos mayores de edad. Art. 93.2 Código Civil", *Actualidad Civil*, núm. 4, abril, 2022.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Minoría de edad y cambio de la mención registral de sexo. Comentario a la STC 99/2019, 18 de julio", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 12, febrero 2020, pp. 820-831.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y BUENO BIOT, A.: "Los alimentos debidos a los hijos menores de edad: un estudio jurisprudencial", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 13, agosto 2020, pp. 444-481.

ECHIVARRÍA DE RADA, M^a. T.: "Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales situación actual", *RCDI*, 2016, pp. 2471-2510.

MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M.: "Principales controversias en torno a la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad desde el punto de vista sustantivo" en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 17, julio-diciembre 2020, pp. 176-178.

MONTERO AROCA, J.: *Los alimentos a los hijos en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del art. 93 del Código Civil)*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

PÁRAMO DE SANTIAGO, C.: "Hijo discapacitado mayor de edad: pensión alimenticia (Comentario a la STS de 7 de julio de 2014)", *Revista CEFlegal*, núm. 167 (diciembre 2014), pp. 61-64.

PÉREZ DÍAZ, R.: “La pensión de alimentos de los hijos mayores con discapacidad en caso de crisis matrimoniales”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, julio 2022, pp. 330-349.

ROGEL VIDE, C. y ESPÍN ALBA, I.: *Derecho de la familia*, Colección Jurídica General, Cursos, editorial Reus, Madrid, 2010.

VILLANUEVA TURNES, A.: “La mayoría de edad. Artículo 12 de la Constitución”, *Estudios de Deusto*, Vol. 65/2, julio-diciembre 2017, pp. 321-348.

GESTACIÓN SUBROGADA Y PATERNIDAD
HOMOPARENTAL: UNA REVISIÓN CRÍTICA DEL MARCO
JURÍDICO ESPAÑOL

*SURROGACY AND SAME-SEX PARENTHOOD: A CRITICAL
REVIEW OF THE SPANISH LEGAL FRAMEWORK*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 296-371

José Manuel DE
TORRES PEREA

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de abril de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objetivo principal analizar si el recurso de la maternidad subrogada puede justificarse en el caso particular del acceso de un varón homosexual a la paternidad biológica. A diferencia de la pareja conformada por dos mujeres, aquella integrada por dos varones precisa de la colaboración de una madre gestante para acceder a la paternidad biológica. Para abordar esta cuestión, se realiza primero un estudio detallado del estado actual de la maternidad por sustitución en el ordenamiento jurídico español, atendiendo a su tratamiento legal, doctrinal y jurisprudencial. Se revisa críticamente la evolución de la jurisprudencia desde la STS de 6 de febrero de 2014 hasta la STS de 25 de marzo de 2025, así como la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 28/2024. A lo largo del trabajo se estudia si existe una contradicción interna en el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y se examina cómo dicha norma ha dado lugar a soluciones judiciales que oscilan entre el respeto al interés superior del menor y la protección de la dignidad de la mujer. Finalmente, se proponen dos modelos legislativos alternativos y se valora si, a la luz de los principios constitucionales y los derechos fundamentales implicados, resulta legítimo permitir el acceso de los varones homosexuales a la paternidad biológica mediante gestación subrogada.

PALABRAS CLAVE: Gestación subrogada; paternidad biológica; familias homoparentales; derecho a la reproducción; interpretación evolutiva de la Constitución; interés superior del menor; dignidad de la mujer; filiación.

ABSTRACT: *The primary aim of this study is to analyze whether the use of surrogacy can be justified in the specific case of a homosexual man seeking access to biological parenthood. Unlike a couple formed by two women, a couple composed of two men would require the collaboration of a gestational mother in order to achieve biological parenthood. To address this issue, a detailed examination of the current legal status of surrogacy under Spanish law is undertaken, considering its treatment in legislation, legal scholarship, and case law. Particular attention is given to the evolution of jurisprudence from the Supreme Court judgment of 6 February 2014 to that of 25 March 2025, as well as the doctrine established by the Constitutional Court in Decision 28/2024. This work examines whether an internal contradiction exists within Article 10 of the Law on Assisted Human Reproduction Techniques, and analyzes how this provision has led to judicial decisions that oscillate between upholding the best interests of the child and safeguarding the dignity of women. Finally, two alternative legislative models are proposed, and an assessment is made as to whether, in light of the relevant constitutional principles and fundamental rights, it is legitimate to allow homosexual men access to biological parenthood through surrogacy.*

KEY WORDS: Surrogacy; biological parenthood; same-sex families; right to reproduction; evolutionary constitutional interpretation; best interests of the child; women's dignity, legal parentage.

SUMARIO.- INTRODUCCIÓN.- I. EVOLUCIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.- 1. El punto de partida la STS de 6 de febrero de 2014 y su voto particular.- A) *La impugnación del criterio de la DGRN a favor de la inscripción.*- B) *Una propuesta de sentencia que devino en voto particular.*- C) *Una construcción jurisprudencial del interés del menor que se aparta de los criterios usualmente sostenidos en la materia.*- D) *La solución aportada por la STS de 14 de febrero de 2014 mediante la aplicación del artículo 10.3 del TRHA como modelo seguido por la jurisprudencia posterior.* 2. La Sentencia del Tribunal Constitucional 28/2024, de 27 de febrero.- A) *El auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de mayo de 2019.*- B) *La estimación parcial del recurso de amparo.*- C) *El equívoco subyacente en la comprensión del interés del menor invocada en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño.*- D) *El voto particular.*- a) *El interés del menor.*- b) *Significado constitucional de la gestación por sustitución.*- c) *Distinción entre gestación por sustitución altruista y no altruista.* 3. La STS de 25 de marzo de 2025.- 4. La Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28 de abril de 2025 para adaptar su criterio a la doctrina del Tribunal Supremo.- II. DIVERSOS ENFOQUES ANTE LA NECESARIA REFORMA EN MATERIA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.- 1. Diseños legislativos alternativos.- 2. La propuesta del Ministerio de Igualdad de abril 2025. Prohibición absoluta del inscripción a favor del padre biológico.- A) *Bases conceptuales para la comprensión del artículo 10.3 de la LTRHA en contraste con la propuesta del Ministerio de Igualdad.* B) *Una instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública que no implementa la desconexión legal con la paternidad biológica anunciada por el Ministerio de Igualdad.* 3. *¿Cabe advertir una inconsistencia interna en el artículo 10 de la LTRHA?*- 4. Dos enfoques legislativos alternativos para una reforma necesaria.- A) *Propuesta “de lege ferenda” construida sobre el interés del menor como única consideración primordial.*- B) *Propuesta “de lege ferenda” construida sobre otras consideraciones primordiales.*- a) *La protección de la dignidad de la mujer como criterio prioritario para impedir su cosificación.*- b) *Análisis crítico de la iniciativa impulsada por el Ministerio de Igualdad en abril de 2025, relativa a la prohibición categórica de la inscripción registral de la filiación del padre biológico.* III. EL RECURSO A LA GESTACIÓN SUBROGADA COMO MEDIO PARA QUE UN VARÓN HOMOSEXUAL ACCEDA A LA PATERNIDAD BIOLÓGICA.- I. Consideración del interés superior del menor como punto de partida y eje central en la toma de decisiones.- 2. Un enfoque sustentado en consideraciones primordiales distintas del interés superior del menor.- A) *La protección de la dignidad de la mujer y su no cosificación como consideración primordial ¿La solución italiano-francesa-alemana como modelo a seguir?*- B) *Gestación por sustitución y vínculos jurídicos: el TEDH frente a las tentaciones de desvinculación radical entre menor y comitente.*- C) *Paternidad, orientación sexual y gestación por sustitución: el desarrollo de la personalidad del varón homosexual como consideración primordial en el acceso a la paternidad por maternidad subrogada.* 3. *¿Existe un derecho constitucional a la reproducción? El acceso del varón homosexual a la paternidad mediante gestación por sustitución.*- A) *Planteamiento de la cuestión.*- B) *El recurso a la interpretación evolutiva de la Constitución.*- 4. Una propuesta adaptada a la nueva realidad social.- IV. REFLEXIÓN FINAL.- V. CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN.

A veces, el sendero hacia la justicia se revela tortuoso y desafiante. Esto es especialmente cierto cuando en dicho camino encontramos obstáculos que parecen insalvables y que provienen de la propia ley o de criterios que se han interiorizado en la mente colectiva, criterios contra los que parece insano luchar. Cuando la justicia y la norma entran en conflicto, la seguridad jurídica suele

• José Manuel de Torres Perea

PTU de Derecho Civil, Universidad de Málaga. Correo electrónico: jmdetorres@uma.es

inclinan la balanza en favor de lo normativo. Así lo expresó con crudeza el célebre magistrado Oliver Wendell Holmes al afirmar: 'Hacer justicia no es mi trabajo, mi trabajo es aplicar la ley'¹.

Los tribunales españoles se han enfrentado en diversas ocasiones a este tipo de dilemas, en los que ceñirse a soluciones cautelosas y tradicionales conduce a auténticos callejones sin salida. Acude a mi memoria el célebre caso en que el Tribunal Supremo condenó a unos padres, miembros de la confesión de los Testigos de Jehová, por la muerte de su hijo al no facilitar una transfusión sanguínea; sin embargo, el Tribunal Constitucional acabó absolviéndolos al considerar que su actuación se hallaba amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa². Lo verdaderamente trágico del caso estriba en que fueron los propios médicos quienes, pese a contar con una orden judicial que autorizaba la transfusión, optaron por no llevarla a cabo al considerar inapropiado proceder ante el rechazo absoluto y vehemente manifestado por el menor, de tan solo trece años. Sin embargo, ni el Tribunal Supremo ni el Tribunal Constitucional se atrevieron a contemplar la posibilidad de que el menor hubiese actuado con la madurez suficiente dentro de los márgenes de su capacidad natural, conforme al artículo 162 del Código Civil entonces vigente. En su lugar, optaron por enredarse en la disyuntiva de declarar culpables a unos padres que, en realidad, no pudieron oponerse a la ejecución de la orden judicial, o bien absolverlos bajo el argumento de que el derecho a la propia libertad religiosa prevalecía sobre el derecho a la vida de otro. La profesora Santos Morón ha formulado una crítica lúcida y certera a estos pronunciamientos, que evidencian la parálisis a la que pueden llegar los órganos judiciales cuando se enfrentan a creencias profundamente arraigadas en la conciencia colectiva³.

Evoco este precedente porque el caso que ahora nos ocupa constituye otro ejemplo paradigmático de la dificultad de nuestros tribunales para afrontar de manera frontal determinadas cuestiones de gran calado. En lugar de ello, suelen optar por resguardarse bajo el amparo de postulados tradicionales, lo que los conduce a soluciones que distorsionan el derecho y evidencian la inviabilidad de satisfacer, de forma simultánea, todos los intereses en juego. La sanción de nulidad del contrato entre comitente y madre de gestación en el párrafo primero del artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (LTRHA)⁴ ha empujado a los tribunales a realizar auténticos ejercicios de funambulismo jurídico

1 DWORKIN, R.: *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p.11, cuenta la anécdota en la que el juez Lerner Hand se despidió diciendo: "Do justice, sir!", a lo cual contestó Oliver Wendell Holmes: "That is not my job. My job is to play the game according to the rules".

2 STC 154/2002, 18 julio, (RTC\2002\154), Ponente Pablo Manuel Cachón Villar, BOE 188/2002.

3 SANTOS MORÓN, M.J.: "Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002, de 18 de julio, *La Ley*, 2002, núm.7º pp.1634-1636.

4 Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA) 14/2016, de 26 de mayo, BOE n.126, art.10.1: "Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero."

en su intento de armonizar la rigidez normativa con soluciones justas para casos concretos que sean compatibles con el interés del menor.

De hecho, desde un primer momento, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, se ha reiterado la necesidad de que el legislador lleve a cabo una reforma del marco normativo vigente. En esta petición subyace el sentir de que el artículo 10 TRHA encierra una incongruencia al establecer en su tercer párrafo que “queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales” por contradecir lo dispuesto en el primer párrafo, al conferir efectos jurídicos a un acto que podría contradecir la sanción de nulidad del art.10.1, de forma que dicha nulidad quedaría desprovista de efectos jurídicos efectivos. ¿Qué sentido tendría declarar absolutamente nulo un contrato, para acto seguido prever que una vez realizado el efecto jurídico que produce pueda ser validado? Esta contradicción resultaría aún más problemática si se consideran los fundamentos que han llevado a calificar este tipo de contratos como contrarios al orden público, pues hasta el momento, la postura mayoritaria ha sido considerar que la gestación subrogada es manifiestamente inadmisibile y, por tanto, debe ser rechazada. Si la gravedad del hecho es tan considerable, no sería coherente que el ordenamiento previera una vía tan accesible para que el infractor pueda, *de facto*, eludir la sanción de nulidad del contrato entre comitente y madre de gestación, al conseguir que los efectos de dicho contrato queden validados por la ley.

Desde esta perspectiva al aplicar este precepto, los tribunales habrían incurrido en la contradicción que el propio texto legal encierra, viéndose forzados a ofrecer soluciones que rozarían la incongruencia y que, según algunos, bordearían el fraude de ley. Por tanto, el primer reto que se nos presenta es determinar si existe una incongruencia jurídica interna en el art. 10 LTRHA.

En el caso español, la cuestión reviste una complejidad particular por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque, como reza el adagio, ‘no se pueden poner puertas al campo’: desde la soberanía nacional no es posible imponer a otros Estados el cumplimiento de nuestras normas. Así, por más que la ley sancione con nulidad el contrato entre comitente y madre de gestación en España, su práctica continuará realizándose en otros países, permitiendo que ciudadanos españoles sigan accediendo a esta vía para alcanzar la paternidad. En segundo lugar, esta sanción de nulidad establecida por la normativa civil española no se ha visto respaldada por una sanción penal que disuada eficazmente su práctica; antes bien, la ausencia de consecuencias jurídicas de mayor calado ha hecho que la ciudadanía no perciba en la legislación vigente un verdadero impedimento fáctico para recurrir a la gestación por sustitución con fines reproductivos.

Los modelos italiano, francés o alemán, si bien pueden parecer extremos por la severidad de sus sanciones, se muestran coherente con el propósito de proteger el orden público frente a una práctica que implica la cosificación de la mujer. En este marco, la gestación por sustitución constituye en Italia un delito tipificado en el artículo 12 de la Ley 40/2004. Más aún, con la reciente aprobación de la Ley n.º 169, de 4 de noviembre de 2024, se ha reformado dicha norma para calificar la gestación subrogada como un delito de carácter universal, permitiendo que los ciudadanos italianos sean perseguidos penalmente incluso cuando incurran en esta conducta fuera del territorio nacional.⁵ No obstante, en España, aunque en teoría se comparte la misma preocupación y visión del problema que en Italia, se ha optado por una tentativa de conciliación entre los diversos intereses en juego, lo que ha derivado a una regulación que parece no ser satisfactoria⁶.

I. EVOLUCIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA DE 2006.

Como ya se ha señalado, la redacción del artículo 10 de la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRA) ⁷ resultaría ambigua, lo que ha motivado reiteradas solicitudes de reforma. En su formulación actual, podría interpretarse de modo que se validara una conducta considerada ilícita, lo cual desvirtuaría su finalidad. En consecuencia, sería preferible optar entre dos vías: regular expresamente la gestación por sustitución o impedir que el comitente obtenga el reconocimiento del menor, según la perspectiva desde la cual se critique el precepto. Desde estos planteamientos podría afirmarse que el tercer párrafo del

5 En noviembre de 2024, el Parlamento italiano aprobó una ley que califica la gestación subrogada como un “delito universal”, sancionable incluso cuando se lleva a cabo fuera del territorio nacional, aun en países donde dicha práctica es legal. La Ley n.º 169, de 4 de noviembre de 2024, consta de un único artículo que modifica el artículo 12 de la Ley n.º 40, de 19 de febrero de 2004. En particular, el apartado 6 del artículo reformado establece: “Quien, de cualquier forma, lleve a cabo, organice o publicite la comercialización de gametos, embriones o la gestación subrogada, será sancionado con una pena de prisión de tres meses a dos años y una multa de 600.000 a un millón de euros”. A este precepto se ha añadido un nuevo párrafo que dispone: “Si los actos mencionados en el periodo anterior, con referencia a la gestación subrogada, se cometen en el extranjero, el ciudadano italiano será castigado conforme a la ley italiana”.

Por su parte en Alemania el art. 1.7 de la Ley sobre protección de embriones, de 13 de diciembre de 1990 castiga con pena de cárcel de hasta tres años a quien emprenda la fecundación artificial o una transferencia de embrión a una mujer que esté dispuesta a entregar a terceros el niño después de su nacimiento, de modo permanente y en Francia la maternidad subrogada está prohibida por la Ley de bioética desde 1994 el Código igualmente tipifica la maternidad subrogada y sancionada por el art. 227-12 del Código Penal.

6 Así lo ha manifestado la doctrina de forma reiterada, por todos, CARRILLO LERMA, C. “Filiación de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación subrogada. Comentario a la STS de España, n. 1626/2024 de 4 de diciembre”, *Rev. Boliv. de Derecho*, n.39, pp. 737-738, cuando señala que se hace evidente la necesidad de una intervención legislativa urgente, ya que la simple declaración de nulidad de los contratos no basta para abordar adecuadamente la cuestión. Considera que corresponde al legislador decidir, con criterio bien fundamentado, si ha de permitirse o prohibirse la gestación subrogada en España, así como resolver las complejidades vinculadas al reconocimiento de resoluciones extranjeras, garantizando en todo momento la protección de los derechos fundamentales de los menores implicados.

7 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE 126/2006.

artículo actuaría como una norma de cobertura para eludir el mandato imperativo establecido en el primero.

Conforme a su redacción vigente el párrafo del art. 10 LTRHA dice que “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o un tercero.” Por tanto se trata de una nulidad absoluta, que, pese a lo que apuntado parte de la doctrina, ha de considerarse como una prohibición absoluta de la gestación por sustitución por ser considerada contraria al ordenamiento español.

El segundo párrafo de dicha norma establece que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. Esto implica que, siendo nulo de pleno derecho el contrato celebrado entre el comitente —si se trata de una persona individual— o los comitentes —en caso de tratarse de una pareja— y la madre gestante, la filiación del menor se atribuye jurídicamente a esta última. En consecuencia, la única filiación directamente inscribible en el Registro Civil español derivada de una gestación por sustitución es la existente entre el niño o niña nacido y la madre gestante.

No obstante, el tercer párrafo del artículo 10 de la LTRHA establece que “queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. De este modo, y a pesar de la prohibición categórica contenida en el primer párrafo, lo cierto es que el comitente, en tanto progenitor biológico, podrá finalmente ver reconocida e inscrita la filiación del menor mediante el correspondiente ejercicio de dicha acción⁸.

Por tanto debe analizarse si realmente existe una contradicción jurídica interna en el artículo 10 LTRHA, o si por el contrario la contradicción es solo aparente. En todo caso parece que subsiste un clamor a favor de una reforma legislativa cuya última expresión ha venido del Ministerio de Igualdad de España en abril de 2025, al anunciar su intención de modificar dicha disposición. A continuación, examinaremos la evolución de la gestación subrogada en España desde la entrada en vigor de la Ley 14/2006, para posteriormente analizar distintas propuestas “de lege ferenda” orientadas a una reforma integral de la materia. Una vez realizado este análisis, estaremos en condiciones de abordar la cuestión específica que nos

8 El artículo 96 de la Ley de Registro civil de 21 de julio de 2011 solo permite inscribir una resolución extranjera cuando no resulte “manifiestamente incompatible con el orden público español”, por tanto en cuanto que la prohibición de la maternidad por subrogación puede ser entendida parte de dicho orden público, mantendría el vigente status quo. Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, núm. 4º, p. 357, autor que refiere que la nulidad prevista en el art. 10.1 LTRHA sería por ilicitud de la causa, por lo que ninguna de las partes tendría legitimación para reclamar la restitución de las prestaciones ejecutadas (p. 351).

ocupa: el acceso de personas homosexuales, o de parejas del mismo sexo, a la paternidad biológica mediante la gestación subrogada.

1. El punto de partida la STS de 6 de febrero de 2014 y su voto particular.

A) *La impugnación del criterio de la DGRN a favor de la inscripción.*

Esta línea jurisprudencial en el ámbito español encuentra su origen en la paradigmática sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014⁹, la cual estableció el criterio que, hasta el día de hoy, continúan siguiendo nuestros tribunales. Esta doctrina ha sido especialmente consolidada por la jurisprudencia posterior¹⁰. En esta STS el Alto Tribunal confirmó la decisión previa de la Audiencia Provincial, la cual contradecía el criterio sostenido por la entonces Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), favorable a la inscripción de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución celebrado con una madre gestante en Estados Unidos, a favor de la pareja contratante de nacionalidad española, conformada por dos hombres. La decisión concluyó que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) de 18 de febrero de 2009¹¹ vulneraba el orden público internacional español, en la medida en que este se encuentra configurado, en el presente caso, por el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA)¹² Según

9 STS 6 febrero 2014 (RJ\2014\907), Ponente: Rafael Saraza Jimena. Los hechos fueron como sigue: Estanislao y Ginés, pareja homosexual casada y domiciliada en Valencia, firmaron en California un contrato de gestación subrogada con una mujer que aceptó ser la madre gestante. La legislación californiana permite este tipo de acuerdos, y tras el nacimiento de dos niños en 2008, se les reconoció como padres legales mediante certificado registral. Sin embargo, el Registro Consular de España en San Diego denegó la inscripción de dicho certificado, al considerar que violaba el artículo 10 de la LTRHA, que prohíbe los contratos con madres gestantes. Estanislao y Ginés recurrieron ante la DGRN, que revocó la decisión consular y ordenó la inscripción de la filiación, alegando protección del interés superior del menor y ausencia de vulneración del orden público. También sostuvo que denegarla supondría discriminación por razón de género. El Ministerio Fiscal impugnó la resolución ante los tribunales, alegando que sí se vulneraba el orden público español. La DGRN y la pareja defendieron la legalidad del reconocimiento. La sentencia dictada por el juez de primera instancia fue favorable al demandante. En ella se revocó la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) y se ordenó la cancelación de la inscripción registral de la filiación de los dos menores. Frente a esta decisión, Estanislao y Ginés interpusieron recurso ante la Audiencia Provincial, la cual desestimó su apelación. Ante dicha resolución, la pareja acudió en casación al Tribunal Supremo, alegando la vulneración del artículo 14 de la Constitución Española —que consagra el principio de igualdad—, así como del principio del interés superior del menor. Argumentaron que la certificación emitida en California no infringía el orden público español, ya que, si bien la legislación nacional prohíbe la celebración de contratos de gestación por sustitución, no impide la inscripción de la filiación derivada de los mismos. Finalmente, el Tribunal Supremo desestimó el recurso y confirmó la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

10 Destacan las recientes STS 31 marzo 2022, (RJ\2022\1190), Ponente Rafael Sarazá Jimena, STS 16 mayo 2023, (RJ\2023\2751) Ponente Rafael Sarazá Jimena y STS de 4 de diciembre de 2024, (JUR\2024\451378) Ponente Rafael Sarazá Jimena.

11 RDGRN de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009\1735). De hecho posteriormente la entonces DGRN, mediante la Instrucción de 5 de octubre de 2010 (BOE 7 octubre), estableció los criterios para inscribir en el Registro Civil español los nacimientos en el extranjero por gestación subrogada cuando uno de los progenitores es español.

12 Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (BOE 126/2006). Art. 10: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o un tercero. La filiación de los hijos

el Tribunal, dicha resolución atentaba contra la dignidad de la mujer y cosificaba al menor, al convertirlo en objeto de una dinámica de mercantilización incompatible con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español.

B) Una propuesta de sentencia que devino en voto particular.

Curiosamente, en un primer momento, el magistrado ponente de la sentencia, don Antonio Seijas Quintana, había avalado en su propuesta inicial la postura de la DGRN. Su razonamiento se apoyaba en la prevalencia del interés superior del menor, consagrado en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), lo cual —según su interpretación— exigía neutralizar la aplicación estricta del artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA). Esto se debía a que la aplicación del art. 10 LTRHA conforme a su tenor literal, en el caso concreto, conducía a un resultado absolutamente incompatible con dicho interés: que los menores quedasen en situación de apátridas y sin filiación reconocida, al no admitir ni el ordenamiento jurídico español ni el californiano la existencia de un vínculo familiar entre dichos menores y sus progenitores nacionales. De esta forma Seijas Quintana comprendía el interés del menor como una cláusula general, en la forma que hemos expuesto en otro sitio siguiendo a Miquel González, pues en sus propias palabras: “El interés del menor puede mover montañas.”¹³

Sin embargo, dicha propuesta no fue respaldada por la mayoría del Pleno, quedando relegada a voto particular. Voto al que se adhirieron los magistrados José Ramón Ferrándiz Gabriel, Francisco Javier Arroyo Fiestas y Sebastián Sastre Papiol. Finalmente, la ponencia de la sentencia recayó en el magistrado don Rafael Saraza Jimena, quien, al asumir su redacción, estableció la doctrina que, hasta la fecha, continúa vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

C) Una construcción jurisprudencial del interés del menor que se aparta de los criterios usualmente sostenidos en la materia.

Como se ha indicado, el finalmente magistrado ponente procuró armonizar la aplicación de la norma vigente con la necesidad de evitar una situación de desprotección para el menor. Esta tensión le llevó a seguir la solución ofrecida por el párrafo tercero del art. 10 LTRHA, así como a fundamentar su decisión en normas distintas de aquellas que, con carácter general, había venido empleando el Tribunal Supremo en materia de menores a lo largo de las dos últimas décadas. No obstante, esta modificación en el anclaje normativo ha pasado prácticamente

nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

13 DE TORRES PEREA, J.M.: “Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial”, *Diario La Ley*, 2016, núm. 8737°, 8 de abril de 2016, ref. D-147 pp.1143-1153.

inadvertida para la doctrina española. Solo ahora, una década después de dictada la sentencia, comienzan a emerger voces que propugnan sustituir el criterio tradicional por este enfoque alternativo.

En este sentido, cabe destacar un hecho particularmente revelador: el magistrado Rafael Saraza Jimena, al redactar la sentencia, omitió por completo dar relevancia al art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM). Por el contrario, en su fundamento jurídico quinto, la sentencia transcribe de forma íntegra y literal el contenido del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España. El texto citado reza: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». Por ello, resulta llamativa la ausencia de cualquier mención expresa al artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), que consagra dicho principio en el derecho interno español. La sentencia se limita a una alusión tangencial a esta ley, eludiendo su cita directa y dejando así en un segundo plano su relevancia normativa.

La diferencia esencial radica en que, mientras el texto de la legislación española consagra el interés superior del menor como “*la*” consideración primordial que debe prevalecer en caso de conflicto de intereses, el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño lo presenta como “*una*” consideración primordial.

Resulta particularmente relevante el proceso de elaboración de dicho precepto convencional —materia a la que he dedicado el capítulo publicado con la editorial Routledge—¹⁴. En efecto, en la redacción de la propuesta inicial se proponía que el interés del menor fuera considerado “*la*” consideración primordial. No obstante, tras un intenso debate en el que un grupo significativo de Estados partes expresó su oposición a dicha formulación, al considerar que restringía de forma excesiva la discrecionalidad judicial, se alcanzó finalmente un compromiso, mediado por Canadá. El resultado fue la redacción actualmente vigente, que reconoce el interés del menor como “*una*” consideración primordial, susceptible de concurrir con otras igualmente relevantes. De este modo, corresponde al juez, en cada caso concreto, ponderar cuál de ellas debe prevalecer en atención a las circunstancias específicas del supuesto enjuiciado.

Consideramos que la omisión expresa del artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), junto con la reproducción literal del artículo

14 DE TORRES PEREA, J.M.: “Best interest of the child ‘A’ or ‘the’ primary consideration?, en AA.VV.: *The Routledge International Handbook of Shared Parenting an Best Interest of the Child* (coord. J.M. DE TORRES PEREA), Routledge-Taylor and Francis Inc., London, 2021, pp. 51-62.

3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, no responde a una mera casualidad, sino que obedece a una decisión deliberada por parte del órgano sentenciador. Tal elección permite, en efecto, abrir la puerta a la introducción de otras posibles “consideraciones primordiales” en conflicto, como así confirma la propia argumentación de la sentencia.

De hecho en el Fundamento Jurídico tercero de la sentencia se refiere que: “Pero junto a ello, en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población.” Este pasaje pone de relieve el motivo subyacente de la decisión judicial, que no es otro que evitar la mercantilización y cosificación tanto de la mujer gestante como del propio menor. Es esta, en realidad, la consideración primordial que orienta el fallo, la cual, en el caso concreto, se antepone de forma explícita al otro interés en juego: el interés superior del menor. La sentencia, por tanto, opta por privilegiar la protección de la dignidad humana frente a la prevalencia automática del principio del interés del niño, evidenciando así una ponderación de valores en conflicto y un alejamiento de la línea tradicional del Tribunal Supremo. En efecto, en el punto 7 del fundamento jurídico quinto de la sentencia, se sostiene que, conforme al artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el interés superior del menor constituye *una* consideración primordial que debe ser tomada en cuenta por los tribunales y por todas las instituciones públicas y privadas en las medidas que afecten a la infancia. Sin embargo, el Tribunal Supremo puntualiza que, más allá de la necesidad de concretar dicho principio conforme a los criterios establecidos en la legislación sectorial, este no constituye el único elemento relevante en el proceso decisorio.

En esta línea, el Alto Tribunal aclara que pueden concurrir otros bienes jurídicos cuya relevancia exige una ponderación conjunta con el interés del menor. A título ilustrativo, señala algunos de especial trascendencia en el caso concreto: el respeto a la dignidad y a la integridad moral de la mujer gestante; la prevención de situaciones de explotación derivadas del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza; y la necesidad de evitar la mercantilización tanto del proceso de gestación como del vínculo de filiación.

Finalmente, se subraya que todos estos principios encuentran sólido respaldo en los textos constitucionales del ordenamiento jurídico español, así como en los de su entorno comparado, y en diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, en particular aquellos referidos a la infancia y a las relaciones familiares¹⁵.

Lo cierto es que, en materia de gestación por sustitución, nuestros tribunales continúan acogiendo esta línea jurisprudencial iniciada por la STS de 6 de febrero de 2014, que se apartó de la doctrina tradicional al no otorgar un reconocimiento exclusivo al interés superior del menor como consideración primordial en todas aquellas cuestiones que le afecten directamente. Podemos destacar la STS de 16 de mayo de 2023¹⁶ en la que expresamente se refiere que: “el interés del menor no puede identificarse genéricamente con la estimación de cualquier acción de filiación que se ejercite, pues es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo)”¹⁷. Igualmente resulta relevante la STS de 4 de diciembre de 2024¹⁸, que refiere que: “El interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación. Es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo)”.

15 Esta interpretación del interés superior del menor, que se aleja de forma significativa del criterio tradicionalmente sostenido por el Tribunal Supremo en esta materia, ha pasado, de forma llamativa, prácticamente inadvertida para la doctrina. No obstante, ha sido recogida por DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Notas sobre”, cit., p.355.

16 STS de 16 de mayo de 2023, (RJ\2023\2751), Ponente Rafael Sarazá Jimena.

17 Se trata de una sentencia de gran repercusión mediática, en la que un conocido cantante mantenía un litigio con su expareja sentimental. Inicialmente, se solicitó que se determinara la paternidad no matrimonial de este último respecto de dos hijos nacidos mediante gestación subrogada con material genético del cantante, y, recíprocamente, la del cantante respecto de otros dos hijos concebidos con material genético de su expareja. El Tribunal Supremo lo desestimó, alineándose con una línea jurisprudencial contraria a reconocer la posesión de estado como título hábil para la determinación de la filiación en este tipo de supuestos. Esta sentencia ha sido analizada con detenimiento por DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *El derecho de familia hoy: Nuevas tendencias legales y jurisprudenciales*, Reus, Madrid, 2025, p. 99, quien subraya cómo el Alto Tribunal rechaza también que la filiación, respecto de quienes no son padres biológicos, pueda establecerse mediante una invocación genérica al principio del interés superior del menor. En este sentido, la sentencia afirma que “ni una anterior convivencia establecida voluntariamente y amparada por acuerdos alcanzados por las partes, ni una invocación genérica e interesada del principio del interés del menor, justifican que se puedan establecer unas paternidades, con el conjunto de derechos y obligaciones que ello comporta, que carecen de cobertura legal”. En todo caso, el rechazo de la posesión de estado en materia de maternidad subrogada y la negación de la aplicación del interés del menor no terminan de casar con la facilidad con la que se ha admitido el reconocimiento de complacencia del menor por el Tribunal Supremo (Vid. STS de 15 de julio de 2016, Sentencia 494/2016, Rec.1290/2015, ponente: Fernando Pantaleón Prieto, RJ\2016\3196).

18 STS de 4 de diciembre de 2024, Ponente Rafael Sarazá Jimena, Rec.7904/2023, JUR\2024\451378.

No obstante, tal como se ha señalado anteriormente, en fechas recientes han comenzado a alzarse voces que abogan por redefinir el interés superior del menor como *una* consideración primordial —y no *la* única—. Este giro interpretativo abre paso a una mayor discrecionalidad judicial, permitiendo ponderar, en cada caso concreto, otros intereses concurrentes al momento de resolver sobre cuestiones que afecten a menores. En esta línea, cabe destacar la propuesta que se realiza desde posiciones sociológico-jurídicas orientada a sustituir la primacía del interés del menor por el principio de igualdad de género en el ámbito de la custodia compartida¹⁹, así como el contenido del voto particular formulado en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional²⁰.

D) La solución aportada por la STS de 14 de febrero de 2014 mediante la aplicación del artículo 10.3 del TRHA como modelo seguido por la jurisprudencia posterior.

Sentado lo anterior, resta por abordar una cuestión crucial contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, cuyo tratamiento ha marcado decisivamente la evolución jurisprudencial en esta materia. Nos referimos a la voluntad del Tribunal de mitigar la situación de desprotección en la que quedaban los menores como consecuencia de una aplicación estricta y literal del párrafo primero del art.10 LTRHA al optar por aplicar la medida prevista en el párrafo tercero de dicha norma. De hecho, en el párrafo séptimo del fundamento jurídico tercero, se sostiene que, si bien la vinculación de la situación jurídica controvertida con el ordenamiento extranjero cuya resolución se pretendía hacer valer resultaba claramente artificiosa —producto de una “huida” deliberada por parte de los solicitantes del marco normativo español, el cual declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución y no reconoce vínculo de filiación alguno entre los padres comitentes o intencionales y el menor nacido como resultado de dicho contrato—, no obstante, informaba el tribunal, permanece abierta para la parte recurrente la vía de instar el reconocimiento de la paternidad en su condición de progenitor biológico.

La sentencia intenta mitigar la situación en la que queda el menor proponiendo obtener el reconocimiento de la filiación a través de una vía alternativa, es decir, aprovechar el hecho de que uno de los miembros de la pareja contratante es el

19 En esta línea, MORAGA GARCÍA, M. A.: “Igualdad y custodia compartida”, en AA.VV.: *Igualdad y democracia: El género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino* (coord. M.A. MORAGA GARCÍA), Cortes Valencianas, 2014, p.483; y SOLSONA PAIRÓ, M., AJENJO COSP, M., BRULLET TENAS, C. y GÓMEZ-CASILLAS, A.: *La custodia compartida en los tribunales ¿Pacto de pareja? ¿Equidad de género?*, Ulzama, Navarra, 2020, pp.165-166.

Vid. DE TORRES PEREA, J.M.: “El debate sobre la igualdad de género como consideración primordial al decidir sobre la custodia compartida y su posible impacto en los derechos de familia español e italiano., III Congreso italo-español de Derecho de Familia, “Derecho de Familia y responsabilidad civil”, *Iura & Legal System*, revista de la Università degli Studi di Salerno, 2024, núm. XI. 2024/4, -C-(4) pp.84-103. https://www.unisa.it/uploads/14960/interventi_24_4_ivone.pdf.

20 Voto particular formulado por la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, 28/2024, de 27 de febrero de 2024, Rec.5067/2019, JUR\2024\80643.

progenitor biológico del menor. A partir de ahí, el siguiente paso resulta evidente: su cónyuge podría instar la adopción del menor en su condición de consorte del padre biológico. De este modo, a través de la *cross-border surrogacy* se consigue un resultado que parece eludir la aplicación del artículo 10.1 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), lo cual se podría interpretar en el sentido de entender que se alcanza por una vía indirecta un resultado que el legislador expresamente veta al sancionar con nulidad el contrato entre comitente y madre de gestación mediante el reconocimiento de la filiación entre el menor nacido mediante gestación por sustitución y los comitentes²¹.

A este respecto, Adolfo Lucas Esteve señala que el art.10.1 no prohíbe literalmente la maternidad subrogada, sino que declara nulo el contrato que da lugar a ello, lo cual, estima, es algo distinto. Considera que no es lo mismo vulnerar una norma prohibitiva de carácter imperativo que sortear una norma que declara nulo un negocio jurídico privado, siendo la principal diferencia para él, el hecho que la declaración de nulidad no evita el nacimiento del niño.²² No obstante, al examinar la motivación que ha llevado al legislador a sancionar con nulidad este tipo de contratos, se advierte que subyace una voluntad clara de proteger la dignidad de la mujer y evitar que sea objeto de mercantilización o cosificación. En este sentido, la nulidad se configura como una medida orientada a salvaguardar el orden público español, partiendo de la premisa de que tales contratos pueden vulnerarlo. En consecuencia, la nulidad implica y presupone la prohibición de estas prácticas. Así lo ha entendido reiteradamente tanto la doctrina como la jurisprudencia, que hacen referencia expresa a dicha prohibición legal²³. Resulta, por tanto, insostenible mantener que del tenor del artículo 10.1 de la LTRHA no se derive una prohibición, si bien es discutible que proceda aplicar la lógica del fraude de ley en este ámbito, tal como señala parte de la doctrina²⁴.

21 Por último, cabe señalar que la doctrina establecida por la STS 6 febrero 2014, (RJ\2014\907), Ponente: Rafael Saraza Jimena, ha sido confirmada a raíz de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Menesson, Labassee, Paradis y Campanelli y Valdís Fjölfnisdóttir*, así como por el Auto del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015. En este último, se abordó el supuesto de un menor nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución encargada por una pareja homosexual. En dicho caso, se admitió el reconocimiento de la filiación a favor del padre biológico tras acreditarse el vínculo genético, de conformidad con el artículo 124 del Código Civil, y posteriormente se autorizó la adopción por parte de la pareja del progenitor biológico al amparo del artículo 176.2.2.º del mismo cuerpo legal.

22 LUCAS ESTEVE, A: "La gestación por sustitución: derechos e intereses en conflicto", en AA.VV.: *La gestación por sustitución*, (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 47.

23 Por todos, CERVILLA GARZÓN, M. D.: "Gestación subrogada y dignidad de la mujer", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, núm. 9º, p. 2, quien señala que "A pesar de algunas voces en la doctrina que mantienen lo contrario, el art. 10 de la LTRHA contiene una auténtica prohibición de la gestación por subrogación en el ordenamiento jurídico español en la misma línea que algunos países de nuestro entorno." A mayor abundamiento señala que: "Es evidente que en la redacción del precepto no figura el término "prohibir", pero también lo es, para cualquier jurista que se precie, que una norma es prohibitiva no porque así lo indique su enunciado. Basta que, bien por la redacción del supuesto de hecho y/o por las consecuencias que de la realización del mismo se dimanen (como es el caso que nos ocupa), se desprenda la voluntad del legislador de evitar que el comportamiento no permitido tenga lugar."

24 PÉREZ TENA, S. afirma que este supuesto se cumplen los tres requisitos esenciales para considerar el acto en fraude de ley: manipulación de una norma de conflicto (art.9.4 CC), intención de eludir la Ley que

De hecho esta doctrina establecida por el llamado “caso 0” en materia de maternidad subrogadas, es decir, la STS de 6 de febrero de 2014, ha sido seguida por el Tribunal Supremo en los pocos pronunciamientos que ha dado sobre maternidad subrogada en los últimos años, podemos hacer referencia a las sentencias de STS de 2 de febrero de 2015²⁵, 31 de marzo de 2022²⁶, STS de 16 de mayo de 2023²⁷, 4 de diciembre de 2024²⁸, 17 de septiembre de 2024²⁹ y finalmente la STS de 25 de marzo de 2025³⁰, (esta última la analizamos separadamente para tratar el nuevo enfoque que aporta)

Sentencias de la sala de lo Civil del TS que si bien de forma reiterada sancionan la absoluta nulidad del contrato de maternidad subrogada, sin embargo coinciden en prever que el comitente biológico pueda acceder a inscripción de su paternidad reclamándola conforme a los cauces previstos³¹. Por su parte la sala de lo Social del TS se ha pronunciado reiteradamente sobre esta cuestión desde una perspectiva distinta sin ver objeciones en que se otorguen prestaciones sociales

2. La Sentencia del Tribunal Constitucional 28/2024, de 27 de febrero.

A) *El auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de mayo de 2019.*

Tal como se ha puesto de manifiesto en el párrafo anterior, la doctrina que ha seguido el TS a partir de la sentencia de 6 de febrero de 2014 en materia de maternidad subrogada al aplicar el art. 10.1 LTRHA da prioridad a la dignidad de la mujer sobre el interés del menor por considerar inaceptable las consecuencias que conllevan estas prácticas, al considerar que generan procesos de mercantilización y cosificación tanto de la mujer gestante como del menor, contrarios al orden público y a los valores fundamentales del ordenamiento jurídico español. No obstante, conforme al art. 10.3 LTRHA se prevé que el progenitor biológico pueda reconocer

debería se aplicable (art. 10.1 LTRHA) y el carácter imperativo de esta ley. PÉREZ TENA, S.: “La gestación por sustitución en España: ¿Fraude de Ley?, en AA.VV.: *La gestación por sustitución* (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 330.

25 STS 2 febrero 2015, (RJ\2015\141), ponente Rafael Sarazá Jimena.

26 STS 31 marzo 2022, (RJ\2022\1190), Ponente Rafael Sarazá Jimena.

27 STS 16 mayo 2023, (RJ\2023\2751) Ponente Rafael Sarazá Jimena.

28 STS 4 diciembre 2024, (JUR\2024\451378), ponente: Rafael Sarazá Jimena.

29 STS 17 septiembre 2024, (JUR\2024\291842), ponente Rafael Sarazá Jimena.

30 STS 25 marzo 2025, Ponente Rafael Sarazá Jimena, 496/2025, Rec.5545/2024. Tirant Numroj: STS 1262:2025. Ecli: ES:TS:2025:1262.

31 Por tanto, la doctrina el TS posibilita la inscripción de la filiación a favor del comitente cuando es el progenitor biológico, mediante el reconocimiento; sin embargo, no lo admite cuando no media vínculo genético entre comitente y menor nacido de gestación subrogada. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *El derecho de familia*, cit., p.101, comparte esta doctrina, al considerar que no puede recurrirse al principio del interés superior del menor como fundamento automático para establecer una relación de filiación con quien no es su progenitor biológico. Afirma que dicho principio debe ser valorado atendiendo a las circunstancias concretas del caso, por lo que no sería equiparable, otorgar eficacia jurídica a una relación de hecho consolidada en el seno de una familia armónica que favorece el desarrollo del menor, a constituir una filiación legal con una persona con la que no existen vínculos genéticos.

al hijo y finalmente lograr la inscripción de su filiación. Esto puede parecer ambiguo o incongruente³², en esta línea la Audiencia Provincial de Madrid en el auto de 30 de mayo de 2019³³ ha dado un nuevo paso en este proceso. Dicho auto señala al denegar la constitución del vínculo adoptivo entre un menor nacido por gestación por sustitución y la esposa del padre biológico que: “la constatada realidad de la posibilidad de fraude en la atribución de la paternidad derivada del propio contrato suscrito, como es el caso citado, advierten contra la asunción acrítica de su contenido y consecuencias, y permiten rechazar el establecer esa atribución de paternidad, bien sea directamente, bien para derivar del mismo consecuencias jurídicas de cualquier orden, de forma que el criterio jurídico a seguir habrá de ser el de negar cualquier valor a dicho contrato respecto de la determinación de la filiación del presunto padre sustentada en el mismo, considerado nulo por ser contrario al orden público español, y, en consecuencia, de oposición a la adopción instada que se pretenda sustentar en cualquier referencia a dicho documento.” A mayor abundamiento, la Audiencia afirmó que los contratos de gestación por sustitución eran contrarios al sistema de derechos y libertades reconocido tanto por nuestra Constitución como por los principales tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por España.

Así, la Audiencia de Madrid acogió el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, que, en términos generales, sostenía que “la prohibición establecida en el artículo 10 de la LTRHA conlleva la nulidad absoluta de los contratos de gestación por sustitución, disponiendo que la filiación del niño nacido por dicho proceso será determinada por el parto. Asimismo, se establece que, aunque se preserve el derecho de reclamación de paternidad del padre biológico, el caso en cuestión se presenta como un fraude internacional de ley, que debe ser sancionado por analogía conforme al artículo 6.4 del Código Civil, aplicando la norma material que se ha intentado eludir.”

Lo cierto es que la ya señalada incongruencia en la vigente redacción del art.10 LTRHA sirve como incentivo y justificación para que estas prácticas ilegales continúen realizándose sin pudor alguno, sin consecuencias jurídicas significativas. Cabe preguntarse si para este viaje hacen falta tantas alforjas. A partir de ahí es coherente sostener que si la propia ley permite al infractor sanar los efectos de su contravención, igualmente debería permitirse que su cónyuge pudiera acceder a la adopción del menor. Si se permite lo uno, parece que también debería admitirse

32 Lo puse de manifiesto en, “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *Diario La Ley*, nº 8281, 2014.

33 Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección vigesimocuarta, de 30 de mayo de 2019, el cual revocó la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 28 de Madrid, que había estimado la solicitud de una mujer para constituir un vínculo adoptivo con un menor nacido mediante gestación subrogada en Ucrania, en virtud de un contrato en el que su esposo figuraba como comitente y había aportado su material genético para la fecundación.

lo otro, y a sensu contrario, si se prohíbe lo uno, parece lógico que también se prohíba lo otro.

No obstante, el Ministerio Fiscal en un primer momento no planteó objeción alguna respecto a que el padre biológico obtuviera el reconocimiento legal de su paternidad en relación con el menor nacido mediante técnicas de reproducción humana asistida, o que una vez en España la pudiera obtener ejerciendo la acción de reclamación de paternidad. Lo cierto es que ni la filiación a favor del padre biológico inscrita en el Registro Consular de España en Kiev, ni la filiación que se acreditaba, fueron impugnadas. El Ministerio Fiscal solo cuestionó su validez al recurrir la decisión del Juez de Primera Instancia, alegando que no procedía la aplicación del artículo 120 del Código Civil por considerar fraudulenta la filiación derivada del contrato³⁴. No obstante, informaba que el presunto padre “debía acudir a las vías oportunas para determinar el vínculo biológico conforme a nuestro ordenamiento y, una vez determinada la filiación con el esposo, podría instarse la adopción por su cónyuge”.

La Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso interpuesto, afirmando que la filiación únicamente puede determinarse a través de los medios legalmente previstos en el artículo 113 del Código Civil, entre los cuales no se incluye la mera inscripción en el Registro Civil. Asimismo, declaró la nulidad absoluta del contrato celebrado y advirtió la posible existencia de un fraude en la atribución de la paternidad derivada, aunque fuera de manera indirecta, de dicho contrato. No obstante, dejó abierta la vía para la determinación del vínculo biológico mediante el ejercicio de una acción de reclamación de paternidad, tras la cual podría instarse eventualmente la adopción. Se reiteran, en definitiva, los argumentos previamente esgrimidos por el Ministerio Fiscal, por lo que doy por reproducidas mis objeciones anteriores.

Estimo que, en este caso, ni el Ministerio Fiscal ni la Audiencia Provincial abordaron el fondo del asunto. Si, en realidad, lo que subyace es una vulneración del orden público y un trato indigno —casi vejatorio— hacia la mujer, cualquier solución que pueda interpretarse como un estímulo a la perpetuación de estas prácticas debería ser desechada. En este sentido, parece que quizá la respuesta más prudente y coherente sería que el legislador sancionará penalmente la práctica de la gestación por sustitución, como se ha expuesto con anterioridad.

34 Cabe señalar que fueron dos los menores nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida, en virtud de contrato celebrado con un mismo comitente, que aportó su material genético. No obstante, la solicitud de adopción por parte de la esposa del comitente se presentó de manera separada ante dos órganos judiciales distintos, lo que dio lugar a decisiones dispares: en uno de los procedimientos, el Ministerio Fiscal se opuso a la constitución de la adopción, mientras que en el otro no formuló objeción alguna.

B) La estimación parcial del recurso de amparo.

Contra esta decisión se planteó incidente de nulidad de actuaciones, que fue inadmitido a trámite. La demanda de amparo -presentada por la esposa, siendo su esposo coadyuvante actuando en su nombre y en el de sus dos hijos menores- fue admitida a trámite por el Tribunal Constitucional por considerar que el recurso de amparo planteaba un problema o afectaba a una faceta de un derecho constitucional sobre el que no había doctrina por el Tribunal Constitucional³⁵. De hecho, el Tribunal estimó como núcleo central de la demanda de amparo la eventual lesión del derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho, en relación con el reconocimiento a la filiación, concebido como uno de los aspectos esenciales que configuran la identidad de la persona (art.10 CE), y con la protección de la familia y los niños (art.39 CE).

El Tribunal Constitucional consideró que la resolución judicial impugnada adolecía de graves quiebras lógicas en su fundamentación, las cuales impedían sostener válidamente las conclusiones alcanzadas. Además, observó que no se había justificado de manera suficiente la decisión adoptada ni a la luz del interés superior del menor involucrado, ni en relación con los valores constitucionales en juego. En particular, la Audiencia Provincial había pasado por alto que, conforme al artículo 113 del Código Civil, la filiación puede acreditarse, entre otros medios, mediante la inscripción en el Registro Civil, cuyos asientos gozan de presunción de veracidad e integridad. En este caso concreto, no se había ejercitado acción alguna de impugnación de la filiación paterna, la cual constaba debidamente inscrita. Por ello, el tribunal concluyó que la Audiencia incurrió en una motivación manifiestamente irrazonable al poner en duda esa filiación y derivar de dichas dudas la denegación de la adopción solicitada. Igualmente se consideró que la decisión judicial impugnada estaba insuficientemente motivada en el interés superior del menor, al que a duras penas se refería el texto del auto.

Por todo ello, el Tribunal estimó parcialmente el recurso de amparo, al considerar que se había vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución. Dicha vulneración se produjo como consecuencia de la insuficiencia en la motivación de la resolución impugnada, afectando tanto a la construcción de la identidad del menor —protegida por el artículo 10 CE— como a los vínculos familiares consolidados con la recurrente, en virtud del artículo 39 CE. En efecto, el menor convivía con ella y había establecido un lazo afectivo sólido y significativo³⁶. En consecuencia, el Tribunal Constitucional

35 STC, Pleno, Sentencia 28/2024, de 27 de febrero, (JUR\2024\806438) Ponente: Inmaculada Montalbán Huertas.

36 En la sentencia se incluye un informe psicosocial del expediente de adopción que evalúa positivamente el entorno del menor. Se concluye que vive en un núcleo familiar estable junto a su padre biológico y la solicitante de adopción desde su nacimiento. El informe destaca la voluntad compartida del matrimonio

declaró la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas —tanto el auto como la posterior inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones—, quedando firme el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia n.º 28 de Madrid, que acordó la constitución del vínculo adoptivo.

C) El equívoco subyacente en la comprensión del interés del menor invocada en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La presente sentencia del Tribunal Constitucional reviste especial relevancia, en tanto constituye un hito en la evolución de esta materia. No se pronuncia, sin embargo, sobre la denegación de la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y filiación de un menor basada en certificaciones expedidas por un registro extranjero, ni sobre la negativa a inscribir relaciones de filiación declaradas por tribunales foráneos. Su objeto se centra, más bien, en la denegación del establecimiento de un vínculo adoptivo entre un menor nacido mediante gestación por sustitución y la esposa del comitente que aportó su material genético. Al no tratarse, por tanto, de valorar la validez de una resolución extranjera, sino de examinar si concurren los requisitos para que prospere una adopción conforme a nuestro ordenamiento, el Tribunal Constitucional reafirma el criterio tradicional: el interés superior del menor como principio rector y decisorio prevalente. Sin embargo lo hace fundando su razonamiento jurídico en dos anomalías: (1) La primera es que en vez de recoger como norma de fundamento del interés del menor el artículo segundo de la LOPJM, recoge a tal fin, el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989, artículo que cita expresamente. (2) La segunda anomalía es precisamente la cita de este artículo, que por se transcribe mal atribuyéndole un significado radicalmente opuesto al que realmente tiene, pues en la sentencia se recoge, cit: lit.: “En relación con esta materia, procede recordar que numerosos pronunciamientos de este tribunal subrayan que “el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, según lo previsto en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño” (FJ.5.c). Tal como hemos analizado anteriormente, el texto correcto de este artículo 3.1 de la Convención refiere que el interés superior del menor es “una” consideración primordial, por los motivos ya expuestos, lo cual, conforme al proceso de elaboración de la norma, da un significado diametralmente opuesto al que quiere deducir el Tribunal Constitucional.

de ejercer funciones parentales tras recurrir a la gestación por sustitución. Se señala que cuentan con recursos económicos y capacidades afectivas y educativas adecuadas. Finalmente, considera que la potencial adoptante reúne las condiciones necesarias para ejercer responsablemente la patria potestad.

D) El voto particular.

No obstante, la verdadera relevancia de esta sentencia radica en el voto particular formulado por la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón, quien considera que la decisión del Pleno invisibiliza el problema estructural que persiste en el ordenamiento jurídico español respecto al fenómeno de la gestación por sustitución. A su juicio, se trata de una oportunidad desaprovechada para establecer los fundamentos que permitan trasladar al ámbito constitucional una definición coherente del orden público en los supuestos de gestación por sustitución llevada a cabo fuera de España, mediante un necesario ejercicio de ponderación entre los valores constitucionales en juego. En efecto, este voto particular ofrece claves interpretativas valiosas que pueden contribuir a esclarecer el complejo escenario en el que se encuentran nuestros tribunales desde la STS de 6 de febrero de 2014.

a) El interés del menor .

Son dos las aportaciones fundamentales que se destacan en el voto particular: de un lado, la relativa al concepto del interés superior del menor; de otro, la concerniente al significado constitucional de la gestación por sustitución. En cuanto a la primera cuestión, cabe señalar que el voto particular incurre en el mismo error que el fallo del Pleno. Así, en su apartado 3 se afirma literalmente: “La jurisprudencia de este Tribunal ha subrayado de forma reiterada que los poderes públicos tienen la obligación de proteger el interés superior de los niños en cualesquiera actuaciones que hayan de afectarles de manera directa o indirecta y que ese interés superior es ‘la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos’, según el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.”

Por tanto vuelve a tropezarse en la misma piedra al atribuir al artículo 3 de la Convención un contenido que se aparta de su sentido real. Lejos de consagrar el interés superior del menor como la única consideración primordial, dicho precepto lo configura como “una” consideración primordial entre otras posibles, cuya ponderación corresponderá, en cada caso, al juez “ad quo, cuestión ya analizada en la parte introductoria de este trabajo.

Con acierto, la magistrada Balaguer incorpora en su argumentación la Observación General núm. 14 (OGI4), relativa al derecho del niño a que su interés superior sea considerado una consideración primordial (29 de mayo de 2013). Esta referencia le permite concebir el interés del menor no como “la” consideración primordial —exclusiva y absoluta—, sino como “una” entre otras posibles consideraciones primordiales. No obstante, esta matización la plantea en

relación con el concepto de “interés del menor” considerado en abstracto o en general.

Sostiene, en línea con la OGI4, que el Comité de los Derechos del Niño reconoce expresamente que el interés superior de un niño, considerado individualmente, puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos —como los de otros menores, del público en general o de sus madres (biológicas o no)—, y ofrece orientaciones para resolver tales tensiones. A mayor abundamiento, destaca que la OGI4 indica que estos conflictos deben abordarse caso por caso, mediante una cuidadosa ponderación de los intereses en juego y la búsqueda de un compromiso adecuado (§ 39). En el mismo sentido, el Comité ha señalado que esta misma metodología ha de aplicarse cuando el interés superior del niño entre en tensión con los derechos de otras personas (§ 39)³⁷. Finalmente comienza el punto 3 afirmando que “el interés del menor, en el contexto que vengo describiendo, no ha de entenderse como el interés único o predominante de una decisión judicial en todo supuesto en que intervenga el menor”. Esta posición parece acercarse a la que esgrimió el Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de febrero de 2014 al fijar la doctrina jurisprudencial en materia de gestación subrogada y dar prevalencia a la defensa de la dignidad de la mujer y su protección frente a todo supuesto de mercantilización o cosificación sobre el propio interés del menor. En cualquier caso, de la lectura del voto particular puede inferirse que, para Balaguer Callejón, el interés del menor en este supuesto no implicaría necesariamente permitir que el progenitor biológico viera reconocida legalmente su paternidad. Antes bien, su postura parece alinearse con ciertas corrientes feministas que sostienen que, en aras del bien del niño, lo más adecuado sería mantenerlo alejado de unos comitentes que lo han tratado como una mera mercancía³⁸.

b) Significado constitucional de la gestación por sustitución.

En segundo lugar, en lo que atañe al significado constitucional de la gestación por sustitución, se remite en su voto particular tanto a la sentencia del Tribunal Supremo (STS 1153/2022, de 31 de marzo) como al estudio temático de la Relatora

37 De hecho, la propia Observación General n.º 14 señala que el interés superior del menor debe ser considerado “una consideración primordial”. Ahora bien, en determinados supuestos —como sucede, por ejemplo, en el caso de la adopción (Observación General n.º 14, §38)— dicho interés se erige en “la consideración esencial”. Es decir, aunque la regla general seguida por la Convención establece que el interés superior del menor ha de ser tenido en cuenta como una entre varias consideraciones primordiales, que deben ser ponderadas en función del caso concreto, en contextos específicos como el de la adopción adquiere un carácter preeminente y se convierte en la única consideración primordial que, en caso de conflicto.

38 En esta línea NADAL PASTOR, A.: “La gestación subrogada, situación jurídico-social en el ordenamiento español. A propósito de la STS 277/2022, 31 marzo 2022”, *Rev. Bol. de Derecho*, 2023, núm. 36°, p.763, cuando afirma que “esta práctica supone una modalidad de tráfico de seres humanos, tal y como afirma la Relatora Especial de la ONU. Por lo tanto, no se justifica que el reconocimiento de la gestación subrogada defienda el interés superior del menor, cuando en realidad su misma práctica vulnera de forma radical los derechos del propio niño”.

Especial de las Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños ponen de relieve sus implicaciones jurídicas y éticas³⁹. Afirma que la solución a este problema de vacío normativo debería expresamente ser regulada por el legislador. Considera que resulta contrario al principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española que el mismo legislador que prohíbe una determinada práctica en el territorio nacional no establezca restricciones suficientes frente a prácticas equivalentes realizadas en el extranjero. Tal omisión, ya sea por inacción o mediante una protección indirecta del menor, conduce en la práctica a una legalización de facto de conductas que el ordenamiento jurídico califica como ilícitas. La Magistrada Balaguer señala con meridiana claridad el núcleo del problema: la ausencia de una regulación disuasoria eficaz termina, en la práctica, por legitimar comportamientos que, al menos en teoría, deberían ser ilegales y carecer de efectos jurídicos válidos, ya sean directos o indirectos. Esta legalización de facto se produce cuando el vacío normativo facilita que ciudadanos españoles se desplacen a otros países para recurrir a la maternidad subrogada, generando una filiación que, aunque de forma indirecta, termina siendo reconocida en España.

Balaguer advierte, además, que en todo este proceso el fallo del Pleno silencia los derechos de las mujeres cuya voz se ve acallada, al no incorporar una perspectiva de género⁴⁰. Por ello señala que el artículo 12.3 del Código Civil es categórico al establecer que la ley extranjera contraria al orden público no puede, en ningún caso, ser aplicada en España, ni siquiera de forma indirecta o elusiva. En consecuencia, la filiación en estos supuestos debe quedar determinada, conforme a la ley vigente, exclusivamente por el parto.

c) Distinción entre gestación por sustitución altruista y no altruista.

Finalmente, la magistrada Balaguer aporta una clave que puede resultar decisiva para las conclusiones a las que este trabajo aspira llegar. Se trata de su alusión a la gestación por sustitución “no altruista”. Considera que debe ser distinguida de la gestación subrogada como una forma de mercantilización de la maternidad y de cosificación tanto de la gestante como del niño, en la medida en que

39 En dicho informe —de fecha 15 de enero de 2018 (A/HRC/37/60)—, que aborda conjuntamente la gestación por sustitución y la venta de niños, se advierte sobre los riesgos de abuso inherentes a esta práctica. En particular, se señala que la gestación por sustitución puede asimilarse a la venta de niños, prohibida por el artículo 2.a) del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de menores en la pornografía, especialmente en aquellos supuestos en los que “la madre de alquiler o un tercero reciban remuneración o cualquier otra retribución a cambio de trasladar al niño” (§ 42). Asimismo, se advierte que tales prácticas pueden desembocar en procesos de adopción ilegal (ibid., § 8).

40 En el voto particular también se destaca que se haya reconocido como padre biológico a quien figura como tal en la inscripción realizada por la autoridad consular, sin que en ningún momento se haya llevado a cabo verificación alguna de la paternidad biológica. Cabe incluso considerar la posibilidad de que, en el proceso de reproducción asistida, se hubieran utilizado gametos masculinos de un tercero ajeno tanto a los comitentes como a la gestante.

interviene una contraprestación económica de la que se benefician intermediarios, comprometiendo así la dignidad humana. Esta distinción entre gestación altruista y no altruista reviste una importancia fundamental, y de ella deben extraerse implicaciones jurídicas que, hasta el momento, ni el legislador ni la jurisprudencia han abordado de manera explícita. Tales consecuencias, como veremos, resultan especialmente relevantes en el contexto del acceso a la paternidad por parte de varón homosexual. Sin embargo, el art. 10 de la Ley de Técnicas de reproducción humana asistida no contempla esta importante distinción al señalar que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

3. La STS de 25 de marzo de 2025.

Merece nuestra atención un último y reciente pronunciamiento jurisprudencial en esta materia, se trata de la STS de 25 de marzo de 2025⁴¹, que si bien sigue la doctrina ya expuesta en aplicación del art. 10.3 LTRHA, introduce una nueva cuestión que merece nuestra reflexión, razón por la que le dedicamos este apartado de forma separada.

Esta sentencia casó la resolución dictada por la Sala Vigésima Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid con fecha 28 de abril de 2023 (núm. 431/2023). Esta última había revocado la sentencia de primera instancia y anulado el asiento registral practicado en el Registro Civil español en relación con la filiación materna de dos niñas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida, anulando la inscripción materna a favor de la madre gestante y reconociendo únicamente la del padre.

Las menores habían nacido en Tabasco, México, donde fueron inscritas en el registro civil local con filiación exclusiva al padre comitente, que actuó en solitario. La madre gestante, que no aportó material genético para la fecundación, había renunciado expresamente a cualquier vínculo parental. No obstante, el Registro Consular de España en México denegó la inscripción en esos términos, exigiendo que también constara la filiación materna a nombre de la mujer gestante. Una vez en España, el padre biológico impugnó la filiación materna no matrimonial, impugnación que da origen a este proceso.

El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación y estimó que debía mantenerse la inscripción materna a favor de la madre gestante. Consideró que la maternidad subrogada no solo está sancionada con nulidad por la LTRHA y

41 STS de 25 de marzo de 2025, Ponente Rafael Sarazá Jimena, 496/2025, Rec.5545/2024. Tirant Numroj: STS 1262:2025. Ecli: ES:TS:2025:1262.

es contraria al ordenamiento público, sino que además vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte. El TS dice fundar su fallo en el art.10 TRHA y en el interés superior del menor, pues consideró que “no se entiende cómo puede beneficiar a las menores que se deje sin efecto la fijación de la filiación materna respecto de la madre que las gestó y alumbró.” Añadiendo que “dejar sin efecto la inscripción de la filiación materna en el Registro Civil español vulneraría el derecho de las niñas a conocer a sus progenitores y a ser cuidadas por ellos”.

No podemos compartir esta argumentación pues, en la práctica, el interés superior del menor no justifica el mantenimiento de la inscripción registral a favor de la madre gestante. Desde una perspectiva psicológica, resulta evidente que imponer una relación de filiación allí donde no existe un entorno fáctico que permita su desarrollo sustancial, ni una relación afectiva constatable, no solo es ilusorio, sino potencialmente perjudicial para el menor. Debe tenerse en cuenta, además, que la madre gestante, por razones geográficas, difícilmente podrá estar presente en la vida del menor; por razones económicas, es altamente improbable que pueda representar una ayuda efectiva; por razones jurídicas, ni siquiera figura como madre en el registro civil de su propio Estado; y, conforme a la narrativa de los hechos, no ha manifestado en ningún momento voluntad de ejercer un rol materno. Tal vez el verdadero interés del menor consista en poder contar, en el futuro, con una figura materna real y efectiva, y no con una inscripción meramente formal que, lejos de protegerle, podría convertirse en un obstáculo para ello. El Derecho debe estar al servicio de la vida, y no al contrario.

4. La Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28 de abril de 2025 para adaptar su criterio a la doctrina del Tribunal Supremo.

Tal como se ha señalado anteriormente, a partir de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009⁴², la entonces Dirección General de los Registros y del Notariado dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010⁴³, en la que se fijaron los criterios para la inscripción en el Registro Civil español de los nacimientos ocurridos en el extranjero mediante gestación por sustitución, siempre que uno de los progenitores fuera de nacionalidad española. Se exigía como requisito previo una resolución judicial de un tribunal competente que garantizara la capacidad de la gestante, la legalidad del consentimiento, el respeto a la normativa

42 Si bien la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009\1735) aceptó la posibilidad de inscribir la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en virtud del certificado de nacimiento emitido por las autoridades de California, este criterio fue posteriormente abandonado por la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.

43 Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE de 7 de octubre).

del país de origen y la inexistencia de simulación o tráfico de menores. Además, para el reconocimiento de dicha resolución extranjera se requería normalmente el exequatur, salvo que se tratara de un procedimiento análogo a la jurisdicción voluntaria española, en cuyo caso bastaba el reconocimiento incidental del encargado del registro⁴⁴. En ausencia de resolución judicial válida, la inscripción debía denegarse, sin perjuicio del recurso a los cauces ordinarios previstos en el art. 10.3 LTRHA y artículos 764 y ss de la LEC. Más adelante, la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019⁴⁵ ratificó la viabilidad de proceder a la inscripción, siempre que se acreditara la existencia de una resolución judicial firme dictada por las autoridades competentes del país de origen, debidamente reconocida mediante exequátur o sometida a un control incidental conforme a lo dispuesto en la Instrucción de 5 de octubre de 2010⁴⁶. Por tanto, la DGRN ha mantenido un enfoque propio en materia de maternidad subrogada, el cual, como se ha expuesto, se ha mostrado hasta ahora independiente y divergente respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En su virtud, finalmente, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ha aprobado la Instrucción de 28 de abril de 2025 sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución⁴⁷, con el propósito de armonizar su doctrina con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. De esta forma, deja sin efecto las Instrucciones de 5 de octubre de 2010 y de 18 de febrero de 2019 de la DGRN y establece la siguiente directriz según la cual en ningún caso podrá considerarse título válido para la inscripción del

44 VILAR GONZÁLEZ, S.: “Mecanismos de inscripción de los nacidos por gestación subrogada en el registro civil español”, *Rev. Boliv. de Derecho*, 2023, núm. 35°, pp.66-97 denuncia la desigualdad de trato que causaba este doble rasero a la hora de contemplar la inscripción de un menor nacido de técnicas de reproducción humana asistida. Frente a los comitentes que disponen de recursos suficientes para desplazarse a un estado, como California, en el que se resuelve la gestación subrogada por vía judicial, y por tanto que podrían resolver con muchos menos problemas la inscripción de la filiación en España mediante un exequatur “por el contrario, aquellas otras personas que no tengan más remedio que optar por alternativas menos onerosas, se verán abocados al reconocimiento incidental y al control de legalidad que deberá efectuar el encargado del Registro Civil si el acto o hecho a inscribir se apoya en una certificación o documento público no judicial (como sucede en el caso de Ucrania o de India -este último, país al que muchas familias acudían antes del cambio de tendencia legal en esta materia-).” MUÑOZ RODRIGO, G.: “La filiación y la gestación por sustitución: A propósito de las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, núm.10° bis, junio, pp.733-734, ha abordado esta cuestión en profundidad, especialmente a raíz de la situación crítica que se vivió en 2019 con menores nacidos en Ucrania mediante gestación subrogada. La discordancia entre la normativa española y la ucraniana generó verdaderos problemas jurídicos, hasta el punto de que era necesario declarar al menor apátrida para poder posibilitar su entrada en España. Resulta especialmente ilustrativa la disparidad de costes entre ambos países: mientras que en Estados Unidos estas técnicas superaban los 150.000 € en 2019, en Ucrania rondaban los 35.000 €, tal como recoge el autor en el artículo citado.

45 Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019 sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, (BOE de 21 de febrero de 2019).

46 En lo que respecta a la Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019, esta supuso un avance significativo al permitir, a través de un trámite registral específico, la inscripción de la filiación paterna a favor del comitente español, siempre que se presentara como prueba complementaria un test genético que acreditara de forma inequívoca el vínculo biológico. Sin embargo, dicha instrucción fue dejada sin efecto por la posterior Instrucción de 18 de febrero de 2019.

47 Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28 de abril de 2025 sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución, (BOE de 1 de mayo de 2025).

nacimiento y la filiación de menores nacidos mediante gestación por sustitución, por parte de los encargados de los Registros Civiles —incluidos los Registros Civiles Consulares—, ni la certificación registral extranjera, ni la mera declaración acompañada de informe médico sobre el nacimiento, ni siquiera una sentencia firme dictada por las autoridades judiciales del país de origen. No obstante, añade que los solicitantes podrán obtener de las autoridades locales, cuando proceda, la documentación necesaria —como el pasaporte y los permisos pertinentes— para que los menores puedan desplazarse a España. Una vez en territorio español, la determinación de la filiación se llevará a cabo por las vías ordinarias previstas en el ordenamiento jurídico, ya sea mediante el reconocimiento de la filiación biológica respecto de alguno de los progenitores intencionales, o mediante adopción posterior, siempre que se acredite la existencia de un núcleo familiar que ofrezca garantías suficientes.

En consecuencia, se mantiene el criterio establecido por el Tribunal Supremo desde su sentencia de 6 de febrero de 2014, que permite la inscripción indirecta a través del reconocimiento de la paternidad biológica y la posterior adopción por parte del cónyuge del progenitor biológico. En este aspecto, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública no ha seguido la línea anunciada por el Ministerio de Igualdad, el cual, justo antes de la publicación de la presente Instrucción, había manifestado su intención de trabajar con el Ministerio de Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes para prohibir de forma absoluta toda posibilidad de inscripción indirecta en favor de los comitentes, propuesta que analizaremos en detalle más adelante. Una vez armonizadas las posturas de la Dirección General y del Tribunal Supremo, puede afirmarse que, ahora, incluso mediando resolución judicial, será necesario recurrir a vías alternativas para lograr la inscripción de la filiación del menor que declare la paternidad de los comitentes. En consecuencia, la autoridad consular no podrá proceder directamente a dicha inscripción. No obstante, en lo demás la situación permanece como estaba y, aunque por una vía indirecta, en la práctica la inscripción resultará finalmente posible.

II. DIVERSOS ENFOQUES ANTE LA NECESARIA REFORMA EN MATERIA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

Con miras a abordar una eventual reforma del artículo 10 de la LTRHA, resulta imprescindible, en primer término, considerar los distintos modelos adoptados en los ordenamientos jurídicos próximos en materia de maternidad subrogada.

I. Diseños legislativos alternativos.

Sin ánimo de exhaustividad, cabe distinguir los siguientes modelos regulatorios, que se desarrollan en el texto a continuación: (I) “Tendencia a la liberalización normativa”, representada por el modelo de California, caracterizado por un marco

legal ampliamente permisivo que admite la gestación subrogada con mínimas restricciones. (2) “Admisión parcial”, presente en los modelos canadiense, británico, griego y portugués, que permiten la modalidad altruista, aunque contemplan ciertas compensaciones no lucrativas, como el reembolso de gastos razonables. (3) “Prohibición formal con permisividad práctica”, como en el caso español, donde, pese a la prohibición legal, se admite la inscripción registral de nacidos por esta vía en el extranjero, bajo determinadas condiciones. (4) “Prohibición con sanción penal”, vigente en países como Italia, Francia y Alemania, donde se penaliza la práctica, aunque se permite la inscripción de la filiación a favor del progenitor biológico, atendiendo al interés superior del menor⁴⁸. (5) “Prohibición absoluta”, propuesta por el Ministerio de Igualdad en España en abril de 2025, que contempla tanto la prohibición de la gestación subrogada como la denegación de la inscripción registral de la filiación en favor del progenitor biológico.

Examinaremos, en primer término, la propuesta formulada por el Ministerio de Igualdad, para abordar a continuación diversas opciones “de lege ferenda”, tomando como punto de partida una serie de ‘consideraciones primordiales’ que puedan orientar el diseño normativo futuro.

2. La propuesta del Ministerio de Igualdad de abril 2025. Prohibición absoluta de la inscripción a favor del padre biológico.

El 22 de abril de 2025, la Ministra de Igualdad, Ana Redondo, anunció una propuesta de reforma de la regulación sobre la maternidad por sustitución, la cual —según indicó— está siendo elaborada de forma conjunta con el Ministerio de Justicia⁴⁹. Para la ministra, el principal problema radica en que, aunque esta técnica de reproducción asistida se encuentra “radicalmente prohibida” en España, persisten vacíos legales que permiten la inscripción registral de menores nacidos mediante esta práctica en el extranjero.

En este sentido, parece que el Ministerio pretende, finalmente, dar respuesta a una necesidad de reforma que ha sido reiteradamente señalada, desde al menos la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2014. La reforma, que la ministra afirma que entrará en vigor próximamente, estaría incluida en la futura Ley de Trata. El objetivo, según palabras de la ministra, es que “esa prohibición se

48 No obstante, consideramos que, en caso de optarse por la vía de la sanción penal, ello debería estar precedido por una regulación clara y detallada de la gestación por sustitución. Solo una vez que el legislador haya delimitado con precisión qué prácticas se consideran lícitas y cuáles no, podría plantearse, conforme al principio de intervención mínima del Derecho penal, la tipificación de aquellas conductas que transgredan los límites establecidos por el ordenamiento civil. Lo que no resulta razonable es la imposición de una sanción penal absoluta frente a todo supuesto de gestación por sustitución, lo que equivaldría a una regresión hacia épocas en que se criminalizaba indiscriminadamente cualquier intervención sobre el embarazo, sin atender a la diversidad de situaciones—aquella fue una etapa pronto superada por el propio desarrollo normativo

49 Vid. <https://www.infobae.com/espana/2025/04/23/gestacion-subrogada-en-espana-los-cambios-en-la-ley-en-los-que-trabaja-el-ministerio-de-igualdad/>.

lleve a sus últimas consecuencias en nuestro país”, subrayando que impedir dicha inscripción registral constituye “la pieza que falta”. Aunque reconoció que esta medida presenta “algunas dificultades”, aseguró que serán resueltas en breve.

De concretarse esta reforma, España adoptaría un modelo absolutamente prohibitivo, que impediría que, una vez nacido el menor, pueda inscribirse la filiación en favor del padre biológico, quedando este privado de la posibilidad de reclamar su paternidad. Se trata, por tanto, de un modelo regulatorio que va más allá de los esquemas sancionadores vigentes en países como Alemania, Italia o Francia, y que llevaría la prohibición hasta sus consecuencias más extremas⁵⁰.

La crítica a esta propuesta será desarrollada en el epígrafe 5.2, en el que formulamos la posibilidad de una propuesta “de lege ferenda” fundada en un interés prevalente distinto al interés superior del menor. Por el momento, nos detenemos en un aspecto puntual de dicha crítica, que se aborda, de seguido, en el siguiente apartado.

A) Bases conceptuales para la comprensión del artículo 10.3 de la LTRHA en contraste con la propuesta del Ministerio de Igualdad.

Estamos de acuerdo con la propuesta del Ministerio en que tras examinar la evolución jurisprudencial de la maternidad subrogada en el Derecho español a lo largo de la última década, puede afirmarse que se carece de un marco normativo sólido que le sirva de base. Tal vez no le falte razón a Silvia Romboli⁵¹ cuando sostiene que resulta imprescindible una cultura jurídica común y homogénea entre los Estados para poder legislar con coherencia en esta materia. Con todo, la urgencia de ofrecer una respuesta normativa, al menos a corto o medio plazo, resulta innegable.

Como se ha expuesto y desarrollado a lo largo de este trabajo, los argumentos que sustentan la sanción de nulidad del contrato de gestación por sustitución descansan en una concepción marcadamente negativa de dicha práctica, al considerarla lesiva para la dignidad tanto de la mujer como del niño, quienes serían reducidos a meros objetos de comercio y cosificación, generando así un resultado abiertamente contrario al orden público. Podría parecer, por ello, criticable que

50 Esta postura estaría alineada con una de las conclusiones que presenta en su trabajo CARRILLO LERMA, C.: “Filiación de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación subrogada. Comentario a la STS de España n. 1626/2024 de 4 de diciembre”, *Rev. Boliv. de Derecho*, enero 2025, núm. 39º, pp.737-738, cuando afirma que: “Como ocurre en muchas ocasiones, acaso la Sala hubiera podido argumentar mejor aquello que intenta defender y, sobre todo, ser coherente en su postura, en lugar de acabar facilitando el resultado pretendido con los contratos de gestación subrogada recurriendo a otras vías legales para determinar la filiación. Si se asume que el contrato vulnera la dignidad de la mujer y el interés del nacido, y por eso no se reconocen la filiación así determinada, de ningún modo tendría que darse una salida.”

51 ROMBOLI, S.: “Gestación por sustitución y menor de edad: los derechos e intereses contrapuestos en una aproximación desde el Derecho Constitucional”, en AA.VV.: *La gestación por sustitución* (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 275.

el legislador desatendiera esta premisa al habilitar una vía alternativa que permite alcanzar el mismo fin sin imponer sanción efectiva alguna, configurándose — desde la perspectiva común— como una opción jurídica legítima para acceder a la gestación por sustitución.

Si atendemos al texto del artículo 10 LTRHA dice como sigue: (1) Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. (2) La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. (3) Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales. Es decir, de facto se prohíbe la forma, pero no el resultado. Cabe entonces preguntarse si esta situación responde a una lógica jurídica coherente o si, por el contrario, nos enfrentamos a una forma de hipocresía normativa que, lejos de impedir el fenómeno, no hace más que dilatar la consecución de un resultado de un contrato que, en apariencia, se declara absolutamente nulo. Igualmente cabe preguntarse si puede reducirse la problemática de la gestación por sustitución a la lógica del negocio jurídico.

La respuesta que buscamos nos la ofrece Encarna Roca, quien —fiel a su estilo— expone con maestría la problemática subyacente. Así, afirma que: “Si el legislador considera conveniente la prohibición dentro de las reglas de la ética que considera deben imperar en un determinado sistema jurídico, no puede impedir que los derechos fundamentales de los nacidos de estas técnicas queden protegidos. Pueden establecerse sanciones que disuadan a los posibles usuarios de la utilización del método concreto. Pueden establecerse salvaguardas, comprobaciones y garantías para evitar que el contrato de maternidad subrogada pueda convertirse en una compraventa de niños y una mayor explotación de las mujeres, sobre todo, en países del tercer mundo. Puede reconocerse la validez de determinados tipos de contratos, como cuando son gratuitos o de pura beneficencia o están controlados por el juez, como ocurre en determinados países europeos. Pero lo que no puede producirse es la desprotección de los hijos, porque sería tanto como hacerles pagar por los pecados de sus padres, concepción afortunadamente superada”⁵².

En otras palabras, se argumenta que, una vez nacido un menor fruto de técnicas de reproducción asistida, el interés superior del niño exige su protección. Esta exigencia justificaría la admisión de la acción de reclamación de paternidad por parte del comitente progenitor biológico, con el fin de garantizar dicha protección.

52 ROCA I TRIAS, E.: “Dura lex sed lex. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada”, en AA.VV.: *Treinta años de reproducción asistida en España: Una mirada interdisciplinar a un fenómeno global y actual* (coord. P. BENAVENTE MOREDA y E. FARNÓS AMORÓS), Boletín del Ministerio de Justicia núm 2179°, LXIX, Madrid, 2015, p.334.

Desde esta perspectiva, centrada en el bienestar del menor, la solución parece razonable; sin embargo, observada desde otras ópticas, podría implicar una cierta desatención al problema de fondo que se pretende abordar, ya que los efectos de la sanción de nulidad prevista en el primer párrafo podrían quedar, en la práctica, neutralizados.

B) Una instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública que no implementa la desconexión legal con la paternidad biológica anunciada por el Ministerio de Igualdad.

A la luz de estas reflexiones, resulta comprensible concluir que la propuesta formulada por el Ministerio de Igualdad en abril de 2025 desatiende los derechos fundamentales del menor. De hecho, incurre en aquello que Encarna Roca anticipó y advirtió con claridad: la desprotección de los hijos, quienes pasarían a ser víctimas de las decisiones de sus progenitores, viéndose sometidos a una forma de estigmatización basada en su origen. Esta situación evoca, peligrosamente, la superada distinción entre hijos legítimos e ilegítimos. Una cosa es diseñar una legislación de carácter sancionador que, con el fin de desincentivar esta práctica, contemple penas de prisión en caso de infracción —modelo adoptado por diversos países europeos—, y otra muy distinta es ignorar de forma radical y absoluta el interés superior del menor y sus derechos fundamentales.

Es por ello, que vemos con alivio que finalmente la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública haya publicado la Instrucción de 28 de abril de 2025⁵³ en la que, tal como hemos señalado anteriormente- se ha limitado a armonizar el criterio de la Dirección General con la doctrina del Tribunal Supremo, de forma que si bien se prohíbe el registro directo de los menores nacidos de gestación subrogada en el extranjero, no obstante sí se permite la inscripción de la filiación de forma indirecta, mediante vínculo biológico o adopción. No obstante desde el Ministerio de Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes se anuncia que esta medida será reforzada por otros mecanismos contra los vientres de alquiler en la futura ley de trata⁵⁴. En todo caso la crítica a la propuesta del Ministerio de Igualdad será objeto de un análisis más detenido en el apartado siguiente.

3. ¿Cabe advertir una inconsistencia interna en el artículo 10 de la LTRHA?

A la luz de lo expuesto hasta este punto, parece que desde determinadas posturas se ha sostenido la existencia de una contradicción interna en el artículo 10 de la LTRHA. Incluso cabría pensar que, en cierta medida, su tercer párrafo opera

⁵³ Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución, BOE 30 de mayo de 2025.

⁵⁴ Vid. <https://www.20minutos.es/noticia/5705292/0/gestacion-subrogada-ampliacion-gobierno-prohibe-registro-directo-menores-nacidos-por-gestacion-subrogada/> consultado 30 abril 2025.

como una norma de cobertura que permite alcanzar un resultado expresamente vedado por el primero, lo que nos situaría en el ámbito del fraude de ley⁵⁵.

Esto nos lleva a cuestionar si verdaderamente existe una contradicción jurídica interna en el artículo 10 de la LTRHA. A nuestro juicio, no es así: el apartado tercero debe entenderse como una consecuencia jurídica directa del primero, esto es, de la nulidad del contrato de gestación por sustitución y de la determinación de la filiación que procede una vez declarada dicha nulidad. Al ser nulo el contrato, la filiación se establece conforme a las disposiciones del Código Civil, particularmente en función del principio de verdad biológica. Así, el parto determina la filiación materna, y la filiación paterna corresponde al progenitor biológico. En este sentido, incluso sin el apartado tercero, las reglas generales del Código Civil conducirían al mismo resultado. Este apartado, por tanto, no introduce un régimen distinto, sino que ratifica lo que ya se desprende del ordenamiento civil general en materia de filiación.

Por lo mismo, tampoco cabe hablar de fraude de ley. Lejos de ello, se trata de la aplicación directa de la normativa vigente sobre determinación de la filiación. Aunque en contextos distintos, puede traerse a colación lo dispuesto en el artículo 6.4 del Código Civil, según el cual el fraude de ley no impide la aplicación de la norma que se intentó eludir. Algo similar ocurre con la nulidad absoluta prevista tanto en el artículo 10.1 de la LTRHA como en el artículo 6.3 del Código Civil: Dicha nulidad no excluye la aplicación de las reglas legales sobre filiación. La norma supuestamente eludida es, en cuanto a la maternidad, la que atribuye la filiación a quien da a luz; y en cuanto a la paternidad, la que invalida cualquier estipulación que pretenda atribuir la filiación a quien no tenga vínculo biológico con el nacido. No estamos, pues, ante un caso de fraude, sino ante la aplicación obligada de normas imperativas.

En este sentido, la STS de 25 de marzo de 2025 habría llevado hasta sus últimas consecuencias la aplicación de la nulidad prevista en el artículo 10 de la LTRHA en el ámbito de la filiación, según los principios generales del ordenamiento. En ese caso particular, se ordenó la inscripción a favor de la madre gestante, lo cual podría parecer poco razonable en esas circunstancias. Sin embargo, si dicha madre hubiera querido quedarse con el recién nacido, su condición de madre habría quedado perfectamente determinada conforme a las normas generales del Código Civil, sin obstáculo alguno. Ahora bien, el hecho de que no se advierta una contradicción jurídica estricta no significa, que compartamos el contenido de la normativa vigente y las consecuencias de su aplicación.

⁵⁵ La denuncia de la incoherencia normativa es reiterada en cierta doctrina, por todos, FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: "Una propuesta legislativa para la regulación de la gestación por sustitución en España", *Rev. Bolív. de Derecho*, 2023, núm.35°, pp. 354-385.

En todo caso, estas consideraciones de Derecho interno son conformes con la jurisprudencia del TEDH en el sentido de que no se puede privar al menor de su filiación biológica, concretamente la filiación paterna. Y esto no lo puede cambiar el Ministerio de Igualdad.

En definitiva, entre los apartados primero y tercero del artículo 10 de la LTRHA se configura una relación de círculos concéntricos que, lejos de excluirse, permiten un espacio de yuxtaposición susceptible de una interpretación sistemática que los integre y armonice. Por ello, no cabe afirmar, en rigor, que exista una contradicción jurídica interna en el art. 10 LTRHA.

Lo que sí resulta apreciable es la existencia de una contradicción de carácter social, especialmente si se considera el espíritu de la norma, las razones que motivaron su incorporación al ordenamiento y los efectos que está generando en la práctica. Desde esta óptica, el ciudadano puede percibir que la legitimidad del Derecho depende en buena medida de su coherencia interna: si la ley sanciona una determinada conducta pero, en la práctica, tolera sus efectos, se proyecta una imagen de doble moral jurídica que erosiona el respeto a la norma y alimenta una cultura de impunidad.

En efecto, desde la perspectiva de un ciudadano medio, la coexistencia de una norma que prohíbe una conducta y, al mismo tiempo, legaliza sus consecuencias puede interpretarse como una vulneración del principio de coherencia interna y, por ende, del principio de finalidad normativa. Toda norma jurídica presupone una relación lógica y ética entre el acto prohibido y los efectos que se pretenden evitar; si se proscribiera una conducta, es precisamente porque sus consecuencias se consideran jurídicamente inaceptables. Si, por el contrario, esas consecuencias son admitidas como legales, la prohibición del medio que las genera pierde fundamento normativo.

Por ello, cabe afirmar que lo que emerge es una incoherencia social significativa. La situación vigente propicia, por un lado, que la práctica de la gestación por sustitución continúe realizándose con relativa impunidad y, por otro, que solo los sectores socioeconómicos más privilegiados puedan acceder a ella. Este fenómeno remite a lo ocurrido durante el régimen franquista, cuando, pese a la prohibición del aborto, las clases acomodadas podían recurrir a clínicas en el extranjero mientras que las mujeres en situación de vulnerabilidad quedaban al margen, condenadas a la clandestinidad y a la desigualdad.

4. Dos enfoques legislativos alternativos para una reforma necesaria.

Ya en la sentencia del Tribunal Supremo el 6 de febrero de 2014 se puso de manifiesto la necesidad de que fuera el legislador quien ofreciera una respuesta

jurídica al problema planteado. Esta denuncia de vacío legal ha sido reiterada en múltiples ocasiones y, como muestra reciente, nos remitimos al ya analizado voto particular formulado en la sentencia del Tribunal Constitucional 28/2024, donde se advierte que, en esta materia, los jueces y tribunales se ven obligados a resolver los casos que se presentan ante ellos, muchas veces sobre la base de una argumentación insuficiente, contradictoria o —como en el supuesto que nos ocupa— carente de rigor lógico⁵⁶. En dicho voto se subraya, además, que resulta contrario al principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española que el legislador, tras prohibir determinada práctica en territorio nacional, no establezca restricciones suficientes respecto de prácticas equivalentes realizadas en el extranjero, toda vez que dicha omisión conlleva, de facto, su legalización —por inacción y en virtud de la necesaria protección del menor— de aquello que el propio sistema considera ilegal.

Ahora bien, al momento de elaborar una propuesta “de lege ferenda” que dé respuesta legislativa al problema de la gestación por sustitución, surgen dos alternativas que conducen a soluciones diametralmente opuestas. La primera es la defendida en el voto particular a la STS de 6 de febrero de 2014, que propone abordar la cuestión desde la lógica estricta y preeminente del interés superior del menor, el cual debería prevalecer sobre cualquier otro interés en juego y constituirse, en definitiva, en el pilar fundamental de la reforma legislativa. La segunda opción es la adoptada en el fallo aprobado por mayoría en la citada sentencia de 2014. Conforme a este enfoque, el interés del menor pierde su posición prevalente para situarse en un plano de relevancia compartida con otros intereses concurrentes. De este modo, correspondería al juez *ad quo*, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, ponderar dichos intereses y determinar cuál debe prevalecer. Desde esta perspectiva, la sentencia mayoritaria propuso reemplazar la primacía del interés del menor por otras consideraciones prioritarias, en particular la protección de la dignidad de la mujer y la prevención de su cosificación.

A) Propuesta “de lege ferenda” construida sobre el interés del menor como única consideración primordial.

Si se parte del interés del menor como única consideración primordial para abordar la problemática de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico, resulta natural considerar como adecuada y oportuna la propuesta formulada por Encarna Roca, que hemos analizado. En este sentido, el legislador podría optar por sancionar con nulidad el contrato de gestación por sustitución

56 Voto particular que formula la magistrada María Luisa Balaguer Callejón a la STC, Pleno, 28/2024, de 27 de febrero, (JUR\2024\80643), “el supuesto que resuelve la sentencia del Pleno pone de manifiesto que el sistema de fuentes español en este ámbito es defectuoso y conlleva una inseguridad jurídica notable, lo que debería mover al legislador a actuar de forma eficaz e inmediata”.

en base a principios éticos, sin que ello implique, en ningún caso, la desprotección de los menores nacidos mediante esta técnica. La propuesta de Encarna Roca contempla, por un lado, el establecimiento de sanciones, controles y garantías que prevengan abusos como la mercantilización del menor o la explotación de mujeres en situación de vulnerabilidad; y por otro, la posibilidad de admitir ciertos modelos de gestación altruista, sometidos a supervisión judicial. Lo que en modo alguno puede aceptarse es que los niños queden desprotegidos tras su nacimiento.

No obstante para los magistrados Antonio Seijas Quintana, José Ramón Ferrándiz Gabriel, Francisco Javier Arroyo Fiestas y Sebastián Sastre Papiol, que suscribieron el voto particular en la STS de 6 de febrero de 2014, esta opción no sería suficiente. En dicho voto afirmaban que la denegación del reconocimiento de la filiación practicada conforme a derecho extranjero solo podría producirse cuando se contraría el orden público entendido desde el interés superior del menor. En concreto puntualizan que: “esta maternidad subrogada a) supone una manifestación del derecho a procrear, especialmente importante, para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio, como en este caso; b) no se puede subestimar sin más la capacidad de consentir de la madre gestante; c) el consentimiento de la madre se hace ante la autoridad judicial, que vela porque se preste con libertad y conocimiento de las consecuencias, y d) tratándose de un acuerdo voluntario y libre difícilmente se le explota o cosifica en contra de su libertad y autonomía y en ningún caso afecta al interés del menor que nace en el seno de una familia que lo quiere.” Además, sostienen que el fallo del que disienten compromete gravemente el interés superior del menor, al situar a los niños en un estado de incertidumbre jurídica, un auténtico limbo jurídico, especialmente en aquellos casos en los que han establecido vínculos afectivos y familiares consolidados⁵⁷. En definitiva, afirman que el interés no puede concebirse de forma abstracta, pues “no hay orden público si en el caso se contraría el interés de un niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada”.

Lo cierto es que la solución adoptada en la STS de 6 de febrero de 2014, y reiterada posteriormente por el Tribunal Supremo, puede resultar insatisfactoria desde la óptica del interés superior del menor por diversas razones. Dicha vía deja desprotegido al niño en aquellos casos en los que los comitentes no han aportado

57 Voto particular que formula el magistrado José Antonio Seijas Quintana y al que se adhieren los magistrados José Ramón Ferrándiz Gabriel, Francisco Javier Arroyo Fiestas y Sebastián Sastre Papiol. STS, Pleno, 6 febrero 2024, (RJ\2014\907), ponente: Rafael Saraza Jimena. Los magistrados discrepantes recuerdan que el interés de menor no solo ostenta primacía, sino que constituye también un principio de orden público. En su opinión, se ha desatendido esta prioridad al no reconocer una realidad social ya consolidada ni promover soluciones que favorezcan a los menores. Afirman que resulta evidente que, ante la existencia de niños insertos en un entorno familiar que actúa y se estructura legalmente conforme a la normativa de otro país, la aplicación rígida del derecho interno bajo el prisma del orden público puede generar situaciones de desamparo. Casos como el italiano muestran cómo los menores pueden verse despojados de su identidad y de su entorno familiar, en abierta contradicción con las obligaciones internacionales que exigen atender de manera efectiva al interés del menor.

sus propios gametos, lo que impide recurrir a una alternativa como la acción de reclamación de paternidad basada en la paternidad biológica, al no concurrir dicho vínculo. Una vez nacido el menor e integrado en una unidad familiar estable que le brinda apoyo material y emocional, no parece compatible con su interés superior que quede en situación de desamparo, apatridia y con una identidad jurídica difusa o inexistente, al no permitirse inscribir la certificación extranjera en el Registro Civil español. No deberíamos, en consecuencia, quedar anclados exclusivamente en el dato biológico, pues los vínculos familiares descansan también sobre otros fundamentos que no deben ser ignorados.

Desde una perspectiva centrada de forma exclusiva en el interés superior del menor, parecería más razonable no poner trabas innecesarias y permitir que la resolución extranjera que reconoce la filiación a favor de los comitentes fuera plenamente válida en nuestro ordenamiento, posibilitando así su inscripción directa en el Registro Civil. El mecanismo previsto por la legislación vigente y aplicado por los tribunales —que prohíbe dicha inscripción directa pero la permite de forma indirecta, a través de una acción de reclamación de paternidad ejercida por el progenitor biológico seguida de una adopción por parte de su pareja— no deja de evidenciar una incongruencia normativa que, lejos de beneficiar al menor, termina por comprometer su interés en nombre de una ficción jurídica difícil de justificar.

Además, el cauce previsto en el artículo 10.3 de la LTRHA incurre en un círculo vicioso de hipocresía legislativa que, en la práctica, no impide el acceso a la paternidad biológica para quienes disponen de los recursos económicos necesarios para sufragarla. Basta con observar la realidad: en España se ha desarrollado una auténtica industria en torno a la maternidad subrogada⁵⁸, promovida por despachos especializados que ofrecen a quienes pueden costearlo una alternativa tanto a la adopción como a la gestación propia, mediante un desembolso económico significativo⁵⁹. En su redacción actual, la norma termina perjudicando únicamente a los sectores más vulnerables de la población, que no pueden asumir los elevados costes que implica recurrir a otros países para acceder a una paternidad biológica vetada en nuestro territorio para los más desfavorecidos, pero facilitada —de facto— a quienes poseen mayores recursos. En consecuencia, la propuesta “de lege ferenda” que mejor podría armonizarse con el interés superior del menor,

58 El Instituto de las Mujeres presentó un informe jurídico ante la Abogacía del Estado en relación con la “promoción comercial de la gestación por sustitución” a través de páginas web y redes sociales. Cabe recordar que esta forma de publicidad fue expresamente prohibida en nuestro país mediante la reforma de la Ley del Aborto aprobada en 2023. No obstante, el Ministerio de Igualdad identificó hasta ocho agencias que continuaban incurriendo en dicha práctica. <https://www.inmujeres.gob.es/eu/observatorios/observimg/informes/docs/AnalisisPublicidadGestacionPorSustitucion2023.pdf>, consulta 25 de abril de 2025.

59 Según los datos del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, entre 2010 y julio de 2023, en España se recibieron un total de 3.546 solicitudes para inscribir bebés nacidos por gestación subrogada en el extranjero. Vid. <https://www.newtral.es/gestacion-subrogada-2023/20231220/> consulta 25 abril 2025.

como única consideración primordial, sería la supresión de la sanción de nulidad actualmente vigente sobre el contrato que da lugar a la gestación por sustitución.

B) *Propuesta “de lege ferenda” construida sobre otras consideraciones primordiales.*

a) *La protección de la dignidad de la mujer como criterio prioritario para impedir su cosificación.*

Conforme al fallo de la STS de 6 de junio de 2014, junto al interés superior del menor concurren otras consideraciones de carácter primordial que el juez *a quo* puede ponderar al resolver sobre los supuestos de gestación por sustitución. Como se ha analizado, dicha sentencia fundamenta su razonamiento jurídico en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, y no en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM). La diferencia entre ambos preceptos no es menor: mientras el primero establece que el interés del menor debe ser “una” consideración primordial entre otras, el segundo lo erige como “la” consideración primordial por excelencia, prevalente sobre cualquier otra. Esta divergencia terminológica y conceptual conduce, según se adopte uno u otro enfoque, a soluciones jurídicas sustancialmente opuestas.

En efecto, en la sentencia de referencia se reconoce que, junto al interés del menor, pueden concurrir otros bienes jurídicos cuya importancia requiere una valoración conjunta. A modo de ejemplo, se mencionan algunos especialmente relevantes en el caso analizado: la salvaguarda de la dignidad y la integridad moral de la mujer gestante; la necesidad de prevenir situaciones de explotación vinculadas a contextos de vulnerabilidad socioeconómica, particularmente en mujeres jóvenes; y la conveniencia de evitar la mercantilización tanto del proceso gestacional como de la relación de filiación. Principios que -afirma la sentencia- encuentran un sólido fundamento tanto en la Constitución Española como en el derecho comparado y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, particularmente en aquellos relativos a la infancia y las relaciones familiares. Esta sentencia ha establecido una doctrina jurisprudencial que continúa vigente en el ámbito de la maternidad subrogada.

Desde esta óptica, se vislumbra una vía alternativa para abordar los conflictos derivados de los contratos entre comitentes y gestantes, una vía en la que el interés del menor podría ocupar una posición subsidiaria, en caso de que las circunstancias del caso concreto justifiquen la primacía de otro interés constitucionalmente relevante.

En los últimos tiempos, se han alzado diversas voces que respaldan esta interpretación dinámica del interés superior del menor, provenientes tanto del

ámbito de la sociología como del jurídico. Esta orientación ha encontrado, al menos en parte, un respaldo reciente en el voto particular formulado por la magistrada María Luisa Balaguer Callejón en la STC 28/2024, previamente analizado.

De este modo, frente al interés superior del menor se han esgrimido otras consideraciones que, en determinados casos concretos, se afirman pueden prevalecer sobre aquel. Entre estas se encuentran la protección de la dignidad de la mujer, el desarrollo de la personalidad, la evitación de la cosificación o mercantilización del cuerpo humano y, muy especialmente, la igualdad de género. Se trata de argumentos que, aunque no siempre explícitamente invocados, están siendo incorporados de forma silenciosa pero persistente en la práctica jurisprudencial.

Así, por ejemplo, se ha observado que en algunas ocasiones la razón que lleva al juez a acordar una custodia compartida es más que el interés del menor, el posibilitar el desarrollo de la personalidad o la dignidad de uno de los progenitores. Un caso ilustrativo es el resuelto por la Audiencia Provincial de Córdoba en 2018, en el que se impuso una custodia compartida a un padre que, inicialmente, no deseaba asumirla⁶⁰. Esta tendencia se evidencia en las conclusiones del estudio sociológico sobre la custodia compartida realizado en 2019 en Barcelona, cuyos autores señalan que, en los casos en que la custodia compartida no ha sido fruto de un acuerdo entre las partes, la decisión judicial suele responder más a la necesidad de atender determinadas circunstancias —como la salud del menor o de alguno de los progenitores, o situaciones de precariedad⁶¹. En este sentido, resultan especialmente relevantes los argumentos planteados por María Ángeles Moraba García, quien aboga por anteponer la igualdad de género al interés del menor en la evaluación de la viabilidad de la custodia compartida⁶².

60 SAP de Córdoba de 23 de enero de 2018, (JUR\201846596), ponente: Miguel Ángel Navarro Robles, en la que se dio prioridad al interés de la madre a poder conllevar la vida laboral y el cuidado de sus hijos, imponiéndose la custodia compartida al padre, que rechazaba incluso la custodia exclusiva de sus hijos.

61 SOLSONA PAIRÓ, M., AJENJO COSP, M., BRULLET TENAS, C. y GÓMEZ-CASILLAS, A.: *La custodia*, cit., pp.165-166.

62 MORAGA GARCÍA, M. A.: “Igualdad y custodia”, cit., p. 483. Autora que advierte sobre el riesgo de asumir que la custodia compartida pueda erigirse como el mecanismo idóneo para promover la igualdad de género, sin que previamente se haya producido una transformación real del modelo patriarcal imperante en la sociedad. En su opinión, la custodia compartida, por sí sola, no garantiza una relación equitativa entre hombres y mujeres, especialmente si durante la convivencia no existió una distribución igualitaria de las responsabilidades familiares y del cuidado de los hijos. En este contexto, imponer una custodia compartida en un momento de ruptura y alta conflictividad puede resultar contraproducente, ya que trataría de forma igual situaciones profundamente desiguales desde el origen, lo cual, estima, conduciría, precisamente, a nuevas formas de injusticia. Por ello, sostiene que la verdadera base para reclamar una custodia compartida debe estar en el ejercicio previo de una paternidad activa y corresponsable, y no en su exigencia a posteriori como un derecho desvinculado del comportamiento anterior. Afirma que la custodia compartida solo puede ser la situación natural, justa e igualitaria en aquellas sociedades en las que la igualdad de género esté interiorizada en la sociedad. Es decir, la decisión sobre la custodia compartida debería fundarse en la constatación del hecho de si previamente hubiera mediado una situación real de igualdad de género, antes que en otras consideraciones como el interés del menor.

Por otro lado, tal como hemos señalado anteriormente, en el voto particular a la STC 28/2024 se afirma que el interés del menor no ha de entenderse como el interés único o predominante de una toma de decisión judicial en todo supuesto en que intervenga un menor. Esta postura permite a la magistrada Balaguer centrar la atención en los riesgos de mercantilización implícitos en los procesos de gestación por sustitución y en la cosificación de los menores al determinar su filiación. En consecuencia, concluye que la normativa aplicable ha de construirse sobre cuatro pilares fundamentales: 1) la protección del interés superior del menor desde una perspectiva individual; 2) la salvaguarda del interés colectivo de los menores frente a prácticas que atenten contra su dignidad; 3) la defensa del principio de dignidad humana, que debe aplicarse tanto al menor como a la madre biológica; y 4) la garantía de los derechos de esta última, asegurando que no hayan sido vulnerados a lo largo de todo el proceso de gestación⁶³.

b) Análisis crítico de la iniciativa impulsada por el Ministerio de Igualdad en abril de 2025, relativa a la prohibición categórica de la inscripción registral de la filiación del padre biológico.

Ahora bien, si se llevan estos planteamientos hasta sus últimas consecuencias, cabría considerar que la decisión se fundamente esencialmente en la protección de la dignidad de la mujer y en la prevención de su cosificación a través de la gestación por subrogación, prohibiendo dicha práctica y sus efectos tanto de forma directa como indirecta⁶⁴. En consecuencia, priorizar la dignidad humana podría relegar el interés del menor a un segundo plano y abrir la puerta a una solución que no se contente con desincentivar la maternidad subrogada sancionándola penalmente, tal como ocurre en Italia, Francia y Alemania, sino que vaya más allá⁶⁵.

No obstante, la anunciada propuesta de reforma legislativa del Ministerio de Igualdad va más allá al prever la prohibición absoluta de la inscripción en el registro civil español de una filiación fruto de una gestación por sustitución, vetando por

63 Voto particular que formula la magistrada María Luisa Balaguer Callejón a la STC, Pleno, 28/2024, de 27 de febrero de 2024, (JUR\2024\80643). Ponente Inmaculada Montalbán Huertas. Apartado quinto, párrafo segundo.

64 Esta crítica a la cosificación de la mujer en el contexto de la maternidad subrogada permite, en primer lugar, reflexionar también sobre la cosificación del varón en su rol de donante de material genético, aspecto que suele recibir escasa atención en el debate académico. En segundo lugar, en relación con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la interrupción voluntaria del embarazo —la cual se basa en evitar la cosificación de la mujer, que se produciría si se le obligara a continuar con la gestación en contra de su voluntad—, cabría preguntarse si, “a sensu contrario”, podría considerarse una forma de cosificación la prohibición de que una mujer opte libremente por ser madre gestante subrogada al no respetarse su decisión.

65 Esto es lo que propone GUARDIA HERNÁNDEZ, J.J. “Policía administrativa y maternidad subrogada”, AA.VV.: *La gestación por sustitución* (dir. A. LUCAS ESTEVÉ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 366. Vid. Artículo 12 de la LEGGE 19 febbraio 2004, n. 40 Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, reformado por la Ley 169, de 4 de noviembre de 2024, Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano (24G00187).

tanto la posibilidad de que el padre biológico pueda obtenerla interponiendo una demanda de reconocimiento de paternidad, una vez nacido el menor. Precisamente este es el criterio que se defiende desde posiciones feministas mayoritarias. Señala Francisca Pérez Madrid⁶⁶ que la mayoría de las feministas sostienen que alquilar a una mujer, aunque sea de forma bienintencionada, implica una forma de tráfico humano que daña la dignidad de las gestantes; por lo que se trata de una práctica que explota a las más pobres en beneficio de las más ricas, critica que ha llevado al manifiesto internacional “Stop surrogacy now”⁶⁷.

Como hemos anunciado esta propuesta de reforma legislativa merece nuestra crítica por muy diversos motivos, en primer lugar -y siguiendo a Encarna Roca- esta desprotección de los hijos, implica que pasarían a ser víctimas de las decisiones de sus progenitores, viéndose sometidos a una forma de estigmatización discriminatoria basada en su origen, tal como pasaba cuando se distinguía entre hijos legítimos e ilegítimos⁶⁸. Del mismo modo, ello supondría una vulneración de los derechos fundamentales de los hijos, pues, como hemos visto, quedaría comprometida su igualdad -art.14 CE; su identidad, de hecho el TEDH incardina la protección de la identidad del menor en el artículo 8 del CEDH. Igualmente, dicha opción legislativa no respetaría lo previsto en el artículo 39 de la Constitución Española, al establecer que “los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación”, y que añade posteriormente que “la ley posibilitará la investigación de la paternidad”. Negar a un niño la posibilidad de conocer o reclamar la filiación respecto de su padre biológico por haber nacido mediante gestación subrogada resulta, en este sentido, contrario a los principios constitucionales.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia que el interés superior del menor debe prevalecer en caso de conflicto con otros derechos o intereses, y que dicho principio ha de interpretarse a la luz del conjunto de los derechos fundamentales, con especial atención a los recogidos en los artículos 10 —relativo a la dignidad de la persona— y 14 —sobre el derecho a la igualdad— de la Constitución Española. Así, por ejemplo, en la STC 141/2000 se afirma que “el principio del interés superior del menor está implícito en el conjunto

66 PÉREZ MADRID, F.: “Maternidad subrogada y derechos de la mujer desde una perspectiva feminista”, en AA.VV.: *La gestación por sustitución* (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 196, cita a PANDE A.: “Wombs in Labor: Transnational Commercial Surrogacy in India”, *Columbia University Press*, 2014. Igualmente señala que la práctica la maternidad subrogada vulnera muchos derechos y bienes jurídicos, afectando a la dignidad e integridad física y moral de las madres gestantes.

67 No obstante, resulta de interés señalar que coexiste una línea liberal en el movimiento feminista que propugna justo lo contrario, mostrándose a favor de la maternidad por sustitución sobre la base de la libre determinación, la libertad contractual y la determinación sobre el propio cuerpo, y la libertad de utilizar estas tecnologías como un modo de empoderamiento de mujeres, más adelante volveremos sobre esta cuestión.

68 ROCA I TRIAS, E.: “Dura lex sed lex”, cit. p.334.

del orden constitucional y debe guiar cualquier actuación pública o privada que lo afecte”⁶⁹.

Asimismo, de la información facilitada por el Ministerio de Igualdad se desprende que la reforma no contemplaría una distinción entre la maternidad subrogada altruista y la de carácter lucrativo, asimilando así dos realidades profundamente distintas. Desde una perspectiva ética, esta equiparación resulta problemática, ya que la mercantilización y cosificación del cuerpo de la mujer adquieren una naturaleza distinta cuando no media retribución económica ni ánimo de lucro.

A mayor abundamiento, resulta pertinente recoger la jurisprudencia consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde los casos *Mennesson* y *Labassee* contra Francia hasta *Valdís Fjölnisdóttir* y otros contra Islandia, en los que se ha afirmado de forma reiterada que, con independencia de la legislación nacional —ya sea esta de carácter prohibitivo o incluso sancionador en el ámbito penal—, no puede privarse al menor nacido mediante gestación por sustitución del reconocimiento de su filiación biológica. En consecuencia, dicha filiación debe poder acceder al registro civil del Estado del comitente, en garantía del respeto al derecho a la identidad y a la vida familiar del menor. Como hemos dicho esta protección se incardina en el art. 8 CEDH en tanto que garantizar la identidad del menor.

No obstante, como ya hemos referido, la propuesta del Ministerio de Igualdad no ha sido recogida en la Instrucción de 28 de abril de 2025 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que se ha limitado a armonizar su criterio con los de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien habrá que aguardar a la aprobación de la futura Ley sobre trata para valorar plenamente su impacto.

Concluimos que priorizar la protección de la dignidad de la mujer por encima del interés superior del menor puede ser una opción legítima y jurídicamente defendible. Sin embargo, otra cosa muy distinta es relegar por completo el interés del menor, hasta el punto de ignorarlo o menospreciarlo, lo cual resultaría constitucionalmente inviable.

Finalmente, quisiera aportar dos consideraciones que pueden contribuir a contextualizar esta propuesta de reforma. La primera es que la soberanía legislativa de España encuentra su límite en sus propias fronteras y, en la práctica, no se podrá impedir que las gestaciones subrogadas continúen realizándose en otros países. La ausencia de una regulación específica, derivada de una eventual prohibición absoluta, dejaría en una situación de desprotección tanto a las madres gestantes como a los menores, sin evitar al mismo tiempo el surgimiento de

69 STC 141/2000, de 29 de mayo, (RTC\2002\141), Ponente: Tomás Salvador Vives Antón.

nuevas formas de fraude, como podría ser el ocultamiento del origen subrogado de la gestación, alegando falsamente que el nacimiento fue consecuencia de una procreación natural fruto de una relación esporádica al momento de inscribir al menor en el registro civil por parte del padre biológico.

Por otro lado, no podemos dejar de pasar por alto que junto a esta posición radical sostenida por un movimiento feminista sin duda mayoritario, encontramos otro sector del feminismo de corte liberal que propugna justo lo contrario, mostrándose a favor de la maternidad por sustitución sobre la base de la libre determinación, la libertad contractual y la determinación sobre el propio cuerpo, y la libertad de utilizar estas tecnologías como un modo de empoderamiento de mujeres⁷⁰.

III. EL RECURSO A LA GESTACIÓN SUBROGADA COMO MEDIO PARA QUE UN VARÓN HOMOSEXUAL ACCEDA A LA PATERNIDAD BIOLÓGICA.

Una vez expuesto el problema que plantea la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español, así como la conveniencia de reformar la normativa vigente y las distintas propuestas formuladas en función del enfoque adoptado, procede ahora —tal como se anticipaba en el título de este trabajo— abordar la posibilidad de que un varón gay acceda a la paternidad biológica a través de esta vía.

I. Consideración del interés superior del menor como punto de partida y eje central en la toma de decisiones.

La respuesta a esta cuestión dependerá del prisma desde el cual se aborde. Si se parte de la premisa de que debe primar, con pleno rigor, el interés superior del menor, y se considera necesario superar posturas meramente formales o incluso hipócritas —que, sin impedir de facto el acceso a la paternidad mediante gestación subrogada, continúan sancionando con nulidad absoluta el contrato que da lugar—, entonces un resultado, ciertamente extremo, podría ser que una eventual reforma normativa recogiera de forma expresa, amplia y no discriminatoria, que la gestación por sustitución es una práctica lícita y accesible para cualquier persona, con independencia de su orientación sexual, a fin de proteger el interés del menor

70 Desde este feminismo se postula justo lo contrario, el derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo de forma absoluta, tanto en la manifestación negativa del derecho a la maternidad -interrupción del embarazo, como en su manifestación positiva mediante el acceso a la maternidad subrogada, Vid. SARAVANAN S.: "A Feminist Discourse of Surrogacy: Reproductive rights and Justice approach", en AA.VV.: *A transnational Feminist View of Surrogacy Biomarkets in India* (coord. S. SARAVANAN), Sprinter, Singapore, 2018, pp.47-78; igualmente refiere la posición de SHALEV, C.: en *Birth Power: The Case for Surrogacy*, Yale University Press, 1989, pp.126 y ss, autora que se afirma que la libre elección se considera en los países en desarrollo un acto propiamente feminista y que por tanto la maternidad subrogada es una experiencia liberadora que aumenta la autonomía de la mujer.

de forma efectiva, tal como propugnaba el voto particular de la STS de 6 de febrero de 2014.

Asimismo, si se opta por una vía intermedia que busque compatibilizar la sanción formal de nulidad del contrato de maternidad subrogada con la protección del interés superior del menor, se podría mantener abierta, aunque de manera indirecta, la posibilidad de que un varón gay acceda a la paternidad biológica mediante gestación subrogada. En este escenario, una vez nacido el menor, el padre biológico podría ejercer la correspondiente acción de reclamación de paternidad biológica, y su pareja podría proceder a la adopción del niño. Esta es, en efecto, la solución actualmente vigente en la práctica judicial. Esta solución es la que se sigue actualmente en el ordenamiento jurídico español conforme a la doctrina emanada del TEDH en los asuntos *Mennesson y Labasse contra Francia*⁷¹. Esta misma vía ha sido acogida por la Sentencia 12193/2019 de las Secciones Unidas de la Corte de Casación italiana⁷², la cual, si bien declaró que la maternidad subrogada vulnera el orden público italiano —y, de hecho, se encuentra tipificada como delito en dicho país—, no obstante permitió el reconocimiento de la paternidad al padre genético, así como la posterior adopción del menor por parte de su cónyuge⁷³. Por tanto, la reforma introducida en la reciente Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública debería trasladarse al art. 10 LTRHA a fin de sancionar la armonización de la doctrina de la Dirección con la del Tribunal Supremo.

Sin embargo, al analizar esta “vía intermedia” seguida en España se evidencian importantes deficiencias. La primera de ellas radica en que la instauración de una nulidad absoluta del contrato con la madre de gestación queda carente de un sistema sancionador eficaz por lo que la despoja de sentido y fomenta su contravención. Imaginemos, por ejemplo, un ordenamiento en el que la defraudación tributaria no diera lugar ni a la obligación de restituir lo defraudado ni, por supuesto, a sanción alguna. O un sistema penal que prohibiera el consumo de drogas sin prever consecuencias reales ante su ingesta. En ambos casos, la finalidad última de la prohibición —proteger la integridad del sistema fiscal o la salud pública— se vería frustrada, y la norma se reduciría a una declaración vacía, un mero brindis al sol. Si a todo ello añadimos que el mecanismo previsto en la vía intermedia contempla, además, una norma de cobertura que habilita al infractor a beneficiarse del efecto del contrato sancionado con nulidad, resulta evidente

71 En las SSTEDH *Mennesson c. Francia y Labasse c. Francia*, de 26 de junio de 2014 (n.65192/11 y n.65941/11 respectivamente).

72 Sentencia 12193/2019 de las Secciones Unidas de la Corte de Casación italiana. Cass., Sez. Un., de 8 de mayo de 2019, n.12193.

73 Comenta la sentencia BARBA, V.: “Gestación por sustitución y orden público internacional en el ordenamiento jurídico italiano. La última decisión de Pleno de la Corte de Casación y sus consecuencias”. *Revista de Derecho Civil*, enero-marzo 2020, vol.VII, núm.1º Estudios, pp.69-101.

que este constructo jurídico presenta fallas estructurales. Por otro lado, esta vía intermedia no protege el interés del menor cuando los comitentes no han aportado su material genético, pues podría dejar al menor apátrida y desamparado.

Pero, además, esta solución intermedia no distingue entre la gestación por sustitución altruista y la gestación con fines lucrativos. Dado que la sanción de nulidad del contrato de gestación por sustitución se fundamenta en consideraciones éticas, estimamos que esta distinción es esencial y no debería pasarse por alto. Desde una perspectiva estrictamente ética, esta solución es mejorable, pues se alinea con una sanción cuya legitimidad moral puede ser cuestionada.

Propongo un análisis conjunto de la gestación por sustitución y la adopción, en tanto que ambas instituciones persiguen un mismo fin: ofrecer la posibilidad de ejercer la paternidad o maternidad a personas que no pueden acceder a ella por medios naturales. A partir de esta premisa, propongo examinar dos situaciones éticamente conexas.

Pensemos en el caso de una madre en un país del llamado Tercer Mundo que, empujada por la pobreza y en contra de sus deseos más íntimos, se ve forzada a entregar a su hijo en adopción, no porque no lo quiera —lo quiere con todo su ser—, sino porque carece incluso de lo mínimo para alimentarlo. El sufrimiento que esta mujer experimentará es inconmensurable. Y sin embargo, su hijo será absorbido por la industria de la adopción internacional, intermediada por actores que se beneficiarán económicamente de ese tránsito, hasta que el menor llegue al hogar de una familia del Primer Mundo, probablemente ajena al sufrimiento de la madre biológica. Una familia que acaso haya abonado por la adopción una suma que, de haber sido entregada —aunque fuera una ínfima parte— a esa madre, habría evitado la separación desgarradora. La valoración moral de esta escena no puede sino conducirnos a una profunda desazón.

Comparemos ahora esta situación con la de una mujer residente en un país del Primer Mundo —por ejemplo,— que decide recurrir a la gestación por sustitución como medio para alcanzar un proyecto vital. Se trata, quizás, de una mujer joven que, con plena autonomía, opta por esta vía como estrategia para mejorar sus condiciones de vida. Desde una perspectiva ética, esta segunda situación podría suscitar una menor objeción moral que la anterior, en la medida en que no implica una ruptura afectiva profunda entre madre e hijo, como sí ocurre cuando existen vínculos arraigados forjados a lo largo del tiempo. Aquí, la decisión se produce *ex ante*, con conocimiento y consentimiento, y no en un contexto de desgarramiento emocional ni de carencia absoluta. Por ello, estimo que este fenómeno debe ser abordado desde una mirada integradora, que contemple de forma conjunta las diversas realidades que subyacen tanto en la adopción como en la gestación por sustitución. Solo así podremos ofrecer una valoración ética y jurídica más

completa y matizada⁷⁴. Desde una perspectiva ética, cabría sostener que, si se decide que, de forma genérica, una de estas prácticas es contraria al orden público español, también debería considerarse la contraria la otra; y, del mismo modo, si se admite una, habría fundamento para admitir la otra. Lo que resulta insostenible es mantener una visión reduccionista del problema, adoptando medidas de política legislativa de carácter general que no atienden a la complejidad de las circunstancias concretas en que pueden desarrollarse estas situaciones, y que, además, carecen de un régimen sancionador efectivo que les confiera coherencia y fuerza normativa.

2. Un enfoque sustentado en consideraciones primordiales distintas del interés superior del menor.

A) La protección de la dignidad de la mujer y su no cosificación como consideración primordial ¿La solución italiano-francesa-alemana como modelo a seguir?

No obstante, tal como se ha venido analizando a lo largo de este trabajo, es posible adoptar un enfoque alternativo sustentado en la interpretación literal del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. La redacción de dicho precepto fue fruto de un prolongado y tenso proceso de negociación, en el cual se optó deliberadamente por sustituir el artículo determinado “el” por el indeterminado “un”, estableciendo que el interés del menor constituye “una consideración primordial” —y no “la” única. Este matiz lingüístico no es menor: implica que el interés del menor puede coexistir con otras consideraciones también calificadas de primordiales, correspondiendo al órgano jurisdiccional, en cada caso concreto, la tarea de ponderarlas y determinar cuál debe prevalecer. Durante los debates preparatorios se sostuvo que, de haberse consagrado el carácter exclusivo del interés del menor, se habría restringido de manera indebida el margen de apreciación judicial, limitando injustificadamente su capacidad de valorar las particularidades del caso.

De manera llamativa, este relevante matiz ha pasado prácticamente inadvertido para la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia en España, constituyendo una excepción destacable la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de

⁷⁴ En la propia STS 6 febrero de 2014, (RJ/2014/907), Ponente: Rafael Saraza Jimena, se reconocía la realidad subyacente al referir que: “en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población.” (FJ 3, apartado 6, párrafo 2).

2014. Aunque la redacción del artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor pudiera llevarnos a una interpretación en sentido contrario, no debe perderse de vista que tanto dicha norma como el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño —tratado internacional ratificado por el Reino de España— forman parte del ordenamiento jurídico interno y, en consecuencia, resultan plenamente aplicables en nuestro sistema.

Pues bien, este enfoque permite acercarnos al problema en ciernes desde un punto de partida alternativo, dando prioridad a otras consideraciones primordiales sobre el interés del menor; consideraciones que bien podría ser la protección de la dignidad de la mujer o la evitación de la mercantilización o cosificación de su cuerpo, al igual que el del menor. Esto nos permite afrontar la razón de la sanción de nulidad del contrato de maternidad subrogada con toda su crudeza sin el peaje de ciertas objeciones.

En este punto es necesario recordar que el *Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina*, firmado en Oviedo en 1999⁷⁵ señala que “el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro”. Igualmente el comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas⁷⁶, obliga a proteger a la mujer gestante frente a todo tipo de explotación, la coerción, la discriminación y el tráfico de personas. Por último, hay que traer a colación las palabras de la Relatora Especial de las Naciones Unidas para la venta y la explotación sexual de los niños como hace la magistrada Balaguer en su voto particular⁷⁷. La Relatora afirma en el estudio presentado que la gestación por sustitución equivale a la venta de niños, prohibida por el artículo 2.a) del Protocolo Facultativo CDN relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, en aquellos casos en “que la madre de alquiler o un tercero reciban remuneración o cualquier otra retribución a cambio de trasladar al niño.

Cabe preguntarse si, en la hipótesis de que se hubiese consumado una venta de un menor, el hecho de que éste se hubiese integrado en la vida de la familia compradora, dando a un vínculo afectivo, podría legitimar la ausencia de una sanción efectiva y, en consecuencia, permitir su permanencia en dicho núcleo

75 Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, firmado en Oviedo en 1999, artículo 21, ratificado por España el 23 de julio de 1999.

76 CEDAW, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas. Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de Ucrania, I de noviembre de 2022, CEDAW/C/UKR/CO/9 § 46.

77 Estudio temático sobre la gestación por sustitución y la venta de niños de 15 de enero de 2018, A/HRC/37/60, de la Relatora Especial de las Naciones Unidas para la venta y la explotación sexual de los niños.

familiar. La respuesta, desde una perspectiva jurídica, es inequívoca: el Derecho no admite en modo alguno la validez de semejante transacción, ni consiente que sus efectos —ya sean directos o indirectos— puedan recibir reconocimiento legal. Con ello se evitaría, además, que pueda validarse la filiación con el contratante por vías indirectas o subrepticias.

Ahora bien, al vincular la gestación por sustitución con la dignidad de la mujer, emergen numerosas cuestiones que obligan a evitar todo enfoque simplista, pues nos enfrentamos a una problemática compleja, en la que no todos los supuestos pueden ser tratados del mismo modo. Con frecuencia, la atención se centra en los casos de mujeres explotadas, en cuasi-esclavitud, atrapadas en contextos de extrema pobreza y víctimas de una industria —la de la maternidad subrogada, y también en ocasiones la de la adopción internacional— que instrumentaliza sus cuerpos. En tales circunstancias, el juicio moral y jurídico resulta inequívoco: solo cabe una condena firme ante la evidente vulneración de la dignidad, reducida aquí a una lógica degradante y cosificadora.

Sin embargo, junto a este escenario existen otros, como ya se ha señalado. Es posible que una mujer en una posición económica desahogada, actuando con plena libertad y consciencia, decida recurrir a esta práctica, ya sea con el propósito de mejorar aún más su situación o movida por una vocación altruista. Tampoco puede pasarse por alto que la donación de órganos y de muestras biológicas se encuentra expresamente regulada en nuestro ordenamiento jurídico. En la medida en que no media contraprestación económica, no se advierte una diferencia ética sustancial que justifique la prohibición de una práctica mientras se admite la otra. De hecho, se ha afirmado que la gratuidad supone que “podamos excluir que ofenda la dignidad de la mujer y que socave irremediabilmente las relaciones humanas”⁷⁸.

B) Gestación por sustitución y vínculos jurídicos: el TEDH frente a las tentaciones de desvinculación radical entre menor y comitente.

Así, si el criterio decisorio prioritario fuera la protección de la dignidad de la mujer y la prevención de su cosificación —quedando en un segundo plano el interés del menor—, la solución jurídica “de lege ferenda” que más coherentemente respondería a tal finalidad sería la prohibición absoluta y radical de este tipo de prácticas, de modo que sus efectos no pudieran desplegar validez jurídica en ningún momento, ni de forma directa ni indirecta. En consecuencia, el Derecho

78 BARBA, V.: “Gestación por sustitución”, cit., pp.94-96, señala que: cuando la gestación por sustitución se realiza en un espíritu de libre solidaridad, en un contexto relacional entre los padres de intención y la mujer que lleva a cabo el embarazo, cuando hay información adecuada y la mujer embarazada conserva la capacidad de afirmar y ejercer su maternidad, cuando constituye, es decir un don de la vida, no creo que deba preservarse una valoración irreparablemente negativa.

no admitiría el reconocimiento de la filiación a favor del padre biológico, sino que establecería sanciones efectivas —por ejemplo, de naturaleza penal— orientadas a disuadir con firmeza este tipo de actuaciones.

No obstante esta alternativa no sería viable conforme a la jurisprudencia del TEDH en materia de maternidad subrogada. Recordemos que en *Mennesson contra Francia*⁷⁹ el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado que el derecho al respeto de la vida familiar protege las relaciones de hecho, con independencia de que éstas cuenten o no con reconocimiento jurídico por parte de los Estados. En consecuencia, la ausencia de un vínculo legal entre menores y sus progenitores intencionales no excluye que dicha relación pueda acogerse a la protección de dicho derecho ni que pueda ejercerse efectivamente. Conforme a esta posición, el TEDH ha sostenido que, aun en ausencia de reconocimiento jurídico, los menores y sus progenitores intencionales tienen la posibilidad de convivir, compartir su vida cotidiana y desarrollar vínculos afectivos significativos. En el caso examinado, el Tribunal consideró que la negativa a reconocer jurídicamente la filiación vulneraba el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al no tenerse en cuenta la existencia de un vínculo genético entre el progenitor intencional varón y las niñas nacidas mediante gestación por sustitución. A juicio del Tribunal, el interés superior de las menores exige que dicha relación de filiación reciba reconocimiento jurídico.

No obstante, en su Dictamen de 10 de diciembre de 2018, emitido en respuesta a la Opinión Consultiva solicitada por Francia sobre el reconocimiento en el derecho interno de una relación paterno-filial entre un menor nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y su madre intencional, el Tribunal precisó que los Estados no están obligados a aceptar automáticamente los términos establecidos por el país de nacimiento del menor. Por el contrario, conservan un margen de apreciación para establecer sus propios procedimientos de reconocimiento. Esta doctrina se enmarca en lo que se ha denominado la “solución intermedia”, previamente analizada.

Sin embargo, la doctrina del TEDH en la materia ha dado un nuevo giro recientemente, me refiero al asunto *Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia*⁸⁰, en

79 *Mennesson contra Francia* SSTEDH de 26 de junio de 2014, (n.65192/11), el Tribunal estableció dos bases principales. Primero, que no es posible imponer a los Estados, sobre la base del artículo 8 CEDH, una obligación positiva de reconocer o legalizar los procedimientos de gestación por sustitución. Segundo, que la negativa de las autoridades nacionales a reconocer la relación de filiación entre los progenitores intencionales y los niños y niñas nacidos en el extranjero por este procedimiento no implica una vulneración del derecho al respeto de la vida familiar.

80 *Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia*, STEDH de 18 de mayo de 2021). Asunto en el cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) valoró que la convivencia mantenida durante un período de cuatro años entre el comitente, que no había prestado sus gametos para la fecundación, y la menor nacida mediante gestación por sustitución había propiciado el establecimiento de vínculos afectivos sólidos y una relación de calidad suficiente para considerar la existencia de una vida familiar en el sentido del artículo 8 del CEDH. Dicha relación fáctica, construida en el marco de una convivencia prolongada, se vio además

el que el el TEDH reconoce que existe una relación jurídica protegida por el derecho al respeto de la vida familiar, aunque los progenitores intencionales y el menor nacido por gestación por sustitución no tuvieran vinculación genética. En consecuencia, esta sentencia representa un avance respecto de la doctrina establecida previamente en el caso *Paradiso y Campanelli contra Italia*, STEDH, 24 de enero de 2017, en el que el Tribunal consideró compatible con el artículo 8 del CEDH la decisión de las autoridades italianas contraría a todo reconocimiento legal o de facto de la filiación surgida de una maternidad por sustitución, fundamentada en la protección del orden público. Cabe destacar, sin embargo, que en aquel supuesto, además de no existir un vínculo genético entre el menor y el comitente, éste había incurrido en la falsificación de los datos relativos al nacimiento y al origen biológico del niño⁸¹.

C) Paternidad, orientación sexual y gestación por sustitución: el desarrollo de la personalidad del varón homosexual como consideración primordial en el acceso a la paternidad por maternidad subrogada.

La apertura hacia la admisión de otras “consideraciones primordiales” distintas del interés superior del menor —en consonancia con lo previsto en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en relación con la STS de 6 de febrero de 2014— permite introducir como posible criterio decisorio la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad del varón homosexual que desea acceder a la paternidad biológica. Procede pues estudiar si es posible conectar el artículo 10 de la Constitución con distintos derechos constitucionales y deducir de dicha conexión la existencia de un reconocimiento constitucional al derecho a la paternidad, pues podría alegarse que un desarrollo pleno ha de comprender también la posibilidad de acceder a la paternidad y ejercerla plenamente.

Si bien es cierto que la paternidad en solitario debería buscar sustento en un “derecho a procrear”, también lo es que no hay refrendo constitucional explícito del mismo, pues el artículo 39.2 CE se limita a señalar que “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil”, sin hacer referencia alguna a los progenitores.

reforzada por el reconocimiento legal otorgado por el Estado a través del régimen de acogida, lo que consolidó aún más la dimensión jurídica de la unidad familiar constituida.

81 No compartimos la idea de que exista una falta de coherencia en la jurisprudencia del TEDH en materia de maternidad por sustitución, como sostiene OCHOA RUIZ, N. Por el contrario, consideramos que las diferencias en los pronunciamientos responden a la diversidad de supuestos y circunstancias examinados en cada caso. A pesar de ello, se aprecia una línea jurisprudencial coherente y en evolución, que puede rastrearse desde el caso *Mennesson contra Francia*, STEDH de 26 de junio de 2014 (n.65192/11) y *Labassee contra Francia* hasta *Valdis Fjölfnisdóttir y otros contra Islandia*. Vid. OCHOA RUIZ, N.: “La creación de nuevos derechos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en AA.VV.: *La gestación por sustitución* (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.189-190.

Un punto de partida puede ser la propuesta de José Manuel Vara González⁸² quien considera la posibilidad de encontrar anclaje de este derecho a procrear en el derecho al libre desarrollo de la personalidad del artículo 10, como manifestación del derecho a fundar una familia, para lo cual lo conecta con el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que reconoce a la familia como núcleo natural y esencial de la sociedad, merecedor de protección por parte del Estado y de la comunidad internacional. Asimismo, también se podría partir de la conexión entre dignidad y desarrollo de la personalidad con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que garantiza el respeto a la vida privada y familiar como norma interpretativa de los derechos constitucionales, ya que, conforme al mandato del artículo 10.2 CE, ha de ser tenida en cuenta en la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en nuestro texto constitucional. En el ámbito autonómico, esta visión plural se ve reforzada por el artículo 231-I del Código Civil de Cataluña, que reconoce la diversidad de formas familiares y garantiza la protección de aquellas integradas por un solo progenitor y sus hijos, sin establecer distinción alguna en función del sexo del progenitor.

No obstante, el ejercicio del derecho a procrear ha sido cuestionado por quienes sostienen que debe prevalecer la previsión del artículo 39 de la Constitución Española, que establece la obligación de ambos progenitores de asistir al menor. Desde esta perspectiva, la paternidad en solitario podría interpretarse como una vulneración del derecho del niño a recibir apoyo y cuidado de dos figuras parentales⁸³. Este razonamiento guarda similitudes con las críticas dirigidas a los modelos monoparentales, basadas en la idea de que solo la familia tradicional garantiza un entorno adecuado para el desarrollo infantil. Sin embargo, esta visión omite que la calidad del entorno familiar no depende necesariamente de que se adapte a una tipología tradicional, sino de su estabilidad y capacidad para atender las necesidades afectivas y materiales del menor. Así, una familia monoparental puede ofrecer condiciones óptimas de desarrollo que, en ocasiones, no se encuentran en una familia tradicional desestructurada. Lo importante no es el modelo familiar, sino el funcionamiento familiar.

Del mismo modo, aunque se ha señalado que la gestación por sustitución podría impedir al menor el acceso a su origen biológico —tal como prevé el artículo 39 CE—, debe recordarse que el ordenamiento jurídico reconoce el derecho al anonimato del donante en los procedimientos de reproducción asistida, otorgando confidencialidad a su identidad y, por tanto, limitando igualmente el acceso a dicha información, y no existe constancia de que la garantía de anonimato haya sido

82 VARA GONZÁLEZ, J. M.: “¿Existe el derecho a ser padre en solitario?”, *El Notario del Siglo XXI*, 2015, núm. 63º, pp.88-93.

83 VARA GONZÁLEZ, J. M.: “¿Existe el derecho”, cit., pp. 88 y ss.

cuestionada por inconstitucionalidad en razón de su eventual contradicción con lo establecido en el artículo 39 de la Constitución Española.

En cualquier caso, resulta indiscutible que un varón homosexual puede constituir legítimamente una familia monoparental, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico reconoce expresamente la adopción individual sin que exista discriminación alguna por razón de orientación sexual, conforme a lo establecido en el artículo 175 del Código Civil. Igualmente la ley 13/2005⁸⁴ reconoció el derecho al matrimonio de las parejas homosexuales en condiciones de plena igualdad con las parejas heterosexuales, incluyendo la posibilidad de adopción de menores. En consecuencia, el acceso a la paternidad por parte de hombres homosexuales no solo no está prohibido en el ordenamiento jurídico español, sino que se encuentra expresamente previsto por la ley y respaldado constitucionalmente por la STC 198/2012, que consideró constitucional la adopción en el seno del matrimonio homosexual. La cuestión que se plantea en la actualidad es si este derecho a la reproducción cuenta, además, con respaldo en algún precepto constitucional que le confiera el carácter de derecho fundamental, y si el acceso a la paternidad podría también alcanzarse mediante la gestación por sustitución, como vía para posibilitar la paternidad biológica, dado que el hombre homosexual no podría alcanzarla por otros medios, a diferencia de la mujer lesbiana.

De hecho, diversos estudios realizados tanto desde la sociología como desde la psicología respaldan que el ejercicio de la paternidad por parte de personas homosexuales es plenamente compatible con el bienestar del menor, no afecta negativamente su desarrollo y se caracteriza por un elevado grado de compromiso en el ejercicio de la coparentalidad. En consecuencia, desde estas disciplinas también se avala la idoneidad del modelo homoparental, sin que exista fundamento alguno para justificar ningún tipo de discriminación.⁸⁵

84 Ley 13/2005, de modificación del Código Civil en materia de matrimonio, de 30 de junio. BOE 157 de 2 de julio.

85 Desde la psicología, ARISTEGUI, I.: "Parentalidad Gay/Lésbica: Funcionamiento emocional y adaptación psicológica de los hijos de parejas del mismo sexo", *Perspectivas de psicología*, 2014, vol.II, pp.78-85, concluye que todos los estudios coinciden en un mismo resultado: el desarrollo evolutivo de los hijos e hijas de familias homoparentales no difiere significativamente del de aquellos criados en familias heterosexuales, en ninguno de los ámbitos más comúnmente analizados. Los menores criados por uno o dos progenitores homosexuales no presentan dificultades emocionales, académicas ni de adaptación social. Hasta el momento, no se ha encontrado evidencia de confusión en la identidad de género ni en la orientación sexual. Por el contrario, las familias homoparentales han demostrado ser cuidadosamente planificadas, fomentar la tolerancia y la aceptación del otro, mostrar flexibilidad en los roles de género dentro de la pareja y establecer vínculos sociales que ofrecen referentes positivos para el desarrollo de sus hijos. Por su parte JAE BALMA, C.: "Adopción de niños menores de dos años por parejas homoparentales formadas por varones. Una revisión sistemática", *Revista Científica Arbitrada de la Fundación Monte Clara*, 2024, Vol.9, pp.1-21.

pp.1-21, recoge estudios que concluyen que las parejas homoparentales formadas por dos varones son más propensas a adoptar niños con problemas de salud o discapacidad que las familias heteroparentales y que la adopción por parte de estas familias no genera ninguna consecuencia negativa en los niños.

Por su parte OPORTO ALONSO, M.: en "La revelación de los orígenes en la gestación por sustitución", en AA.VV.: *La gestación por sustitución* (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 417, recoge que los efectos psicosociales de la revelación de los propios orígenes en niños nacidos por métodos artificiales

En consecuencia, corresponde recentrar el análisis del derecho a procrear a partir del artículo 10 de la Constitución Española y su conexión con los derechos constitucionales. Es significativo que este derecho se reconoció en el voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, aunque en dicha ocasión se desaprovechó la oportunidad de desarrollar una fundamentación sustantiva al respecto.

En la STC 28/2024 se ha afirmado que el hecho de que la Constitución española no reconozca expresamente un derecho fundamental a la vida privada y familiar en los términos previstos en el artículo 8 del CEDH y en el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, no implica que los elementos esenciales de la identidad personal —como el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad inherente al ser humano y las relaciones afectivas, familiares y de convivencia— queden excluidos de protección en el marco constitucional. En este sentido, debe investigarse si cabe fundamentar la existencia de un derecho a la procreación, que sería necesario para el pleno desarrollo de la personalidad de las personas homosexuales en dicho art. 8 CEDH.

Dejamos para el siguiente apartado el análisis pormenorizado de la conexión entre el artículo 10 de la Constitución Española con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y con los derechos constitucionales, a fin de determinar si puede vislumbrarse un derecho constitucional a la reproducción, para detenernos ahora, con carácter previo, en dos cuestiones que pueden contribuir a esclarecer y enriquecer este debate.

En primer lugar, me refiero a la posibilidad de encontrar un respaldo adicional al derecho a la reproducción en el enfoque de la teoría de las capacidades, desarrollado por el Premio Nobel Amartya Sen⁸⁶ como una alternativa crítica al concepto kantiano de dignidad, cuya formulación ha sido objeto de numerosos

de concepción o por gestación subrogada o suponen diferencias respecto al bienestar psicosocial de aquellos nacidos mediante concepción natural.

Desde la sociología, CORTINA, C.: "Demografía de las parejas homosexuales en España". *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 2016, núm. 153, pp. 3-22, señala que, en las parejas homosexuales, el compromiso de ambos miembros en el cuidado conjunto del menor es mayor que en las parejas heterosexuales, de hecho observa que en el caso de las parejas homosexuales es más probable que ambos miembros trabajen (70 %) en comparación con las parejas heterosexuales (50 %), y que la distribución de las tareas domésticas tienda a ser más equitativa entre los homosexuales. Por su parte, JIMÉNEZ CABELLO, J.M., BECERRIL RUIZ, D. y GARCÍA MORENO, J.M.: en "Assignment of Custody after Divorce in the case of Dissolutions of Heterosexual and Homosexual Couples", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 2021, núm. 176, pp. 94-96, concluyen que los menores que crecen con parejas homosexuales experimentan un mejor impacto en caso de ruptura debido al hecho de la forma en que se producen estos divorcios, que se caracterizan por un alto grado de consenso, siendo los divorcios de mutuo acuerdo más del 80% del total de divorcios homosexuales, alcanzando una tasa estable del 85% en los últimos años. Afirman que la desagregación por sexo no revela diferencias significativas, registrándose altos porcentajes de consenso tanto en hombres como en mujeres. Solo el 15% de los divorcios homosexuales se resuelven mediante procesos contenciosos.

86 Vid. URQUIJO ANGARITA, M. J.: "La teoría de las capacidades en Amartya Kumar Sen", *Edetania*, 2014, núm. 46°, diciembre pp. 63-80.

debates. Desde una ética inspirada en la virtud, el denominado *capability approach* ofrece un marco normativo para evaluar tanto el bienestar como la libertad individual.

Según esta concepción, la dignidad se vincula estrechamente con las capacidades humanas y puede entenderse como la libertad real de la que dispone cada persona para alcanzar aquello que valora como esencial para su vida. Ello implica desplazar el foco desde la mera satisfacción subjetiva o la cantidad de recursos disponibles, hacia la evaluación de lo que las personas son efectivamente capaces de hacer o de ser. Se afirma que lo que debe procurarse es que todo ser humano tenga garantizado poder gozar de un entorno y proyecto vital conforme a sus capacidades, garantizar una igualdad de capacidades básicas sería la piedra angular en una sociedad libre. Todo ser humano ha de poder desarrollar una “*flourishing life*”. En palabras de Amartya Sen: “se expresa, entonces, una libertad como capacidad que refleja la oportunidad real para alcanzar aquello que valoro”⁸⁷. En este marco teórico, el derecho a la procreación se integra de forma coherente como expresión de una vida plenamente realizada, en tanto satisface una de las capacidades fundamentales del ser humano y contribuye al despliegue de su potencial vital⁸⁸. Esta teoría no debe ser reducida ni desvirtuada mediante la consabida objeción de que no todo lo que se desea genera un derecho a obtenerlo, argumento que con frecuencia se emplea para rechazar la maternidad subrogada. Muy al contrario, no se trata de una teoría que legitime la satisfacción de deseos arbitrarios, sino de una concepción que aboga por la posibilidad de desarrollar un proyecto de vida conforme a las capacidades básicas de cada individuo.

En segundo lugar, quisiera recordar que el acceso a la paternidad por parte de un comitente individual mediante gestación por sustitución ya se encuentra contemplado en diversos ordenamientos jurídicos. Un ejemplo paradigmático lo ofrece el Código de Familia del Estado de California (secciones 7960 y siguientes), que permite la gestación subrogada cuando el comitente es un hombre solo, sin excluir en modo alguno a quienes pertenecen al colectivo LGTBI, garantizando expresamente la ausencia de discriminación por razón de orientación sexual. Esta normativa, además, establece la preservación del anonimato de la mujer gestante, al disponer que su identidad permanecerá oculta desde el momento mismo del parto.

Si bien este modelo puede resultar extremo para quienes sostienen que la dignidad de la mujer y la prevención de su cosificación deben constituir el eje

87 SEN, A. K.: *Choice, Welfare and Measurement*”, Blackwell, Oxford, 1982, p. 74.

88 En esta línea, ROBERTSON, J. A.: “Surrogate Mothers: Not So Novel after All”. *The Hastings Center Report*, 1983, Vol.13, Núm.5º, pp.28-34, quien señala respecto a los padres comitentes, que la autonomía procreativa significa que los individuos tiene un derecho a elegir el tipo de vida que encuentran significativo y satisfactorio, lo cual justificaría el uso de la técnica.

del juicio normativo, cabe explorar una vía intermedia, inspirada en los principios contenidos en la *Children Act* de 1989, que permitiría equilibrar los derechos de todas las partes implicadas con el interés superior del menor⁸⁹. De esta forma sería importante considerar si la gestación por sustitución se realiza de manera altruista o si se realiza mediando una contraprestación económica, distinguiendo adecuadamente entre los distintos supuestos. En aquellos casos en los que no exista remuneración y el consentimiento de la mujer gestante sea plenamente válido, libre e informadamente constatado, no se aprecia impedimento ético que justifique excluir al varón homosexual del acceso a la paternidad por esta vía. En esta línea, resultan particularmente pertinentes las reflexiones formuladas por la profesora Encarna Roca⁹⁰ al afirmar que ciertos contratos pueden ser considerados válidos, especialmente aquellos que no implican una contraprestación económica, que responden a fines altruistas o que están sometidos a supervisión judicial, como sucede en algunos sistemas legales europeos⁹¹. A la luz de estos modelos, se refuerza la necesidad de articular mecanismos jurídicos de control y protección que hagan posible el acceso del varón homosexual a la paternidad mediante gestación por sustitución, sin vulnerar principios fundamentales como la dignidad de la mujer gestante ni el interés superior del menor. En esta línea, las propuestas doctrinales de Encarna Roca resultan especialmente pertinentes, al sostener la viabilidad de este tipo de acuerdos en contextos regulados, siempre que se respeten estrictamente los requisitos de gratuidad, altruismo y control judicial.

89 En el Derecho inglés, *Children Act* de 1989, se prevé que en el acuerdo de gestación subrogada concorra un único comitente, para cuyo caso dispone que la gestante debe tener una conexión legal o familiar directa con el comitentes y prestar su consentimiento por escrito de modo altruista. En tal caso se reconocerá la paternidad del comitente pero previo ejercicio de una acción de reclamación de la filiación.

90 ROCA I TRIAS, E.: "Dura lex", cit., p.334.

91 Por ejemplo, en el Reino Unido, la gestación por sustitución altruista está permitida en virtud del *Surrogacy Arrangements Act 1985*, siempre que no exista pago alguno más allá del reembolso de gastos razonables, y el proceso esté sujeto a la autorización judicial a través de una *parental order*, vid. *Children Act 1989* y *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* (HFE Act 2008).

En esta línea la Ley portuguesa 25/2016 de 22 de agosto y su reglamento de 31 de julio de 2017 que establece un modelo de gestación por gestación gratuita, la norma contempla la preservación del anonimato del donante, lo que implica que la persona nacida mediante este procedimiento no tiene reconocido el derecho a conocer sus orígenes biológicos.

De igual modo, en Grecia, la Ley 3089/2002 permite la gestación por sustitución bajo un régimen judicialmente controlado, en el que el juez debe aprobar el acuerdo antes del tratamiento de reproducción asistida, asegurando así la voluntariedad y la idoneidad de las partes. Debe tenerse en cuenta que, si bien el modelo de gestación por sustitución en Grecia, regulado por la Ley 3089/2002 y la Ley 3305/2005, se enmarca dentro de un régimen altruista, ello no implica que la mujer gestante únicamente reciba el reembolso de los gastos médicos. La normativa permite el abono de una cantidad adicional en concepto de compensación por las molestias derivadas del proceso y por el tiempo durante el cual no pueda desempeñar su actividad laboral. No obstante, dicha compensación no puede alcanzar niveles que supongan un enriquecimiento indebido, manteniéndose así el principio de no mercantilización del cuerpo femenino. Por último debemos hacer mención de la propuesta de ley que presentó Ciudadanos en 2018, en la que se reservaba la gestación por sustitución a mujeres españolas o con residencia legal en España, con edades comprendidas entre los 25 y los 45 años, que cuenten con una situación socioeconómica estable y hayan tenido previamente un hijo sano. Además, solo podrían participar en este tipo de gestación en un máximo de dos ocasiones y no podrían aportar su propio material genético. El contrato tendría carácter estrictamente gratuito, quedando expresamente prohibido cualquier tipo de remuneración, salvo el reembolso de los gastos derivados del proceso.

No considero fundadas las críticas que, desde determinadas posiciones feministas, se dirigen contra la gestación por sustitución de carácter altruista. Se afirma que la “maternidad altruista” es un mito que legitima y encubre el auténtico negocio a nivel mundial —principalmente para los agentes intermediarios— que supone la comercialización del cuerpo de mujeres en clara situación de necesidad económica y social⁹². En esta línea, incluso se ha llegado a sostener que... “la industria de los vientres de alquiler nunca puede justificarse bajo tapadera de casos altruistas, ya que se trata de un mero pretexto para legitimar un negocio millonario”⁹³. En cualquier caso, como ya se ha señalado, dentro del propio feminismo existen corrientes de corte liberal que defienden precisamente la postura opuesta.

3. ¿Existe un derecho constitucional a la reproducción? El acceso del varón homosexual a la paternidad mediante gestación por sustitución.

A) Planteamiento de la cuestión.

Compartimos la postura de José Manuel Vara González⁹⁴ al señalar que, tras la STS de 6 de febrero de 2014, la posibilidad de inscribir los nacimientos derivados de la gestación por sustitución ha quedado obstaculizada, generando un vacío normativo que ha motivado reiteradas peticiones de reforma legal desde diversos sectores sociales y jurídicos. Asimismo, coincidimos en que una parte significativa de la demanda social se dirige actualmente hacia la legalización de la gestación por sustitución, especialmente con el objetivo de permitir el acceso de parejas homosexuales masculinas a la paternidad biológica.

La libertad reproductiva ha sido recogida de forma expresa por la Conferencia Mundial de la ONU de El Cairo sobre Población y Desarrollo de 1994 y en la igualmente IV Conferencia Mundial de la Mujer de la ONU de Beijing, celebrada el año siguiente, en las que se calificó de “derecho reproductivo” que “comprende determinados derechos humanos ya reconocidos en los ordenamientos jurídicos nacionales, en tratados internacionales sobre derechos humanos y otros documentos de consenso.”⁹⁵ Igualmente es un derecho sobre el que se construye la

92 VALERO HEREDIA, A.: “La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 2019, núm. 43°, p. 439.

93 Son palabras de Julie Bildel, activista feminista que recoge PÉREZ MADRID, F.: “Maternidad subrogada”, cit., p.198. Bildel compara “la industria del vientre de alquiler con la industria del sexo, prostitución o pornografía: dañina, egoísta y usa la propaganda para engañar. El vientre de alquiler no es necesario en ningún caso. Busca normalizar la utilización de la mujer”.

94 VARA GONZÁLEZ, J. M.: “¿Existe el derecho”, cit., pp. 88 y ss.

95 Se recoge en la plataforma de acción de la Conferencia de Beijing comentada por ALKORTA IDIAKEZ, I.: “Nuevos límites al derecho a procrear”. *Derecho privado y Constitución*, 2006. núm. 20°. Madrid, p.17. Autora que recoge de su análisis de la conferencia que el derecho a procrear abarca múltiples dimensiones, entre ellas la prevención y el tratamiento de la infertilidad; la libertad de decidir si se desea tener hijos, así como el momento y la frecuencia para ello; la prevención del embarazo no deseado o extemporáneo; y la protección frente a toda forma de violencia sexual contra las mujeres.

legislación española sobre reproducción humana asistida⁹⁶. Finalmente el TEDH en Dickson contra Reino Unido⁹⁷ entendió que el artículo 8 del convenio comprende el derecho a ser padres genéticos.

Ahora bien, la cuestión medular consiste en discernir si el derecho a procrear halla respaldo en el marco constitucional, dado que el artículo 39 de la Constitución Española, al menos en una lectura inicial, no parece ofrecer una cobertura explícita a tal prerrogativa. Como punto de partida, resultan especialmente ilustrativos los atinados comentarios de María Dolores Cervilla Garzón⁹⁸, quien remonta la discusión al año 1988, con motivo de la aprobación de la primera Ley de Reproducción Asistida. En ese contexto, se produce una ruptura significativa entre filiación y el dato biológico de la concepción, anclándose esta última en el consentimiento del varón y, más adelante, también en el de una de las mujeres⁹⁹. A partir de entonces, ha estado sobre la mesa el interrogante acerca de la existencia o no de un derecho constitucional a la procreación. Sobre este punto, Cervilla Garzón sintetiza el debate que se suscitó en aquel momento: “por más vueltas que quisiera darse al texto constitucional, por más forzada que fuera su lectura, no hubo forma de ubicar un derecho a ser padres que sirviera de elección al legislador y que, de forma unánime, fuera así reconocido por la doctrina científica. Es verdad que existe todo un argumentario para sustentar esta tesis, aunque, a mi juicio, ninguna presenta una solvencia que permita mantener esta afirmación.” Ahora bien, la normativa sobre reproducción asistida ha sido refrendada por el Tribunal Constitucional y coincidimos con Cervilla Garzón en que el marco constitucional puede admitir regulaciones distintas a la de la vigente LTRHA.

Procedemos por tanto a recoger este debate, mantenido desde hace décadas, y al que se le ha prestado poca atención. Desde los años 90 se han vertido opiniones contrarias al carácter constitucional del derecho a la procreación por importantes juristas que en síntesis niegan este posible derecho constitucional¹⁰⁰. No obstante, otros autores sí ven un posible anclaje constitucional. En esta línea

96 No obstante, la libertad de reproducción no es un derecho contemplado ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, ni en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950.

97 STEDH Dickson contra Reino Unido, núm. 44362/04, de 4 de diciembre de 2007.

98 CERVILLA GARZÓN, M. D.: “Gestación subrogada”, cit., p.13

99 Como señala DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *El derecho de familia*, cit., p.84, al referirse a la práctica de las técnicas de reproducción asistida en el seno de una familia conformada por dos mujeres: “el consentimiento de la cónyuge de la usuaria es un título constitutivo de una filiación distinto de la generación, que no se basa en la verdad biológica, sino en la voluntad de aquella de querer asumir la maternidad del hijo concebido por su cónyuge a través de las técnicas de reproducción asistida.

100 Destacan, entre otros, PANTALEÓN PRIETO, F.: “Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Jueces para la democracia*, 1988, núm.5º, 1988, pp. 19-36; y en PANTALEÓN PRIETO, F.: “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1993, núm. 15º, 1993, pp. 129-160; así como ROCA I TRIAS, E.: “Filiación asistida y protección de derechos fundamentales”, *DS: Derecho y salud*, 1999, Vol. 7, núm. 1º, pp. I-II.

Yolanda Gómez Sánchez¹⁰¹ en 1994 mantenía que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el derecho a la reproducción se integraba en el ámbito de la autodeterminación física, como una manifestación concreta del derecho a la libertad consagrado en el artículo 17.1 de la Constitución Española. Asimismo, argumentaba que dicho derecho encontraba respaldo en el artículo 18.1 CE, al proteger las decisiones y circunstancias relativas a la reproducción humana, tanto si se produce por medios naturales como si se recurre a técnicas artificiales legalmente permitidas. La autora defendía que se trata de un derecho de carácter individual, ejercitable por una sola persona a través de la donación de gametos, o bien por dos personas mediante el consentimiento conjunto, lo cual supone una referencia implícita a la maternidad subrogada. Por su parte Pablo De Lora fundamentaba el derecho a la reproducción en la autonomía individual como expresión del libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE.¹⁰²

Igualmente puede plantearse si el derecho de una persona a decidir si procrea puede estar amparado por el art. 15 CE en tanto que garantiza el derecho a la integridad física y moral, pues la LO 2/2010¹⁰³ al dar cobertura al uso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza su preámbulo diciendo que: “El desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, señaladamente, de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar.” En este sentido, añade que: “La decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual.”

Otro anclaje constitucional para el derecho a la reproducción podría ser el art.17 CE en tanto que del derecho a la libertad puede implicar la protección del ejercicio de la autonomía de la voluntad, en esta línea Gómez Sánchez¹⁰⁴ quien, al abordar las técnicas de reproducción asistida, sostiene que el artículo 17 de la Constitución otorga amparo al derecho a la libertad en su acepción más amplia.

Ahora bien, según lo ya apuntado, este debate debe conectarse con la compleja doctrina elaborada por el TEDH en torno al artículo 8 CEDH. Reflexiona Lara Redondo Saceda¹⁰⁵ sobre si dicha doctrina del TEDH ha ampliado el alcance

101 GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Madrid, 1994, pp.34,48 y 56.

102 DEL TORO, P.: “¿Qué hay de malo en tener hijos?”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2006, núm. 10º, 2006, p. 45.

103 Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE 55/2010).

104 GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El derecho*, cit., pp. 47-48.

105 REDONDO SACEDA, L.: *El derecho a la vida familiar: Del Convenio Europeo de Derechos Humanos a la Constitución Española*, tesis doctoral dirigida por Francisco Javier García Roca, Universidad de Alcalá, 2023, pp.243-244.

del art. 8 para incorporar dentro del ámbito protegido de la vida privada el derecho a que se respete la decisión individual de convertirse en progenitor. Esta interpretación se podría reflejar, entre otros, en los casos *Evans c. Reino Unido* (STEDH, 10 de abril de 2007) y *Dickson c. Reino Unido* (STEDH, 14 de diciembre de 2007), en los que el Tribunal reconoció expresamente la necesidad de proteger el derecho de las personas a decidir libremente si desean tener hijos o no. Ahora bien, en el caso *S.H. y otros c. Austria*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos destacó que el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida involucra consideraciones éticas y sociales de notable complejidad, lo que justifica que los Estados dispongan de un amplio margen de apreciación a la hora de legislar sobre esta materia. Por ello, el TEDH concluyó que no puede exigirse a los Estados parte una obligación general de garantizar dicho acceso. No obstante, la doctrina del Tribunal deja abierta la vía para que los Estados puedan desarrollar marcos legales que regulen y permitan el recurso a estas técnicas, con el objetivo de asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la procreación en condiciones compatibles con los principios del Convenio¹⁰⁶ y de hecho, en *Dickson c. Reino Unido* reconoció expresamente un derecho a la paternidad genética.

Redondo Saceda recuerda que el artículo 10.2 de la Constitución Española impone la obligación de interpretar los derechos constitucionales conforme a los tratados internacionales ratificados por España. A su juicio, esta exigencia permitiría establecer una vinculación directa entre el artículo 8 del CEDH y el artículo 18.1 CE, lo que posibilitaría una auténtica integración de la jurisprudencia del TEDH en lo relativo al derecho al respeto de la vida familiar.

El debate sobre el derecho a la reproducción sigue vigente, sin llegar a conclusiones definitivas y aquí solo hemos querido testimoniarlo. No vamos a resolver en este trabajo una cuestión de tal calado, en todo caso resulta llamativo que la ausencia de regulación expresa del derecho a la reproducción cuando se trata de su reconocimiento en positivo no se manifiesten con igual intensidad cuando dicho derecho se formula en términos negativos. Buena prueba de ello es

<https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=gPVA2dS3KOg%3D>.

106 REDONDO SACEDA, L.: “El derecho” cit., pp.243-244 observa que, ante la falta de una previsión constitucional expresa que reconozca de manera específica el derecho a la vida familiar —y, en particular, la dimensión concreta objeto de análisis—, es preciso determinar si el Tribunal Constitucional ha vinculado dicha protección a los artículos 18 y 39 de la Constitución Española. Afirma que en relación con el artículo 18.1 CE, el Tribunal ha mantenido una postura clara al distinguir el derecho a la intimidad personal y familiar del derecho a la vida privada y familiar previsto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En diversas resoluciones, ha reiterado que la protección de la vida familiar no puede derivarse directamente del derecho a la intimidad reconocido por el artículo 18.1 CE, como evidencia la STC 186/2013, de 4 de noviembre. Esta línea doctrinal ha llevado al propio Tribunal a rechazar una equivalencia directa entre el artículo 8 del CEDH y el artículo 18.1 CE, ya que ello supondría, en la práctica, una ampliación del elenco de derechos fundamentales no prevista en el marco constitucional actual. Redondo Saceda sostiene que, a partir del principio de vinculación indirecta entre los derechos sociales y los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, es posible articular una conexión entre el artículo 39 CE —referido a la protección de la familia— y el artículo 18.1 CE, que tutela el derecho a la intimidad.

la amplia difusión de la regulación del aborto en la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales.

Lo cierto es que fundamentar el derecho a la reproducción en los principios del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana, tal y como lo propone la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2010, puede entrar en tensión con el hecho de que dicho derecho no se encuentra expresamente reconocido como tal en el texto constitucional. En consecuencia, su eventual vulneración no podría ser alegada de manera autónoma con base exclusiva en el artículo 10.1 de la Constitución, siendo necesario, por el contrario, anclar la pretensión en un derecho fundamental concreto que lo sustente jurídicamente¹⁰⁷. Por tanto, la dignidad no es reconocida por la Constitución como un derecho fundamental en sentido estricto, sino que ha sido definida por el Tribunal Constitucional — STC 214/1991, de 11 de noviembre— como un valor o categoría inherente a la persona, del que emanan todos los demás derechos. Así, el artículo 10 CE no tiene por objeto consagrar derechos u obligaciones de forma directa, sino establecer el marco interpretativo general para el desarrollo y aplicación de los derechos recogidos en el Título I. Es decir, se ha de fundamentar el derecho a la reproducción como emanación de la dignidad y el desarrollo de la personalidad, en otros preceptos constitucionales, como los artículos 15, 16, 17, 18 o 39 CE, apuntados por la doctrina como anteriormente hemos visto, así como en la doctrina elaborada por el TEDH en torno, principalmente, al artículo 8 CEDH.

B) El recurso a la interpretación evolutiva de la Constitución.

Es cierto que el debate doctrinal en torno al fundamento constitucional del derecho a la reproducción, aunque con apoyos doctrinales significativos, permanece abierto, es por ello que nos planteamos si se podría justificar a partir de la teoría de la interpretación evolutiva de la Constitución. Por tanto, Traemos a colación la solución adoptada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012¹⁰⁸ que resolvió el recurso de inconstitucionalidad de la Ley 13/2005¹⁰⁹. Esta Ley que reformó el Código Civil para reconocer el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, introduciendo así en el ordenamiento jurídico español el matrimonio homosexual. Esta sentencia se fundó en la tesis de la interpretación evolutiva de la Constitución, que en síntesis trata de adecuar las

¹⁰⁷ QUESADA GONZÁLEZ, M. C.: "El Derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico", *Anuario de Derecho Civil*. 1994. T. 47, fasc. 2, abril-junio, 1994, p 252. En efecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, que trata sobre la esterilización de personas con discapacidad psíquica, menciona que el derecho a decidir sobre la procreación forma parte del libre desarrollo de la personalidad, tal como lo reconoce el artículo 10.1 de la Constitución. Sin embargo, esta afirmación no se traduce en una conclusión jurídica concreta dentro del fallo. Más bien, se trata de una consideración *obiter dicta*.

¹⁰⁸ STC 198/2012, de 6 de noviembre, (RTC\2012\198), Ponente Pablo Pérez Tremps.

¹⁰⁹ Ley 13/2005, de modificación del Código Civil en materia de matrimonio, aprobada el 30 de junio.

normas constitucionales a las exigencias actuales¹¹⁰. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional adopta una concepción dinámica de la Constitución, calificándola como un “árbol vivo” que debe evolucionar y adaptarse, especialmente en aquellos supuestos no previstos por el constituyente originario¹¹¹. Desde esta perspectiva, el texto constitucional debe ser interpretado a la luz de los desafíos contemporáneos y en atención a las demandas de la sociedad actual, evitando así que la norma fundamental quede obsoleta o se convierta en una mera declaración simbólica carente de eficacia. Con base en esta lectura evolutiva, el Tribunal concluyó que la Constitución no excluye expresamente el matrimonio entre personas del mismo sexo, y, en consecuencia, avaló su compatibilidad con el marco constitucional vigente¹¹².

Esta sentencia, que contiene dos votos particulares disidentes y uno concurrente, si bien ha sido muy criticada, se ha visto con buenos ojos por quienes señalan que “quien considere que cada nueva exigencia constitucional deba manifestarse no a través de respuestas renovadas a los nuevos interrogantes, sino sólo a través de enmiendas para que así puedan garantizarse la separación de los poderes y la certeza del derecho, desconoce tanto la función de la jurisprudencia, como la importancia de la duración de la vida constitucional. Desconoce entonces la función de la constitución”¹¹³.

Señala Fabrizio Mastromartino¹¹⁴ que las críticas formuladas en los votos particulares se centraron en la interpretación evolutiva adoptada por el Tribunal, cuestionando la relevancia que este habría atribuido, de “forma indebida”, a la mutación social. Sin embargo, la interpretación finalmente asumida por el Tribunal, al declarar la constitucionalidad de la ley controvertida, permitió tutelar a una minoría históricamente discriminada por su orientación sexual,

110 Vid. PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos. Madrid. 1995. p. 249.

111 DIEZ-PICAZO, L.M.: *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2005, p. 58, señalaba los dos criterios para la determinación del contenido mínimo constitucionalmente garantizado: el legislador no puede desfigurar la institución constitucionalmente garantizada, ni privarla de significado.

112 Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre. La apelación a una interpretación evolutiva de la Constitución fue objeto de una crítica severa en los votos particulares emitidos en la sentencia, por considerar que más que interpretar se reformaba la Constitución.

113 ZAGREBELSKY, G.: “Discurso del prof. Gustavo Zagrebelsky con ocasión de los 50 años de Corte Constitucional”, 2006, citado por MASTROMARTINO, F.: “Notas al margen de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional español sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2013, núm. 36°, pp. 153-175, p.170.

114 MASTROMARTINO, F.: “Notas al margen”, cit., pp. 168–169 y 174, sostiene que la crítica formulada en el voto particular —según la cual el Tribunal Constitucional habría incurrido en una falacia naturalista al subordinar su autonomía de juicio a una presunta presión social— resulta infundada. A su juicio, el Tribunal, al observar la realidad social, no se limita a atender la opinión pública, sino que incorpora elementos esenciales para la configuración de la cultura jurídica, tales como las opiniones de la doctrina jurídica española, el derecho comparado y la jurisprudencia de los órganos internacionales. El Tribunal, además, deja constancia expresa de que la realidad social solo resulta atendible en la medida en que posee relevancia jurídica; en este sentido, no podía sino considerar el grado de aceptación social del matrimonio entre personas del mismo sexo, tal como este se reflejaba en la sociedad española, tanto antes como después de la entrada en vigor de la ley impugnada.

reconociéndole derechos que hasta entonces le habían sido negados. De este modo, se avanzó hacia una “normalización social de la homosexualidad” en España, en consonancia con una tendencia presente en los países más progresistas en materia de derechos civiles. Por su parte, Martín Sánchez sostiene que el recurso a una interpretación evolutiva de la Constitución se justifica en la medida en que, mediante una flexibilización interpretativa, puede reflejar la transformación experimentada por la sociedad europea¹¹⁵.

Ahora bien para determinar si podemos igualmente aplicar la teoría de la interpretación evolutiva de la Constitución al caso que nos ocupa, el derecho a la reproducción, podría orientarnos el criterio que formula Mastromartino cuando afirma que “para que el recurso a la interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales pueda juzgarse congruentemente con su rigidez normativa, su aplicación debe dirigirse únicamente a extender la clase de los sujetos tutelados en los derechos, además de los derechos que son el objeto de esta tutela, compatiblemente con las otras normas del sistema constitucional... debe serle entonces excluido al intérprete, que invoca una ideología dinámica dirigida a adecuar el dictado constitucional a las mutaciones sociales y/o normativas producidas, secundar tendencias recesivas tendentes a redimensionar, comprimir o cancelar la garantía de los derechos constitucionalmente establecidos”¹¹⁶.

Conforme a este argumento se podría argumentar que una interpretación conjunta de los artículos 10 y 18 de la CE y el artículo 8 CEDH en la línea de Dickson contra Reino Unido podría llevar a la conclusión de que una interpretación evolutiva de la constitución podría permitir deducir la existencia de un derecho a la reproducción¹¹⁷. Interpretación constitucional sería conforme con la consideración del “derecho reproductivo” por la Conferencia Mundial de la ONU de El Cairo¹¹⁸ como un derecho que “comprende determinados derechos humanos ya reconocidos en los ordenamientos jurídicos nacionales, en tratados internacionales sobre derechos humanos y otros documentos de consenso”.

No obstante, la interpretación evolutiva de la Constitución goza de una aceptación relativa en la doctrina, lo que suscita serias dudas respecto a la posibilidad de generar nuevos derechos constitucionales por esta vía. Así, en ausencia de una disposición constitucional que reconozca expresamente

115 MARTÍN SÁNCHEZ, M.: *Matrimonio homosexual y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 137.

116 MASTROMARTINO, F.: “Notas al margen”, cit., p.174.

117 Viene aquí a colación la frase con la que MASTROMARTINO, F.: termina su artículo: “si la constitución es un *living tree*, «*the tree is rooted*» y sus raíces se hunden en la dignidad inviolable de la persona, en su libertad y en sus derechos fundamentales”. “Notas al margen”, cit., p.174.

118 Conferencia Mundial de la ONU de El Cairo sobre Población y Desarrollo de 1994. Vid. ALKORTA IDIAKEZ, I.: “Nuevos límites”, cit., p.17.

el derecho a la procreación, resulta arriesgado sostener su existencia como derecho fundamental. Consideramos, además, que la interpretación evolutiva de la Constitución no ofrece, al menos por ahora, una solución concluyente. En consecuencia, entendemos que, a día de hoy, no es posible afirmar la existencia de un mandato constitucional que imponga la obligación de regular el derecho a la procreación ni que imponga su observancia en el ordenamiento jurídico español.

En todo caso, conforme a Cervilla Garzón y en referencia al derecho a la reproducción: “el hecho de que la normativa actual no obedezca a una exigencia constitucional no quiere en modo alguno significar que no se acomode a los límites establecidos en la Carta Magna. En este sentido, la LTRHA fue objeto de recurso de inconstitucionalidad que resolvió, en su día, el Tribunal Constitucional de forma favorable a la constitucionalidad de la Ley”¹¹⁹.

Por todo ello, si bien existen fundamentos jurídicos que podrían respaldar la posibilidad de un derecho de rango constitucional en esta materia, no podemos afirmar que exista un mandato constitucional expreso para regular la gestación por sustitución. Con todo, sostenemos que en caso de que llegase a regularse, tal regulación sería compatible con la Constitución pues podría tener acogida en el marco constitucional, (p.ej.: al amparo del artículo 10 en conexión con otros preceptos, al igual que la LTRHA ha sido considerada constitucional por el Tribunal Constitucional) al igual que en Alemania la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 10 de diciembre de 2014¹²⁰ consideró que no era contrario al orden público internacional alemán el reconocimiento de la filiación constituida por un tribunal de California, en un caso de gestación subrogada, a favor de una pareja del mismo sexo¹²¹.

Por último, el recurso interpuesto contra la STC 198/2012 buscaba restringir la equiparación plena entre el matrimonio homosexual y el heterosexual, pretensión que no fue acogida por el Tribunal Constitucional. Cabe preguntarse, en este contexto, si dicha equiparación podría extenderse también al ámbito de la procreación biológica mediante la maternidad subrogada en el caso de

119 CERVILLA GARZÓN, M. D.: “Gestación subrogada”, cit., p.13. STC 116/1999, de 17 de julio (BOE 8 julio 1999). Ya en la Exposición de motivos de la Ley 35/1988 de 22 de noviembre de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (BOE 282/1988) se señalaba sobre la gestación de sustitución y la gestación en la mujer sola, que abren “posibilidades que llevan a interrogar si existe un derecho a la procreación; si este derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de conflictos entre las partes consideradas insalvables, de extracción ética, o porque chocan contra el bien común que el Estado debe proteger; o finalmente, en el caso de la gestación de sustitución, si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del Derecho de Familia, aun en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas”.

120 Sentencia del *Bundesgerichtshof* de 10 de diciembre de 2014 (asunto XII ZB 463/13).

121 Se trataría de una opción legislativa susceptible de convalidación constitucional, como ocurre, por ejemplo, con las uniones de hecho o la convivencia extramatrimonial, respecto de las cuales la STC, Pleno, 93/2013, de 23 de abril, (RTC\2013\93), ponente Adela Asua Batarrita, ha afirmado que “ni se trata de una institución jurídicamente garantizada, ni hay un derecho constitucional a su establecimiento”, y que sin embargo, puede encontrar cobertura en el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, conforme ha sido señalado por la doctrina, por todos, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *El derecho de familia*, cit., p.14.

parejas homosexuales masculinas, en tanto que los avances técnicos han hecho viable tal posibilidad.

4. Una propuesta adaptada a la nueva realidad social.

La posibilidad de considerar el interés superior del menor como *una* consideración primordial —en lugar de *la única*— que pueda coexistir con el legítimo interés de la persona homosexual en su paternidad biológica, así como el hecho de que una eventual regulación de la gestación por subrogación pueda tener encaje constitucional, la exigencia de respetar los derechos fundamentales del menor nacido de estas técnicas, que a la postre impediría prohibir su filiación biológica y el hecho de que constituye una realidad presente en nuestra sociedad, nos invitan a prestar atención a la tendencia creciente hacia su reconocimiento, cada vez más presente en diversos ordenamientos jurídicos. Esta evolución normativa transcurre en paralelo con una transformación social que, de forma gradual, parece mostrar mayor disposición para aceptar esta modalidad de gestación. Se trata de un proceso que guarda cierta analogía con el camino recorrido hacia la aceptación de la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo: desde un rechazo social inicial, firme y generalizado, hacia una progresiva normalización. La gestación por subrogación ha irrumpido en nuestro país y demanda una respuesta jurídica que, libre de toda forma de discriminación, contemple expresamente la posibilidad de que el comitente o los comitentes sean personas homosexuales. Como señala Múrtula Lafuente¹²², en caso de que el reconocimiento de este tipo de filiación comprometa la coherencia interna del ordenamiento jurídico, resultará necesario reconsiderar la conveniencia de una reforma legal, reforma que nosotros consideramos necesaria y urgente por la incongruencia social que general la situación vigente.

Nos ceñimos, en este punto, a señalar algunas pautas que convendría tener en cuenta en una eventual regulación de la gestación por sustitución, sin ánimo de exhaustividad. La regulación debería excluir la posibilidad de que la madre gestante aportara sus gametos, conforme se ha regulado en distintos países europeos, para protegerla de posibles conflictos jurídicos y afectivos¹²³. La aplicación de esta técnica cuando medie un interés de varón o pareja de varones homosexuales por

122 MÚRTULA LAFUENTE, V.: “La determinación de la filiación “contra legem” del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: Otra forma de tener hijos atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, núm. 16° bis, p. 3460, autora que añade que el Tribunal Supremo debería dar un paso al frente y adaptar el concepto de orden público a las nuevas formas de familia.

123 El requisito de que la madre gestante haya dado previamente a luz a un hijo propio que no haya presentado enfermedades genéticas o transmisibles, como condición para considerar que su consentimiento es libre, consciente y voluntario, resulta a nuestro juicio discutible. En cualquier caso, exigiría un respaldo científico que, hasta el momento, no hemos hallado. Esta postura es defendida, no obstante, por FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. en su trabajo “Una propuesta legislativa para la regulación de la gestación por sustitución en España”, *Rev. Bol. de Derecho* n.35, enero, p.378.

la paternidad biológica ha de ser considerada como un último recurso. Estamos de acuerdo con Fernández Echegaray que cuando concurren una situación de infertilidad o similar podrá optarse a esta práctica con aportación de gameto ajeno por cumplir una finalidad terapéutica¹²⁴. Coincidimos asimismo con la autora en la necesidad de establecer una exigencia de autorización judicial previa a la implantación del embrión, a solicitud de las partes mediante escrito suscrito tanto por los comitentes como por la madre gestante.

No obstante, discrepamos en cuanto a la admisibilidad exclusiva de la gestación gratuita. Tal como se ha argumentado a lo largo de este trabajo, consideramos que existen fundamentos suficientes para permitir, en supuestos muy concretos y rigurosamente controlados a fin de evitar posibles abusos, una regulación que contemple la gestación con contraprestación. En cualquier caso, conforme a los modelos vigentes en diversos países europeos, la gratuidad de la gestación no debe interpretarse como impedimento para que la madre gestante reciba una compensación, la cual habría de establecerse con claridad en la legislación.

Por otra parte, habría de contemplarse una evaluación profesional que valore la estabilidad emocional, la madurez psicológica y las motivaciones de la madre gestante, con el fin de descartar cualquier circunstancia que pudiera afectar la libre, voluntaria e informada emisión de su consentimiento. Asimismo, resultaría conveniente prever la intervención de un equipo multidisciplinar, cuya composición y funcionamiento podrían inspirarse en los previstos para valorar la idoneidad en los procesos de adopción.

IV. REFLEXIÓN FINAL.

El acceso del varón homosexual a la paternidad biológica por medio de la maternidad subrogada está, de hecho, contemplado en el ordenamiento jurídico español, aunque no de forma directa, sino a través del cauce indirecto de la acción de reclamación de paternidad, mediante la cual puede reconocerse el vínculo biológico entre el comitente y el menor nacido por gestación por sustitución. Sin embargo, la regulación actual genera controversia, al ser discutida desde distintas posiciones, consideramos que si bien el art. 10 LTRHA no contiene una incongruencia jurídica interna, sí que media una incongruencia social ante la situación práctica a la que da lugar, en la que la gestación por sustitución ni está regulada, ni es objeto de sanción penal que la desincentive, permaneciendo en un limbo, del que sería bueno salir en uno u otro sentido. Mientras esta práctica sigue desarrollándose de forma generalizada, sin protección jurídica para las madres gestantes, y reservada para las clases más pudientes.

124 FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: "Una propuesta", cit., p. 379.

Esta situación exige una respuesta por parte del legislador¹²⁵. El legislador se encuentra ante tres posibles vías: (1) adoptar un enfoque restrictivo, similar al seguido por ordenamientos como el italiano, francés o alemán, y sancionar penalmente la gestación por sustitución, con el fin de desincentivar estas prácticas. (2) negar todo reconocimiento legal a la filiación entre el menor y el comitente conforme a la propuesta del Ministerio de Igualdad de España de abril de 2025 -lo cual contradeciría la doctrina fijada por el TEDH a partir de *Mennesson* contra Francia; o (3) asumir la realidad social propia de un contexto globalizado, en el que estas técnicas están disponibles en numerosos países, y en consecuencia, optar por una regulación jurídica coherente que, establezca mecanismos de control y garantías suficientes para proteger los derechos de todas las partes implicadas, en particular del menor, conforme al modelo de Grecia, Canadá, Reino Unido o Portugal.

En este contexto, se plantea la situación de los varones homosexuales, quienes, en la actualidad, solo pueden acceder a la paternidad biológica mediante la maternidad subrogada, y únicamente por vías indirectas. Este colectivo reclama una respuesta jurídica que habilite un acceso directo, seguro y debidamente regulado a dicha posibilidad, en beneficio no solo de sus propios derechos, sino, de manera especial, de las mujeres gestantes y de los menores involucrados. Resulta innegable que las prácticas de maternidad subrogada seguirán produciéndose; por ello, tal vez sea preferible establecer un marco normativo que las regule, antes que abandonarlas a su evolución espontánea.

Resulta fundamental, a este respecto, establecer una distinción entre los diferentes modelos de gestación por sustitución, en particular entre las modalidades altruistas y las remuneradas, pues desde una perspectiva ética ambas no merecen el mismo juicio. En aquellos supuestos en los que no exista un ánimo de lucro —pudiendo contemplarse, no obstante, una compensación razonable a la gestante, como sucede en el modelo griego— y en los que el consentimiento de la mujer gestante sea válido, libre e informado, no se advierte la existencia de un impedimento ético que justifique la exclusión del varón homosexual del acceso a la paternidad por esta vía¹²⁶.

125 En este punto coincido con LUCAS ESTEVE, A.: “La gestación”, cit., p. 54, cuando concluye que: “La regulación del artículo 10 de la ley 14/2006 resulta insuficiente para resolver esta cuestión tan controvertida y la equiparación con el Derecho patrimonial, sancionando la nulidad del contrato de gestación por sustitución es claramente inadecuada. La nulidad contractual no es la solución y menos aún cuando va acompañada de la posibilidad de reconocer la paternidad biológica en una especie de solución subsidiaria del problema.”

126 No creemos que pueda generalizarse en esta materia pues dentro de la gestación por sustitución podemos encontrar distintos escenarios. Identificar todo tipo de gestación por sustitución con la prostitución, y calificarla como actividad que provoca repugnancia extrema, sin distinguir, y sin tener en consideración otras “consideraciones primordiales” que pueden concurrir, no nos parece acertado. *Vid.* NEBRERA, M.: “Maternidad subrogada y derechos fundamentales”, en AA.VV.: *La gestación por sustitución* (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.153-169.

Asimismo, una regulación en estos términos contribuiría a subsanar una de las principales deficiencias del sistema actual: su carácter elitista, que restringe el acceso a la maternidad subrogada a quienes disponen de elevados recursos económicos, excluyendo “de facto” a las capas más vulnerables de la sociedad. Señala Cervilla Garzón que la dignidad de la mujer va más lejos del famoso lema “no somos vasijas”, autora que considera que una prohibición extrema y absoluta, caería en el paternalismo por no observar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres¹²⁷.

En consecuencia, sería aconsejable que la reforma legislativa contemplara expresamente la posibilidad de acceso a la paternidad biológica por parte de un varón homosexual mediante la gestación por sustitución, siempre que no exista ánimo de lucro en la práctica. En tales casos, debería permitirse la inscripción directa de la filiación a favor del comitente tras el nacimiento del menor, en virtud del contrato celebrado entre este y la mujer gestante, conforme a la legislación del país en el que haya tenido lugar el parto.

Este acceso habría de estar debidamente supervisado por la autoridad judicial competente y contar con las garantías necesarias para proteger los derechos de todas las partes implicadas¹²⁸. Bajo estas condiciones, no cabría entender que concurre una instrumentalización de la mujer ni una mercantilización del menor, preservándose así la dignidad de ambos en el marco de una regulación jurídica clara y responsable¹²⁹.

En segundo lugar, dado que el debate sobre la eventual existencia de un derecho constitucional a la reproducción —posiblemente fundamentado en una interpretación evolutiva de la Constitución— permanece abierto, cabe concluir que, en ausencia de un mandato expreso en el texto constitucional, resulta arriesgado sostener su reconocimiento. No puede afirmarse, por tanto, que exista una obligación constitucional imperativa de regular dicho derecho. Con todo, sostenemos que, en caso de optarse por una regulación de la gestación subrogada, esta encontraría acomodo en el marco constitucional, del mismo modo que lo ha hecho la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, tras su ponderación por el Tribunal Constitucional.

127 CERVILLA GARZÓN, M. D.: “Gestación subrogada”, cit., p. 37, señala que dos son los mecanismos de los que puede valerse el legislador para salvaguardar la dignidad de la mujer gestante: controlar el acceso a las técnicas, de manera que no cualquier mujer ni en cualquier situación puede asumir el rol y controlar que el consentimiento emitido sea libre, consciente y voluntario.

128 Especial importancia ha de tener garantizar que la madre de gestación no sufra un daño psicológico mayor como consecuencia de esta práctica, razón por la que debería valorarse previamente su situación médica para determinar si es idónea para este tipo de maternidad. Resultan de interés las aportaciones de FERNÁNDEZ ANDÚJAR, M.: “Psicobiología y neurociencia del embarazo y la maternidad: bases de la conducta maternal y el apego”, en AA.VV.: *La gestación por sustitución* (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.376-397.

129 Una regulación estricta y garantista evitaría muchos de los abusos que en esta materia se denuncian.

A partir de ello, cabe preguntarse si, en determinados supuestos —como el del varón homosexual—, podría permitirse el acceso directo a la reproducción mediante la gestación por sustitución en su modalidad remunerada, siempre que esta se desarrollase bajo un riguroso control judicial y con garantías efectivas que prevengan cualquier forma de abuso o explotación. En este contexto, resulta esencial excluir la posibilidad de que una mujer en situación de necesidad, pobreza extrema, sometida a presiones vejatorias o en condiciones asimilables a la esclavitud, se vea compelida a prestar su consentimiento, ya que este, en tales circunstancias, no podría considerarse libre ni válido¹³⁰.

Distinto es el caso de aquella mujer que decide convertirse en madre gestante con el objetivo de alcanzar determinadas metas personales. Es precisamente en situaciones como ésta donde se hace imprescindible un estricto control administrativo y judicial, que garantice que el consentimiento se presta de manera libre, informada y voluntaria. Vivimos en una sociedad en la que millones de personas llevan una existencia marcada por la monotonía, hacinadas en espacios reducidos, sometidas a cargas laborales desproporcionadas y desempeñando trabajos que, en muchos casos, bordean lo denigrante y generan profundo malestar. Desde esta perspectiva, resulta cuanto menos paradójico negar a una mujer la posibilidad de recurrir a la gestación por sustitución para alcanzar sus propios fines vitales, bajo el argumento de que su consentimiento carece de libertad. No deja de ser llamativo que la dimensión negativa del derecho a la reproducción —esto es, el derecho a no reproducirse— esté ampliamente reconocida y regulada en la mayoría de los países occidentales, a través de normas que permiten la interrupción voluntaria del embarazo, mientras que su dimensión positiva —el derecho a reproducirse— se halle aún sujeta a fuertes restricciones y cuestionamientos en el caso que estudiamos.

En este marco, y conforme al artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y a la doctrina establecida en la STS de 6 de febrero de 2014, el interés superior del menor podría no ser la única “consideración primordial” y dejar paso a otras “consideraciones primordiales” como podría ser la protección de la dignidad de la mujer gestante y la prevención de su cosificación; o en lo que aquí respecta, la libertad de la madre gestante para dar un consentimiento válido, o la protección de la dignidad y desarrollo de la personalidad del varón homosexual que desea ejercer su derecho a la paternidad biológica, conforme al artículo 10 CE en relación con otros derechos constitucionales, por tener encaje constitucional.

Desde esta perspectiva, se abriría una segunda vía de acceso a la paternidad mediante maternidad subrogada remunerada dentro del propio territorio

130 En esta línea CERVILLA GARZÓN, M. D.: “Gestación subrogada”, cit., p.37. Esta hipótesis de servidumbre, en la que la mujer se vería reducida a la condición de mera incubadora cuasi esclavizada, encuentra una representación nítida en la novela RAMOS, J.: *The Farm*, Bloomsbury Publishing, Londres, 2020.

nacional, cuya justificación residiría, además, en la necesidad de asegurar la protección de los intereses comprometidos a través de una legislación dotada de plenas garantías, que diera respuesta al interés de la persona homosexual en su paternidad biológica, como una solución residual y respetuosa con su proyecto vital, que evite una discriminación indirecta hacia aquellos varones homosexuales que, por razones económicas, no pueden desplazarse a otros países para acceder a esta práctica en condiciones legales.

Si bien este trabajo se ha enfocado a dar respuesta a la necesidad del varón homosexual de acceder a la paternidad biológica, puesto que a diferencia del supuesto de la pareja formada por dos mujeres, la pareja formada por dos hombres necesitaría la asistencia de una madre gestante para acceder a la paternidad biológica, sus conclusiones pueden extenderse a aquellos otros supuestos en los que la maternidad subrogada cumpla otros fines legítimos. En la actualidad, asistimos en Occidente a una creciente polarización que impregna todos los ámbitos de la sociedad. Este fenómeno, de marcado carácter maniqueo, parece estar impulsado por la economía digital y la dictadura de los algoritmos. En este contexto, somos plenamente conscientes de que nuestra propuesta podría suscitar rechazo en determinados sectores; sin embargo, consideramos que contamos con sólidos fundamentos ético-constitucionales para presentarla como una opción que, al menos, merece ser considerada en el empeño por construir un modelo de sociedad justo y digno, superando paternalismos, y respetando el consentimiento de la mujer cuando sea libre, informado y voluntario, como prueba de su empoderamiento. En un mundo globalizado en el que las leyes estatales terminan en la fronteras, la realidad de la maternidad subrogada no va a terminarse, y ante ello es preferible regularla para ofrecer garantías, control y evitar abusos, antes que cerrar los ojos y dejarla hacer; pues la opción de negar al menor nacido de maternidad subrogada su paternidad biológica no solo es contraria a la doctrina del TEDH, sino que atenta contra los derechos fundamentales de dicho menor.

V. CONCLUSIONES.

I. Si bien no media una contradicción jurídica interna en el art. 10 LTRHA, pues siempre es posible encontrar una interpretación que haga compatibles su primer y tercer párrafo, sin embargo creemos que media una incongruencia social, marcada por el hecho de que en la práctica la gestación por sustitución sigue extendiéndose sin que se establezcan medidas disuasorias efectivas. Por ello abogamos por una reforma legislativa, que acomode la norma a la realidad social, en uno u otro sentido.

2. El Tribunal Supremo ha consolidado una línea jurisprudencial coherente con lo dispuesto en el artículo 10 de la vigente Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que prohíbe los contratos de gestación subrogada. No obstante, permite que los comitentes inscriban la filiación del menor nacido por esta vía, mediante el reconocimiento del progenitor biológico y la posterior adopción por parte de su cónyuge. Esta solución, aunque jurídicamente viable, profundiza en la incoherencia social previamente señalada y pone de relieve la imperiosa necesidad de una reforma legislativa.

3. El principio del interés superior del menor, en materia de maternidad subrogada, puede no aplicarse como consideración única y excluyente, sino como una entre otras posibles (interpretación del art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño seguida por la STS de 6 de febrero de 2014), permitiendo ponderar también la dignidad de la mujer gestante y evitar su cosificación, o la libertad de la madre gestante para dar un consentimiento válido, o la situación del varón homosexual que desea acceder a la paternidad biológica.

4. No existe aún un reconocimiento expreso del derecho constitucional a la reproducción, sin embargo, diversas interpretaciones doctrinales han intentado anclar este derecho en preceptos constitucionales como los artículos 10.1, 15, 17 y 18 CE, entendiendo la reproducción como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad en relación con los derechos a la integridad física y moral, la libertad individual y la intimidad personal y familiar.

5. Interpretación evolutiva: La aplicación de la teoría de la interpretación evolutiva de la Constitución, tal como lo reconoció el TC en la STC 198/2012, permitiría considerar que los nuevos contextos sociales y tecnológicos pueden dar lugar al reconocimiento de derechos no previstos explícitamente por el constituyente originario, como el derecho a la reproducción. No obstante, se trata de una propuesta doctrinal minoritaria que ha de ser considerada con la debida cautela.

6. El debate sobre la existencia de un derecho constitucional a la reproducción permanece aún abierto. Si bien existen fundamentos jurídicos que respaldan la posibilidad de un derecho de rango constitucional en esta materia, no podemos afirmar que exista un mandato constitucional expreso para regular la gestación por sustitución. Con todo, sostenemos que en caso de que llegase a regularse, tal regulación sería compatible con la Constitución pues podría tener acogida en el marco constitucional, al igual que la LTRHA ha sido considerada constitucional por el Tribunal Constitucional.

7. El acceso a la paternidad biológica en España por parte de varones homosexuales a través de la gestación subrogada ya es una realidad fáctica,

aunque solo por vías indirectas. Esta situación exige una respuesta legal directa y no discriminatoria, con salvaguardas éticas adecuadas.

8. Debe distinguirse entre gestación subrogada altruista y remunerada, y considerar que no toda compensación implica explotación. En contextos de consentimiento libre y ausencia de lucro, puede justificarse éticamente la regulación de la gestación subrogada altruista, especialmente si está judicialmente supervisada.

9. El acceso a la gestación por sustitución remunerada podría contemplarse para determinados supuestos, como el del varón homosexual, siempre bajo estricto control judicial y con garantías efectivas. En tal supuesto sería imprescindible excluir la participación como gestantes a mujeres en situación de necesidad, pobreza extrema o sometidas a presiones, ya que su consentimiento no puede considerarse libre ni válido.

10. Debe distinguirse el caso de mujeres que, en ejercicio de su autonomía, deciden ser gestantes con fines legítimos, como obtener medios para poder dar cauce a un objetivo vital, siempre con vigilancia que asegure el consentimiento libre e informado. La precariedad estructural en la que viven millones de personas pone en entredicho la coherencia de negar esta vía a mujeres que buscan mejorar su situación vital mediante un acto voluntario.

11. Resulta paradójico que la dimensión negativa del derecho a la reproducción (no tener hijos) esté plenamente reconocida —por ejemplo, a través de leyes sobre interrupción voluntaria del embarazo— mientras que su dimensión positiva (tener hijos) continúe sometida a limitaciones y controversias, especialmente en casos como el que nos ocupa

12. Es un hecho indiscutible que una práctica de gestación subrogada desregulada y abusiva puede derivar en la cosificación de la mujer, generando situaciones de profundo menosprecio a su dignidad. No obstante, conviene señalar que también podría hablarse de una forma de cosificación del varón en su papel de donante de material genético, una dimensión del problema que ha recibido escasa atención en el ámbito académico. Por otra parte, resulta pertinente recordar la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de interrupción voluntaria del embarazo, la cual se apoya, entre otros aspectos, en la necesidad de evitar la cosificación de la mujer que se produciría al obligarla a continuar una gestación contra su voluntad. A partir de ello, cabría preguntarse si, "a sensu contrario", podría considerarse también una forma de cosificación la prohibición de que una mujer, en ejercicio de su autonomía, decida libremente asumir el rol de madre gestante por subrogación.

13. El modelo actual favorece a quienes tienen recursos para acudir al extranjero, configurando un sistema de filiación excluyente que deja fuera a los colectivos más vulnerables, como varones homosexuales con menor capacidad económica. Esto contradice el principio de igualdad.

14. Consideramos que la reforma legislativa es necesaria, y puede optarse entre tres vías: (a) una desincentivación total con sanciones penales (modelo italiano, francés o alemán), (b) negando todo reconocimiento legal a la filiación entre el menor y el comitente conforme a la propuesta del Ministerio de igualdad de España de abril 2023 -lo cual contradeciría la doctrina fijada por el TEDH a partir de *Menesson* contra Francia; o (b) una regulación ética y garantista que contemple la posibilidad de gestación subrogada bajo control judicial (modelo canadiense, inglés, portugués o griego).

15. La falta de regulación favorece la mercantilización encubierta y consolida la hipocresía normativa, desprotegiendo tanto a mujeres gestantes como a menores nacidos por esta vía, discriminatoria de la población con menos recursos. El mantenimiento del “statu quo” es insostenible desde un punto de vista jurídico y ético.

16. Una regulación clara y justa de la maternidad subrogada permitiría proteger al menor, garantizar la dignidad de todas las partes implicadas, en especial del varón homosexual que accede a la paternidad biológica y evitar la desigualdad estructural, dando coherencia a un ordenamiento jurídico actualmente fracturado por soluciones incongruentes y prácticas normalizadas al margen de la ley. Esta regulación, aportaría seguridad jurídica, estaría conforme a la vigente tendencia normativa, a la progresiva aceptación social y al hecho cierto de que la gestación sustitutoria ha llegado para permanecer, no pudiendo ser ignorada.

BIBLIOGRAFÍA

ALKORTA IDIAKEZ, I.: "Nuevos límites al derecho a procrear", *Derecho privado y Constitución*, 2006. núm. 20º. Madrid. pp.9-61.

ARISTEGUI, I.: "Parentalidad Gay/Lésbica: Funcionamiento emocional y adaptación psicológica de los hijos de parejas del mismo sexo", *Perspectivas de psicología*, 2014, vol.II, pp.78-85.

BARBA, V.: "Gestación por sustitución y orden público internacional en el ordenamiento jurídico italiano. La última decisión de Pleno de la Corte de Casación y sus consecuencias", *Revista de Derecho Civil*, enero-marzo 2020, vol. VII, núm.1º Estudios, pp.69-101.

CABEZUDO BAJO, M. J.: "Introducción", en AA.VV.: *Distintos enfoques de la gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida* (coord. M. J. CABEZUDO BAJO), Dykinson, Madrid, 2023, pp.15-20.

CARRILLO LERMA, C.: "Filiación de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación subrogada. Comentario a la STS de España n. 1626/2024 de 4 de diciembre", *Rev. Boliv. de Derecho*, enero 2025, núm. 39º, pp.720-741.

CERVILLA GARZÓN, M. D.: "Gestación subrogada y dignidad de la mujer", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, núm. 9º, pp. 10-43.

CORTINA, C.: "Demografía de las parejas homosexuales en España", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 2016, núm. 153º, pp.3-22.

DE LORA DEL TORO, P.: "¿Qué hay de malo en tener hijos?", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2006, núm. 10º, 2006, pp. 45-63.

DE TORRES PEREA, J.M.: "Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor", *Diario La Ley*, 2014, núm. 8281º, pp. 1-8.

DE TORRES PEREA, J.M.: "Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial", *Diario La Ley*, 2016, núm. 8737º, 8 de abril de 2016, ref. D-147 pp.1143-1153.

DE TORRES PEREA, J.M.: Best interest of the child "A" or "the" primary consideration?, en AA.VV.: *The Routledge International Handbook of Shared Parenting an Best Interest of the Child*, (coord. J.M. DE TORRES PEREA), Routledge-Taylor and Francis Inc., London, 2021, pp. 51-62.

DE TORRES PEREA, J.M.: "El debate sobre la igualdad de género como consideración primordial al decidir sobre la custodia compartida y su posible impacto en los derechos de familia español e italiano", III Congreso ítalo-español de Derecho de Familia, "Derecho de Familia y responsabilidad civil", *Iura & Legal System*, revista de la Università degli Studi di Salerno, 2024, núm. XI. 2024/4, -C-(4) pp. 84-103. https://www.unisa.it/uploads/14960/interventi_24_4_ivone.pdf.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, núm. 4º, pp.349-357.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *El derecho de familia hoy: Nuevas tendencias legales y jurisprudenciales*, Reus, Madrid, 2025.

DÍEZ-PICAZO, L.M.: *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2005.

DWORKIN, R.: *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

FERNÁNDEZ ANDÚJAR, M.: "Psicobiología y neurociencia del embarazo y la maternidad: bases de la conducta maternal y el apego", en AA.VV.: *La gestación por sustitución*, (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 373-397.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: *La gestación por sustitución y la reproducción humana asistida en España: ¿Incoherencia normativa o legislación garantista?*, Aranzadi, 2019.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: "Una propuesta legislativa para la regulación de la gestación por sustitución en España", *Rev. Boliv. de Derecho*, 2023, núm.35º, pp. 354-385.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Madrid, 1994.

GUARDIA HERNÁNDEZ, J.J.: "Policía administrativa y maternidad subrogada", en AA.VV. *La gestación por sustitución*, 2019, (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.333-369.

JAE BALMA, C.: "Adopción de niños menores de dos años por parejas homoparentales formadas por varones. Una revisión sistemática", *Revista Científica Arbitrada de la Fundación Monte Clara*, 2024, Vol.9, pp.1-21.

JIMÉNEZ CABELLO, J.M., BECERRIL RUIZ, D. y GARCÍA MORENO, J.M.: "Assignment of Custody after Divorce in the case of Dissolutions of Heterosexual and Homosexual Couples", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 2021, núm.176º, pp.79-100.

LUCAS ESTEVE, A.: "La gestación por sustitución: derechos e intereses en conflicto", en AA.VV.: *La gestación por sustitución* (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.23-55.

MARTÍN SÁNCHEZ, M.: *Matrimonio homosexual y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MASTROMARTINO, F.: "Notas al margen de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional español sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo", DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2013, núm. 36º, pp. 153-175.

MORAGA GARCÍA, M. A.: "Igualdad y custodia compartida", en AA.VV.: *Igualdad y democracia: El género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino*, (coord. M.A. MORAGA GARCÍA), Cortes Valencias, 2014, pp. 479-491.

MUÑOZ RODRIGO, G.: "La filiación y la gestación por sustitución: A propósito de las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, núm.10º bis, pp.722-735.

MÚRTULA LAFUENTE, V.: "La determinación de la filiación "contra legem" del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: Otra forma de tener hijos atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, núm. 16º bis, pp.3424-3465.

NADAL PASTOR, A.: "La gestación subrogada, situación jurídico-social en el ordenamiento español. A propósito de la STS 277/2022, 31 marzo 2022", *Rev. Boliv. de Derecho*, 2023, núm. 36º, pp.740-765.

NEBRERA, M.: "Maternidad subrogada y derechos fundamentales", en AA.VV.: *La gestación por sustitución*, (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.153-169.

OCHOA RUIZ, N.: "La creación de nuevos derechos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en A.AVV.: *La gestación por sustitución*, (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.171-192.

OPORTO ALONSO, M.: "La revelación de los orígenes en la gestación por sustitución", en AA.VV.: *La gestación por sustitución* (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 399-419.

PANDE A.: "Wombs in Labor: Transnational Commercial Surrogacy in India", *Columbia University Press*. 2014

PANTALEÓN PRIETO, F.: "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", *Jueces para la democracia*, 1988, núm. 5º, 1988, pp. 19-36.

PANTALEÓN PRIETO, F.: "Técnicas de reproducción asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1993, núm. 15º, 1993, pp. 129-160.

PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid. 1995.

PÉREZ MADRID, F.: "Maternidad subrogada y derechos de la mujer desde una perspectiva feminista", en AA.VV.: *La gestación por sustitución* (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.193-212.

QUESADA GONZÁLEZ, M. C.: "El Derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico", *Anuario de Derecho Civil*. 1994. T. 47, fasc. 2, abril-junio, 1994, pp.237-304.

RAMOS, J.: *The Farm*, Bloomsbury Publishing, Londres, 2020.

REDONDO SACEDA, L.: *El derecho a la vida familiar: Del Convenio Europeo de Derechos Humanos a la Constitución Española*, tesis doctoral dirigida por Francisco Javier García Roca, Universidad de Alcalá, 2023. <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=gPVA2dS3KOg%3D>.

ROBERTSON, J. A.: "Surrogate Mothers: Not So Novel after All". *The Hastings Center Report*, 1983, Vol.13, núm.5º, pp.2 8-34.

ROCA I TRÍAS, E.: "Dura lex sed lex. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada", en AA.VV.: *Treinta años de reproducción asistida en España: Una mirada interdisciplinar a un fenómeno global y actual* (coord. P. BENAVENTE MOREDA y E. FARNÓS AMORÓS), Boletín del Ministerio de Justicia núm. 2179º, LXIX, Madrid, 2015, pp.301-338.

ROCA I TRÍAS, E.: "Filiación asistida y protección de derechos fundamentales", *DS: Derecho y salud*, 1999, Vol. 7, núm. 1º, pp. 1-11.

ROMBOLI, S.: "Gestación por sustitución y menor de edad: los derechos e intereses contrapuestos en una aproximación desde el Derecho Constitucional, en AA.VV: *La gestación por sustitución* (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch", Valencia, 2019, pp. 255-278.

SANTOS MORÓN, M.J.: "Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002, de 18 de julio, *La Ley*, 2002, núm.7º p.1634-1636.

PÉREZ TENA, S.: "La gestación por sustitución en España: ¿Fraude de Ley?", en AA.VV.: *La gestación por sustitución* (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 313-332.

SARAVANAN S.: "A Feminist Discourse of Surrogacy: Reproductive rights and Justice approach", en AA.VV.: *A transnational Feminist View of Surrogacy Biomarkets in India* (coord. S. SARAVANAN), Sprinter, Singapore, 2018. pp. 47-78.

SEN, A. K.: *Choice, Welfare and Measurement*", Blackwell, Oxford, 1982, pp.47-78.

SHALEV, C.: *Birth Power: The Case for Surrogacy*, Yale University Press, 1989.

SOLSONA PAIRÓ, M., AJENJO COSP, M., BRULLET TENAS, C. y GÓMEZ-CASILLAS, A.: *La custodia compartida en los tribunales ¿Pacto de pareja? ¿Equidad de género?*, Ulzama, Navarra, 2020.

URQUIJO ANGARITA, M. J.: "La teoría de las capacidades en Amartya Kumar Sen", *Edetania*, 2014, núm. 46º, diciembre pp. 63-80.

VALERO HEREDIA, A.: "La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales", *Teoría y Realidad Constitucional*, 2019, núm. 43º, pp. 421-440.

VARA GONZÁLEZ, J. M.: "¿Existe el derecho a ser padre en solitario?", *El Notario del Siglo XXI*, 2015, núm. 63º, pp.88-93.

VILAR GONZÁLEZ, S.: "Mecanismos de inscripción de los nacidos por gestación subrogada en el registro civil español", *Rev. Boliv. de Derecho*, 2023, núm.35º, pp.66-97.



MATERNIDAD SUBROGADA EN ITALIA Y EN ESPAÑA:
CONSIDERACIONES PARA UN ANÁLISIS COMPARATIVO

*SURROGACY IN ITALY AND SPAIN: CONSIDERATIONS FOR A
COMPARATIVE ANALYSIS.*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 372-423



Giulia
CAMILLETTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

RESUMEN: Este artículo ofrece un análisis comparativo de los enfoques jurídicos y judiciales adoptados en Italia y España en relación con la gestación por sustitución. A pesar de la prohibición expresa de esta práctica en ambos ordenamientos, el estudio se centra en la compleja cuestión del reconocimiento y la protección del vínculo de filiación una vez producido el nacimiento del menor. A través del examen de la legislación, la jurisprudencia y los principios constitucionales, el artículo pone de relieve cómo los dos países intentan conciliar la prohibición de la gestación por sustitución con la necesidad imperiosa de salvaguardar el interés superior del menor. En particular, se analiza de qué manera los tribunales y los legisladores contemplan la adopción como mecanismo alternativo al reconocimiento de certificados de nacimiento extranjeros emitidos en el marco de acuerdos de gestación por sustitución. Sin embargo, el proceso adoptivo no siempre garantiza una protección rápida y efectiva de los derechos del menor de edad y de su vida familiar, lo que plantea dudas sobre su idoneidad para satisfacer las necesidades inmediatas del niño y proporcionar la debida seguridad jurídica.

PALABRAS CLAVE: Gestación por sustitución, análisis comparativo, prohibición legal, reconocimiento de la filiación, certificados de nacimiento extranjeros, turismo procreativo, adopción, interés superior del menor de edad, orden público.

ABSTRACT: *This article provides a comparative analysis of the legal and judicial approaches to surrogacy in Italy and Spain. Despite the express prohibition of surrogacy in both legal systems, the study focuses on the complex issue of recognizing and protecting the parent-child relationship once the child has been born. Through an examination of legislation, case law, and constitutional principles, the article highlights how each country seeks to reconcile the ban on surrogacy with the imperative to safeguard the best interests of the child. In particular, it explores how courts and legislators consider adoption as an alternative remedy to the recognition of foreign birth certificates resulting from surrogacy arrangements. However, the adoption process does not always ensure a prompt and effective protection of the child's rights and family life, raising concerns about its adequacy in serving the child's immediate needs and legal certainty.*

KEY WORDS: *Surrogacy, comparative analysis, legal prohibition, recognition of parentage, foreign birth certificates, reproductive tourism, adoption, best interests of the child, public order.*

SUMARIO.- I. LA PARENTALIDAD EN ITALIA: EL MARCO NORMATIVO.- I. La prohibición de la maternidad subrogada por ser contraria al orden público: los enfoques jurisprudenciales.- 2. La propuesta de la Primera Sección del Tribunal de Casación sobre la gestación subrogada altruista y la respuesta de las Secciones Unidas.- II. LA DISCIPLINA LEGISLATIVA EN ESPAÑA.- 1. El pronunciamiento del Tribunal Supremo español.- 2. La posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado.- III. LA PROTECCIÓN DEL NACIDO POR MATERNIDAD SUBROGADA.- 1. Indicaciones de Estrasburgo: la importancia de una protección rápida y efectiva para el menor de edad.- 2. Las diversas soluciones adoptadas por Italia y España para proteger la identidad del menor. El instituto de la adopción.- IV. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO EUROPEO SOBRE EL RECONOCIMIENTO MUTUO DE LA PARENTALIDAD Y EL CERTIFICADO ÚNICO DE FILIACIÓN.

I. LA PARENTALIDAD EN ITALIA: EL MARCO NORMATIVO.

Para comprender lo que se entiende por “padre” o “madre” en el ordenamiento jurídico italiano, es necesario entender en qué momento esta persona asume los correspondientes derechos y deberes. El ordenamiento italiano proporciona respuestas principalmente basándose en la biología (el acto generativo): es a partir del hecho de la procreación que deriva la parentalidad¹ y solo cuando este modelo falla, se puede dar paso a otras formas de filiación, como la adopción, o activar otros mecanismos formales para cumplir con el deber asumido por el Estado en la Constitución de proteger la infancia (art. 31, párr. 2 de la Constitución), es decir, con el fin de salvaguardar el interés superior del niño.

De acuerdo con los artículos 29, 30 y 31 de la Constitución, los principios que gobiernan las formas de filiación en nuestro ordenamiento parecen ser los de heterosexualidad y de biología², siendo el principio de heterosexualidad asumido como supuesto relacional de la filiación a partir de las explícitas referencias a la dimensión paterna (art. 30, párr. 4) y materna (art. 31, párr. 2)³; mientras que el principio de biología se expresa en el vínculo indisoluble entre procreación y responsabilidad⁴, establecido en el apartado I del art. 30 de la Constitución: un

1 NICOLUSSI, A.: “La filiazione e le sue forme: la prospettiva giuridica, in *Allargare lo spazio familiare: adozione e affido* (coord. por E. SCABINI, G. ROSSI), Vita e pensiero-Pubblicazioni dell'Università Cattolica, Milano, 2014, p. 7; BUGETTI, M.N.: “L'unicità dello stato di filiazione (anche per i figli nati da p.m.a. erroneamente praticata)”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1426.

2 Se remite a NICOLUSSI, A.: “La filiazione e le sue forme”, cit., p. 3.

3 FERRARI, D.: “Lo statuto giuridico dell'omogenitorialità in Italia e in Europa”, *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 119, quien observa que en el diseño constitucional la heterosexualidad representa una cualidad personal vinculada a la condición parental.

4 En este caso, por procreación se entiende la síntesis de aporte genético y gestación; vid. RENDA, A.: “La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore”, nota a Cass. II de noviembre de 2014, n. 24001, *Corr. giur.*, 2015, p. 482.

• Giulia Camilletti

Dottoranda di ricerca in “Diritto, mercato e persona”, presso l'Università Ca' Foscari di Venezia. E-mail: giulia.camilletti@unive.it

vínculo que une a la relación conyugal el nacimiento y, a partir de este, genera el cargo parental.

En resumen, como afirma la doctrina autoritaria, “la interpretación sistemática de los artículos 30 y 29 de la Constitución destaca que se trata de la procreación dentro del matrimonio, y también fuera de él, pero siempre en la perspectiva de esa “sociedad natural” a la que se refiere el artículo 29”⁵.

Tales características presentadas por la Constitución italiana no emergen, en cambio, de la lectura del artículo 32 de la Constitución española, que dispone que “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

De hecho, en el ordenamiento español se promulgó la ley sobre el matrimonio igualitario ya en 2005 con la Ley n. 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, regulando también la formación de la familia en relación con los hijos cuando está formada por una pareja homosexual, de la misma manera que se considera la familia convencionalmente denominada “tradicional. Por ejemplo, el primer párrafo del artículo 154 del Código Civil se redacta en los siguientes términos: “Los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus progenitores.”; y el primer párrafo del artículo 160 del Código Civil se redacta de la siguiente manera: “Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.” De manera diferente, en el reflejo de la ley ordinaria italiana, la filiación como estado jurídico, es decir, como relación que vincula a un sujeto a la comunidad familiar (arts. 315 y 74 c.c.), solo es admitida en el contexto de la pareja heterosexual, mientras que en lo que respecta a la biología, con la excepción de la filiación adoptiva, en la línea materna, rige la regla según la cual se asume como madre a quien ha concebido y parido (art. 269, párr. 3 c.c.)⁶. En efecto, la ley sobre uniones civiles, L. n. 76/2016, de 20 de mayo, (no se trata de matrimonio igualitario) no establece nada sobre la relación de parentalidad y filiación con

5 CASTRONOVO, C.: *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 78. Véase también, PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, vol. II, ESI, Napoli, 2006, p. 923; PALAZZO, A.: “La filiazione”, en A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuado por P. SCHLESINGER (dirigido por), *Trattato di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 562; BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, vol. II, *La famiglia*, 5, Giuffrè, Milano, 2014, p. 359. El autor distingue la titularidad sustantiva de la posición de hijo, derivada del hecho natural de la procreación y a la cual hace referencia el principio constitucional que reconoce al hijo el derecho al mantenimiento, la educación y la instrucción, de la titularidad formal de la filiación, a la cual corresponde la titularidad formal de la paternidad y la maternidad, como presupuestos para el ejercicio de los derechos parentales.

6 Para un análisis más detallado, se remite a SENIGAGLIA, R.: “Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere”, *Europa e Dir. priv.*, n. 3, 2017, p. 952.

respecto a las parejas unidas civilmente. Es, por lo tanto, el sistema referido a la familia tradicional (basado en los principios de biología y heterosexualidad) el que delinearé el modelo formal de las relaciones de tipo familiar, sirviendo como paradigma de toda reconstrucción destinada a circunscribir el ámbito de relevancia de las mismas más allá del contexto estrictamente conyugal⁷, aunque, sin embargo, en el desarrollo de la dimensión afectiva-relacional, es decir, biológica de la pareja.

Sin embargo, dentro de las tipologías de parentalidad “reconocidas” por la ley ordinaria italiana, un espacio cada vez mayor lo ocupan aquellas formas de parentalidad llamadas “intencionales”, que tienen lugar como resultado del recurso a técnicas de procreación médicamente asistida, según la Ley del 19 de febrero de 2004, n. 40⁸. Antes de la intervención del Tribunal Constitucional con la sentencia n. 162/2014, la fecundación homóloga era la única técnica de fecundación artificial permitida; pero, actualmente, también se permite el acceso a la fecundación heteróloga, si las parejas heterosexuales sufren de infertilidad absoluta e irreversible. De ello resulta, por lo tanto, el surgimiento de una nueva fuente de la relación de filiación, desvinculada del dato genético o biológico que se crea entre el llamado “padre legítimo” y la madre biológica, basada en el consentimiento *ex lege*⁹. Podríamos entonces discutir tres modalidades diferentes a través de las cuales surge la relación de filiación en Italia: la biológica, que nuestro ordenamiento considera la regla ordinaria (puede ocurrir tanto de manera natural como artificialmente cuando se utilizan los gametos de los futuros padres en la pareja heterosexual); y las otras dos formas subsidiarias, en caso de fallo de la primera, como la adoptiva y la heteróloga (en el caso de que se utilicen los gametos de un tercero donante y la relación de filiación se establece entre el hijo y el padre no biológico/genético).

La intervención de la Ley n. 40 de 2004 ha cambiado el marco normativo, abriendo una rendija de juridicidad para la filiación artificial, aunque se trate

7 Cfr. ZATTI, P.: “Familia, familiae. Declinazioni di un’idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia”, *Famiglia*, 2002, p. 14; GIACOBBE, G.: “Il modello costituzionale della famiglia nell’ordinamento italiano”, *Riv. dir. civ.*, 2006, n. 1, p. 486; DI ROSA, G.: “Forme familiari e modello matrimoniale tra disciplina interna e normativa comunitaria”, *Europa e Diritto Privato*, 2009, p. 755; SENIGAGLIA, R.: *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Jovene, Napoli, 2013, p. 19; RENDA, A.: *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 67; MARELLA, M.: “Dentro o fuori la famiglia”, en MARELLA M.R., MARINI G.: *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 90; SEGNI, M.: “Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, n. 2, p. 708.

8 A este respecto, cabe precisar que la filiación biológica, cuya fuente es la generación, puede producirse tanto de manera natural como artificial, por ejemplo, cuando se recurre a la procreación médicamente asistida, si esta se realiza con los gametos de la pareja solicitante (llamada homóloga). Cfr. SENIGAGLIA, R.: “Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere”, cit., p. 952, quien propone una clasificación en estos términos: a) filiación natural, que surge de la unión sexual de la pareja; b) filiación genética, fruto de una práctica de procreación médicamente asistida de tipo homólogo, utilizando los gametos de la pareja; c) filiación biológica en la línea materna, cuando en una práctica de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo se utiliza el óvulo de una donante; d) filiación legal, que descende del procedimiento de adopción o, en la línea paterna, del uso del espermatozoide de un donante externo en la práctica de fecundación asistida de tipo heterólogo (art. 9, ley 40/2004).

9 Art. 9.3, Ley de 19 de febrero de 2004, n. 40.

de una de las leyes más restrictivas de Europa, caracterizada por un fuerte espíritu conservador. La estructura original de la ley no pretendía promover la realización del proyecto parental, sino solo favorecer la solución de los problemas reproductivos derivados de la esterilidad o infertilidad de la pareja.

Debido a esta elección, se prohíbe el recurso a la gestación por sustitución o maternidad subrogada (llamada también GPA, *gestazione per altri*), mientras que se permite el recurso solo a la fecundación homóloga a favor de “parejas mayores de edad de sexo diferente, casadas o convivientes, en edad potencialmente fértil, ambos vivos”¹⁰, sobre la base de un principio de gradualidad y mediante un consentimiento informado¹¹.

Han sido necesarias cuatro intervenciones del Tribunal Constitucional para configurar el actual marco normativo, sin que, no obstante, se haya modificado su finalidad. La *ratio*, en efecto, sigue siendo la de resolver los problemas reproductivos derivados de la esterilidad o infertilidad exclusivamente de las parejas heterosexuales¹².

La primera modificación se debe a la Sentencia del Tribunal Constitucional n. 151/2009, que elimina la limitación existente respecto a la creación de embriones establecida en el artículo 14, permitiendo la creación de más de tres embriones y ampliando, por tanto, las posibilidades de éxito de la PMA¹³. La segunda modificación es obra de la Sentencia del Tribunal Constitucional n. 162/2014, que permite el acceso de parejas heterosexuales también a la fecundación heteróloga, en caso de que a uno de los miembros de la pareja se le diagnostique una patología que cause infertilidad absoluta e irreversible¹⁴. La tercera modificación se debe a la Sentencia del Tribunal Constitucional n. 96/2015, que autoriza a la pareja heterosexual a acceder a la fecundación heteróloga incluso cuando uno de sus miembros, sin padecer infertilidad o esterilidad absolutas, sea portador de enfermedades genéticas graves potencialmente transmisibles al nacido¹⁵. Por último, la modificación final proviene de la Sentencia del Tribunal Constitucional n. 229/2015¹⁶, que permite la selección de embriones cuando dicha selección esté exclusivamente orientada a evitar la implantación en el útero de embriones

10 Art. 5, Ley de 19 de febrero de 2004, n. 40.

11 Arts. 4. 2 y 6, Ley de 19 de febrero de 2004, n. 40.

12 BARBA, V.: “Tecniche procreative, genitorialità e interesse del minore”, en AA.VV.: *Diritto civile minorile* (coord. por A. CORDIANO, R. SENIGAGLIA), ESI, Napoli, p. 125.

13 C. cost., 8 mayo 2009, n. 151, en <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2009&numero=151>.

14 C. cost., 10 junio 2014, n. 162 en <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>.

15 C. cost., 5 junio 2015, n. 96, en <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>.

16 C. cost., 11 noviembre 2015, n. 229, en <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>.

afectados por enfermedades genéticas graves y transmisibles¹⁷. Como resultado de dichas intervenciones, sin embargo, sigue vigente la prohibición de la gestación por sustitución, la limitación del acceso a las técnicas de PMA a las parejas homosexuales, así como la exclusión del uso de embriones sobrantes o residuales con fines de investigación científica¹⁸.

I. La prohibición de la maternidad subrogada por ser contraria al orden público: los enfoques jurisprudenciales.

El artículo 12, apartado 6, de la Ley n. 40/2004 establece que “quien, de cualquier forma, lleve a cabo, organice o publicite la comercialización de gametos o embriones o la gestación por sustitución será sancionado con prisión de tres meses a dos años y con una multa de entre 600.000 y un millón de euros”. Esta prohibición se interpreta generalmente como extensiva también a la versión altruista de la gestación por sustitución, es decir, aquella realizada sin fines de lucro, por considerarse igualmente contraria a la dignidad de la persona, a pesar de que la redacción del precepto se presta a interpretaciones opuestas y de que la normativa supranacional no impone restricciones en este sentido¹⁹. Dicha prohibición no elimina los problemas relativos a la regulación del acceso por parte de las parejas a técnicas consideradas ilícitas en Italia, ya que estas pueden recurrir a países donde tales prácticas están reguladas: en este sentido, las cuestiones se plantean a posteriori, en relación con el reconocimiento del vínculo de filiación constituido en el extranjero²⁰. Los tribunales italianos, incluidos los de instancia²¹, a menudo influidos por la inactividad del legislador nacional, muestran

17 No se trata de un control eugenésico desmesurado, sino limitado exclusivamente a evitar que el embrión sea portador de una enfermedad genética transmitida por los progenitores, en consonancia con lo afirmado por el TEDH, 28 agosto 2012, *Costa y Pavan c. Italia*, demanda n. 54270/10, en www.camera.it.

18 Sobre este último aspecto, también como resultado de un diálogo entre tribunales (TEDH, 27 agosto 2015, *Parrillo c. Italia*, demanda n. 46470/11, en www.echr.coe.int), el Tribunal Constitucional ha confirmado la legitimidad de la prohibición de la experimentación, no sin antes reiterar que el embrión, por su potencialidad vital, constituye un valor de relevancia constitucional, reconducible al precepto del artículo 2 de la Constitución (C. cost., 13 abril 2016, n. 84, en https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2016:84).

19 Cfr. PELISSERO, M.: “Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni), Camera dei deputati”, *Sistema penale*, 2021, p. 2.

20 STANZIONE, M.G.: “Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l’esperienza giurisprudenziale”, *comparazioneDirittocivile.it*, 2016, p.1, según la cual es una opinión, sin embargo, cada vez más extendida y frecuentemente expresada, que nuestro legislador no sigue el ritmo de las necesidades que surgen de la cambiada realidad social y que demandan con fuerza protección. Sobre el tema, ver también WINTERMUTE, R.: “Marriage, adoption and donor insemination for same-sex couples: does European case law impose any obligations on Italy?”, *Genius*, 2014, n. 2, p. 35.

21 Por ejemplo, los jueces de instancia se han encontrado examinando casos relativos a relaciones de filiación establecidas entre un niño y dos madres, una biológica, que llevó a cabo la gestación y dio a luz, y la otra genética, que donó el óvulo (Cass., 30 septiembre 2016, n. 19599, *Corr. giur.*, 2017, p. 181, con nota de FERRANDO, G.: “Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis”; Cass., 15 junio 2017, n. 14878, *Dir. giur.*, 2017; Trib. Napoli, 11 noviembre 2016, www.articolo29.it. Véase FERRANDO, G., “Ordine pubblico e interesse del minore”, cit., p. 195. La autora añade que en este caso no se trata ni de maternidad subrogada, ya que la mujer que dio a luz no lo hizo en nombre de otros; ni de fecundación heteróloga porque la mujer que donó el óvulo lo hizo no para un proyecto ajeno, sino para un proyecto parental propio y de su compañera). O bien, se recuerda el caso relacionado con la relación establecida entre un niño y el padre o la madre genéticos como resultado de una práctica de maternidad subrogada,

intentos audaces —aunque valorables— de colmar evidentes lagunas normativas, acumulando, no obstante, múltiples pronunciamientos sobre el tema, algunos incluso acusados de interferir en las prerrogativas de otros órganos institucionales del sistema democrático²².

En cuanto al fondo de los casos relacionados con las técnicas de fecundación artificial heteróloga, incluida la gestación por sustitución²³, las consideraciones más relevantes se refieren al recurso a la figura del donante o la donante, o de ambos, como representativos de una alteración radical de los puntos de referencia de la identidad procreativa basados en el vínculo genético²⁴. En particular, en el balance de los intereses en juego, adquiere un papel importante la protección del orden público.

Según la sentencia de la Corte de Casación, 11 de noviembre de 2014, n. 24001²⁵, sobre la base de que la prohibición de la maternidad subrogada es una expresión del principio de orden público, incluso internacional, no se considera eficaz en Italia el acta de nacimiento redactada en Ucrania, que indicaba como padres una pareja italiana, que había recurrido a dicha técnica procreativa, considerada lícita por el ordenamiento de ese Estado, con la consiguiente declaración de adoptabilidad del niño. Cabe precisar que el nacido no poseía ningún gen de la pareja, a pesar de

o la ejecución de un contrato de gestación y parto para otros (App. Milano, 20 octubre 2016, http://www.biodiritto.org/index.php/item/863-cdamilano_surrogata16). Asimismo, adquiere relevancia la relación que se establece entre un niño y un padre o madre social, que no ha contribuido de ninguna manera genéticamente o biológicamente al nacimiento, y cuya relación de paternidad-filiación ha sido declarada judicialmente (App. Trento, 23 febrero 2017, <http://www.articolo29.it/wpcontent/uploads/2017/02/Ordinanza.pdf>). También es relevante la relación entre un niño y uno o dos padres, del mismo sexo o de sexos diferentes, establecida por efecto de una decisión de adopción emitida por la autoridad extranjera en aplicación del derecho del Estado al que pertenece (son los casos tratados por Trib. min. Firenze, 7 marzo 2017, <http://www.articolo29.it/wpcontent/uploads/2017/03/Trib-min-fi-1.pdf> y <http://www.articolo29.it/wpcontent/uploads/2017/03/Trib-min-fi-2.pdf>).

- 22 Cfr. CIRAOLLO, C.: "Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità", *iurcivilite.it*, 2014, n. 12, p. 485.
- 23 Cfr. BARENGHI, A.: Procreazione assistita e tutela della persona, Atti del convegno di Roma, 30 maggio 2010, *Quaderni, Riv. dir. civ.*, Cedam, Padova, 2011, *passim*; CIANCI, A.G.: "La liceità delle tecniche di procreazione assistita e dei negozi per la sua realizzazione", *Famila*, 2002, n. 1, pp. 89-125; GRAZIANI C.A. y CORTI I.: *Verso nuove forme di maternità?*, Giuffrè, Milano, 2002, *passim*; BUSNELLI, F.D.: "Procreazione artificiale e filiazione adottiva", en AA.VV.: *La filiazione tra scelta e solidarietà familiare*, Atti del Convegno di Studi di Copanello, 28-29 settembre 2001 (coord. por M.F. TOMMASINI), Giappichelli, Torino, 2003, pp. 33-58; CORTI, I. *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 88.
- 24 VEGETTI FINZI, S.: *Volere un figlio. La nuova maternità tra natura e scienza*, Mondadori, Milano, 1997, p. 172, la descomposición y recomposición del proceso reproductivo separa la biología de la historia, autonomía la cadena germinal respecto de la genealógica, desubjetiviza, vicariando, las funciones orgánicas. Cfr. también PIUSSI, A.M.: "La maternità tra realtà e desiderio", en AA.VV.: *Crisi della natalità e nuovi modelli riproduttivi* (coord. por P. DI NICOLA, M.G. LANDUZZI), Franco Angeli, Milano, 2012, p. 33; BILOTTA, F.: "La maternità surrogata", en AA.VV.: *Diritti della personalità e biotecnologie*, (coord. por A. LIBERATI, F. BILOTTA), Melissa ed., Roma, 1999, p. 99; OPPO, G.: "Procreazione assistita e sorte del nascituro", *Riv. dir. civ.*, 2005, n. 1, p. 105.
- 25 Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, *Guida dir.*, 2014, n. 48, p. 44; *Fam. dir.*, 2015, n. 3, p. 306, con comentario de VESTO, A.: "La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto"; *Foro.it*, 2014, n. 12, p. 3408, con nota de CASABURI, G.: "Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata"; *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 10235, con nota de BENANTI, C.: "La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore"; *Corr. giur.*, 2015, p. 471, con nota de RENDA, A.: "La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore".

lo que exigía la ley ucraniana²⁶. La Corte Suprema, con la sentencia, reafirmó la vigencia del límite del orden público italiano que entra en conflicto con la normativa extranjera sobre la filiación y su reconocimiento. El argumento central era que el interés superior del menor es perseguido por el ordenamiento italiano a través de la atribución de la maternidad a quien da a luz, delegando exclusivamente al instituto de la adopción la realización de una paternidad desvinculada del vínculo biológico. En consecuencia, la expresa prohibición, incluso reforzada con una sanción penal, de la maternidad subrogada, se configura como una manifestación del principio de orden público, que no admite ninguna discrecionalidad que se ejerza en relación con el caso concreto²⁷.

La Corte Suprema, algunos años después, con la sentencia de las Secciones Unidas n. 12193 de 2019²⁸, fue llamada a pronunciarse sobre la valoración de la transcripción del acto extranjero con el que se había reconocido la relación de filiación entre un menor nacido en el extranjero mediante gestación subrogada y el progenitor de intención. Los jueces consideraron que dicho reconocimiento

- 26 Una pareja de italianos había viajado a Kiev, en Ucrania, y había llevado a cabo las actividades procedimentales necesarias para la maternidad subrogada. Cabe especificar que el recién nacido no poseía ningún gen de la pareja, a pesar de lo que exige la ley ucraniana, que establece la legalidad de la práctica de subrogación bajo la condición de que los óvulos no pertenezcan a la mujer que lleva a cabo la gestación, y que al menos el 50% del patrimonio genético del recién nacido provenga de la “pareja solicitante”. Al llegar a Italia con los “padres subrogados”, el Tribunal de Menores de Brescia declaró el estado de adoptabilidad del menor y suspendió a los cónyuges del ejercicio de la responsabilidad parental. En cuanto al certificado de nacimiento, el Tribunal observó que, aunque debidamente apostillado, este no podía ser reconocido en Italia conforme al artículo 65 de la Ley n. 218/1995, ya que contravenía el orden público, dado el veto a la maternidad subrogada en Italia.
- 27 Según RECINTO, G.: *Le genitorialità, Dai genitori ai figli e ritorno*, ESI, Napoli, 2016, p. 96, el orden público, interno o internacional, debe entenderse correctamente y sistemáticamente poniendo en el centro del equilibrio de los intereses contrapuestos el valor preeminente para nuestro ordenamiento, y ahora también para el supranacional, es decir, la persona humana, y en este caso, el menor de edad. A diferencia de aquellos que lo tratan únicamente en términos de un límite negativo a la validez de cualquier norma, PERLINGIERI, P.: “Autonomia privata e diritti di crédito”, en AA.VV.: *Confini attuali dell'autonomia privata* (COORD. POR A. BELVEDERE, C. GRANELLI), Cedam, Padova, 2001, p. 93, describe el orden público también como el compromiso positivo de la República para la implementación de los principios fundamentales. Véase también GALGANO, F.: “La giurisprudenza nella società post-industriale”, *Contr. impr.*, 1989, p. 363; TORIELLO, F.: *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 7.
- 28 Cass., SS. UU., 8 mayo 2019, n. 12193, *Giur. it.*, 2020, p. 1623; *Corr. giur.*, 2019, con notas de GIUNCHEDI, D.: “Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità” y WINKLER, M.: “Le Sezioni Unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?”, *Fam. dir.*, 2019, p. 653, con nota de DOGLIOTTI, M.: “Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri”, con nota de FERRANDO, G.: “Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento”, *Genius*, n. 2, 2019, con nota de BARBA, V.: “Ordine pubblico e gestazione per sostituzione”, con nota de LUCCIOLI, G.: “Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata”, con nota de VENUTI, M.C.: “Le sezioni unite e l'omopaternalità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri”, *Famiglia*, 2019, p. 345, con comentario de BIANCA, M.: “La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?”, *Giur. it.*, 2020, p. 543, con nota de VALONGO, A.: “La c.d. filiazione omogenitoriale al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione”, *ivi*, p. 1623, con nota de SALVI, G.: “Gestazione per altri e ordine pubblico: le Sezioni Unite contro la trascrizione dell'atto di nascita straniero”. Sobre la sentencia citada y, en general, sobre el problema emergente del traslado de personas al extranjero para acceder a técnicas procreativas prohibidas en su país y luego regresar una vez realizada, cfr. NICOLUSSI, A.: “Famiglia e biodiritto civile”, *Europa e dir. priv.*, 2019, p. 736. Según las Secciones Unidas anteriormente mencionadas, no es posible la transcripción, por contraposición al orden público, del acta de nacimiento o del acto extranjero que indique la doble paternidad de un niño nacido de gestación por sustitución en el extranjero.

está en contradicción con la prohibición de la maternidad subrogada, de acuerdo con el artículo 12, apartado 6, de la ley n. 40 de 2004, considerando que dicha disposición representa un principio de orden público, destinado a proteger la dignidad de la gestante y el instituto de la adopción.

En este caso²⁹, aunque el resultado final es el mismo que el de la sentencia de 2014 mencionada anteriormente, la jurisprudencia de la Corte abandona la concepción defensiva anterior del orden público como límite a la incorporación en nuestro ordenamiento de normas y actos provenientes de otros sistemas, considerados en contradicción con los valores subyacentes a la normativa interna vigente, en favor de una noción funcionalmente promotora³⁰. Pues bien, retomando algunas consideraciones realizadas por el Tribunal Constitucional³¹, las Secciones Unidas, reconocen en la ley n. 40 de 2004 una normativa “constitucionalmente necesaria”, observando cómo esta representa la primera legislación orgánica relativa a un sector delicado que indudablemente involucra una pluralidad de importantes intereses constitucionales, los cuales, en su conjunto, exigen al menos un equilibrio entre ellos que asegure un nivel mínimo de protección legislativa. No se excluye, por otro lado, la posibilidad de otorgar relevancia a la relación parental, mediante el recurso a otros instrumentos jurídicos, como la adopción en casos particulares, prevista en el art. 44, primer párrafo, letra d), de la ley n. 184 de 1983.

En 2021³², el Tribunal Constitucional fue consultado sobre dos cuestiones similares: la primera relativa a la atribución del estatus de hijo con respecto a

29 El caso en cuestión tiene por objeto el reconocimiento de la eficacia de una resolución emitida en el extranjero, que ha atribuido a los menores el estatus de hijos de uno de los dos solicitantes, con el cual no tienen ningún vínculo biológico, habiendo sido concebidos mediante gametos proporcionados por el otro, ya declarado como su progenitor en una resolución anterior debidamente registrada en Italia, con la cooperación de dos mujeres, una de las cuales donó los óvulos, mientras que la otra, en virtud de un acuerdo válidamente suscrito según la ley extranjera, llevó a cabo el embarazo, renunciando previamente a cualquier derecho sobre los menores.

30 Se supera aquella noción de orden público fuertemente orientada a la salvaguardia de la identidad y la coherencia interna del ordenamiento, así como a la defensa de las concepciones morales y políticas que constituían su fundamento: cfr. Cass., 12 marzo 1984, n. 1680; 14 abril 1980, n. 2414; 5 diciembre 1969, n. 3881, en la base de datos *DeJure*. La distinción entre orden público internacional y orden público interno era solo conceptual, referida en el primer caso a las relaciones caracterizadas por perfiles transnacionales y excluyente de la invocación de la ley extranjera aplicable conforme a los criterios establecidos por las normas de derecho internacional privado; concerniente, en el segundo caso, a la libre manifestación de la autonomía privada en las relaciones entre sujetos pertenecientes al mismo ordenamiento. De manera sustancial, ambas nociones llegaban a coincidir, considerando en la primera nada más que un aspecto de la segunda, hasta afirmar explícitamente que no debía entenderse en un sentido abstracto y universal, sino que debía referirse al ordenamiento jurídico nacional y a sus más elevados intereses, los cuales debía procurar garantizar su respeto.

31 Cfr. C. cost., 13 enero 2005, n. 45, en G.U., 2 de febrero de 2005, n. 5, punto 6 del Considerado en derecho, en la cual, al evaluar la admisibilidad del referéndum abrogativo de toda la Ley n. 40/2004, se afirma que esta representa la primera legislación orgánica relativa a un sector delicado, que en los últimos años ha conocido un desarrollo relacionado con la investigación y las técnicas médicas, y que indudablemente involucra una pluralidad de importantes intereses constitucionales, los cuales, en su conjunto, exigen al menos un equilibrio entre ellos que asegure un nivel mínimo de protección legislativa. Necesidad que ya había sido destacada por este Tribunal en la sentencia n. 347 de 1998.

32 Cfr. C. cost., 9 marzo 2021, n. 32 e 33 ambas en *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2021, p. 616, nota de CHECCINI, B.: “L’omogenitorialità ancora al vaglio della Corte costituzionale”. Para un comentario, cfr. ACIERNO, M.: “La Corte costituzionale minaccia un cambio di passo sull’omogenitorialità”, *Quest. giust. online*, 2021; FERRANDO,

la madre intencional, en el marco de un proyecto de procreación médicamente asistida heteróloga, practicada por dos mujeres; la segunda sobre el reconocimiento del acto jurisdiccional extranjero a efectos de la inclusión del progenitor intencional en el acta de estado civil del menor procreado mediante gestación por otras personas. En ambos casos, el Tribunal Constitucional rechazaba las cuestiones de constitucionalidad, fundamentando sus decisiones en el reconocimiento de la discrecionalidad del legislador, aunque destacando la urgencia de una protección diferente del mejor interés del menor, en dirección a contenidos jurídicos más profundos y amplios de su relación con los progenitores intencionales, que mitiguen la brecha entre la realidad fáctica y la realidad legal, a través de la intervención del legislador, dada la insuficiencia del recurso a la adopción en casos particulares.

En la segunda de las sentencias gemelas citadas, T. Const., 9 de marzo de 2021, n. 33, se evalúa la legitimidad de las normas que no permiten, según la interpretación actual del derecho vigente, que se reconozca y se declare ejecutoria, por contraposición al orden público, el acto jurisdiccional extranjero relativo a la inclusión en el acta de estado civil de un menor procreado mediante las modalidades de gestación por otras personas del denominado progenitor intencional no biológico. El Tribunal Constitucional observa cómo la práctica de la maternidad subrogada ofende de manera intolerable la dignidad de la mujer³³ y que los acuerdos de maternidad subrogada implican un riesgo de explotación de la vulnerabilidad de las mujeres que se encuentran en situaciones sociales y económicas desfavorecidas; situaciones que, de existir, condicionaría fuertemente su decisión de afrontar el recorrido de un embarazo en exclusivo interés de terceros, a quienes el niño deberá ser entregado inmediatamente después del nacimiento.

Sin embargo, el Tribunal ha reconocido también el principio según el cual en todas las decisiones relacionadas con los menores de competencia de las autoridades públicas, incluidos los tribunales, debe reconocerse una relevancia primaria a la salvaguardia de los “mejores intereses” del menor³⁴, como se expresa principalmente en la Declaración Universal de los Derechos del Niño, que luego se incluyó en el art. 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el art. 24, párrafo 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Este principio también ha sido considerado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo

G.: “Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Cort costituzionale n. 32 e 33 del 2021”, *giustiziainsieme.it*, 2021.

33 Ya se había expresado de manera similar C. cost., 18 diciembre 2017, n. 272, cit.

34 El principio también está en la base de las sentencias del Tribunal Constitucional que han afirmado la no conformidad con la Carta Fundamental del automatismo de ciertas disposiciones que imponen la pena accesoria de la pérdida o suspensión de la responsabilidad parental, en cuanto impiden al juez evaluar en el caso concreto la adecuación de tal consecuencia al interés del menor. Cfr. C. cost., 29 mayo 2020, n. 102, G.U., 3 de junio de 2020, n. 23, en relación con el delito de sustracción y retención de menor en el extranjero en perjuicio del hijo menor de acuerdo con el art. 574 bis, párrafo 3, del Código Penal

de Derechos Humanos como una específica manifestación del derecho a la vida familiar, según el art. 8 del CEDH³⁵.

No obstante, el Tribunal Constitucional precisa que el interés del niño no puede considerarse automáticamente prevalente sobre cualquier otro contrainterés en juego, ya que todos los derechos fundamentales protegidos por la Constitución están en una relación de integración recíproca y no es posible identificar uno de ellos que tenga una prevalencia absoluta sobre los demás. Los intereses del menor deberán ser entonces equilibrados, a la luz del criterio de proporcionalidad, con el legítimo objetivo perseguido por el ordenamiento de disuadir el recurso a la maternidad subrogada, penalmente sancionado por el legislador.

El Tribunal, por un lado, no se opone a la solución a la que han llegado las Secciones Unidas, en relación con la no transcripción del acto judicial extranjero, y mucho menos del acto de nacimiento original con la indicación del “padre de intención” como progenitor; pero por otro lado, impone que, en este caso, se garantice la tutela del interés del menor al reconocimiento jurídico de su relación con ambos componentes de la pareja que no solo quisieron su nacimiento en un país extranjero conforme a la *lex loci*, sino que luego lo han cuidado ejerciendo de hecho la responsabilidad parental. Cualquier solución que no ofrezca al niño ninguna posibilidad de tal reconocimiento, aunque sea *ex post* y tras una verificación concreta por parte del juez, terminaría por instrumentalizar la persona del menor en nombre del legítimo objetivo de disuadir el recurso a la práctica de la maternidad subrogada.

Por último, pero no por ello menos importante, resulta de particular interés la referencia del Tribunal Constitucional al instituto de la adopción, que – sostiene – con el fin de asegurar al menor nacido por maternidad subrogada la protección jurídica que exigen los principios convencionales y constitucionales, debería ser regulado de manera más ajustada a las peculiaridades de la situación en cuestión, que en efecto está bastante alejada de aquellas que el legislador ha querido regular a través del artículo 44, párrafo 1, letra d), de la ley n. 184 de 1983, que se profundizará en las próximas páginas.

35 El CEDH no contempla principios generales ni disposiciones específicas relacionadas con la protección de los menores; sin embargo, el principio de protección de los *best interests of the child* ha encontrado múltiples aplicaciones en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, incluso a través de referencias explícitas a la Convención de las Naciones Unidas; cfr. SONELLI, S.: “L’interesse superiore del minore. Ulteriori tessere per la ricostruzione di una nozione poliédrica”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 1389; cfr., *ex multis*, TEDH, Gran Sala, 26 de noviembre de 2013, X c. Letonia, demanda n. 27835/09, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-162187>, párrafo 96, según el cual los intereses del niño deben ser la consideración primaria.

2. La propuesta de la Primera Sección del Tribunal de Casación sobre la gestación subrogada altruista y la respuesta de las Secciones Unidas.

Sobre el estado del arte en materia de maternidad subrogada en Italia, conviene mencionar dos recientes resoluciones emitidas por los jueces de legitimidad. La Primera Sección del Tribunal de Casación, mediante el auto interlocutorio n. 1842 de 2022³⁶, intenta aprovechar el resquicio abierto por las sentencias gemelas del Tribunal Constitucional³⁷, en nombre del interés concreto del menor, proponiendo soluciones a los casos examinados de naturaleza similar. En particular, los jueces plantean a las Secciones Unidas la cuestión del reconocimiento del acta de nacimiento extranjera que certifica la relación de filiación del nacido por medio de maternidad subrogada también respecto del progenitor intencional.

En su petición de una nueva intervención por parte de las Secciones Unidas, los jueces remitentes presentan a las mismas una solución considerada “adecuada para dar respuesta al llamamiento *interpretativo* implícito contenido en la sentencia n. 33/2021 del Tribunal Constitucional”. El auto interlocutorio insiste en la necesidad de reevaluar “los instrumentos normativos existentes (exequátur y transcripción)”, siempre que no se configure “un obstáculo insuperable para su utilización derivado de la naturaleza de orden público de la prohibición penal”, a raíz de una ponderación que debe realizarse de manera concreta, tomando en cuenta los valores subyacentes a la prohibición de la maternidad subrogada. En particular, según esta interpretación, la lesión a la dignidad de la mujer quedaría excluida (y por ende el acto extranjero podría ser reconocido o transcrito) cuando, conforme a la legislación extranjera, la gestación por sustitución “sea fruto de una elección libre y consciente, independiente de contraprestaciones económicas, y si dicha elección es revocable hasta el nacimiento del menor”.

La propuesta hermenéutica de la Primera Sección llega incluso a considerar superado el axioma según el cual la prohibición penal de la maternidad subrogada constituye en todo caso un obstáculo insuperable para la transcripción del acta que de ella deriva. En efecto, según lo expuesto en el auto, solo tras un juicio de conformidad concreta del acto extranjero con el orden público puede determinarse si dicho acto podría producir efectos también en Italia, siempre que respete ciertas prerrogativas, entre las cuales destaca la tutela de la dignidad de

36 Cass, I sez., 21 enero 2022, n. 1842, *Giur. it.*, 2022, p. 1825, con nota de SALANITRO, U.: “Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, p. 1055, con nota de FEDERICO, A.: “La maternità surrogata ritorna alle Sezioni Unite”, quien, compartiendo los razonamientos del auto, sostiene que: “La transcripción (exequátur) del acta (resolución jurisdiccional) extranjera, por tanto, podría ser el resultado de la aplicación de las directrices de ponderación sugeridas por la Primera Sección (la verificación, en particular, de la normativa y de la protección que el ordenamiento de origen garantiza a la madre subrogada, la existencia de un vínculo genético con al menos uno de los miembros de la pareja), así como de otras que las Secciones Unidas podrían establecer, y comportar, en consecuencia, la conservación del vínculo del menor también con el progenitor intencional”.

37 Se hace referencia a C. cost, 9 marzo 2021, n. 32 y 33, cit.

la mujer. Con base en los principios de proporcionalidad y razonabilidad, deben tenerse en cuenta, además de la dignidad de la mujer, el respeto a los principios en materia de adopción, así como el interés público en desalentar el recurso a una práctica que el ordenamiento jurídico italiano considera ilegítima³⁸.

En lo que respecta a la tutela de la dignidad de la mujer, es necesario verificar, caso por caso, la legislación en virtud de la cual se ha practicado la maternidad subrogada, las razones que motivaron la decisión de la mujer, y si se le garantizó una elección libre y consciente, así como la posibilidad de revocarla hasta el nacimiento del niño, sin estar condicionada por beneficios económicos.

De ello se desprende que una solución adecuada para hacer posible la ponderación de los intereses dentro del instituto de la gestación por sustitución, según la propuesta de la Primera Sección, residiría en el concepto de solidaridad y, en consecuencia, en la verificación de la presencia de dicho paradigma en la práctica realizada. Como garantía de la ausencia de coacción en la ejecución de tales acuerdos, los ordenamientos que permiten la gestación altruista³⁹ tienden a considerar que los acuerdos correspondientes no son vinculantes ni ejecutables⁴⁰, no solo por razones éticas o morales, sino también (al menos en el contexto anglosajón) por razones técnico-jurídicas vinculadas a la ausencia de *consideration*⁴¹;

38 Sobre los principios de razonabilidad y proporcionalidad, véase PERLINGIERI, G.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale", *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 740.

39 Entre los ordenamientos en los que dicho modelo se encuentra ampliamente difundido, destaca especialmente el ámbito anglosajón (Reino Unido, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Sudáfrica, Estados Unidos). En los Estados Unidos, es habitual distinguir, en función de las decisiones de política jurídica adoptadas, entre los denominados Estados *surrogacy friendly* (como California, Connecticut, Maine, Nevada, Rhode Island, entre otros muchos), y los Estados *surrogacy unfriendly* (como Luisiana, Nebraska, Michigan y, al menos hasta la entrada en vigor de la reciente reforma, el Estado de Nueva York). Los Estados *surrogacy friendly* favorecen la celebración de contratos de gestación subrogada de carácter comercial, los cuales se reconocen como jurídicamente vinculantes (*binding*) y ejecutables (*enforceable*). En los Estados *surrogacy unfriendly*, la gestación por sustitución no está prohibida *tout court*, pero sí se prohíbe la subrogación comercial, cuyos contratos se consideran nulos y no ejecutables (*void and unenforceable*). En dichos Estados, la gestación altruista no está prohibida per se, pero los acuerdos relativos a ella también carecen de fuerza ejecutiva. Entre otros ordenamientos en los que está extendido el modelo de gestación por sustitución pueden mencionarse algunos países europeos (Grecia, Portugal, Bélgica, Países Bajos) y sudamericanos (Brasil), y recientemente ha sido adoptado también por ordenamientos que originariamente permitían el recurso a la subrogación comercial (India, Tailandia, Nepal). El legislador indio, tras haber restringido el acceso exclusivamente a parejas casadas residentes en el país, ha declarado recientemente ilegal la maternidad subrogada con fines lucrativos. No obstante, sigue siendo posible para las parejas casadas de nacionalidad india recurrir a la gestación altruista para superar su condición de infertilidad (véase: TIMMS, O.: "Ending commercial surrogacy in India: significance of the surrogacy (Regulation) bill, 2016", *Indian Journal of Medical Ethics*, 2018, vol. III, n. 2, p. 99). En lo que respecta a los aspectos regulatorios en Tailandia y Nepal, véanse: STASI, A.: "Protection for children born through assisted reproductive technologies act, B.E. 2558: the changing profile of surrogacy in Thailand", *Clinical medicine insights-reproductive health*, 2017, n. 11, p. 1; ABRAMS, R.: "Nepal bans surrogacy, leaving couples with few low-cost options", *New York Times*, 2 maggio 2016.

40 Véase, por ejemplo, en el contexto australiano, el *Surrogacy Act 2010* (NSW), sección 6(1) de Nueva Gales del Sur; y el *Surrogacy Act 2012* (Tas), sección 10(1) de Tasmania (en Australia, al igual que en Nueva Zelanda, son los ordenamientos internos de cada estado los que regulan la práctica).

41 JACKSON, E.: *UK law and international commercial surrogacy: "the very antithesis of sensible"*, *Journal of medical law and ethics*, 2016, n. 4, p. 197. Para una propuesta de reforma destinada a hacer ejecutables los contratos de subrogación, véase: ALGHRANI A. y GRIFFITHS, D.: "The regulation of surrogacy in the United Kingdom: the case for reform", *Child and Family Law Quarterly*, vol. 29, n. 2, 2017, p. 181.

esto impediría aplicar a tales acuerdos la lógica contractual y, en consecuencia, excluiría que los progenitores intencionales pudieran exigir su ejecución. En este caso, no nacería a cargo de la madre subrogada ninguna “obligación contractual de entregar al menor” (*contractual obligation to give up the child*), y los progenitores intencionales no podrían, frente a la negativa de la mujer, presentar una demanda destinada a obtener el cumplimiento forzoso de los términos del acuerdo, ni tampoco una acción dirigida a recuperar lo pagado a favor de la gestante o, más propiamente, en ejecución del acuerdo mismo⁴².

Las Secciones Unidas, con la sentencia n. 38162 de 2022⁴³, responden a la orden de remisión, declarando inadmisble el reconocimiento de la medida extranjera que indique la paternidad intencional⁴⁴. La regla, según las Secciones Unidas, permanece inmutable respecto a la ya establecida por ellas en 2019⁴⁵: “puesto que la práctica de la maternidad subrogada ofende de manera intolerable la dignidad de la mujer y mina profundamente las relaciones humanas, no es automáticamente transcribible la medida judicial extranjera y, a fortiori, el acto de nacimiento original que indique como progenitor del niño al progenitor intencional que, junto con el padre biológico, quiso su nacimiento recurriendo a la subrogación en un país extranjero, aunque en conformidad con la *lex loci*”. A pesar de reconocer como principio de derecho que el niño tiene un “derecho fundamental” al reconocimiento jurídico de la relación de filiación con el progenitor intencional, se considera que “al estado de la evolución del ordenamiento” es la adopción el instrumento que permite realizar este “reconocimiento jurídico con la adquisición del estatus de hijo, al vínculo de hecho con el compañero del progenitor genético que ha compartido el diseño procreativo y ha participado en el cuidado del niño desde el momento de su nacimiento”. Como argumento para justificar la no aceptación de la medida extranjera en cuestión, se hace referencia a la disposición del estado social para acoger la formación de familias homoparentales. Ya el Tribunal Constitucional, en su sentencia del 23 de octubre de 2019, n. 221, mencionaba la necesidad de tener en cuenta “el grado de aceptación del fenómeno de la llamada “homoparentalidad” dentro de la comunidad social”. Aún antes, en Cass., SS.UU., del 8 de mayo de 2019, n. 12193, se declaraba que para evaluar la compatibilidad del reconocimiento de la eficacia de la medida judicial extranjera con el orden público, debe considerarse, además de los principios fundamentales de nuestra

42 Para un análisis más detallado, véase GRASSO, A.G.: *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 24.

43 Cass. SS.UU., 30 diciembre 2022, n. 38162, *Riv. dir. civ.*, 2023, p. 387; *Fam. dir.*, 2023, p. 408, con comentario de RECINTO, G.: “Le “istruzioni” per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità”; *Fam. dir.*, 2023, p. 408, con comentario de DOGLIOTTI, M.: “Maternità surrogata e “riforma” dell’adozione “piena”. Dove va la Cassazione? E che farà la Corte Costituzionale?”; *Fam. dir.*, 2023, p. 408, con comentario de SPADAFORA, A.: “Irriducibilità del totalitarismo minoricentrico?”.

44 Véase FERRANDO, G.: “Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero”, *Nuova giur. civ. comm.*, n. 2, 2023, p. 377.

45 Cass. SS.UU., 8 mayo 2019, n. 12193, cit.

Constitución y los de las fuentes internacionales y supranacionales, “la forma en que estos se han encarnado en la normativa ordinaria de los institutos individuales, así como la interpretación proporcionada por la jurisprudencia constitucional y ordinaria, cuya labor de síntesis y recomposición da forma a ese derecho vivo del cual no se puede prescindir en la reconstrucción de las nociones de orden público, como conjunto de los valores fundamentales del ordenamiento en un determinado momento histórico”.

Independientemente de las críticas que podrían surgir en relación con esta sentencia⁴⁶, lo que más interesa tiene que ver con la identificación de una solución al problema de la protección del menor dentro del instituto de la adopción en los casos especiales. Este instrumento, en el ordenamiento italiano, no satisface los requisitos indicados en el conocido dictamen de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 10 de abril de 2019⁴⁷, el cual pone de relieve los riesgos que acompañan a la normativa sobre adopciones: comenzando por aquellos relacionados con la necesidad del consentimiento del otro progenitor (el progenitor biológico) cuando entre ambos existe una relación conflictiva⁴⁸; así como respecto a un eventual “arrepentimiento” del progenitor intencional que

46 Se remite a VENUTI, M.C.: “Ordine pubblico, gestazione per altri e diritti dei minori: riflessioni a partire dalla sentenza SS.UU. 30 dicembre 2022, n. 38162”, *questionegiustizia.it*, pp. 4-5, la cual afirma que “No todas las normas ordinarias son, en efecto, la expresión unívoca e inalterable de principios imprescindibles del ordenamiento italiano. Muchas de ellas son fruto de una elección discrecional, legítimamente adoptada por el legislador en un determinado momento histórico, y que con el tiempo puede cambiar, respetando siempre los dictámenes fundamentales. En otras palabras, las fuentes de rango primario ciertamente deberían ser coherentes con los dictámenes constitucionales superiores, pero esto no significa por sí mismo que expresen principios imprescindibles del ordenamiento italiano. Tanto porque existen normas constitucionales que no materializan valores esenciales, como porque existen espacios de discrecionalidad en la elección de la normativa sectorial. En resumen, la evolución de la sensibilidad del legislador ordinario sobre determinados aspectos de los intereses y bienes de la vida que son relevantes en cada momento puede conducir con el tiempo a regulaciones de signo diferente, pero todas igualmente coherentes con el dictado constitucional. (...) En definitiva, para evaluar la compatibilidad del acto extranjero cuyo reconocimiento se solicita, es oportuno mantenerse dentro del perímetro formado por los principios fundamentales imprescindibles, complementado por las normas primarias con contenido constitucionalmente vinculante.” Para un análisis más profundo sobre el tema, véase, de la misma autora, VENUTI, M.C.: *Gestazione per altri e status del nato, Dove va il diritto di famiglia? Spunti di politica del diritto*, Università de Padova 8 de abril de 2022, *passim*; ID, *Gestazione per altri, genitorialità intenzionale, diritti del nato, Convegno internazionale sulle nuove frontiere del diritto di famiglia*, Università LUMSA de Palermo 3-4 de mayo de 2022, *passim*. Cfr. también PATTI, S.: “Le Sezioni Unite e la maternità surrogata: dialogando con Michele Sesta”, *Riv. dir. civ.*, n. 3, 2023, p. 613; SALANITRO, U.: “Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, p. 557, remitiéndose al pensamiento del juez remitente en la sentencia del Tribunal Constitucional n. 272 de 2017, afirma expresamente que permanecen exentas “de valoraciones negativas aquellas formas de maternidad subrogada “solidaria” o “relacional” ... que no vulneran la dignidad de la mujer ni pueden reducirse a la lógica de un intercambio mercantil”, sobre las cuales considera previsible que en el futuro se puedan registrar importantes aperturas.

47 Según la cual, la situación de incertidumbre en la que se encuentra el menor respecto del progenitor intencional, indicado en el certificado de nacimiento extranjero como progenitor legal, debería ser lo más breve posible; cfr. TEDH, Opinión Consultiva, 10 abril 2019, en <https://hudoc.echr.coe.int/>.

48 En los casos de conflicto surgido entre los miembros de la pareja que habían compartido la decisión de tener un hijo, el consentimiento puede ser fácilmente denegado. El artículo 46 de la Ley n. 184/1983 atribuye al juez la facultad de suplir la falta de consentimiento únicamente si la negativa proviene del progenitor que no ejerce la responsabilidad parental; pero si la negativa emana del progenitor titular de dicha responsabilidad, la solicitud de adopción devendría, por ello mismo, inadmisibile, salvo una interpretación conforme que, tal como establece la Corte Suprema en formación de Secciones Unidas en 2022, interprete el “desacuerdo” no en el sentido de una “voluntad meramente potestativa”, sino “en una dimensión funcional”.

decida no querer proceder con la adopción⁴⁹; o incluso ante la hipótesis de que dicho progenitor intencional fallezca antes de la conclusión del procedimiento⁵⁰.

Procediendo de este modo, se considera la adopción conforme al artículo 44 de la Ley n. 183/1984 como el único instrumento admisible para que el progenitor intencional obtenga el reconocimiento del vínculo de filiación, admitiendo que el derecho del hijo no es sino un reflejo de la petición discrecional de los progenitores. En efecto, el instituto de la adopción, por su propia naturaleza, tutela los derechos del niño únicamente en la medida en que los adultos desean adoptar: es el adoptante quien presenta la solicitud y es el otro progenitor quien presta su consentimiento. Tal lógica solo resultaría comprensible en el caso de que el adoptante adopte al hijo de otra persona, convirtiendo en “propio” a un menor que tiene otros progenitores; pero, en lo que respecta al hijo nacido por técnicas de reproducción médicamente asistida, dicha *ratio* carecería de fundamento, ya que el nacido no tiene otros progenitores que aquellos que desearon y posibilitaron su nacimiento⁵¹.

Si se acepta que el interés superior del menor forma parte del orden público internacional y que deben reconocerse sus derechos fundamentales, incluidos el derecho al estado civil, a la dignidad personal y el principio de no discriminación por razón de las circunstancias de su nacimiento, entonces el derecho a ser reconocido como hijo de ambos progenitores, tras una práctica de procreación asistida, debería considerarse tutelable como un derecho autónomo del menor; y no como el reflejo de un interés parental, como parece subyacer en el instituto de la adopción en casos especiales.

El concepto de orden público internacional, a la luz de lo expresado hasta ahora, debería tener en cuenta una cierta comunidad de valores y de opciones

49 Para la amplia corriente doctrinal que señala la insuficiencia de la normativa sobre adopción para satisfacer el interés superior del menor, al estar supeditada a la voluntad del progenitor intencional, se remite a SALANITRO, U.: “Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?”, cit., p. 1827.

50 Otro de los problemas que planteaba el instituto de la adopción en casos especiales se refería al impedimento para la constitución de vínculos de parentesco entre el adoptado y los parientes del adoptante, y ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional con la sentencia n. 79/2022, en respeto al principio del estado único de hijo. Cfr. SENIGAGLIA, R.: “Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022”, *Nuove leggi civ. comm.*, n. 5, 2022, p. 1333; CINQUE, M.: “Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità”, *Nuova giur. civ. comm.*, n. 5, 2022, p. 1013.

51 Cfr. FERRANDO, G.: “Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero”, cit., p. 377, según la cual en las técnicas de reproducción médicamente asistida no es la sangre lo que convierte a alguien en progenitor, sino la “elección”, afirmando que el consentimiento no es un simple deseo, sino una conducta socialmente relevante y exigente hacia el hijo, el progenitor, la estructura sanitaria y la gestante. Según la autora, el consentimiento es la condición necesaria para el nacimiento, fuente de responsabilidad en la procreación. Por lo tanto, es la elección la que en la PMA “da a luz” al niño, porque sin ella no se habría aceptado la solicitud de PMA y el niño no habría nacido; y es a esa elección a la que el niño debe su vida, y a la responsabilidad por esa elección el progenitor no puede ni debe eludir.

que pueden constatarse, en primer lugar, en el seno de la Unión Europea⁵². Sin embargo, las Secciones Unidas, al no acoger la línea argumentativa del auto de remisión, afirman categóricamente que “la jurisprudencia no es fuente del derecho”, aun sin haber sido llamadas a pronunciarse sobre la conveniencia de una eventual derogación de la norma que establece la prohibición de la maternidad subrogada; sino que fueron llamadas, más bien, a pronunciarse sobre el reconocimiento de sentencias extranjeras, emitidas en ordenamientos jurídicos que consideran lícita la maternidad subrogada, sin plantear cuestión alguna relativa a la creación de nuevas normas jurídicas.

A pesar del declarado respeto al derecho convencional, como se desprende de la jurisprudencia citada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵³, persiste el desfase entre la realidad normativa italiana y las condiciones exigidas por dicho Tribunal, con el riesgo de contradecir en la práctica la afirmación relativa a la función promotora y de apertura atribuible a los principios jurídicos que expresan los valores de protección de los derechos fundamentales consagrados a nivel internacional y supranacional, en consonancia con la aspiración a su difusión y a la “armonización entre ordenamientos”⁵⁴. Con el peligro adicional de retornar a una concepción defensiva del orden público, orientada a acoger únicamente aquellos elementos de extranjería que coincidan “al menos en sus líneas esenciales” con la normativa interna⁵⁵.

II. LA DISCIPLINA LEGISLATIVA EN ESPAÑA.

Antes de abordar la cuestión relativa a cómo se regula la gestación por sustitución en España, es necesario realizar una breve introducción sobre la normativa en materia de filiación en el ordenamiento jurídico ibérico. La filiación en el Estado español se fundamenta en el principio de la verdad biológica, en la libre determinación de la paternidad y de la maternidad sin restricciones probatorias, y en el concepto de *favor filii*, entendido como el derecho de la persona a conocer su origen.

52 Según PATTI, S.: “La procreazione per conto di altri: problemi e prospettive”, *Famiglia*, 2022, p. 795, en los últimos años se ha producido una evolución del concepto de orden público, y este proceso parece inevitable, sobre todo a la luz de la eliminación de muchas barreras y, en general, de la globalización. La violación del orden público internacional no puede vincularse al eventual conflicto con una o más normas imperativas, sino que se configura únicamente en el caso de conflicto con principios constitucionales o con principios y valores de igual rango, es decir, aquellos principios que no podrían ser ignorados por el legislador ordinario.

53 “L’article 8 de la Convention n’impose pas une obligation générale pour les États de reconnaître ab initio un lien de filiation entre l’enfant et la mère d’intention. Ce que requiert l’intérêt supérieur de l’enfant – qui s’apprécie avant tout in concreto plutôt qu’in abstracto – c’est que ce lien, légalement établi à l’étranger, puisse être reconnu au plus tard lorsqu’il s’est concrétisé”; cfr. TEDH, Gran Sala, Opinión Consultiva, 10 abril 2019, cit., punto 52.

54 Cass. civ. SS.UU., 8 mayo 2019, n. 12193, cit.

55 Cass. civ. SS.UU., 8 mayo 2019, n. 12193, cit.

Para el ordenamiento jurídico español, la filiación confiere al menor un nombre, dos apellidos y la nacionalidad correspondiente; además, en virtud del principio general del *ius sanguinis*, se deriva que el hijo nacido de padre o madre española adquiere la misma nacionalidad, al igual que los menores adoptados por una persona de nacionalidad española.

El Título Preliminar del Código Civil establece las normas de Derecho internacional privado y, conforme a lo dispuesto en el artículo 9, apartados primero y cuarto, las relaciones paterno-filiales se rigen por la ley personal del menor (es decir, la ley personal aplicable a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad).

La publicidad de la filiación se realiza mediante la inscripción en el Registro Civil, que en España depende de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Esta circunstancia es relevante, ya que en el pasado han sido precisamente las resoluciones y circulares emitidas por dicho órgano las que fijaron las directrices legales que permitían a los menores nacidos de padre o madre española acceder al Registro Civil y, en consecuencia, obtener la nacionalidad española. No obstante, la situación ha cambiado recientemente. Con la Instrucción de 28 de abril de 2025⁵⁶, la Dirección General ha modificado sustancialmente su postura, abrogando su precedente Instrucción de 2010⁵⁷ y estableciendo que no se podrá registrar la filiación de los menores nacidos mediante maternidad subrogada, incluso si la solicitud va acompañada de una sentencia extranjera del país de origen. Esta nueva postura, ahora sorprendentemente en línea con la jurisprudencia de la Corte Suprema, se debe a la sentencia de la Corte de Casación de 4 de diciembre de 2024⁵⁸, como se analizará más adelante.

Un punto importante, y claramente revelador de la contraposición entre el ordenamiento jurídico italiano y el español, es la *ratio legis* que subyace a las respectivas leyes sobre las técnicas de reproducción humana asistida, en particular la Ley n. 14/2006, de 26 de mayo, a diferencia de su homóloga italiana, la Ley n. 40/2004, no pretende exclusivamente dar respuesta a los problemas de infertilidad o esterilidad de la pareja solicitante, sino que introduce una modalidad de procreación alternativa a la natural.

56 Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución, en BOE n. 105, de 1 de mayo de 2025, pp. 58590-58592.

57 Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, en BOE n. 243, de 7 de octubre de 2010, pp. 84803-84805.

58 STS (Pleno, Sala 1ª) 4 de diciembre 2024, rec. n. 7904/2023 (ECLI:ES:TS:2024:5879): "Un contrato de gestación por sustitución como el que fue validado por la sentencia del tribunal de Texas cuyo reconocimiento se pretende en este recurso entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor. Por tanto, el reconocimiento de los efectos de dicha sentencia, que supone el reconocimiento de los efectos del contrato de gestación subrogada validado en tal sentencia, es contrario al orden público".

Esta diferencia se refleja, asimismo, en los requisitos de acceso a dichas técnicas: mientras la legislación italiana prevé que los destinatarios sean exclusivamente parejas de distinto sexo, mayores de edad, casadas o en convivencia estable, en edad potencialmente fértil y ambos con vida, conforme al art. 5.l, la normativa española permite el acceso a “toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa”, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.l.

Establecido lo anterior, en cuanto a la posición del ordenamiento jurídico español respecto a la regulación de los supuestos relativos al reconocimiento de la filiación en casos de menores nacidos mediante gestación por sustitución, el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, establece que “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”, prevé —en relación con los supuestos de infracción de dicha prohibición— que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

Tal como se desprende del tenor literal de la norma, la prohibición abarca tanto la celebración de un contrato oneroso⁵⁹ como de uno gratuito, mediante el cual una mujer —posiblemente unida al comitente por lazos de parentesco o de amistad— decida someterse a un embarazo de esta naturaleza, recibiendo una compensación económica⁶⁰ en lugar de una contraprestación directa.

Los argumentos contrarios a esta práctica, que sustentan la tesis de la nulidad del contrato en cuestión, consideran que el negocio jurídico de la gestación por sustitución vulnera el principio de indisponibilidad del cuerpo humano, al implicar una instrumentalización de las funciones reproductivas y gestacionales de la mujer, reduciendo la gestación a un objeto de transacción comercial, lo que resulta jurídicamente inadmisibles. Dicho contrato vulneraría también el principio de indisponibilidad del estado civil, al pretender modificar la *ratio legis* de las normas que determinan la constitución de la relación jurídica de filiación y la atribución de la condición jurídica de progenitor. Asimismo, se argumenta que podría resultar contravenido el principio constitucional consagrado en el artículo 10.l de la Constitución Española, relativo a la dignidad de la persona humana, especialmente en lo que respecta a la situación de vulnerabilidad de las mujeres

59 SAP Valencia 23 noviembre 2011 (EDJ 2011/280304): “consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden apostar o no sus gametos”.

60 Por ejemplo, si la madre gestante por el propio embarazo tuviese que dejar de trabajar y dejase de percibir su salario, pues se le daría una compensación por el dinero que ha dejado de generar en el periodo de embarazo.

gestantes, quienes podrían verse impulsadas a recurrir a esta práctica como medio para afrontar condiciones de pobreza o exclusión social. Este argumento, sin embargo, es objeto de crítica por parte de quienes defienden el carácter solidario o altruista de la gestación por sustitución⁶¹. En efecto, quienes defienden la validez del contrato de gestación por sustitución invocan el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad, en el que se enmarcaría un supuesto derecho a la reproducción. Resulta, en todo caso, evidente la estrecha vinculación entre la procreación y dicho principio, consagrado en el artículo 10.1 de la Constitución Española, el cual ampara la autonomía de la persona para decidir, de manera libre y responsable, entre las distintas opciones de vida aquella que mejor se adecúe a sus propias convicciones y preferencias.

Otro argumento formulado en respaldo de la regulación (de los efectos) del contrato de gestación por sustitución hace referencia a la conveniencia de poner freno al denominado *turismo reproductivo*, en el que se alude al considerable ahorro de costes que supondría para los ciudadanos españoles el no tener que desplazarse al extranjero para llevar a cabo una gestación por sustitución, así como a los ingresos que esta práctica podría generar para la economía nacional si se realizara en territorio español⁶².

Al analizar ahora con mayor detalle el marco normativo aplicable, el segundo apartado del artículo 10 de la Ley 14/2006 reconoce que, incluso en el supuesto de nacimiento a través de gestación por sustitución, la filiación se determinará, en todo caso, por el parto⁶³ (“la filiación de los niños nacidos mediante gestación

61 Cfr. en este sentido DE TOLEDO QUINTANA, A.: “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo del orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, vol. 6, n. 2, p. 39; ÁVILA HERNÁNDEZ, C. J.: “La maternidad subrogada en el Derecho comparado”, *Cuadernos de Derecho Actual*, 6, 2017, pp. 313-344; GARCÍA ABURUZA, M. P.: “A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2015, 8; INGAREDA GONZÁLEZ, N.: “La inmutabilidad del principio *mater semper certa est* y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 21, 2015, pp. 6-7; ROMÁN MAESTRE, B.: “Gestación por sustitución: cuestiones de legitimidad”, *Folia Humanística*, 2018, 8, pp. 24-41; ROMEO CASABONA, C.M.: “Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?”, *Ibidem*, pp. 1-23; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: “Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española”, *InDret*, 2018, n. 4; VELA SÁNCHEZ, A. J.: “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley*, n. 7621, 2013; Id.: “Crimen en el bar. Regulemos ya en España el convenio de gestación por sustitución”, *Id.*, n. 9056, 2017; VILA-CORO VÁZQUEZ, A.: “Hacia una regulación de la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida”, *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual* (coord. por P. BENAVENTE MOREDA, E. FARNÓS AMORÓS), Madrid, 2015, pp. 283; MÚRTULA LAFUENTE, V.: “El difícil equilibrio en el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución: una propuesta de regulación desde los derechos de la mujer gestante”, *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida* (dir. por Y. BUSTOS MORENO, V. MÚRTULA LAFUENTE), Dykinson, Madrid, 2021, pp. 370-372.

62 Cfr. VELA SÁNCHEZ, A. J.: “La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho”, *Diario La Ley*, 8055, 4 abril 2013. Contrariamente vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “A propósito de las técnicas de reproducción asistida”, en A.A.VV.: *La modernización del derecho de familia a través de la práctica jurisprudencial* (dir. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE y coord. por P. CHAPARROS MATAMOROS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 582, que considera que la respuesta legal ha de estar basada en un juicio de valores, y no en razonamientos de carácter económico.

63 Sobre este punto, véase: NÚÑEZ BOLAÑOS, M. NICASIO JARAMILLO, M. I. PIZARRO MORENO, E.: “El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”,

por sustitución será determinada por el parto")⁶⁴. Por su parte, el tercer apartado reconoce la posibilidad de que el padre biológico pueda ejercitar la acción de reclamación de la paternidad ("la eventual acción de reclamación de paternidad del padre biológico, conforme a las reglas generales, permanece inalterada"). En virtud de lo dispuesto en este precepto, el padre biológico podría ejercitar dicha acción de reconocimiento, y posteriormente, su pareja podría adoptar al menor, sin necesidad de someterse a la declaración de idoneidad prevista en el artículo 176 del Código Civil (o bien, sometándose a una evaluación extraordinariamente flexible).

Desde el punto de vista regulatorio, por tanto, el ordenamiento jurídico español presenta un grado de especificidad superior al italiano, ya que, aun adoptando una postura de firme oposición al fenómeno, contempla de manera clara tanto la gestación onerosa como la altruista, prohibiendo ambas en atención a la nulidad de cualquier contrato que las contemple como objeto. Asimismo, refuerza el concepto de filiación, el cual se vincula estrechamente con el momento del parto, puesto que se prevé expresamente la constitución del vínculo filiativo con la mujer que da a luz.

No obstante, al mismo tiempo se reconoce la posibilidad de que el padre biológico ejercite la acción de reconocimiento del hijo; dicho reconocimiento no es irrelevante, si se considera que, mediante la acción de reclamación de paternidad, puede determinarse la filiación respecto de un menor nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución (excepto en los supuestos de donante anónimo de gametos masculinos), permitiendo así resolver las dificultades relativas a la inscripción de estos menores cuando el padre biológico es ciudadano español.

Además, en lo que respecta al vínculo parental y a los procedimientos de filiación, cabe señalar que el ordenamiento español prevé expresamente la posibilidad de que el progenitor sin vínculo genético con el menor pueda adoptar al hijo de su cónyuge mediante un procedimiento específico, la adopción del hijo del cónyuge (*stepchild adoption*): así que mediante la adopción por parte de la madre intencional, se extingue la filiación materna derivada del parto⁶⁵.

Finalmente, debe observarse que, a diferencia de la normativa italiana, la legislación española no impone a quienes celebren un contrato de gestación por sustitución ninguna sanción de carácter pecuniario ni pena privativa de libertad: la única consecuencia jurídica prevista por el ordenamiento es la nulidad del contrato.

Derecho Privado y Constitución, n. 29, 2015, p. 259.

64 Previsiones prácticamente análogas ya se contenían en el artículo 10 de la Ley n. 35/1988, posteriormente reformada y sustituida por la Ley de 2006: cfr. sobre el tema BUSTOS PUECHE, J. E.: "El derecho español ante las nuevas técnicas genéticas", *Diario La Ley*, ed. La Ley, 1992; MONTÉS PENADES, V.: "La reproducción humana asistida en la experiencia jurídica española", *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 7, Tirant lo Blanch, 2003, p. 5.

65 Tribunal de Valencia, Juzgado de Primera Instancia, 15 septiembre 2010; Audiencia Provincial de Valencia, 23 noviembre 2011; STS (Pleno) 6 febrero 2014 (Tol 4100882) todas en <https://vlex.es/>.

I. El pronunciamiento del Tribunal Supremo español.

Tal como se ha señalado previamente, debido a la prohibición establecida a nivel interno por un Estado, en la práctica sucede que parejas estériles o parejas homosexuales formadas por dos hombres se desplacen a países donde la gestación por sustitución está permitida, con el objetivo de establecer una relación de parentalidad con el hijo nacido de la madre gestante. Una vez inscrita el acta de nacimiento en el Estado extranjero, solicitan su reconocimiento en el país de origen, donde, no obstante, dicha práctica se encuentra prohibida.

La jurisprudencia se ha mostrado en varias ocasiones contraria a la inscripción en España de la filiación obtenida mediante el procedimiento descrito. Se cita, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) de 6 de febrero de 2015⁶⁶, que confirmó la cancelación de la inscripción de la filiación realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles, basándose en una certificación registral californiana, a favor de dos varones que habían recurrido a la gestación por sustitución. El Tribunal consideró que dicha inscripción contravenía el orden público español, dado que “en nuestro ordenamiento jurídico, y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en principios y valores similares, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo que determinados intermediarios realicen negocio con ellos, posibilitando la explotación de la situación de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una suerte de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”.

Más recientemente, el Pleno del Tribunal Supremo ha reiterado su doctrina. En particular, la Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) de 31 de marzo de 2022⁶⁷ ha confirmado la doctrina según la cual la gestación por sustitución de carácter comercial (que era la contemplada en el caso enjuiciado) es contraria al orden público, “vulnerando gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos de los que España es parte”⁶⁸. Afirma que “tanto la madre gestante como el

66 STS (Pleno) 6 febrero 2014, cit.

67 STS (Pleno) 31 marzo 2022 (Tol 8898029).

68 Los jueces invocan, en particular, el art. 2 a) del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el que se define la venta de niños (proscrita por el art. 35 de la Convención) como “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”, así como el Informe de la Relatora Especial ante la Asamblea General de la ONU, de 15 de enero 2018, según el cual “la gestación por sustitución comercial entra de lleno” en dicha definición cuando concurren tres elementos: a) la “remuneración o cualquier otra retribución”; b) “el traslado del niño (de la mujer que lo ha gestado y parido a los comitentes)”; c) “el intercambio de a) por b) (pago por la entrega del niño)”; precisando que “La entrega a que se obliga

niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad inherente a su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a dicha dignidad"; y añade: "en definitiva, el futuro niño, al que se priva del derecho a conocer sus orígenes, se cosifica, pues se le concibe como el objeto del contrato, que la gestante se obliga a entregar a la comitente"⁶⁹. Asimismo, observa que "para que el contrato llegue a buen término, se imponen a la gestante unas limitaciones de su autonomía personal y de su integridad física y moral incompatibles con la dignidad de todo ser humano".

De reciente publicación es la ya citada sentencia del Tribunal Supremo, STS 5879/2024⁷⁰, mediante la cual se deniega el exequátur de una sentencia dictada por el tribunal de Texas, que valida un contrato de gestación subrogada y atribuye la paternidad de los nacidos a los varones comitentes, por considerarse contrario al orden público el reconocimiento de dicha sentencia extranjera. En particular, el Tribunal aplica el artículo 46.I.a) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, y afirma que: "un contrato de gestación por sustitución, como el validado por la sentencia del tribunal de Texas cuyo reconocimiento se solicita en este recurso, conlleva una explotación de la mujer y causa un perjuicio a los intereses superiores del menor. En consecuencia, el reconocimiento de los efectos de dicha sentencia, lo que implicaría la validación de los efectos del contrato de gestación subrogada contemplado en dicha sentencia, es contrario al orden público".

La importancia de esta última sentencia radica, en particular, en que, como consecuencia de la misma, la Dirección General publicó el 1 de mayo de 2025⁷¹ una instrucción que abroga la anterior de 2010 y establece la imposibilidad de inscribir la filiación de los menores nacidos mediante maternidad subrogada, incluso cuando la solicitud va acompañada de una sentencia extranjera proveniente del país de origen. Este cambio representa una modificación radical que ha reorientado la práctica administrativa, alineándola ahora con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

2. La posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Según la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN), que —como ya se ha mencionado— hasta hace pocos días mantenía

la madre gestante no tiene que ser necesariamente actual (de un niño ya nacido), puede ser futura, como ocurre en el contrato de gestación por sustitución".

69 Se cita a DE VERDA Y BEAMONTE J. R.: "A propósito de las técnicas de reproducción asistida", cit., p. 631, que añade que el perjuicio de no poder conocer los orígenes biológicos para el niño lo sufre en toda reproducción asistida realizadas conforme a la legislación española que no tenga carácter homólogo.

70 STS (Pleno, Sala Iª) 4 de diciembre 2024, rec. n. 7904/2023 (ECLI:ES:TS:2024:5879), cit.

71 Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución, en BOE n. 105, de 1 de mayo de 2025, pp. 58590-58592.

una postura divergente de la del Tribunal Supremo, la inscripción del acta de nacimiento derivada de la gestación por sustitución era considerada admisible cuando iba acompañada de una resolución judicial extranjera que determinara la filiación del nacido.

Ya en 2009, la DGRN autorizó, mediante Resolución de 18 de febrero de 2009⁷², la inscripción de la filiación por gestación por sustitución, reconociendo a los padres intencionales (en el caso concreto, una pareja de varones) la condición de progenitores del niño nacido de madre gestante. En particular, una pareja masculina (casada tras la reforma del Código Civil español de 2005 que permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo) viajó a California para encargar la gestación de su hijo a una mujer californiana, utilizando el material genético de uno de los dos miembros de la pareja. Una vez nacido el niño, y con el fin de inscribir su nacimiento y filiación, la pareja presentó ante el Registro Consular de Los Ángeles un certificado de nacimiento y filiación expedido por las autoridades californianas a favor de los padres solicitantes, en el que no figuraba la identidad de la madre biológica. El Registro Civil denegó la inscripción del nacimiento. Sin embargo, la DGRN, en contradicción con la decisión adoptada, dispuso que: "El interés superior del menor hace aconsejable proceder a la inscripción en el Registro Civil español de la filiación que consta en el registro extranjero. En efecto, la denegación de dicha inscripción podría tener como consecuencia que hijos de nacionalidad española carezcan de una filiación inscrita en el Registro Civil, lo cual vulneraría el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, firmada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 y en vigor en España desde el 5 de enero de 1991".

Mediante esta disposición, la DGRN otorgó relevancia y prioridad a la protección del menor, en virtud del principio del *favor filii*, considerando que la negativa al reconocimiento causaría un perjuicio al menor. Además, la negativa a la inscripción en el Registro Civil español vulneraría dicho principio, pues el interés superior del menor exige que permanezca bajo la tutela de quienes consintieron en ser sus progenitores.

Según lo establecido en dicha resolución registral, la nacionalidad española puede ser atribuida cuando uno de los progenitores solicitantes es, además, padre biológico, ya que la contribución genética determina que el menor es hijo de un ciudadano español⁷³.

72 Resolución de 18 de febrero de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por I.G.M., S. L., contra la negativa del registrador de la propiedad de Gernika-Lumo a la anotación preventiva de una querrela, en BOE n. 72, de 25 de marzo de 2009, pp. 29015-29017.

73 Sobre este punto, cabe señalar la sentencia de 14 de diciembre de 2021 (asunto C-490/20 PPU, *Pancharevo*, ECLI:EU:C:2021:1008), mediante la cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido que el Derecho de la Unión impone a los Estados miembros el reconocimiento del certificado de nacimiento expedido por las autoridades de otro Estado miembro a favor de una menor nacida en dicho Estado,

Esta resolución y las posteriores dictadas por la DGRN se enmarcan en la línea interpretativa mantenida por la Instrucción de 5 de octubre de 2010⁷⁴, que consolidó una determinada posición sobre esta materia.

Posteriormente, la DGRN emitió una nueva Instrucción, con fecha de 14 de febrero de 2019, relativa a la actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, con la finalidad de solucionar el problema derivado de los supuestos en los que, en el país extranjero donde se realiza la gestación, no se determina la filiación mediante resolución judicial respecto de los comitentes. Se admitía, así (siempre que constase en la certificación registral extranjera o en la declaración y certificación médica del nacimiento la identidad de la gestante), la determinación de la filiación paterna mediante el reconocimiento legal por parte del padre comitente español, acompañado de prueba biológica de su paternidad (ADN), y que, posteriormente, la madre comitente pudiera adoptar al menor (siempre que existiese una renuncia expresa por parte de la gestante, posterior al nacimiento). No obstante, dicha Instrucción ni siquiera fue publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE), y quedó sin efecto apenas cuatro días después, por la posterior Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019⁷⁵.

La solución propuesta por la Instrucción, o sea de la atribución de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución basada en la previa resolución judicial objeto de exequátur⁷⁶, fue objeto de críticas generalizadas por parte de

mediante fecundación heteróloga, de una pareja femenina del mismo sexo, con el fin de permitir a la menor ejercer, con cada una de sus dos madres, el derecho a la libre circulación y residencia en el territorio europeo vinculado a su condición de ciudadana de la Unión. A tal efecto, las autoridades del Estado miembro del que la menor es nacional están obligadas a expedir, conforme a lo exigido por la Directiva 2004/38, un documento nacional de identidad o un pasaporte en favor de la menor, en el que figuren inscritas ambas mujeres como madres, sin que sea necesario, para ello, que las autoridades del Estado miembro correspondiente expidan previamente un nuevo certificado de nacimiento.

- 74 Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, en BOE n. 243, de 7 de octubre de 2010, pp. 84803-84805: "El requisito de que la atribución de filiación deba basarse en una previa resolución judicial tiene su fundamento en la previsión contenida en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana que, a través de la remisión a las reglas generales sobre determinación de la filiación, exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de gestación por sustitución. Con la presente Instrucción se protege el interés del menor, facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por Tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España".
- 75 Sobre la cuestión cfr. ANDREU MARTÍNEZ, M. B.: "Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de los hijos nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: la Instrucción de la DGRN de 18 febrero de 2019", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 10 bis, 2019, pp. 64-85; MUÑOZ RODRIGO, G.: "La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 febrero de 2019", *Ibidem*, pp. 722-735; VELA SÁNCHEZ, A. J.: "Análisis estupefacto de la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", *Diario La Ley*, n. 9453, 10 julio 2019.
- 76 Así lo exige, como regla general, la directriz primera de la Instrucción, según la cual "para proceder a la inscripción del nacimiento deberá presentarse ante el Registro civil español la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur" (párrafo segundo). Sin embargo, la misma directriz, en su párrafo tercero, establece que no será necesario acudir al procedimiento de exequátur cuando la resolución judicial extranjera "tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria", disponiendo que, en tal caso, "el encargado del Registro Civil

los civilistas; y no solo de los que estaban en contra de la admisión de la validez del contrato de maternidad subrogada⁷⁷, sino también de los que estaban en favor de admitir su validez legal, negando que el recurso al principio del interés superior del menor pudiera llevar a soluciones contrarias al orden público español y propiciar un claro fraude de la ley⁷⁸. Las argumentaciones principales sostenían que la Instrucción creaba una regla general que otorgaba cobertura administrativa a un turismo reproductivo, el cual intentaba eludir la aplicación de un precepto legal (el art. 10.1 de la Ley Orgánica 14/2006), que establecía la nulidad del contrato de gestación por sustitución y se consideraba de orden público, dado que respondía al principio de que no podían ser objeto de tráfico jurídico las facultades reproductivas y de gestación de la mujer⁷⁹.

Finalmente, tales consideraciones han adquirido relevancia gracias a la sentencia del Tribunal Supremo del 4 de diciembre de 2024, que rechazó la resolución de la Instrucción de 2010, lo cual provocó que la Dirección General reformulara su postura y publicara la Instrucción de 2025, prohibiendo la inscripción de la filiación de menores nacidos por maternidad subrogada, aun cuando la solicitud esté acompañada de una sentencia extranjera del país de origen.

En la Instrucción de 28 de abril de 2025, sobre la actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución, la DGRN, atendiendo a la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo y para asegurar la adecuación del tratamiento registral en casos de gestación por sustitución al ordenamiento español y a las normas internacionales en materia de derechos de los menores y de las mujeres gestantes, acuerda establecer importantes directrices: con la primera deja sin efecto las Instrucciones de 5 de octubre de 2010 y de 18 de febrero de 2019, sobre los régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución; secundariamente, niega por las personas encargadas de los Registros Civiles, incluidos los Registros Civiles Consulares, como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación de los nacidos mediante gestación subrogada una certificación registral extranjera, o la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor, ni sentencia firme de las autoridades judiciales del país correspondiente. En tercer lugar, afirma que las solicitudes pendientes de inscripción de la filiación de menores nacidos mediante gestación subrogada a la fecha de la publicación de la presente Instrucción en el “Boletín Oficial del Estado” no se practicarán;

controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España”.

77 CORRAL GARCÍA, E.: “El derecho a la reproducción humana ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 38, 2013, pp. 48-49.

78 VELA SÁNCHEZ, A. J.: “El interés superior del menor como fundamento de la incorporación de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, n. 8162, 3 octubre 2013.

79 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “A propósito de las técnicas de reproducción asistida”, cit. p. 629.

con la cuarta y última directiva expone que los solicitantes podrán obtener de las autoridades locales, si procede, el pasaporte y permisos correspondientes para que los menores puedan viajar a España y que la determinación de la filiación se efectuará a través de los medios ordinarios previstos en el ordenamiento español: filiación biológica, en su caso, respecto de alguno de los progenitores de intención y filiación adoptiva posterior cuando se pruebe la existencia de un núcleo familiar con suficientes garantías.

La alineación de la práctica administrativa con la jurisprudencia del Tribunal Supremo parece contribuir a reducir el margen de incertidumbre y disparidad previamente generado por la interacción entre ordenamientos jurídicos divergentes, posicionando así al sistema español en una senda más definida y coherente con la protección de los derechos fundamentales de los menores y, en particular, con la afirmada incompatibilidad de la gestación por sustitución con el orden público español. Esta evolución normativa, no obstante, plantea ciertos interrogantes en el ámbito del Derecho internacional privado. Cabe preguntarse, en efecto, si no podría derivarse de esta nueva orientación un aumento de las dificultades para aquellas personas que, habiendo recurrido a técnicas de reproducción asistida mediante gestación subrogada en el extranjero, antes de que se produjera este cambio de rumbo en la praxis, pretendan ahora obtener en España el reconocimiento jurídico de los vínculos parentales establecidos en virtud de resoluciones extranjeras. Asimismo, no parece infundado cuestionarse si dicha transformación del criterio administrativo podría generar situaciones de desigualdad jurídica respecto de aquellas familias que, con anterioridad a la publicación de la Instrucción de 1 de mayo de 2025, lograron el reconocimiento de la filiación a través de procedimientos judiciales ya resueltos —o aún pendientes— conforme a la doctrina anteriormente vigente.

III. LA PROTECCIÓN DEL NACIDO POR MATERNIDAD SUBROGADA.

El orden de problemas relativo a la suerte jurídica del nacido por maternidad subrogada⁸⁰ resulta sin duda relevante⁸¹ y opera en un plano distinto con respecto

80 En cuanto a lo solicitado reconocimiento de la relación de filiación (para un nacimiento ocurrido en otro país y allí considerado tal por vía judicial) respecto a la relación homogenitorial (en el presente caso por parte de una pareja de hombres), se ha excluido la automática transcripción del acto judicial extranjero que indique como progenitor del niño al progenitor de intención, quien, junto con el padre biológico, deseó su nacimiento recurriendo a la maternidad subrogada en el extranjero, práctica considerada intolerable y que ofende la dignidad de la mujer, por parte de la Corte de Casación, sección unificada, 30 de diciembre de 2022, n. 38162, cit.

81 De manera similar, es configurable en todos aquellos casos en los que el proyecto de paternidad involucra a parejas del mismo sexo femenino (unidas civilmente) que, excluidas de la posibilidad de recurrir en nuestro país a las técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo, las emplean en el extranjero, generando luego contenciosos similares respecto al reconocimiento solicitado (ya obtenido o no) del hijo también por parte del progenitor intencional que prestó su consentimiento para la práctica fecundativa. En cuanto a la posible diversidad de las situaciones que se pueden encuadrar en tal figura, debido a las distintas combinaciones realizables, AULETTA, T.: *Diritto di famiglia*, ed. 7, 2024, Giappichelli, Torino, p. 342 y,

a las consideraciones sobre la licitud de la práctica de la maternidad subrogada, que no solo la ley, sino también el derecho vigente, observan con permanente desaprobación por diversas razones⁸².

La inadmisibilidad de tal acuerdo (sea gratuito u oneroso) se fundamenta, de hecho, en que tiene por objeto situaciones caracterizadas por la original y absoluta indisponibilidad. El tema, sin embargo, no es destacar los límites (y las fronteras) de la autonomía privada frente a las normas de derecho, reiterando que al libre desenvolvimiento de esta, a través de la vía contractual, no puede confiarse ni la determinación del estatus del nacido ni las correspondientes relaciones de filiación, que en cambio están asignadas a disciplinas normativas no derogables⁸³; se trata, más bien, de la (necesaria) identificación (por parte del legislador) de los instrumentos adecuados y oportunos para la protección del interés del nacido.

I. Indicaciones de Estrasburgo: la importancia de una protección rápida y efectiva para el menor de edad.

No debe pasarse por alto cómo la heterogeneidad de las determinaciones adoptadas por los Estados miembros ha llevado a algunas instituciones supranacionales a intentar dar cuerpo a una solución global y, de esta manera, desincentivar el denominado “turismo procreativo”, que, de hecho, como se ha observado agudamente, debería definirse más correctamente como “exilio

en particular, p. 349 ss., señalando su ajenidad al ámbito de la maternidad subrogada cuando la pareja de dos mujeres, que recurren a semen de donante, está caracterizada por la presencia de la gestante y de aquella de la cual proviene el óvulo, o bien por madre biológica y madre (solamente) social, dado que en tales casos no se produce una gestación en interés de otros y no hay renuncia de la parturienta a su rol, “por lo que el elemento anómalo lo constituye la identidad de sexo de los dos progenitores”.

82 La diversidad de planos está claramente presente en el lúcido razonamiento de C. cost., 9 de marzo de 2021, n. 33, en (*ex multis*) *Familia*, 2021, p. 391, con notas de MORACE PINELLI, A.: “La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. L'intervento della Corte costituzionale in attesa del legislatore”; y de CHIRICALLIO, N.: “Maternità surrogata e adozione in casi particolari: il doppio “non liquet” della Consulta”, que, al ser investida de la (posteriormente rechazada) cuestión de la legitimidad constitucional (en primer lugar) del artículo 12, párrafo 6, Ley n. 40/2004, distingue entre la razón del prohibido (especialmente en lo que respecta a los acuerdos comerciales de maternidad subrogada) y (la protección de) los intereses del nacido de esta práctica en sus relaciones con la pareja (homosexual, como en el caso en cuestión, o heterosexual) que compartió la concepción y el nacimiento en el territorio de un Estado (específicamente Canadá) donde la maternidad subrogada no es contraria a la ley, solicitando luego, una vez regresados a Italia con el niño, la rectificación del acta de nacimiento para que se indicara (según el acto dictado por la Corte Suprema canadiense) la posición parental de ambos (hombres casados en Canadá, con el acto luego transcrito en Italia en el registro de uniones civiles).

83 En este sentido, se ha argumentado correctamente de manera excluyente por parte de la Corte de Casación Civil, en su sentencia de 11 de noviembre de 2014, n. 24001, *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 1235, con nota de BENANTI, C.: “La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore”, *Corr. giur.*, 2015, 471, con nota de RENDA, A.: “La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore”, basándose en la relevancia que adquieren, por un lado, la dignidad humana de la gestante (objeto de tutela constitucional) y, por otro lado, el instituto de la adopción, “con el cual la maternidad subrogada se encuentra objetivamente en conflicto porque solo a dicho instituto el ordenamiento le encomienda la realización de proyectos de paternidad sin vínculos biológicos con el nacido”. El caso involucraba a una pareja de cónyuges italianos que, al no poder tener hijos debido a una histerectomía sufrida por la esposa y a un diagnóstico de oligospermia del marido, decidieron celebrar un contrato de maternidad subrogada en Ucrania, de cuya ejecución nació un niño, declarado en el registro civil italiano como hijo biológico de la pareja.

reproductivo”⁸⁴. En todo caso, no cabe duda de que el resultado de tales migraciones es una fuente de caos procreativo que exige una intervención aclaratoria que ya no puede ser pospuesta⁸⁵ y la creación de normas comunes.

En esta perspectiva se inscribe lo afirmado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva de 2019⁸⁶. Esta opinión se refería al reconocimiento dentro del derecho interno de la relación de filiación con un niño nacido mediante la técnica de maternidad subrogada en un Estado extranjero. En particular, la solicitud de opinión fue formulada por la Corte de Casación francesa⁸⁷ a raíz de los célebres casos *Mennesson* y *Labassee c. Francia*⁸⁸.

La controversia ya había sido tratada una primera vez por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Mennesson c. Francia*, 26 de junio de 2014), que encontró en el rechazo de las autoridades judiciales francesas de reconocer la relación con el padre genético una violación del derecho a la vida privada de los hijos. A raíz de la sentencia europea, los esposos *Mennesson* solicitaron la revisión de la sentencia que había anulado la transcripción del acta de nacimiento californiana, recurriendo a un procedimiento que permitía en el ordenamiento francés la revisión de una decisión emitida en violación de la CEDH, aunque hubiera quedado firme (ley de 16 de noviembre de 2016, n. 1547). La Asamblea Plenaria, con la sentencia del 5 de octubre de 2018, n. 638, valiéndose del Protocolo Adicional n. 16 al Convenio, había planteado a los jueces de Estrasburgo una doble cuestión: por un lado, si el Estado excedía su margen de apreciación al negarse a registrar el acta de nacimiento extranjera en la parte en que asignaba la maternidad a la madre intencional; por otro lado, si la adopción del hijo biológico del esposo

84 PIGA, A.: “Leggi e norme sulla PMA: il panorama legislativo europeo”, en AA.VV.: *La procreazione medicalmente assistita e le sue sfide. Generi, tecnologie ed uguaglianze* (coord. por L. LOMBARDI, S. DE ZORDO), Franco Angeli, Milano, 2013, p. 112, según el cual el término “turismo” se refiere a un viaje de placer y resulta ofensivo para las parejas que migran para obtener asistencia reproductiva en el extranjero, mientras que el término “exilio”, más adecuado, denota el abandono de su propio país por razones de desacuerdo.

85 A este respecto, por ejemplo, véanse los datos del Observatorio sobre el turismo procreativo en Italia en www.osservatorioturismoprocreativo.it. SHENFIELD, F.: “Cross border reproductive care in six European countries”, *Human Reproduction*, 2010, pp. 1361-1368, según el cual Italia sería el país europeo que más contribuye a aumentar las filas del turismo procreativo.

86 C. Edu, *Advisory Opinion*, 10 aprile 2019, *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 757, con comentario de GRASSO, A.G.: “Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale”; *Foro it.*, 2019, IV, p. 277, con nota de CASABURI, G.: “In tema di maternità surrogata e parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo”.

87 Request no. P16-2018-001, en <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=003-6380464-8364383>.

88 Sentencias gemelas TEDH, 26 de junio de 2014, demandas n. 65941/2011 y n. 65192/2011, que han “abierto”, aunque con algunas reservas, el reconocimiento del estatus de hijo de un menor nacido mediante maternidad subrogada: específicamente, no se admite la relación de filiación con la madre intencional, mientras que se reconoce la relación paterna debido al vínculo genético existente con el niño, a la luz del derecho de este último al respeto de su identidad personal. Véase CAMPIGLIO, C.: “Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 1122; VESTO, A.: “La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto”, *Fam. dir.*, 2015, n. 3, p. 306; GIUNGI, MM.: “Mennesson c. Francia e Labassee c. Francia: le molteplici sfumature della surrogazione di maternità”, *Quad. cost.*, 2014, p. 953; DANISI, C.: “Superiore interesse del fanciullo, vita familiare o diritto all'identità personale per il figlio nato da una gestazione epr altri all'estero? L'arte del compromesso a Strasburgo”, www.articolo29.it, 15 julio 2014.

podría representar un medio alternativo adecuado para la transcripción. Así, los jueces de Estrasburgo han considerado que la negativa a la transcripción en los registros civiles de los certificados de nacimiento de menores nacidos en otro Estado mediante maternidad subrogada⁸⁹ violaba el derecho de estos al respeto de su vida privada, que se expresa también en el derecho a la identidad personal, incluso a nivel social⁹⁰.

El Tribunal Europeo ha considerado que el rechazo a la transcripción mina la identidad de los menores y su interés superior en el reconocimiento de su estatus personal, así como el derecho a un estatus cívico preciso; aunque reconoce al Estado en cuestión (Francia) la libertad de prohibir los acuerdos de maternidad subrogada en su territorio, dejando a su discreción las decisiones relativas a la licitud de la técnica, en consideración de las complejas cuestiones éticas que esta plantea⁹¹. En consecuencia, según el Tribunal Europeo es necesario proceder a una evaluación caso por caso del equilibrio adecuado entre el interés del Estado y el de las personas involucradas, con particular referencia al interés prevalente de los menores en preservar el estatus legítimamente adquirido en el extranjero⁹².

Dentro de la Opinión Consultiva del 10 de abril de 2019, la Gran Cámara del TEDH reafirma claramente que el derecho del menor al respeto de su vida privada exige el reconocimiento por parte de los ordenamientos nacionales de la relación con la madre de intención, incluso en ausencia de vínculo genético. Sin embargo, el cumplimiento de este derecho no impone necesariamente la transcripción del acta de nacimiento, dado que la constitución de la relación filial sería conforme con la Convención incluso si se recurre a otros instrumentos, como la adopción, siempre que se garantice la rapidez y efectividad en la implementación del derecho del menor. Se deriva de esto el llamado a los ordenamientos nacionales a reconocer la relación con el progenitor de intención, incluso en ausencia de vínculo genético, aunque se excluye que el cumplimiento de este derecho implique la transcripción del acta de nacimiento⁹³. Es relevante la puntualización sobre la

89 Otro caso es el de TEDH, 21 julio 2016, *Fulon y Bouvet c. Francia*, demanda n. 9063/14, en el que la maternidad subrogada se llevó a cabo en India.

90 Cfr. MARINO, S.: "Il carattere evolutivo della nozione di vita familiare ai sensi dell'art. 8 Cedu: alcune osservazioni a margine della sentenza Pajić della Corte europea dei diritti umani", *Genius*, 2016, I, p. 125.

91 Discrecionalidad que, según la Corte, debe ser reducida cuando se trata de relaciones que implican la identidad de los individuos.

92 PICARO, R.: "Famiglie e genitorialità tra libertà e responsabilità, in *Diritto delle successioni e della famiglia*", *Quaderni*, n. 15, 2017, pp. 32-33.

93 Principios que poco tiempo después fueron confirmados también en sede contenciosa en una sentencia que concernía siempre a un caso de subrogación heteróloga: TEDH, 19 noviembre 2019, *C y E c. Francia*, recursos n. 1462/18 e n. 17348/18, *rivistafamiglia.it*, 4 febbraio 2020, con nota de BENANTI, C.: "La CEDU non obbliga gli Stati a riconoscere ab origine il legame di filiazione tra il bambino nato da maternità surrogata e la madre d'intenzione"; y reiterados, finalmente, también en relación con una controversia concerniente a una situación de maternidad subrogada homóloga: TEDH, 16 julio 2020, *D. c. Francia*, recurso n. 11288/18, www.echr.coe.int, donde los términos "heteróloga" y "homóloga" se refieren a la técnica procreativa utilizada para crear el embrión que será implantado en el útero de la madre subrogada.

tolerabilidad de la injerencia en el derecho del menor al respeto de su vida privada y familiar; resultante de la negativa a transcribir el acta de nacimiento extranjero, la cual no puede llegar al punto de impedir el reconocimiento de la parentalidad por subrogación, especificando que la relevancia del orden público no puede perjudicar el derecho a la identidad personal del niño. Y esto también se extiende al progenitor únicamente de intención.

Estos principios han sido adoptados por los órganos judiciales franceses, que habían solicitado específicamente el dictamen en cuestión, encontrando respaldo en la decisión de la *Assemblée plénière* del 4 de octubre de 2019⁹⁴, que en el caso específico identificó la transcripción del acta de nacimiento extranjero como el único instrumento compatible con la necesidad de reconocer rápidamente la relación con el progenitor de intención y de asegurar las efectivas necesidades de protección de los menores. Los jueces supremos franceses han negado la posibilidad de recurrir al instituto de la adopción, que habría requerido tiempos incompatibles con el interés del menor; estableciendo un precedente de gran interés también para el ordenamiento italiano: rechazando la tesis de que una solución diferente pudiera prevalecer en virtud de la necesidad de orden público de evitar la elusión de las normas que disponen la nulidad de cualquier acuerdo sobre una gestación por otros (16.7 y 16.9 del *code civil français*).

A pesar de la recepción puntual a nivel jurisprudencial en Francia, la actividad legislativa interna en la mayoría de los Estados europeos y en los Estados adheridos a la Convención Europea de Derechos Humanos aún parece estar demasiado lejos de captar los procesos existenciales del ser humano favorecidos por las aplicaciones científicas en constante evolución⁹⁵. Por ello, el sistema multidimensional de fuentes se muestra indispensable en la implementación de los principios de derecho gracias a las incisivas solicitudes provenientes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹⁶, así como de la legislación comunitaria en cuanto a la transcripción de los actos de estado civil, a lo que se asocia la delicada cuestión de la circulación transnacional de estatus válidamente adquiridos en los países de la UE⁹⁷ (tema que se tratará en el último párrafo).

94 Cour de cassation, *Assemblée plénière*, 4 octobre 2019, 10-19.053, <https://www.legifrance.gouv.fr/jurilid/JURITEXT000039213459/>

95 STANZIONE, M.G.: "Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale", *comparazionedirittocivile.it*, 2016, p.1, según la cual "es una opinión, cada vez más difundida y frecuentemente expresada, que nuestro legislador no sigue el ritmo de las necesidades que surgen de la cambiada realidad social y que exigen de manera contundente protección". Sobre el tema ver también WINTERMUTE, R.: "Marriage, adoption and donor insemination for same-sex couples: does European case law impose any obligations on Italy?", *Genlus*, 2014, n. 2, p. 35.

96 Cfr. LECIS COCCO ORTU, A.M.: "L'omogenitorialità davanti alla Corte di Strasburgo: il lento ma progressivo riconoscimento delle famiglie con due padri o due madri", *Genlus*, 2014, n. 2, p. 96, en las que se presentan algunas reflexiones sobre las perspectivas futuras de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y sobre sus posibles repercusiones en algunas disciplinas nacionales.

97 Cfr. DE FELICE, R.: "Libertà di circolazione delle persone e libertà di circolazione degli status nell'unione europea", en AA.VV. *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in cassazione* (coord. por R. TORINO),

2. Las diversas soluciones adoptadas por Italia y España para proteger la identidad del menor. El instituto de la adopción.

En virtud de la invitación a perseguir con rapidez y efectividad la implementación del mejor interés del menor, es necesario interrogarse sobre la compatibilidad, respecto a esos criterios, de los instrumentos alternativos al reconocimiento del acto de nacimiento derivado de la maternidad subrogada realizada en otro Estado. De hecho, como hemos visto, tanto en España como en Italia, la jurisprudencia no admite la inscripción del acto de nacimiento de un menor nacido en el extranjero mediante técnicas consideradas ilícitas en el Estado interno, ni existe una ley al respecto. Necesariamente, para reconocer la relevancia de la relación entre el hijo y el progenitor no biológico, en ambos ordenamientos se requiere el acceso al instituto de la adopción.

Este instituto se regula de manera diferente en Italia y en España, y las diferencias que ahora analizaremos afectarán la consideración final de la eficacia y rapidez del instrumento para la protección del derecho del menor.

En el derecho español el artículo 10 de la Ley 14/2006 no obstante la previsión de nulidad del contrato de gestación por sustitución, en el apartado 3 añade que “queda a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. Cabría, pues, que el padre biológico ejercitara la acción de reclamación de paternidad y que posteriormente, previo consentimiento de la madre gestante, el hijo fuera adoptado por la mujer de aquel, sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad prevista en el art. 176 c.c.⁹⁸

De hecho, el ordenamiento jurídico español permite el acceso a una adopción plena por parte del cónyuge (cualquiera que sea su sexo) del padre biológico que ha reclamado la paternidad (art. 10.3 l. 14/2006), sin la necesidad de la declaración administrativa de idoneidad (art. 176.2 c.c.); como también que pueda constituirse un acogimiento en favor de los comitentes, si existe una situación de desamparo por no ocuparse la madre gestante del hijo⁹⁹.

RomaTrePress, Roma, 2013, p. 110, según el cual “Ninguna entidad sexual puede lesionar los derechos fundamentales de la persona bajo el pretexto de aplicar su propio derecho nacional, que no es conforme con el del Estado en el que dicho derecho ha sido adquirido. Nadie puede separar los lazos familiares solo por el hecho de cruzar una línea fronteriza. No entender esto, apoyándose en una interpretación formalista de su propio derecho nacional, es, además, hipócrita, siendo preferible la expresión directa y explícita de la desaprobación por contraposición a supuestos principios éticos de tales instituciones percibidas como ajenas”. Cfr. también BARUFFI, M.C.: “Maternità surrogate ed interessi del minore”, en AA.VV.: *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero* (coord. por. A. CAGNAZZO e F. PREITE) Giuffrè, Milano, 2017, pp. 239-272.

98 Argumentan en contrario NÚÑEZ BOLAÑOS, M. NICASIO JARAMILLO, I. M. y PIZARRO MORENO, E.: “El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”, *Derecho Privado y Constitución*, 29, 2015, pp. 259-260, en favor de la disociación entre la prohibición de gestación por sustitución y la determinación de la filiación por el parto.

99 El ATS 2 febrero 2015, rec. n. 245/2012, desestimando un incidente de nulidad de actuaciones, ha considerado que la solución adoptada por la STS (Pleno) 6 febrero 2014 no es contraria a la jurisprudencia

Una vez reconocida la paternidad del cónyuge, el otro progenitor puede iniciar el proceso de adopción del hijo, con la diferencia fundamental respecto al ordenamiento italiano de que en España se permite la adopción plena. Este proceso requiere que el cónyuge demuestre tener un vínculo estable y duradero con el niño y capacidad para cuidarlo.

Además, el artículo 176.2.2 del Código Civil español establece un procedimiento simplificado que exime de la propuesta previa de la Administración, dado que el adoptado es hijo del consorte del adoptante¹⁰⁰.

En Italia, el instituto que el ordenamiento jurídico establece expresamente para permitir el reconocimiento jurídico de la relación en cuestión está previsto en el artículo 44, letra b), de la Ley n. 184/1983, según el cual se permite la adopción por parte del cónyuge del progenitor del menor.

La previsión, formulada pensando en el caso de la viudedad del progenitor biológico, sin embargo, es difícil que se ajuste de manera específica a este tipo de relación parental. Desde el punto de vista de las "tipologías" de progenitor denominado "social" al que este instrumento está accesible, el artículo 44, letra b), de la Ley n. 184/1983, abre el instituto solo al cónyuge del progenitor; mientras que, en la práctica, el adoptante podría ser su conviviente e incluso la persona unida civilmente con él.

Como es bien conocido, la regulación de la materia no se limita a la letra b) del artículo 44 de la ley n. 184/1983, ya que la jurisprudencia ha abierto nuevas

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha condenado a Francia por no permitir la inscripción en el Registro civil francés de hijos nacidos en Estados Unidos mediante gestación por sustitución con gametos del varón integrante de la pareja heterosexual comitente (de refiere a las SSTEDH 26 junio 2014, *Mennesson c. Francia* (rec. n. 65192/2011), y *Labasse c. Francia* (rec. n. 65941/2011)). Observa el TS que la condena al país galo se fundamenta en la "absoluta imposibilidad de que el ordenamiento jurídico francés reconozca cualquier vínculo de filiación entre los comitentes y el niño, no solamente por la imposibilidad de que se reconozca la filiación biológica paterna (lo que el Tribunal de Estrasburgo considera injustificable), la filiación derivada de la posesión de estado, o la filiación por adopción por parte de los comitentes", "lo que supone una situación de incertidumbre jurídica incompatible con las exigencias del art. 8 del Convenio" de Roma (que consagra el derecho al respecto de la vida familiar, del que forma parte del derecho a la identidad). El Tribunal de Estrasburgo añade: "no afirma que la negativa a transcribir al Registro Civil francés las actas de nacimiento de los niños nacidos en el extranjero por gestación por subrogación infrinja el derecho al respeto de la vida privada de esos menores. Lo que afirma es que a esos niños hay que reconocerles un estatus definido, una identidad cierta en el País en el que normalmente van a vivir (...). En el caso de España, ese estatus puede proceder del reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica con respecto a quienes hayan proporcionado sus propios gametos para la fecundación, puede proceder de la adopción, y, en determinados casos, puede proceder de la posesión de estado civil, que son los criterios de determinación de la filiación que nuestro ordenamiento jurídico vigente ha considerado idóneos para proteger el menor".

¹⁰⁰ El artículo 176 c.c. prevé que "la adopción se constituirá por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad", y que "para iniciar el expediente de adopción será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad". Sin embargo, esta declaración de idoneidad no se requerirá cuando en el adoptando concurren algunas de las circunstancias enumeradas en la disposición, entre las cuales "ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal".

posibilidades cada vez que se ha constatado la imposibilidad de alcanzar un acuerdo preadoptivo, gracias a lo dispuesto en la letra d) del mismo artículo. Es indudable que el legislador de 1983 tenía en mente solo las imposibilidades de hecho para ser adoptado por adopción plena, como en los casos de los menores llamados “grandes” o con dificultades características particulares¹⁰¹. Sin embargo, más tarde se ha consolidado una interpretación extensiva de la disposición que ha llegado a considerar incluidas las hipótesis de imposibilidad jurídica de acuerdo preadoptivo, en los cuales no se cumplen los requisitos para la adopción legitimante, ni tampoco los requisitos establecidos específicamente por las letras a), b) y c) para la adopción en casos especiales. Así, se ha permitido la adopción incluso en casos distintos de los de la pareja de cónyuges.

Sin embargo, dado que la disposición nació con una finalidad distinta, se han encontrado ciertos defectos en algunos casos: la letra d) al hablar de “imposibilidad de acuerdo preadoptivo”, remite a una declaración de adoptabilidad o, al menos, a una situación de abandono, requisitos que no caracterizan esta hipótesis específica. Además, el artículo 44 de la Ley n. 184/1983 fue concebido como un listado de hipótesis típicas, y la letra d) formaba parte de este enfoque inicial. Por ello, su interpretación evolutiva y extensiva encuentra resistencia cuando, en esencia, se aplica de manera analógica a una disposición excepcional.

Finalmente, han surgido algunas críticas con respecto al artículo 48 de la ley n. 184/1983, también formulado cuando la única adopción coparental permitida era la del cónyuge del progenitor, que establece que “si el menor es adoptado (...) por el cónyuge de uno de los progenitores, la responsabilidad parental sobre el adoptado y su ejercicio corresponde a ambos”, dejando lugar a interpretaciones restrictivas que excluyen al conviviente o al unido civilmente del ejercicio de la responsabilidad parental¹⁰².

En 2016, la Corte Suprema adoptó definitivamente la lectura extensiva de la letra d) y se expresó a favor de la adopción coparental por parte del conviviente, incluso si es homosexual¹⁰³. Por lo tanto, además del cónyuge del progenitor biológico (antigua letra b, artículo 44), la adopción también es permitida para su conviviente (según la letra d), o la persona unida civilmente (según el párrafo 20, ley n. 76/2016 y letra d, artículo 44, ley n. 184/1983). Sin embargo, persisten ciertas incertidumbres derivadas de la intervención exclusivamente jurisprudencial, lo que afecta a los hijos y progenitores de hecho, quienes nunca están seguros de los posibles resultados de una solicitud de adopción.

101 En los trabajos preparatorios de la ley n. 184/1983 se lee que “la letra c (ahora letra d) se refiere a la constatada imposibilidad de una acogida preadoptiva del menor declarado adoptable”, como en el caso de los menores “más grandes o con discapacidad que no se pueden poner en acogida preadoptiva”.

102 CINQUE, M.: “Quale statuto per il genitore sociale?”, *Rivista dir. civ.*, n. 6, 2017, p. 1475.

103 Cass., 22 junio 2016, n. 12962, www.articolo29.it.

Por lo tanto, sigue siendo necesario una intervención legislativa, que debería involucrar al menos la letra b) del artículo 44 y el párrafo I del artículo 48. En el primer caso, la adopción coparental según la letra b) debería extenderse expresamente a la persona unida civilmente y al conviviente del progenitor; y, según una doctrina autorizada, incluso a una convivencia terminada, dado que la disciplina de los consentimientos y la verificación del interés concreto del menor en la adopción serían garantías suficientes (cfr. artículos 46 y 57 de la Ley n. 184/1983). En el segundo caso, el artículo 48, párrafo I, debería reformarse en consecuencia, previniendo el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, incluso cuando el adoptante no sea el cónyuge, sino la pareja del progenitor o la persona unida civilmente con él¹⁰⁴.

Sin embargo, persisten dudas sobre la “efectividad” y “celeridad” – para decirlo según los criterios solicitados por el Tribunal de Estrasburgo – de la herramienta en cuestión, que la ley deja sin resolver. En particular, con respecto al consentimiento mencionado en el artículo 46 de la Ley adoptiva italiana, requerido al progenitor biológico en el caso de un proyecto compartido de parentalidad, para que su pareja pueda proceder con la adopción del hijo, este podría ser difícil de obtener en caso de que la pareja atravesase una crisis durante el proceso de solicitud de adopción. Además, en lo relativo al ejercicio de la responsabilidad parental, parte de la doctrina observa que la adopción en casos particulares “prevé demasiado poco”¹⁰⁵, en el sentido de no implicar reciprocidad en los derechos sucesorios entre adoptante y adoptado y, salvo por la interpretación de la Corte Constitucional en la sentencia n. 79/2022, no reconoce los lazos jurídicamente relevantes con los parientes del adoptante.

Estas lagunas son bien conocidas por la jurisprudencia interna del ordenamiento italiano, especialmente por el Tribunal Constitucional que, a través de la ya citada sentencia n. 33/2021, invitando al legislador a regular lo antes posible el reconocimiento por parte del progenitor intencional de los hijos nacidos mediante procreación heteróloga médicamente asistida en parejas del mismo sexo, destacó “la insuficiencia del recurso a la adopción en casos particulares, tal como está actualmente regulado”, justamente en relación con la situación descrita.

A partir de lo expuesto, se puede concluir que, sin perjuicio de la discrecionalidad del legislador en la regulación de las técnicas de reproducción artificial, la protección del *best interest of the child* debe asegurarse mediante la

104 CINQUE, M.: “Quale statuto per il genitore sociale?”, cit., p. 1475.

105 Por ejemplo, FINOCCHIARO, M.: “Scatta la parentela tra figlio e congiunti del genitore”, *Guida al dir.*, 2013, n. 5, p. 61; LENTI, L.: “La sedicente riforma della filiazione”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 202. Para los argumentos contrarios, se remite a SESTA, M.: “Stato unico di filiazione e diritto ereditario”, *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 14; CINQUE, M.: “Profili successori nella riforma della filiazione”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 663.

previsión de un instituto que permita al menor crecer dentro de su propia familia, reconocida como tal por la Ley del Estado en el que reside. Así, por un lado, el ordenamiento español parece garantizar los criterios de efectividad y celeridad, en consonancia con el interés del menor, con el instituto de la adopción plena (art. 175 c.c.: La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. En la adopción por ambos cónyuges basta con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante deberá tener, al menos, catorce años más que el adoptado), al cual pueden acceder todas las parejas, siempre que estén casadas (en España, como se ha visto, está previsto el matrimonio igualitario también para las parejas homosexuales). Por otro lado, el ordenamiento italiano establecería límites para la adopción del nacido mediante técnicas artificiales, remitiendo la regulación del caso al instituto de la adopción en casos particulares, que evidentemente se diferencia de la adopción plena. Además, como se ha señalado anteriormente, omite regular los aspectos relacionados con el consentimiento de la pareja en caso de crisis de la pareja y sobre la integridad del reconocimiento de la relación en cuanto a los derechos sucesorios, impidiendo así la plena efectividad de la protección de la identidad del menor.

IV. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO EUROPEO SOBRE EL RECONOCIMIENTO MUTUO DE LA PARENTALIDAD Y EL CERTIFICADO ÚNICO DE FILIACIÓN.

A la luz de lo expuesto hasta ahora, y dada la diversidad de enfoques en la normativa sobre filiación en los distintos Estados, parece de gran relevancia el intento, a nivel europeo, de crear normas uniformes para ofrecer una respuesta común al fenómeno de la circulación de los estatus familiares, con el fin de evitar la aparición de situaciones jurídicas inestables, así como formas de discriminación entre menores.

En esta dirección va, de hecho, la iniciativa de la Comisión Europea para la elaboración de una propuesta de reglamento europeo, cuyo objetivo es garantizar el reconocimiento mutuo de la parentalidad entre los Estados miembros¹⁰⁶. A este respecto, se ha nombrado un grupo de expertos con el objetivo de asistir a la Comisión en esta delicada misión¹⁰⁷.

La iniciativa mencionada se encuadra en el marco de la “Estrategia para la igualdad de las personas LGBTIQ 2020-2025”, que prevé, en el párrafo 3.2, la adopción de acciones específicas destinadas a mejorar la protección jurídica de las

¹⁰⁶ Consulte el siguiente enlace: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12878-Situazioni-familiari-transfrontaliere-riconoscimento-della-genitorialita_it.

¹⁰⁷ En el siguiente enlace se puede encontrar el registro de los grupos de expertos de la Comisión y de otras entidades similares: <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/expertgroups/consult?do=groupDetail&groupID=3765>.

familias LGBTIQ en situaciones transfronterizas, a la luz del principio de “quien es padre en un país, es padre en todos los países”¹⁰⁸.

El Parlamento Europeo votó sobre la propuesta de reglamento presentada por la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2022, en lo relativo al reconocimiento transfronterizo de las sentencias y los actos públicos en materia de relaciones de filiación. La propuesta, con una serie de enmiendas, fue aprobada con 366 votos a favor, 145 en contra y 23 abstenciones. El texto de la propuesta de reglamento deberá ser ahora transmitido al Consejo de la Unión Europea para su ulterior aprobación.

En particular, la materia de la propuesta de reglamento, publicada el 7 de diciembre de 2022, tiene como objetivo la filiación¹⁰⁹ en los casos transfronterizos¹¹⁰, con el fin de determinar reglas uniformes en materia de jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento de decisiones, así como la aceptación de actos públicos en este ámbito y la creación del certificado europeo de filiación.

La propuesta tiene como objetivo facilitar en un Estado miembro el reconocimiento de la filiación reconocida en otro Estado miembro, “independientemente de la manera en que el hijo haya sido concebido o nacido y del tipo de familia de la que proviene” o de su ciudadanía y la de sus padres¹¹¹. La

108 La comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones con motivo de la “Unión de la igualdad: estrategia para la igualdad LGBTIQ 2020-2025”, de fecha 12 de noviembre de 2020, COM(2020)698 final, se puede encontrar en el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0698&from=EN>.

109 Propuesta de reglamento del Consejo relativo a la competencia, a la ley aplicable y al reconocimiento de las decisiones y la aceptación de los actos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado europeo de filiación, 7 de diciembre de 2022, COM (2022) 695 final, disponible en el sitio web <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0695&from=EN>. En la propuesta, por filiación, o paternidad, se entiende la relación jurídica que existe por ley entre los padres y los hijos, incluido el estatus jurídico de hijo de “uno o más padres específicos” (art. 4, n. 1; considerando 24 para las diversas figuras parentales contempladas en la propuesta). A pesar de las diferencias legislativas a nivel nacional, normalmente la filiación se establece por virtud de la ley (por ejemplo, filiación por nacimiento para la madre biológica y por presunción legal para su cónyuge o pareja registrada) o mediante un acto de una autoridad competente, es decir, una decisión judicial con respecto, a modo de ejemplo, a la adopción o a la acción de impugnación o reclamación de filiación, o un acto notarial, siempre en caso de adopción, o una decisión administrativa o, finalmente, un registro (considerando 34). De acuerdo con el art. 4, n. 3, por “determinación de filiación” se entiende “la determinación por ley de la relación entre el hijo y cada uno de los padres, incluida la determinación de la filiación a raíz de una acción de impugnación de una filiación ya determinada”.

110 Informe de la Comisión sobre la propuesta de reglamento, punto 1.1, así como el considerando 21. Por lo tanto, deberían quedar excluidas del ámbito de aplicación de la propuesta las situaciones nacionales denominadas “puramente internas”, es decir, aquellas que carecen de elementos de transnacionalidad. Sin embargo, con el fin de evitar discriminaciones en la protección de los derechos de los hijos, las normas sobre el reconocimiento o la aceptación de las decisiones judiciales y de los actos públicos de filiación, al igual que las relativas al certificado y al certificado europeo de filiación, deberían aplicarse también a las filiaciones determinadas en un Estado miembro en situaciones nacionales, por ejemplo, tras una adopción, tanto plena como simple, nacional, en la cual tanto el hijo como el/los padre/s adoptivo/s residan habitualmente en el mismo Estado miembro, creando así una relación permanente (considerando 25-26). Sin embargo, no se incluye en este ámbito la adopción internacional en la que las personas involucradas tienen su residencia habitual en diferentes Estados (considerando 27).

111 Informe de la Comisión sobre la propuesta citada, punto 1.3 y punto 5.12, así como el considerando 24 de la propuesta, donde se especifica que se puede tratar de cualquier tipo de filiación: biológica, genética, por

iniciativa de la Comisión Europea busca armonizar las normas nacionales relativas a los procedimientos de reconocimiento de la relación de filiación, con el fin de garantizar el respeto de los derechos de los menores involucrados en todos los Estados miembros, en particular los derechos relacionados con la educación, atención sanitaria, custodia y sucesión.

En el considerando 2 se reafirma que: “todos los Estados miembros deben actuar en el interés superior del menor; también a través de la protección del derecho fundamental de cada menor a la vida familiar y la prohibición de discriminar a un hijo por el estado civil o la orientación sexual de los padres o la manera en que fue concebido”. El interés supremo del menor se persigue asegurando que “en una situación transfronteriza, un hijo no pierda los derechos derivados de la filiación reconocida en un Estado miembro”, lo que hoy ocurre a raíz de las disposiciones nacionales divergentes en materia de parentalidad.

Además del interés del menor, el reglamento propuesto también tiene como objetivo proteger las diversas formas de parentalidad y el derecho de las familias “a obtener el reconocimiento total de la filiación dentro de la Unión” (considerando 11), y también menciona, en el considerando 11-bis, la necesidad de proporcionar protección a las “familias arcoíris (o LGBTQ+)”.

Reafirmando la competencia de los Estados miembros en el tema, el considerando 18 establece que “este reglamento no puede interpretarse como una obligación para un Estado miembro de modificar sus normas sustantivas en materia de derecho de familia para aceptar la práctica de la maternidad subrogada”. Sin embargo, el considerando 14 enmendado impide que los Estados miembros se nieguen a reconocer el estatus de filiación por considerarlo incompatible con la identidad o el orden público nacional: “es fundamental que los Estados miembros tomen medidas para garantizar que este reglamento se implemente correctamente, no se recurra al orden público para eludir las obligaciones establecidas por este reglamento y que el reglamento se interprete de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

Además, el reglamento prevé la introducción del certificado europeo de filiación, “para que el reconocimiento de la filiación reconocida en un Estado miembro sea rápido, fácil y eficaz”, y con el fin de “reducir la burocracia y mejorar el acceso a la libre circulación dentro de la Unión como herramienta para promover la igualdad” (considerando 76)¹¹².

adopción o por disposición de la ley, y, por lo tanto, también en los casos de uso de las diversas técnicas de procreación médicamente asistida (PMA), cada vez más extendidas gracias al avance científico, entre las cuales se incluye la gestación por sustitución.

112 Para un estudio completo sobre la estructura de la propuesta, se remite a BARUFFI, M.C.: “La proposta di Regolamento UE sulla filiazione: un superamento dei diritti derivanti dalla libera circolazione”, *Fam. dir.*, 6, 2023, p. 511.

Sin embargo, en los ordenamientos internos, la iniciativa de la Comisión ha suscitado fuertes reacciones¹¹³, incluso a nivel institucional, considerándose contraria a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad¹¹⁴. Entre los principales argumentos esgrimidos por los Estados miembros en defensa de su propia autonomía¹¹⁵, se encuentra la crítica a la UE por pretender de regular los aspectos transfronterizos de la filiación mediante la propuesta de Reglamento de parentalidad escondiendo el intento de armonizar parcialmente el Derecho de familia e interfiriendo en las competencias exclusivas de los Estados. A juicio de los Estados, la adopción del Reglamento de Parentalidad supondría la introducción de la obligación de reconocer los certificados de nacimiento emitidos por terceros países en los que se establezca también la filiación de un niño por gestación subrogada, excediendo los límites del principio de confianza mutua, basado en el respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros (artículo 67 TFUE) y violando los valores de la UE, proclamados en el artículo 2 del TUE, en particular el respeto de la dignidad humana, y de los derechos humanos reconocidos en la CDFUE, específicamente,

113 Por ejemplo, se presenta la posición expresada por el Senado francés en el dictamen motivado del 22 de marzo de 2023 (disponible en el sitio web <https://www.senat.fr/leg/tas22-084.html>). En él, se destaca la insuficiencia de la evaluación de impacto presentada por la Comisión, ya que, al no estar acompañada de un estudio comparativo de las legislaciones de los veintisiete Estados miembros, no permitiría apreciar las diferentes legislaciones nacionales ni evaluar las dificultades invocadas por la Comisión para respaldar la propuesta (Senado francés, dictamen motivado, puntos 17 y ss.). En segundo lugar (ibid., puntos 22 y ss.), se aborda correctamente el tema del respeto a las competencias nacionales y el riesgo consecuente, derivado de la adopción de tal acto normativo, de una ampliación de las competencias de la Unión, además de cuestionarse el uso del instrumento del reglamento, que resultaría en la imposición de un reconocimiento mutuo automático de las filaciones verificadas en cada Estado miembro, sin el adecuado respeto a las tradiciones constitucionales y la identidad nacional conforme al artículo 4, párrafo 2, TUE. Además, según el Senado francés, la Comisión, con la propuesta, también habría ido más allá de lo solicitado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, en el caso del uso de la gestación por sustitución, no obliga a los Estados al reconocimiento automático de la relación de filiación con el progenitor de intención, pudiendo, en su lugar, utilizarse la adopción, lo que podría poner en peligro el delicado equilibrio alcanzado en el país gracias al control que el juez francés ejerce caso por caso en tales situaciones. La propuesta no respetaría, además, otros derechos fundamentales protegidos por la Carta de la UE, al igual que el derecho a no ser discriminado conforme al artículo 21, tales como la inviolabilidad de la dignidad humana, prevista en el artículo 1, la prohibición de hacer del cuerpo humano una fuente de lucro (artículo 3, párrafo 2, letra c) y el derecho de los menores a conocer a sus progenitores y sus orígenes, conforme al artículo 24 (ibid., puntos 34 y ss.). Finalmente, se cuestiona la delegación a la Comisión para adoptar actos que modifiquen el modelo uniforme del certificado europeo de filiación, establecido en el Anexo V, que escaparía al control de los parlamentos nacionales.

114 De acuerdo con el protocolo n. 1, anexo a los tratados de la UE, los parlamentos nacionales están asociados a la actividad normativa de la Unión Europea mediante el envío por parte de la Comisión de las propuestas de actos legislativos, con el fin de permitirles expresar, en un plazo de ocho semanas, un dictamen motivado sobre la conformidad de la propuesta con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (arts. 1-4), tal como se regula de manera detallada en el posterior protocolo n. 2.

115 Por ejemplo, el 14 de marzo de 2023, la Comisión italiana de Políticas de la Unión Europea del Senado se pronunció, según el artículo 144, apartados 1 bis y 6 del reglamento interno del Senado, con un dictamen motivado. En esta resolución, aprobada por la IV Comisión Permanente, se destaca la no conformidad de la propuesta europea con el principio de subsidiariedad, aunque se comparte el objetivo de reforzar la protección de los derechos de los hijos en situaciones transfronterizas. Para un análisis crítico de la posición de la IV Comisión Permanente del Senado y sus posibles consecuencias sobre el procedimiento para la aprobación de la propuesta, véase BIAGIONI, G.: "Malintesi e sottintesi rispetto alla proposta di regolamento UE in tema di filiazione", *SIDBlog*, 3 abril 2023, disponible en <http://www.sidblog.org/2023/04/03/malintesi-e-sottintesi-rispetto-alla-proposta-di-regolamento-ue-in-tema-di-filiazione>. Para más detalles, véase el sitio web del Senado https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=19&id=1372280&part=doc_dc, donde también se encuentran las audiencias realizadas.

los derechos de la mujer y el niño, reconocidos en diversos instrumentos internacionales, que forman parte de los principios generales del Derecho de la UE, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE.¹¹⁶

Las críticas a la propuesta denotan un cierre total y sin ningún margen de apertura hacia el fondo de las cuestiones, orientándose más hacia hacer valer la posibilidad de utilizar de manera indistinta la cláusula del orden público para oponerse a la “pretensión” de armonización europea, en lugar de reflexionar sobre una falta de compromiso en la protección de los derechos de los menores, considerados una prioridad a proteger en nombre de su superior interés. Este último, a pesar de la conciencia de que no puede confundirse con el “interés” de los padres intencionales en el reconocimiento del estatus del menor, corre el riesgo, por un lado, de adquirir una connotación “tiránica”¹¹⁷ respecto a la necesidad de poner límites al mero deseo de paternidad; y, por otro lado, su lectura “individualista”, en ausencia de un enfoque integrado, en diálogo con el interés de los padres, conduciría a una protección parcial e incompleta del mismo¹¹⁸.

En conclusión, una vez más emerge cómo las decisiones tomadas por los Estados impactan significativamente en la elección de un sujeto de trasladarse de un país a otro, debido a la incertidumbre impuesta por el reconocimiento en el Estado de destino de los derechos y estatus que él mismo o sus hijos poseen en el Estado de origen. La pertenencia a la Unión y la necesidad de respetar sus principios fundamentales establecidos en el artículo 2 TUE hacen sentir aún más fuerte la necesidad de reconocer los estatus constituidos en el extranjero, especialmente si dicho reconocimiento se convierte en una condición para el ejercicio efectivo de los derechos relacionados con la ciudadanía europea¹¹⁹. Sin embargo, la presencia de normativas nacionales extremadamente diversas genera un fenómeno de competencia entre los ordenamientos o, mejor dicho, una competencia normativa, que lleva a la afirmación de su propio modelo normativo solo porque se considera el más adecuado para la construcción de un derecho al servicio de la persona o, más probablemente, para la defensa del orden público nacional.

116 OCHOA RUIZ, N. M.: “La propuesta de reglamento sobre el reconocimiento de la parentalidad: ¿un intento de reconocer la gestación subrogada en la unión europea?”, *Cuadernos de Bioética*, 2024, pp. 157-167.

117 Reafirmado también por la Corte de Casación, SS. UU., 30 de diciembre de 2022, n. 38162, cit., la cual pone de manifiesto una contradicción interna en el siguiente supuesto: “si la adopción en casos particulares, gracias a la evaluación concreta del interés del menor, permite hacer irrelevantes las modalidades en las que este último ha nacido, todas las consideraciones sobre el carácter no tiránico del interés del mismo, sobre la necesidad de poner límites al deseo de paternidad (...) no tienen ninguna relevancia, ya que, al final, en sede adoptiva, el único dato relevante será otro, es decir, precisamente el interés del menor”.

118 SENIGAGLIA, R.: “Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia”, cit., *passim*.

119 Consúltense CHIAPPETTA, G.: “Cittadinanza europea: opportunità e abusi nel diritto internazionale privato della famiglia”, *La cittadinanza europea*, 2020, p. 105. En cuanto al fenómeno del *forum shopping*, véase BARUFFI, M.C.: “La maternità surrogata nella prospettiva del mercato interno”, *La cittadinanza europea*, 2021, p. 230.

De este modo, surge nuevamente la pregunta de si la elección de dejar todo a la legitimación de los legisladores nacionales es realmente la mejor alternativa, y si no se corre el riesgo de una “multinormación” desconectada y nacionalista sobre temas extremadamente delicados relacionados con los derechos fundamentales de la persona¹²⁰.

¹²⁰ La confirmación del riesgo, en este momento histórico, de una tendencia hacia normativas de carácter nacionalista se materializa con la aprobación por el Senado italiano, el 16 de octubre de 2024, del proyecto de ley n. 824, que modifica el artículo 12 de la ley 19 de febrero de 2004, n. 40, en lo relativo a la perseguibilidad del delito de gestación por sustitución cometido en el extranjero por un ciudadano italiano. Esta modifica extiende las sanciones ya previstas por quien practica la gestación por sustitución dentro del territorio del Estado también a quienes hayan acudido al extranjero para practicar la maternidad subrogada, mediante la introducción del denominado “delito universal”, a pesar de que esta práctica se considera ilegal y está penada con prisión de tres meses a dos años y una multa de 600,000 a un millón de euros por el artículo 12 de la Ley n. 40/2004. El hecho de haber convertido la gestación por sustitución en un “delito universal” es una decisión principalmente identitaria, pensada por su valor simbólico, que plantea varios problemas desde el punto de vista jurídico.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMS, R.: "Nepal bans surrogacy, leaving couples with few low-cost options", *New York Times*, 2 maggio 2016.

ACIERNO, M.: "La Corte costituzionale minaccia un cambio di passo sull'omogenitorialità", *Quest. giust. online*, 2021.

ALGHRANI A., GRIFFITHS, D.: "The regulation of surrogacy in the United Kingdom: the case for reform", *Child and Family Law Quarterly*, vol. 29, n. 2, 2017, p. 181.

ANDREU MARTÍNEZ, M. B.: "Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de los hijos nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: la Instrucción de la DGRN de 18 febrero de 2019", *Attualità Giuridica Iberoamericana*, 10 bis, 2019, pp. 64-85.

AULETTA, T.: *Diritto di famiglia*, ed. 7, 2024, Giappichelli, Torino, p. 342 y p. 349.

ÁVILA HERNÁNDEZ, C. J.: "La maternidad subrogada en el Derecho comparado", *Cuadernos de Derecho Attual*, 6, 2017, pp. 313-344.

BARBA, V.: "Tecniche procreative, genitorialità e interesse del minore", en AA.VV.: *Diritto civile minorile* (coord. por A. CORDIANO, R. SENIGAGLIA), ESI, Napoli, 2022, p. 125.

BARBA, V.: "Ordine pubblico e gestazione per sostituzione", *Genlus*, n. 2, 2019.

BARENGHI, A.: Procreazione assistita e tutela della persona, Atti del convegno di Roma, 30 maggio 2010, *Quaderni, Riv. dir. civ.*, Cedam, Padova, 2011.

BARUFFI, M.C.: "Maternità surrogate ed interessi del minore", en AA.VV.: *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero* (coord. por. A. CAGNAZZO e F. PREITE) Giuffrè, Milano, 2017, pp. 239-272.

BARUFFI, M.C.: "La maternità surrogata nella prospettiva del mercato interno", *La cittadinanza europea*, 2021, p. 230.

BARUFFI, M.C.: "La proposta di Regolamento UE sulla filiazione: un superamento dei diritti derivanti dalla libera circolazione", *Fam. dir.*, 6, 2023, p. 511.

BENANTI, C.: "La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 1235.

BENANTI, C.: "La CEDU non obbliga gli Stati a riconoscere ab origine il legame di filiazione tra il bambino nato da maternità surrogata e la madre d'intenzione", *rivistafamilia.it*, 4 febbraio 2020.

BIAGIONI, G.: "Malintesi e sottintesi rispetto alla proposta di regolamento UE in tema di filiazione", *SIDIBlog*, 3 abril 2023.

BIANCA, M.: *Diritto civile, vol. II, La famiglia*, 5, Giuffrè, Milano, 2014, p. 359.

BIANCA, M.: "La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?", *Famiglia*, 2019, p. 345.

BILOTTA, F.: "La maternità surrogata", in AA.VV.: *Diritti della personalità e biotecnologie* (coord. per A. LIBERATI, F. BILOTTA), Melissa ed., Roma, 1999, p. 99.

BUGETTI, M.N.: "L'unicità dello stato di filiazione (anche per i figli nati da p.m.a. erroneamente praticata)", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1426.

BUSNELLI, F.D.: "Procreazione artificiale e filiazione adottiva", in AA.VV.: *La filiazione tra scelta e solidarietà familiare, Atti del Convegno di Studi di Copanello, 28-29 settembre 2001* (coord. per M.F. TOMMASINI), Giappichelli, Torino, 2003, pp. 33-58.

BUSTOS PUECHE, J. E.: "El derecho español ante las nuevas técnicas genéticas", *Diario La Ley*, ed. La Ley, 1992.

CAMPIGLIO, C.: "Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)", *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 1122.

CASABURI, G.: "Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata", *Foro.it*, 2014, n. 12, p. 3408.

CASABURI, G.: "In tema di maternità surrogata e parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Foro it.*, 2019, IV, p. 277.

CASTRONOVO, C.: *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 78.

CHECCHINI, B.: "L'omogenitorialità ancora al vaglio della Corte costituzionale", *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2021, p. 616.

CHIAPPETTA, G.: "Cittadinanza europea: opportunità e abusi nel diritto internazionale privato della famiglia", *La cittadinanza europea*, 2020, p. 105.

CHIRICALLO, N.: "Maternità surrogata e adozione in casi particolari: il doppio "non liquet" della Consulta", *Famiglia*, 2021, n. 3, p. 421.

CIANCI, A.G.: "La liceità delle tecniche di procreazione assistita e dei negozi per la sua realizzazione", *Famiglia*, 2002, n. 1, pp. 89-125.

CINQUE, M.: "Profili successori nella riforma della filiazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 663.

CINQUE, M.: "Quale statuto per il genitore sociale?", *Rivista dir. civ.*, n. 6, 2017, p. 1475.

CINQUE, M.: "Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità", *Nuova giur. civ. comm.*, n. 5, 2022, p. 1013.

CIRAULO, C.: "Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità", *iuscivile.it*, 2014, n.12, p. 485.

CORRAL GARCÍA, E.: "El derecho a la reproducción humana ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 38, 2013, pp. 48-49.

CORTI, I. *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 88.

DANISI, C.: "Superiore interesse del fanciullo, vita familiare o diritto all'identità personale per il figlio nato da una gestazione epr altri all'estero? L'arte del compromesso a Strasburgo", *www.articolo29.it*, 15 julio 2014.

DE FELICE, R.: "Libertà di circolazione delle persone e libertà di circolazione degli status nell'unione europea", in AA.VV.: *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in cassazione* (coord. por R. TORINO), RomaTrePress, Roma, 2013, p. 110.

DE TOLEDO QUINTANA, A.: "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo del orden público internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, vol. 6, n. 2, p. 39.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "A propósito de las técnicas de reproducción asistida", in AA.VV.: *La modernización del derecho de familia a través de la práctica jurisprudencial* (dir. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE y coord. por P. CHAPARROS MATAMOROS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 582.

DI ROSA, G.: "Forme familiari e modello matrimoniale tra disciplina interna e normativa comunitaria", *Europa e Diritto Privato*, 2009, p. 755.

DOGLIOTTI, M.: "Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri", *Fam. dir.*, 2019, p. 653.

DOGLIOTTI, M.: "Maternità surrogata e "riforma" dell'adozione "piena". Dove va la Cassazione? E che farà la Corte Costituzionale?", *Fam. dir.*, 2023, p. 408.

FEDERICO, A.: "La maternità surrogata ritorna alle Sezioni Unite", *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, p. 1055.

FERRANDO, G.: "Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis", *Corr. giur.*, 2017, p. 181.

FERRANDO, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento", *Giust. it.*, 2020, p. 1623.

FERRANDO, G.: "Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte costituzionale n. 32 e 33 del 2021", *giustiziainsieme.it*, 2021.

FERRANDO, G.: "Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero", *Nuova giur. civ. comm.*, n. 2, 2023, p. 377.

FERRARI, D.: "Lo statuto giuridico dell'omogenitorialità in Italia e in Europa", *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 119.

FINOCCHIARO, M.: "Scatta la parentela tra figlio e congiunti del genitore", *Guida al dir.*, 2013, n. 5, p. 61.

GALGANO, F.: "La giurisprudenza nella società post-industriale", *Contr. impr.*, 1989, p. 363.

GARCÍA ABURUZA, M. P.: "A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2015, p. 8.

GIACOBBE, G.: "Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano", *Riv. dir. civ.*, 2006, n. 1, p. 486.

GIUNCHEDI, D.: "Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità", *Corr. giur.*, 2019.

GIUNGI, MM.: "Mennesson c. Francia e Labassee c. Francia: le molteplici sfumature della surrogazione di maternità", *Quad. cost.*, 2014, p. 953.

GRASSO, A.G.: "Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 757.

GRASSO, A.G.: *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 24.

GRAZIANI C.A., CORTI I.: *Verso nuove forme di maternità?*, Giuffrè, Milano, 2002.

INGAREDA GONZÁLEZ, N.: "La inmutabilidad del principio *mater semper certa est* y los debates actuales sobre la gestación por substitution en España", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 21, 2015, pp. 6-7.

JACKSON, E.: *UK law and international commercial surrogacy: "the very antithesis of sensible"*, *Journal of medical law and ethics*, 2016, n. 4, p. 197.

LECIS COCCO ORTU, A.M.: "L'omogenitorialità davanti alla Corte di Strasburgo: il lento ma progressivo riconoscimento delle famiglie con due padri o due madri", *Genlus*, 2014, n. 2, p. 96.

LENTI, L.: "La sedicente riforma della filiazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 202.

LUCCIOLI, G.: "Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata", *www.articolo29.it*, 23 maggio 2020.

MARELLA, M.: "Dentro o fuori la famiglia", in MARELLA M.R., MARINI G.: *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 90.

MARINO, S.: "Il carattere evolutivo della nozione di vita familiare ai sensi dell'art. 8 Cedu: alcune osservazioni a margine della sentenza Pajić della Corte europea dei diritti umani", *Genlus*, 2016, I, p. 125.

MONTÈS PENADÈS, V.: "La reproducción humana asistida en la experiencia jurídica española", *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 7, Tirant lo Blanch, 2003, p. 5.

MORACE PINELLI, A.: "La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. L'intervento della Corte costituzionale in attesa del legislatore", *Famiglia*, 2021, n. 3, p. 391.

MUÑOZ RODRIGO, G.: "La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 febrero de 2019", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 10 bis, 2019, pp. 722-735.

MÚRTULA LAFUENTE, V.: "El difícil equilibrio en el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución: una propuesta de regulación desde los derechos de la

mujer gestante", *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida* (dir. por Y. BUSTOS MORENO, V. MÚRTULA LAFUENTE), Dykinson, Madrid, 2021, pp. 370-372.

NICOLUSSI, A.: "La filiazione e le sue forme: la prospettiva giuridica", en AA.VV.: *Allargare lo spazio familiare: adozione e affido* (coord. por E. SCABINI, G. ROSSI), Vita e pensiero-Pubblicazioni dell'Università Cattolica, Milano, 2014, p. 7.

NICOLUSSI, A.: "Famiglia e biodiritto civile", *Europa e dir. priv.*, 2019, p. 736.

NÚÑEZ BOLAÑOS, M. NICASIO JARAMILLO, M. I. PIZARRO MORENO, E.: "El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción", *Derecho Privado y Constitución*, n. 29, 2015, p. 259.

OCHOA RUIZ, N. M.: "La propuesta de reglamento sobre el reconocimiento de la parentalidad: ¿un intento de reconocer la gestación subrogada en la unión europea?", *Cuadernos de Bioética*, 2024, pp. 157-167.

OPPO, G.: "Procreazione assistita e sorte del nascituro", *Riv. dir. civ.*, 2005, n. 1, p. 105.

PALAZZO, A.: "La filiazione", en A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuado por P. SCHLESINGER (dirigido por), *Trattato di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 562.

PATTI, S.: "La procreazione per conto di altri: problemi e prospettive", *Famiglia*, 2022, p. 795.

PATTI, S.: "Le Sezioni Unite e la maternità surrogata: dialogando con Michele Sesta", *Riv. dir. civ.*, n. 3, 2023, p. 613.

PELISSERO, M.: "Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni), Camera dei deputati", *Sistema penale*, 2021, p. 2.

PERLINGIERI, P.: "Autonomia privata e diritti di crédito", en AA.VV.: *Confini attuali dell'autonomia privata* (coord. por A. BELVEDERE, C. GRANELLI), Cedam, Padova, 2001, p. 93.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, vol. II, ESI, Napoli, 2006, p. 923.

PERLINGIERI, G.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale", *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 740.

PICARO, R.: "Famiglie e genitorialità tra libertà e responsabilità, en Diritto delle successioni e della famiglia", *Quaderni*, n. 15, 2017, pp. 32-33.

PIGA, A.: "Leggi e norme sulla PMA: il panorama legislativo europeo", en AA.VV.: *La procreazione medicalmente assistita e le sue sfide. Generi, tecnologie ed uguaglianze* (coord. por L. LOMBARDI, S. DE ZORDO), Franco Angeli, Milano, 2013, p. 112.

PIUSSI, A.M.: "La maternità tra realtà e desiderio", en AA.VV.: *Crisi della natalità e nuovi modelli riproduttivi* (coord. por P. DI NICOLA, M.G. LANDUZZI), Franco Angeli, Milano, 2012, p. 33.

RECINTO, G.: *Le genitorialità, Dai genitori ai figli e ritorno*, ESI, Napoli, 2016, p. 96.

RECINTO, G.: "Le "istruzioni" per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità", *Fam. dir.*, 2023, p. 408.

RENDA, A.: *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 67.

RENDA, A.: "La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore", *Corr. giur.*, 2015, p. 471.

ROMÁN MAESTRE, B.: "Gestación por sustitución: cuestiones de legitimidad", *Folia Humanística*, 2018, n. 8, pp. 24-41.

ROMEO CASABONA, C.M.: "Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?", *Folia Humanística*, 2018, n. 8, pp. 1-23.

SALANITRO, U.: "Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, p. 557.

SALANITRO, U.: "Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?", *Giur. it.*, 2022, p. 1825.

SALVI, G.: "Gestazione per altri e ordine pubblico: le Sezioni Unite contro la trascrizione dell'atto di nascita straniero", *Giur. it.*, 2020, p. 1623.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: "Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española", *InDret*, 2018, n. 4, pp. 1-45.

SEGNI, M.: "Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, n. 2, p. 708.

SENIGAGLIA, R.: *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Jovene, Napoli, 2013, p. 19.

SENIGAGLIA, R.: "Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere", *Europa e Dir. priv.*, n. 3, 2017, p. 952.

SENIGAGLIA, R.: "Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022", *Nuove leggi civ. comm.*, n. 5, 2022, p. 1333.

SESTA, M.: "Stato unico di filiazione e diritto ereditario", *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 14.

SHENFIELD, F.: "Cross border reproductive care in six European countries", *Human Reproduction*, 2010, pp. 1361-1368.

SONELLI, S.: "L'interesse superiore del minore. Ulteriori tessere per la ricostruzione di una nozione poliédrica", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 1389.

SPADAFORA, A.: "Irriducibilità del totalitarismo minoricentrico?", *Fam. dir.*, 2023, p. 408.

STANZIONE, M.G.: "Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale", *comparazionedirittocivile.it*, 2016, p.1.

STASI, A.: "Protection for children born through assisted reproductive technologies act, B.E. 2558: the changing profile of surrogacy in Thailand", *Clinical medicine insights-reproductive health*, 2017, n. 11, p. 1.

TIMMS, O.: "Ending commercial surrogacy in India: significance of the surrogacy (Regulation) bill, 2016", *Indian Journal of Medical Ethics*, 2018, vol. III, n. 2, p. 99.

TORIELLO, F.: *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 7.

VALONGO, A.: "La c.d. *filiazione omogenitoriale* al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione", *Giur. it.*, 2020, p. 543.

VEGETTI FINZI, S.: *Volere un figlio. La nuova maternità tra natura e scienza*, Mondadori, Milano, 1997, p. 172.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: "Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España", *Diario La Ley*, n. 7621, 2013.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: "La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho", *Diario La Ley*, n. 8055, 2013.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: "El interés superior del menor como fundamento de la incorporación de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo", *Diario La Ley*, n. 8162, 2013.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: "Crimen en el bar. Regulemos ya en España el convenio de gestación por sustitución", *Diario La Ley*, n. 9056, 2017.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: "Análisis estupefacto de la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", *Diario La Ley*, n. 9453, 2019.

VENUTI, M.C.: "Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri", *Genlus*, n. 2, 2019.

VENUTI, M.C.: *Gestazione per altri e status del nato, Dove va il diritto di famiglia? Spunti di politica del diritto*, Università de Padova 8 de abril de 2022.

VENUTI, M.C.: *Gestazione per altri, genitorialità intenzionale, diritti del nato, Convegno internazionale sulle nuove frontiere del diritto di famiglia*, Università LUMSA de Palermo 3-4 de mayo de 2022.

VENUTI, M.C.: "Ordine pubblico, gestazione per altri e diritti dei minori: riflessioni a partire dalla sentenza SS.UU. 30 dicembre 2022, n. 38162", *questionegustizia.it*, 2023, pp. 4-5.

VESTO, A.: "La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto", *Fam. dir.*, 2015, n. 3, p. 306.

VILA-CORO VÁZQUEZ, A.: "Hacia una regulación de la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida", en *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual* (coord. por P. BENAVENTE MOREDA, E. FARNÓS AMORÓS), Madrid, 2015, pp. 283.

WINKLER, M.: "Le Sezioni Unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?", *Corr. giur.*, 2019, p. 1237.

WINTEMUTE, R.: "Marriage, adoption and donor insemination for same-sex couples: does European case law impose any obligations on Italy?", *Genlus*, 2014, n. 2, p. 35.

ZATTI, P.: "Familia, familiae. Declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia", *Famiglia*, 2002, p. 14.

COMUNIONE LEGALE TRA I CONIUGI NELLA
PROSPETTIVA DELLA LEGALITÀ COSTITUZIONALE: SPUNTI
DI RIFLESSIONE SISTEMATICA E ASSIOLOGICA

*LEGAL COMMUNION BETWEEN SPOUSES IN THE
PERSPECTIVE OF CONSTITUTIONAL LEGALITY: POINTS FOR
SYSTEMATIC AND AXIOLOGICAL REFLECTION*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 424-445



Dario SCARPA

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

RESUMEN: La solidarietà tra coniugi, quale valore ordinamentale, trova ampia applicazione nel regime della comunione legale nel momento in cui i beni della comunione rispondono di tutti i pesi ed oneri gravanti su di essi all'atto dell'acquisto, di tutti i carichi dell'amministrazione, delle spese per il mantenimento della famiglia e per l'istruzione e l'educazione dei figli, di ogni obbligazione contratta dai coniugi, anche separatamente, nell'interesse della famiglia e di ogni obbligazione contratta congiuntamente dai coniugi.

PALABRAS CLAVE: Comunione; costituzione; coniugi.

ABSTRACT: *Solidarity between spouses, as a legal value, finds wide application in the legal community of property when the community property is liable for all the burdens and charges imposed on it at the time of purchase, for all the burdens of administration, for the costs of maintaining the family and for the education and upbringing of the children, for any obligation contracted by the spouses, even separately, in the interest of the family and for any obligation contracted jointly by the spouses.*

KEY WORDS: *Communione; Constitution; spouses.*

SUMARIO.- I. SISTEMA NORMATIVO, EVOLUZIONE LEGISLATIVA DEL REGIME DELLA COMUNIONE LEGALE NELLO SFONDO DEI VALORI E DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI.- II. CANONE D'INTERPRETAZIONE DEL MODELLO COMUNITARIO: SOLIDARIETÀ TRA CONIUGI E BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI PERSONALI E DELLA FAMIGLIA NELLA PROSPETTIVA ASSIOLOGICA.- III. ECCEZIONALITÀ DEL REGIME PATRIMONIALE E TUTELA DELLE SITUAZIONI SOGGETTIVE DEI CONIUGI NELLA RICERCA DEL CORRETTO SPAZIO DI AUTONOMIA PATRIMONIALE DEL SINGOLO.- IV. PATRIMONIALITÀ DELLA COMUNIONE LEGALE QUALE TRATTO FONDAMENTALE DELL'ISTITUTO E RAGIONEVOLEZZA NELLA INTERPRETAZIONE DEL DATO NORMATIVO: RIFLESSIONI CONCLUSIVE DI SISTEMA.

I. SISTEMA NORMATIVO, EVOLUZIONE LEGISLATIVA DEL REGIME DELLA COMUNIONE LEGALE NELLO SFONDO DEI VALORI E DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI.

La presente ricerca scientifica vuole condurre ad una estensione applicativa della capacità attrattiva del regime comunitario ma, si badi, nella corretta individuazione dei principi (anche costituzionali) che devono fondare la disciplina positiva; il favore verso la comunione, meglio declinato nel *favor personae coniugis*, deve essere ripensato all'esito della sistemazione ordinamentale del regime della comunione legale quale struttura dispositiva e autopoietica della regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra coniugi, i quali, nell'espressione della propria autonomia privata, possono optare non solo per altri regimi regolatori ma, altresì, flettere le regole della comunione alle proprie esigenze di vita e della famiglia¹.

L'indicata prospettiva di indagine della disciplina del regime della comunione legale porta, *de plano*, a dover ripensare i rapporti tra le prescrizioni codicistiche e i, tante volte, invocati principi costituzionali che, come detto, rappresentano nel loro insieme un prisma che permette una rilettura attualizzata delle tutele giuridiche predisposte a favore della comunione e dei singoli coniugi².

Ferma la considerazione della atecnicità legislativa nella elencazione degli acquisti che cadono o meno in comunione legale tra i coniugi ed atteso il rifiuto di qualsiasi forma di dogmatismo nella risoluzione di aporie ermeneutiche³, la

1 Cfr., PUNZI, N.: "L'intervento del giudice nei rapporti familiari", *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 166; ROPPO, V.: "Ipotesi vecchie e nuove di intervento del giudice nella famiglia", in AA.Vv., *Il diritto di famiglia*, 1979, p. 311 ss.; ZATTI, P.: "I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi", in AA.Vv.: *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, Torino, 1982, p. 90.

2 Nel senso di tale tendenza interpretativa vedi FALZEA, A.: "La prassi nella realtà del diritto", in AA.Vv.: *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I, *Teoria generale e storia del diritto*, Milano 1998, p. 409 ss. e PERLINGIERI, P.: "Norme costituzionali e rapporti di diritto civile", *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss.

3 Cfr., in tema, SCARPELLI, U.: "Gli orizzonti della giustificazione", in AA.Vv.: *Etica e Diritto*, GIANFORMAGGIO, L. LECALDANO, E. (a cura di), Laterza, Roma-Bari, 1986, p. 5 ss.; ancora, FALZEA, A.: *Efficacia giuridica*, in *Enc.*

• **Dario Scarpa**

Professore associato di Diritto privato, Università di Milano-Bicocca. E-mail: dario.scarpa@unimib.it

ricerca scientifica ha quale fondamento della riflessione la flessibilità delle categorie di acquisti come scelti dal legislatore della riforma del 1975, *recte* il dovere dell'interprete di bilanciare gli interessi sottesi alle varie ipotesi empiriche che, pur non trovando espressa determinazione normativa, vanno studiate attraverso l'applicazione dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità nella scelta del criterio normativo risolutore⁴.

Il canone metodologico di portare a supporto dell'interpretazione del testo normativo il richiamo a principi costituzionali è, a dispetto di critiche dottrinarie, di assoluta rilevanza e ben lontano da assumere il carattere di apoditticità per l'indimostrata capacità dei principi di penetrare la disciplina positiva in tema di comunione legale; a ben riflettere, l'eguaglianza e la solidarietà tra coniugi nell'espressione della comunione legale devono costituire le fonti ermeneutiche dell'applicazione del regime patrimoniale nei casi di dubbia risoluzione a fronte, altresì, dell'indicazione codicistica dell'uguaglianza dei coniugi nella gestione del patrimonio comune e degli obblighi familiari tendenti al rispetto della massima solidarietà tra i coniugi⁵.

Si rifletta sul tema con una veloce analisi sistemica delle norme: l'espressione normativa (v. art. 160 c.c.) che vuole che i coniugi non possano derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio, da un lato, e la prescrizione in virtù della quale il compimento degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione e la stipula dei contratti con i quali si concedono o si acquistano i diritti personali di godimento e la rappresentanza in giudizio per le relative azioni spettano congiuntamente ad entrambi i coniugi dall'altro, danno chiara e incontestabile evidenza che il regime della comunione legale tra coniugi debba essere letto nel solco dell'eguaglianza e della solidarietà tra i coniugi⁶.

dir., Vol. XIV, Milano, 1965, p. 4, *indi*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1970, p. 266. E, infine, per una visione completa del ruolo della norma giuridica, vedi, altresì, BOBBIO, N.: *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, p. 23 ss.; *Id.*: *Norme primarie e norme secondarie*, in *AA.Vv.*: *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1975, p. 195 ss.

- 4 In tema, nella migliore e più chiara comprensione del ruolo che assumono la ragionevolezza e il bilanciamento degli interessi nell'opera dell'interprete, vedi PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, nella Collana *Cultura giuridica e rapporti civili*, Napoli, 2015, p. 10 e ss.; inoltre, in ambito prettamente familiare, COSCO, G.: "Convivenze fuori dal matrimonio: profili di disciplina nel diritto europeo", *Dir. famiglia.*, 2006, p. 349 ss.; ROMEO, F.: "Famiglia legittima e unioni non coniugali", in *AA.Vv.*: *Le Relazioni affettive non matrimoniali*, Torino 2014, p. 18 ss.; AMAGLIANI, R.: "Autonomos e contratti di convivenza", in *La Famiglia all'imperfetto?*, cit., p. 305 ss.; BALESTRA, L.: "La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione", *Fam. e diritto*, 2016, p. 919 ss., nonché si legga la ricostruzione fornita da DOGLIOTTI, M.: "Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto", *ivi*, p. 868 ss.
- 5 Si legga, in materia, SCHLESINGER, P.: "La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze", *Fam. e diritto*, 2016, p. 846 s.; TORRENTE, A. SCHLESINGER P.: *Manuale di Diritto Privato*, 22 ed., Milano, 2019, p. 9; FERRANDO, G.: *Diritto di famiglia*, Torino, 2016, p. 22 ss.; ALPA, G.: "La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1718 ss.
- 6 Si veda BUSNELLI, F.D.: "Il principio di solidarietà e l'attesa della povera gente, oggi", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 413 ss., il quale afferma: "la famiglia, definita (per la prima volta nel nostro ordinamento) dalla Costituzione come «società naturale» (art. 29), perde ormai la dimensione aggregante della solidarietà per diventare un semplice profilo della privacy di ciascun individuo. La Carta di Nizza, infatti, rinuncia a definire la famiglia per sancire il «diritto individuale di sposarsi e di formare una famiglia» (art. 9) e si preoccupa

La mancata concettualizzazione da parte del legislatore in tema di definizione dei beni che entrano in comunione legale e la derivata tecnica di elencazione non deve, tuttavia, portare alla necessità delle categorie dogmatiche quale insieme di regole aprioristiche tendenti a risolvere le difficoltà di sussunzione del fatto concreto nella regola di diritto. A ben riflettere, le distinte classi di fatti di acquisti ricadenti o meno in comunione (come presenti negli artt. 177-179 c.c.) possono essere, in termini ermeneutici, definite come categorie di ricostruzione degli eventi patrimoniali della vita matrimoniale dei coniugi in funzione della regolazione dei rapporti economici tra gli stessi coniugi⁷.

che la «vita familiare», così come l'intero ambito della «vita privata», sia «rispettata» (art. 7). L'antico principio della solidarietà nelle obbligazioni soggettivamente complesse, che risale al diritto romano, deve ormai fare i conti con un contro-principio di responsabilità parziaria, reclamato con vigore dialettico e con opinabili argomentazioni giuridiche a sostegno di un sistema, conforme alle nuove prospettive aperte dal diritto delle società commerciali e dei mercati, che valga a «incentivare la composizione stragiudiziale delle liti consentendo un risparmio di risorse». Il diritto dei contratti registra un'accanita reazione della nostra dottrina a una giurisprudenza che coraggiosamente si impegna a scorgere nell'obbligo di buona fede e correttezza l'espressione di «un generale principio di solidarietà, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica»: «i giudici che si affannano a correggere secondo buona fede i contratti - scrive un autorevole commentatore, che dichiara di credere "che il fondamento della giustizia sia procedurale", e cita John Rawls - non assicurano affatto la giustizia»; sì che la sentenza della Corte di cassazione all'uopo commentata finisce con «l'abrogare il diritto dello scambio di tutti i paesi evoluti»: un diritto che - si legge in un altro commento - il singolo titolare «usa come un utensile; egli cerca il proprio vantaggio, approfittando della protezione armata dello Stato». Viene fatto di osservare, ed è stato polemicamente osservato: qui iure suo *abutitur, neminem laedit*? Cosa resta, infine, della invocazione del «principio della solidarietà», che mezzo secolo fa Stefano Rodotà, nel (ri)aprire il problema della responsabilità civile, individuava come «filo conduttore» atto a servire da guida nel ricostruire la totalità di una disciplina puntualizzandone la particolare operatività nel criterio dell'ingiustizia del danno? La responsabilità civile sembra far emergere sempre più un problema di allocazione del danno secondo criteri di politica economica. «L'idea di un "diritto soggettivo assoluto alla integrità del patrimonio" - si legge in una delle più recenti trattazioni - è, certo, teoricamente improponibile. Ma è un'idea che mostra nei fatti la necessità di porre in termini assolutamente diversi il problema dell'ingiustizia del danno»; un'idea che «evoca una nozione di patrimonio come possibilità di conseguire un risultato utile che, a ben vedere, include tutto il valore d'uso e di scambio appropriabile attraverso l'esercizio della propria libertà». In ultima analisi, «essenzialmente la responsabilità civile - questa è la conclusione - è un meccanismo sociale per la traslazione dei costi». Per John Rawls la «solidarietà sociale» si traduce in una «idea di fraternità»: la quale - come riconosce il «maestro contemporaneo del liberalismo progressista» - ha sempre avuto «un ruolo secondario nella teoria della democrazia», e spesso è stata relegata al rango di «una concezione impraticabile». L'interpretazione che ne viene proposta per renderla «praticabile» poggia su «un principio di giustizia che renda fedelmente l'idea sottostante», a sua volta identificato nel «principio della differenza»: il quale «sembra corrispondere al significato naturale della fraternità; cioè all'idea di non desiderare maggiori vantaggi, a meno che ciò non vada a beneficio di quelli che stanno meno bene». L'idea di fraternità - che apparentemente sembra riportarci alla fraternità illuministica - si contrappone all'idea costituzionale della solidarietà; il «desiderio» che i maggiori vantaggi vadano «a beneficio dei meno avvantaggiati» prende il posto del «dovere inderogabile di solidarietà politica, economica e sociale»; il diritto di ognuno «alla più estesa libertà fondamentale» non coincide con i «diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità», ma segna il passaggio dal personalismo all'individualismo, sia pure a un individualismo illuminato e egualitario. La crescente accoglienza in Europa della concezione rawlsiana della solidarietà-fraternità, talvolta espressamente professata, talaltra agevolmente riscontrabile, sembra dunque condurre ad una progressiva evaporazione del concetto di solidarietà: certamente in Italia, stando al confronto appena abbozzato con il modello di solidarietà delineato dalla nostra Costituzione; ma verosimilmente anche in Francia, nonostante l'apparente parallelismo tra il quasi-contratto posto da Léon Bourgeois a fondamento della solidarietà e l'ipotetico contratto sociale, immaginato da John Rawls, con cui ogni individuo, collocato in una «posizione originaria» coperta dal c.d. «velo dell'ignoranza», è chiamato in piena libertà a stabilire i principi di giustizia, sarebbe indotto in quanto persona razionale - questa è la scommessa del filosofo di Harvard - a scegliere una giustizia che consenta di usare le disuguaglianze per migliorare le condizioni dei più svantaggiati: un contratto sociale che, lungi dal confrontarsi con le concezioni politiche dei solidaristi francesi della fine del secolo XIX, mira a portare a un più alto livello di astrazione la nota teoria del contratto sociale, quale si trova ad esempio in Locke, Rousseau e Kant".

7 In particolare, vedi Russo, E.: *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, in *Commentario. Codice civile*. Schlesinger, Milano, 1999, p. 48 s.

La categorizzazione dei fatti, si badi, non deve sfociare nella dogmatica ma, *a contrario*, nella esaltazione di un canone interpretativo che si fondi sui quei principi costituzionali che, di volta in volta, possono determinare l'inclusione di un determinato fatto o evento nell'una o nell'altra regola di diritto⁸; lungo questo percorso argomentativo ci si avvicina alla migliore soluzione del caso concreto, seguendo i criteri del bilanciamento d'interessi delle parti (i coniugi) coinvolte nella fattispecie, della ragionevolezza e della proporzionalità⁹.

II. CANONE D'INTERPRETAZIONE DEL MODELLO COMUNITARIO: SOLIDARIETÀ TRA CONIUGI E BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI PERSONALI E DELLA FAMIGLIA NELLA PROSPETTIVA ASSIOLOGICA.

Se il canone d'interpretazione è tale, la prima ricerca che si vuole condurre è quella di individuare il grado di connessione e la capacità di intervento dei principi costituzionali, nella loro poliedricità di spettro, rispetto al regime della comunione legale¹⁰.

8 Si consiglia PERLINGIERI, P.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss., ora in ID.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 441 ss.

9 Si veda LIPARI, N.: "Spirito di liberalità» e spirito di solidarietà", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 17 s.; BUSNELLI, F.D.: "Solidarietà: aspetti di diritto privato", *Iustitia*, 1999, p. 435 ss.; DELMAS-MARTY, M.: *Pour un droit commun*, Lonrai, 1994, pp. 273, 283 ss.; MANCINA-RICCIARDI, C.: *Famiglia italiana: vecchi miti e nuove realtà*, Roma, 2012, p. 23 e ss. Ancora, BUSNELLI, F.D.: *Prefazione a La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, Padova-Milano, 2011, p. 9 ss.

10 Si legga il recentissimo - e pieno di riflessioni assolutamente attuali e condivisibili - Studio del Consiglio nazionale del Notariato (n. 31-2021/C), TAGLIAFERRI, V.: *Le attuali criticità della comunione legale e la convenzione matrimoniale impeditiva dell'acquisto in comunione*, Roma, 2021, p. 65. Lo studio sostiene, a ragione, che la attuale "disaffezione del comune sentire deriva in primis dall'inidoneità del regime della comunione ad attuare un'effettiva compensazione dei sacrifici affrontati da ciascun coniuge nell'interesse della famiglia, qualora si prenda in considerazione il problema dell'allocatione della ricchezza costituita dalle capacità di reddito dei coniugi". Lo Studio, altresì, partendo dal dato che la recente giurisprudenza di legittimità tende correttamente a valorizzare l'analisi delle singole fattispecie concrete al fine di individuare l'adeguata misura dell'assegno divorzile (in relazione al modello di matrimonio e alle scelte adottate in comune accordo tra i coniugi per la realizzazione dell'interesse familiare), nota come "i criteri introdotti dalle Sezioni Unite siano il punto di partenza di una lettura moderna e di diritto positivo della crisi della famiglia e della ridistribuzione della ricchezza; l'attuale contesto sociale e culturale obbliga una decisa rilettura della formula della solidarietà post-coniugale. La mutata condizione professionale e lavorativa della donna di questo secolo impone una valutazione che non deve essere limitata alla visione della stessa come soggetto da proteggere; ciascuno dei due partner potrebbe aver rinunciato a potenziali avanzamenti della carriera per far fronte ai bisogni della famiglia e dei figli. Di conseguenza la solidarietà post-coniugale non rappresenta più una formula che si applica automaticamente, bensì in seguito a concreta analisi di ogni singolo rapporto, ben potendo essere applicata anche a coppie dello stesso sesso". Valga notare, ancora, come lo Studio affermi, a ragione, la tendenza, normativa e giurisprudenziale, verso la migliore applicazione del regime della comunione legale: "[...] in particolare, è necessario segnalare come le indicazioni della Cassazione in materia di assegni post matrimoniali possano costituire un indice di valutazione della comunione legale. Infatti, dette sentenze, pur non esplicitando in alcun modo un'indicazione di favore verso la comunione legale, certamente ne comportano una valorizzazione implicita; le nuove letture dei tradizionali criteri di an e quantum dell'assegno divorzile riducono le attribuzioni e le quantificazioni, mostrando come il coniuge in comunione legale sia avvantaggiato per la certezza e la celerità della distribuzione della ricchezza familiare accumulata derivante dall'instaurarsi della comunione de residuo. La giurisprudenza, pertanto, seppur in maniera non costante né omogenea, pare supportare il legislatore nella difesa della comunione legale: in una qualche misura, infatti, le viene riconosciuta una preminenza e una tutela implicita, che impongono all'interprete attento una rilettura organica dei punti di criticità della stessa".

Ebbene, si rileva che la natura dispositiva della comunione legale conduce a confinare l'applicazione dei principi costituzionali nella scelta operata dai coniugi e dentro, di conseguenza, il perimetro regolamentare e applicativo del regime patrimoniale oramai adottato; pertanto, l'invocata discrasia ontologica tra la comunione legale con il correlato *favor comunionis* e i principi di eguaglianza¹¹ e di solidarietà costituzionali, dedotti come assenti nei diversi regimi patrimoniali (*id est* la separazione), perde di forza persuasiva e rigore metodologico se solo si chiarisce che il principio di eguaglianza dei coniugi e quello di solidarietà tra gli stessi devono trovare applicazione nell'ambito dei singoli regimi patrimoniali adottati e, quindi, nella specie, all'interno della comunione legale una volta che la volontà dei coniugi (effetto dispositivo) sia stata espressa (ovvero in assenza di contraria indicazione, essendo il regime in esame indicato come legale)¹².

Non è errato parlare di un microsistema della comunione legale tra i coniugi all'interno della disciplina del diritto di famiglia, *recte* della disciplina del diritto patrimoniale familiare; tuttavia, tale acquisizione non conduce all'isolamento del regime rispetto alle, invece, necessarie forme di supporto interpretativo date dai principi e dai valori costituzionali¹³.

Se ben si comprende il meccanismo di interazione tra i valori costituzionali e l'applicazione del regime della comunione legale, è possibile ricavare il corretto inquadramento dei singoli principi nelle dinamiche interne alla gestione della comunione legale¹⁴.

La solidarietà tra coniugi, quale valore ordinamentale, trova ampia applicazione nel regime della comunione legale nel momento in cui i beni della comunione rispondono di tutti i pesi ed oneri gravanti su di essi all'atto dell'acquisto, di tutti i carichi dell'amministrazione, delle spese per il mantenimento della famiglia e per l'istruzione e l'educazione dei figli, di ogni obbligazione contratta dai coniugi, anche separatamente, nell'interesse della famiglia e di ogni obbligazione contratta congiuntamente dai coniugi¹⁵.

11 Si rinvia a CASSESE, S.: "L'eguaglianza sostanziale nella Costituzione: genesi di una norma rivoluzionaria", *Le Carte e la Storia*, 2017, n. 1, pp. 5-13; GIANNINI, M.S.: "Profili costituzionali della protezione sociale delle categorie lavoratrici", *Rivista giuridica del lavoro*, 1952, n. 6, ora in *Scritti*, III, Milano, Giuffrè, 2005, p. 738.

12 Cfr. FALZEA, A.: "Le couple non marié", in AA.Vv., *Scritti d'occasione, Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano 2010, p. 101 ss.

13 Cfr., in tema RUSSO, E.: *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, cit., p. 20 s. Inoltre, DONATI, A.: *La concezione della giustizia nella vigente Costituzione*, Napoli, 1998, p. 343 s.; GAUTHIER, F.: *Triomphe et mort du droit naturel en Révolution*, Paris, 1992, p. 19; HAYWARD, J.E.S.: "Solidarity and the Reformist Sociology of Alfred Fouillée", *American Journal of Economics and Sociology*, XXII (1963), p. 216: «Finally, in the course of rightly destroying privileges and monopolies, the Revolution in France, like the Reformation in England, allowed itself to be carried away to the extent of destroying the very principle of association».

14 Conf. GORGONI, M.: *Le convivenze di fatto meritevoli di tutela e gli effetti legali tra imperdonabili ritardi e persistenti perplessità*, Sant'Arcangelo Romagna, 2016, p. 191, e TASSINARI, F.: "Il contratto di convivenza nella L. 20.5.2016 n. 76", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1738 ss.

15 Si veda GRASSETTI, C.: *I principi costituzionali relativi al diritto di famiglia*, Firenze, 1950, p. 285; AZZARITI, G.: *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951, p. 106; FUNAIOLI, G.B.: *L'evoluzione giuridica della famiglia*

Appare, pertanto, evidente come la spinta solidaristica sia presente nella gestione del patrimonio in comunione legale in funzione della tutela degli interessi di vita della famiglia¹⁶ e dei coniugi e come la concreta e corretta determinazione dell'accentuazione solidaristica del regime si debba rintracciare nel sistema regolatorio scelto ed operante efficacemente¹⁷.

In tema, entra ora in gioco l'applicazione del canone interpretativo del bilanciamento d'interessi tra coniugi per individuare i limiti ordinamentali alla solidarietà tra coniugi nell'esercizio delle proprie attività personali ed economiche; le classi dei fatti che determinano il mantenimento della titolarità personale del bene, con impedimento dell'ingresso in comunione, sono, all'opposto, espressione del valore costituzionale della libertà d'iniziativa economica dei singoli consociati. È, di risulta, evidente come la lettura, assiologicamente orientata, della disciplina della

e il suo avvenire al lume della Costituzione, Firenze, 1951, p. 44.

16 Mi si consenta qui una breve divagazione storico-filosofica sulla famiglia. "La famiglia è la società naturale, i cui membri sono uniti da amore, fiducia e naturale obbedienza, è una società naturale perché ognuno appartiene come membro ad una famiglia non per volontà propria ma per natura e perché le relazioni e il comportamento reciproco dei membri della famiglia non sono fondati sulla riflessione, ma sul sentimento. La famiglia è un tutto organico. La fiducia che i membri della famiglia hanno reciprocamente consiste nel fatto che ciascuno non ha un interesse per sé, ma in generale per il tutto [...] La prima naturale relazione in cui l'individuo entra con altri è la relazione famigliare. Essa ha, per vero, anche un lato giuridico, ma questo è subordinato al lato del sentimento, dell'amore, della fiducia [...] Ogni membro della famiglia non ha la sua essenza nella propria persona, ma soltanto la totalità della famiglia costituisce la sua personalità [...] L'unione di persone dei due sessi, che è il matrimonio, non è essenzialmente né unione meramente naturale, né un puro contratto civile, ma un'unione morale del sentimento, nel mutuo amore che le fa una persona sola [...] Il dovere dei genitori nei confronti dei figli è di provvedere al loro mantenimento ed educazione, quello dei figli è di obbedire ad essi, finché non diventano indipendenti, ed onorarli per tutta la vita" (così, HEGEL, G.W.F.: *Philosophische Propädeutik*, Herausgegeben von Karl Rosenkranz, Berlin, Duncker & Humblot, 1840). La riflessione filosofica di Hegel ripercorsa è volta a fondare l'incondizionatezza dell'istanza etica. In tale contesto teorico diventa problematico armonizzare il valore morale col dinamismo della vita affettiva. Si rifletta poi su quanto afferma il filosofo francese Jean Francois Lyotard, interrogato sulla questione dei diritti dell'uomo: "ciò che rende simili gli uni agli altri gli essere umani è il fatto che ognuno porta in sé la figura dell'altro" (così LYOTARD, J.F.: "I diritti dell'altro", in AA.Vv.: *I diritti umani*, a cura di S. Shute e S. Hurley, Milano, Garzanti, 1994). Non si può dire "io" senza contemplare un "tu", un "altro" nel quale mi riconosco. Conoscenza e comprensione devono essere alla base di una civile convivenza tra persone. La famiglia occidentale per quanto riguarda legge e principi è rispettosa della pari dignità dei suoi membri, in particolare della donna e dei minori. In una visione assiologica, per una comunione di vita è necessario superare ogni atteggiamento di divisione e di incompatibilità. La famiglia è elemento costitutivo di un disegno creativo, è espressione dell'amore coniugale. La vita familiare ha possibilità di crescere giorno per giorno a condizione che non venga mai meno l'impegno perseverante dei coniugi. "I coniugi", avverte il Concilio Vaticano II, "adempiranno il loro dovere con umana e cristiana responsabilità, con riflessione e impegno comune si formeranno un retto giudizio, tenendo conto sia del proprio bene personale che quello dei figli [...] valutando le condizioni di vita del proprio tempo e salvaguardando la scala dei valori del bene della comunità familiare e della società temporale". L'attenzione si sofferma infine sulla prospettiva di Kierkegaard che richiede di ridefinire le categorie stesse mediante le quali l'esistenza può essere pensata, le categorie sono il singolo e la possibilità. Queste categorie possono essere applicate alla propria vita soltanto dall'interno. Kierkegaard si colloca, così, nell'ottica agostiniana della ricerca interiore. L'individuo, il singolo, si trova davanti alternative diverse riconducibili a due differenti modelli esistenziali che il Nostro descrive in "Aut-aut": la vita estetica o quella etica. A essi ne si aggiunge un terzo: la vita religiosa. Questi tre modelli di vita possono essere considerati stati dell'esistenza. Lo stadio etico è caratterizzato dalla scelta, l'individuo si determina. Vivere eticamente vuol dire essere mariti, padri ed assumere tutti quei compiti e quelle responsabilità che fanno di noi un tassello della struttura sociale.

17 In tal senso BIN, M.: *Rapporti patrimoniali tra coniugi e principio di eguaglianza*, Torino, 1972, p. 113 ss., ma già precedentemente, per altro aspetto ESPOSITO, C.: "Famiglia e figli nella Costituzione italiana", in AA.Vv.: *Scritti in onore di A. Cicu*, Milano, 1951, p. 560. Altresì, RESCIGNO, P.: "L'eguaglianza dei coniugi nell'ordinamento della Comunità Europea", in AA.Vv.: *Eguaglianza giuridica e morale dei coniugi* (Atti del Convegno su eguaglianza giuridica e morale dei coniugi, Napoli, dicembre 1973), Napoli, 1974, p. 20 ss.; BARILE, P.: *L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi nella giurisprudenza costituzionale*, ivi, p. 42 ss.

comunione legale tra coniugi porti alla naturale evidenziazione di una continua ponderazione del grado applicativo dei valori ordinamentali tramite il necessario bilanciamento tra gli interessi (patrimoniali e personali) dei soggetti coinvolti¹⁸.

Attesa la necessità di ricercare, come si tenterà di fare nel prosieguo della presente ricerca, il grado di flessibilità ed estensione delle categorie di beni e degli acquisti che possano entrare o meno in comunione legale tra i coniugi, vale ora provarsi nello studio dei limiti di interazione tra il principio solidaristico tra coniugi e il principio della libertà di iniziativa economica per comprendere come, *de iure*, non esista un reale conflitto nelle determinazioni patrimoniali all'interno del regime della comunione legale¹⁹.

Si rifletta: la solidarietà trova applicazione nella gestione del patrimonio in comunione legale con il correlato effetto di produrre la partecipazione del coniuge alle situazioni reali, creditorie e debitorie afferenti ai bisogni della famiglia; al contrario, la libertà d'iniziativa economica ed imprenditoriale del singolo coniuge riguarda la fase anteriore la gestione del patrimonio comune, *recte* il momento di determinazione delle categorie di classe cui è destinato l'eventuale acquisto.

Il bilanciamento degli interessi tra i coniugi, *de facto*, prospetta una assiologica interazione tra i valori costituzionali descritti, senza che occorra procedere ad alcuna limitazione dei campi applicativi della disciplina positiva della comunione legale; le fasi e gli sviluppi del regime patrimoniale individuano, in progressione, distinti valori costituzionali ed ordinamentali che trovano la corretta traslazione nei rapporti patrimoniali dei coniugi²⁰.

Se la solidarietà porta - nel corso della gestione del patrimonio in comunione - alla espressione di una mutualità nel perseguimento dell'interesse familiare con la partecipazione di entrambi i coniugi a sostegno della superiore tutela dei bisogni del nucleo familiare²¹, la autodeterminazione del coniuge nella diversa espressione

18 Cfr., MENGONI, L.: "Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà", AA.Vv.: in *Mengoni, Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, p. 143; ROSSI, E.: "La fraternità fra «obbligo» e «libertà». Alcune riflessioni sul principio di solidarietà nell'ordinamento costituzionale", AA.Vv.: in *La fraternità come principio di diritto pubblico*, Roma, 2007, p. 86 s.; PIZZOLATO, F.: "Appunti sul principio di fraternità nell'ordinamento giuridico italiano", in *Riv. intern. dir. uomo*, 2001, p. 762.

19 In materia si può indicare il seguente formante della giurisprudenza costituzionale: Corte cost. 23 maggio 1966, n. 46, in *Giust. civ.*, 1966, III, p. 152; Corte cost. 19 dicembre 1968, n. 126, *ivi*, 1969, III, p. 4; Corte cost. 19 dicembre 1968, n. 127, *ivi*, p. 6; Corte cost. 13 luglio 1970, n. 128, *ivi*, 1970, III, p. 199; Corte cost. 13 luglio 1970, n. 133, *ivi*, p. 202; Corte cost. 26 giugno 1974, n. 187, *ivi*, 1974, III, p. 334.

20 Cfr., TODOROV, T.: *Mémoire du mal, tentation du bien*, Paris, 2000, p. 4: «Que nous a apporté le XX siècle? Le pire: un régime politique inédit, le totalitarisme, la torture, la déportation, l'humiliation de millions d'autres; pourtant, ses protagonistes aspiraient au bien, non au mal».

21 Si legga PARADISO, M.: "La solidarietà giuridica tra pubblico e privato: Leggendo il volume omonimo di Roberto Cipitani", *Dir. famiglia*, 2012, p. 368, il quale afferma: "quanto alla economicità, si evidenzia, anzitutto, che la solidarietà ben può fare ingresso in rapporti giuridici di natura patrimoniale, ed è perciò compatibile con la materia dei contratti, essendo suscettibile di divenire oggetto di una vera e propria obbligazione: ciò che conta, infatti, a norma dell'art. 1174 c.c., è che la prestazione sia «suscettibile di valutazione economica». Certo, la solidarietà tra privati può realizzarsi anche attraverso la donazione

della propria iniziativa economica - nella fase genetica dell'acquisto - è il momento di tutela della autonomia del singolo nella trasformazione e progressione del proprio patrimonio²².

III. ECCEZIONALITÀ DEL REGIME PATRIMONIALE E TUTELA DELLE SITUAZIONI SOGGETTIVE DEI CONIUGI NELLA RICERCA DEL CORRETTO SPAZIO DI AUTONOMIA PATRIMONIALE DEL SINGOLO.

Il percorso interpretativo prosegue nella constatazione di un dato di sicura rilevanza nella concreta determinazione del perimetro d'azione del singolo coniuge in comunione legale; attesa l'affermazione del principio *nemo invitus locupletari potest*, l'eccezionalità dell'efficacia della comunione legale tra coniugi risiede, di certo, nell'automatico trasferimento della (com)proprietà a favore del coniuge non partecipante all'acquisto secondo la regola, di derivazione germanica, della comunione senza quote a fronte della mera presenza dello *status*.²³

Se, *naturaliter*, l'acquisizione della proprietà (di qualsiasi bene economicamente valutabile) è il derivato dell'attività personale teleologicamente orientata del coniuge, la speciale caratterizzazione del microsistema della comunione legale consiste nella parziale deroga a tale modello eziologico in modo da esaltare,

o altri contratti gratuiti, ma sia nel settore privato, sia in quello pubblico i rapporti diretti ad assolvere l'impegno di solidarietà possono essere onerosi o gratuiti, bilaterali o unilaterali: possono considerarsi onerosi e bilaterali, ad esempio, le convenzioni tra gli enti pubblici e coloro che erogano i servizi sociali, ma non di rado sono bilaterali e onerosi anche i rapporti tra i soggetti che forniscono detti servizi e gli utenti (si pensi al contratto tra una persona bisognosa e un ente pubblico che fornisca l'alloggio in una casa popolare). E se non è oneroso il rapporto tra il volontario e l'ente presso il quale è prestata l'attività, certo lo è il rapporto tra l'ente *non profit* e i propri dipendenti. Onerosità e bilateralità, d'altra parte, si possono osservare anche nei finanziamenti pubblici e nell'erogazione delle prestazioni previdenziali; e se per attuare gli obblighi di solidarietà gli enti pubblici possono servirsi di provvedimenti amministrativi, questo non toglie che sempre più spesso si faccia ricorso a "strumenti" contrattuali. Un altro rilievo che viene avanzato, dal punto di vista del diritto privato, è che la solidarietà non si attua soltanto con uno specifico tipo di atto negoziale. Vi possono essere rapporti che per legge sono direttamente destinati alla realizzazione di tale obiettivo, com'è il caso del rapporto tra l'ente di beneficenza ed i volontari che svolgono la loro attività. Ma nella generalità dei casi la solidarietà ben può realizzarsi attraverso contratti non esclusivamente finalizzati a questo scopo: contratti d'opera (i servizi di assistenza prestati da una fondazione o una associazione), di comodato e di locazione (ad es., per gli alloggi popolari), contratti di vendita (la cessione di prodotti alimentari o di vestiario a prezzi agevolati). Ne emerge, perciò, la neutralità dello strumento attraverso il quale si attua il dovere di solidarietà. In definitiva, perciò, la "funzione solidaristica" appare pienamente compatibile con le categorie dell'obbligazione e del contratto, sia quando le prestazioni sono fornite da un privato, sia quando competono a un ente pubblico, in particolare nei programmi di finanziamento e nella erogazione dei servizi sociali. Ma tale funzione non è incompatibile con la stessa "dimensione" del mercato e dell'impresa, quali emergono in particolare dalla nuova disciplina interna e comunitaria, che consente di «mettere in evidenza il ruolo della solidarietà nelle relazioni economiche e di queste nel raggiungimento degli obiettivi sociali. Anzi si sostiene che, in molti casi, il mercato e le relazioni economiche possano soddisfare le finalità solidaristiche meglio della beneficenza, in quanto mettono le persone in grado di uscire dalla situazione di bisogno rispettandone la dignità. È il caso del microcredito, della fornitura di apparati tecnici a basso costo..., del commercio equo e solidale, che promuovono l'indipendenza delle persone attraverso l'imprenditorialità e il consumo».

22 Si legga FALZA, A.: "Fatti di sentimento", in AA.Vv.: *Dogmatica giuridica, Ricerche di teoria generale del diritto e dogmatica giuridica*, Milano, 1997, p. 435 ss.

23 Vedi DI MAJO, A.: "Doveri di contribuzione e regime dei beni nei rapporti patrimoniali tra i coniugi", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 349.

invece, lo *status* coniugale che, nel rispetto del sistema di acquisizione automatica della comunione, determina una situazione di comproprietà in aperto contrasto al valore ordinamentale in tema di diritto della proprietà che manifesta la tensione verso la caducità delle situazioni giuridiche di contitolarità (per il tramite dell'esercizio della divisione)²⁴.

La specialità e la eccezionalità della disciplina della comunione legale tra i coniugi devono, pur tuttavia, essere sottoposte ad una più profonda analisi assiologica nella prospettiva di indagine delle tutele, anche costituzionali, dei singoli coniugi²⁵. Ebbene, proprio l'affermazione del carattere della eccezionalità, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 14 disposizioni preliminari, dovrà essere concretamente valutata nelle varie classi di fatti che prevedono l'inclusione del bene in comunione ovvero consentono il mantenimento della piena titolarità del bene a favore del singolo coniuge acquirente.

Ebbene, valga per ora ricavare il termine conclusivo dell'iniziale approccio ermeneutico al regime nella considerazione per cui la ricognizione del materiale normativo della comunione legale e la constatazione della relativa incompletezza nella previsione di particolari categorie di fatti - che modificano la patrimonialità della comunione e del singolo coniuge - muovono verso l'obbligo dell'interprete di rintracciare valori ordinamentali ulteriori, rispetto a quelli espressi nel microsistema del regime, per la risoluzione di discrasie e aporie sistematiche ed ordinamentali²⁶.

È utile proporre l'*excursus* storico delle dinamiche costituzionali nelle interazioni dei rapporti tra coniugi; la pluralità di interventi della Corte costituzionale in materia di diritto di famiglia è chiara espressione dell'equilibrio tra tutela dei diritti individuali e salvaguardia dell'unità familiare nel rispetto degli artt. 29 e 30 della Costituzione²⁷. La persistenza, almeno apparente, del citato equilibrio

24 Si legga PERLINGIERI, P.: "I diritti del singolo quale appartenente al nucleo familiare", in AA.Vv.: *Rapporti personali nella famiglia*, Camerino-Napoli, 1982, p. 74 ss.; TRABUCCHI, A.: "Fedeltà coniugale e Costituzione", *Riv. dir. civ.*, 1974, II, p. 314.

25 Cfr., VIGLIONE, F.: "I rapporti di convivenza: esperienze europee", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1724. ROMEO, F.: "Le relazioni affettive non matrimoniali: nuove mappe ricostruttive", in AA.Vv.: *La famiglia all'imperfetto?*, cit., p. 325 ss. Inoltre, BIANCA, M.: "Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto", *giudicedonna.it*, 2/2016. TRIMARCHI, M.: "Unioni civili e convivenze", *Fam. e dir.*, 2016, p. 864 e RIZZUTI, M.: "Prospettive di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto", *Giust.civ.com.*, 12 giugno 2016.

26 Vedi QUADRI, E.: "Il nuovo intervento delle sezioni unite in tema di convivenza coniugale e deliberazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 47 ss.; IRTI, C.: "Digressioni intorno al mutevole "concetto" di ordine pubblico", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 488 s.; GIACOBBE, G.: "Le sezioni unite tra monofilia e nomofantasia", *Dir. fam.*, 2014, p. 1417 ss.; MARTINELLI, E.: "L'araba fenice: post fata resurgo: La riforma del processo matrimoniale canonico e i suoi riflessi sulla deliberazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, spec. p. 1070 s. e Id.: *La prolungata convivenza come coniugi ovvero il letto di Procuste delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, *ivi*, 2015, p. 733 ss. Vedi, altresì, in materia Cass. nn. 19811 e 23640/2016 e EMILIOZZI, E.A.: "Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio: l'incerto cammino della Cassazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 71 ss.

27 Conf., THERY, I.: "Remariage et familles composées: des evidence aux incertitudes", *Année sociologique*, 1987, p. 119 ss. Sul tema vedi, altresì, per ulteriori indicazioni, AULETTA, T.: "Disciplina delle Unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 403 ss.

trova conferma nella lettura tradizionale del dato costituzionale nel senso della preminenza della famiglia fondata sul matrimonio e dei diritti dei suoi membri, famiglia intesa in senso estensivo ed assiologico per la configurazione di istituzioni concorrenti, quali le unioni civili²⁸.

Valga mettere in evidenza che i principi costituzionali esprimono un modello paritario nei rapporti tra uomini e donne²⁹; tuttavia, in senso storico, a ben

28 Si legga SALANITRO, U.: "Per una riflessione sistematica sul diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme", *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 568 e ss., per il quale: "prioritariamente occorre valutare la tenuta degli assetti costituzionali sotto la pressione dei divergenti principi internazionali. La riforma del 1975, preceduta da una pluralità di interventi della Corte costituzionale, si può considerare espressione attuativa di quell'equilibrio tra tutela dei diritti individuali e salvaguardia dell'unità familiare che ha trovato accoglimento nell'Assemblea costituente e che è sancita negli articoli 29 e 30 della Costituzione. Le più recenti novelle, invece, sembrano esprimere un diverso equilibrio, che solo in apparenza vuole essere conforme a una lettura *original intent* del testo costituzionale, riconoscendo ancora limiti all'ingresso del figlio naturale nella famiglia coniugale e differenziando su aspetti specifici le regole delle unioni civili dalla disciplina del matrimonio: la sensazione emergente dall'analisi complessiva delle nuove regole è che, al di là del mero rispetto formale, sia stata forzata la *ratio* corrispondente alla volontà del costituente, per adeguare il dettato costituzionale ai modelli di derivazione internazionale. Una regola sovraordinata che assicura tutela al rapporto di filiazione di chi è nato fuori dal matrimonio "compatibilmente con i diritti dei membri della famiglia legittima", non sembra legittimare la costituzione di rapporti con i parenti del genitore naturale, tantomeno nella forma assolutamente paritaria che è stata adottata dalla novella. L'equiparazione piuttosto, invero percepita quale doverosa dall'odierno comune sentire, troverebbe legittimazione soltanto se fosse considerata espressione della prevalenza sul dato costituzionale del divieto di qualsiasi forma di discriminazione, ivi compresa quella fondata sulla nascita, espressamente sancito dall'art. 21 della Carta di Nizza e dagli artt. 8 e 14 della Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo. La lettura tradizionale del dato costituzionale nel senso della preminenza della famiglia fondata sul matrimonio e dei diritti dei suoi membri, ove fosse intesa in senso rigoroso, potrebbe precludere la configurazione di istituzioni concorrenti, in cui fossero riprese su profili fondamentali le regole coniugali, quali sono le unioni civili. La scelta del legislatore della novella di assicurare un modello istituzionale alle coppie omosessuali richiede un'interpretazione evolutiva del disposto costituzionale, la quale consenta di individuare nuovi interessi preminenti che possano concorrere con i diritti dei membri della famiglia fondata sul matrimonio. Il riconoscimento di un modello forte, piuttosto, sembra essere coerente con i principi europei di non discriminazione volti ad assicurare alla coppia dello stesso sesso un trattamento equivalente alla coppia di sesso diverso: se così fosse, ne discenderebbero conseguenze sul piano dell'interpretazione del dato normativo e in particolare sul fondamento e sulla ragionevolezza delle differenze di disciplina tra unione civile e matrimonio. Fondamentale è l'esigenza di verificare la congruità delle scelte normative con il quadro socio-economico e con il contesto culturale entro i quali si collocano i rapporti familiari. Il conflitto fra tradizione e modernità, soprattutto se declinato nella tensione tra logiche confessionali e impostazioni laiche, si rivela una chiave di lettura debole, che non coglie la complessità delle relazioni tra società e diritto, la concorrenza tra l'emergenza dei bisogni e la loro legittimazione ideologica, la discontinuità nella direzione e nell'intensità dei processi economici, culturali e politici. Le stesse direttive della Carta costituzionale, che pretendono l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi e ogni tutela per i figli nati fuori dal matrimonio, dovettero attendere quasi trent'anni per trovare attuazione nella riforma del diritto di famiglia. I principi costituzionali esprimono un modello paritario nei rapporti tra uomini e donne, che ha trovato fondamento nella partecipazione delle donne all'economia belligerante e all'esperienza partigiana (e che si era già riflesso sul piano politico nell'estensione del suffragio elettorale); ma la loro attuazione è stata ritardata da un clima economico e culturale, in cui si riproponeva il modello familiare della borghesia tradizionale, nel quale la distinzione di ruoli tra i sessi restava consolidata e fortemente condivisa. La partecipazione della donna coniugata quale portatrice di reddito alla famiglia era tendenzialmente integrativa e marginale, per la preminenza dell'occupazione maschile sostenuta dallo sviluppo economico del dopoguerra; era considerata inoltre, secondo l'impostazione culturale dominante, auspicabilmente superabile con la nascita dei figli, in modo da consentire alla donna di concentrare le energie nella loro educazione e istruzione. La riforma del diritto di famiglia coincide con le crisi e gli assestamenti degli anni settanta, a seguito dei quali la partecipazione della donna alla formazione del reddito familiare era divenuta sempre più importante e il suo accesso al mondo del lavoro facilitato dall'espansione del settore dei servizi: ma i fattori economici non sarebbero stati forse sufficienti se non accompagnati dai mutamenti culturali e politici, che indicavano nell'accesso al lavoro la via maestra per l'emancipazione femminile, intesa quale valore intrinsecamente positivo".

29 Ancora, si legga SALANITRO, U.: "Per una riflessione sistematica sul diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme", cit., p. 576, per cui "sul piano dei rapporti patrimoniali, mi limito a formulare due considerazioni di carattere generale, l'una nel senso della continuità, l'altra della discontinuità. Nel segno della discontinuità è il *revirement* giurisprudenziale in tema di assegno divorzile. La precedente regola, di

riflettere, se la partecipazione della donna coniugata, portatrice e produttrice di reddito alla famiglia, è stata tendenzialmente riconosciuta integrativa e marginale, al contempo l'apporto di risorse patrimoniali ed economiche da parte del coniuge di sesso maschile ha assunto la netta preminenza³⁰. La, appena indicata, tendenza è il portato di una statica e inconcludente riflessione che non può condurre ad alcuna valida sistematicità del dato normativo; *a contrario*, la riflessione sulla comunione legale tra i coniugi e l'emersione di nuovi criteri di interpretazione delle singole fattispecie devono manifestare la naturale tensione verso l'evoluzione della tecnica ermeneutica, capace di cogliere le mutate esigenze e i modi di vivere delle persone fisiche quali titolari degli stessi diritti e meritevoli di essere considerate nel rispetto del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.)³¹.

Lo spunto di riflessione che si può ricavare dall'iniziale trattazione del tema, sotto il profilo costituzionale, *recte* dell'applicazione dei principi di rango costituzionale all'interno del regime della comunione legale, può muovere, correttamente, dal rilievo per cui se il regime legale costituisce una *penalty default rule* per cui la

matrice giurisprudenziale, che parametrava l'assegno al tenore di vita coniugale, consentiva, senza oneri probatori impegnativi, di salvaguardare lo status sociale conseguito dal partner economicamente più debole. Si trattava di una regola che costituiva proiezione di un modello di coppia tradizionale, in cui i coniugi, al momento in cui impostavano la propria vita coniugale, potevano confidare nell'indissolubilità del matrimonio, o comunque nella sua tendenziale persistenza, e consideravano perciò ottimale una suddivisione dei ruoli in maniera netta tra lavoro esterno e interno alla famiglia. La regola giurisprudenziale, rendendo indissolubile il matrimonio nel suo versante patrimoniale, non poteva che essere superata in un ordinamento che ne ha reso più facile lo scioglimento, proponendo un modello flessibile, più attrattivo nei confronti di chi intende accedere all'istituzione coniugale e più consona alla gestione delle forme della ricomposizione familiare. In un contesto, che si è andato affermando nella compagine sociale, in cui entrambi i componenti della coppia non si sottraggono in via principio alla realizzazione nel lavoro esterno alla famiglia e in cui gli schemi di collaborazione familiare sono più articolati rispetto al passato, l'orientamento delle Sezioni unite, adottando una pluralità di criteri, consente quella flessibilità che si configura congrua con la molteplicità dei modelli sociali". Cfr., in tema, Cass. civ. 11 luglio 2018, n. 18287, in *Corr. giur.*, 2018, p. 1186 ss., con nota di PATTI, S.

30 È utile, sui profili patrimoniali delle unioni di fatto e nel senso di una continuità logica delle argomentazioni proposte, citare ancora SALANITRO, U.: "Per una riflessione sistematica sul diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme", cit., p. 581 e s: "nel segno della continuità è invece la scelta di mantenere l'intensa tutela del partner sul versante patrimoniale delle forme familiari istituzionali, derivante dalla duplice regola della comunione dei beni e della successione legale e necessaria. Tutela che, pur essendo criticata in sede di rapporto di coniugio, perché considerata troppo protettiva, è stata estesa, come si è già rilevato, anche all'unione civile. Ne' si dica che non si potesse adottare una regola diversa, più leggera, ove reputata aderente ai nuovi valori: abbiamo già notato che la disciplina delle unioni civili sembra abbandonare quelle regole che non appaiono consone ai tempi e comunque a distinguersi su profili non secondari dalla disciplina patrimoniale. Oltre a testimoniare, come già illustrato, la rilevanza relazionale dell'istituto delle unioni civili, la conferma della disciplina patrimoniale e successoria nei regimi di coppia istituzionali rappresenta l'attualità del modello – che potrà, forse in futuro, essere alleggerito nei meccanismi di funzionamento, riducendo la portata oppositiva della tutela in riduzione, ma – che appare sostanzialmente confermato nelle finalità e nelle proporzioni. In particolare, il regime della comunione legale è stato confermato ed esteso, nonostante le alte percentuali di abbandono: per cui occorre riflettere sull'opinione di chi, muovendo dall'idea che il regime legale della comunione costituisca una *penalty default rule*, in quanto stabilisce una regola dispositiva che è sistematicamente derogata, avverte che la disponibilità di una regola posta a tutela del *partner*, che sia in una posizione concreta di debolezza, favorisce la comunicazione di informazioni e la trattativa nella coppia, tanto più in un contesto in cui si perviene alla scelta matrimoniale in età più avanzata, con diverse esperienze lavorative ed affettive e con una maggiore consapevolezza".

31 Vedi BUSNELLI, F.D: "Architetture costituzionali, frantumi europei, incursioni giurisprudenziali, rammenti legislativi. Quale futuro per la famiglia?", in GORGONI, M.: *Unioni Civili e Convivenze di fatto*, L.20 maggio 2016 n. 76, Sant'Arcangelo di Romagna, 2016, p. XI ss. Evidenzia questo aspetto SESTA, M.: "La disciplina dell'unione tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello di famiglia", *Fam. e dir.*, 2016, p. 884.

comunione determina una regola dispositiva che viene, tuttavia, sistematicamente derogata come la prassi indica chiaramente, si può dedurre che la tensione normativa e dell'interprete debbano progredire verso la massima flessibilità del meccanismo regolatorio in funzione di accompagnare la ricercata disponibilità dei coniugi a soddisfare le proprie esigenze di vita, personali e familiari³².

Nella prospettiva di individuare la sostanza dell'interesse della famiglia, è da valutare che in quest'ultima non vi sono interessi che trascendano gli interessi individuali dei vari componenti³³; ne deriva che la famiglia è inquadrabile come una istituzione in senso organicistico in cui non sono suscettivi di tutela giuridica tutti i fini familiari che i coniugi perseguono nella costanza della c.d. *affectio familiaris*.

Nel sistema del pluralismo costituzionale delle formazioni sociali, la Carta procede, di certo, ad una graduazione valoriale nella individuazione del rapporto di "genere a specie" che corre tra l'art. 2 Cost., che tutela ogni formazione sociale per la sua funzione realizzatrice, e l'art. 29 Cost., che individua la famiglia come meritevole di una tutela nella realizzazione della funzione sociale³⁴. Nel solco di tale istanza costituzionale, l'interprete può ricavare il concetto, assiologico oltre che puramente ordinamentale, per cui la partecipazione alla famiglia, da parte dei coniugi, non può costituire causa di limitazione o di negazione della titolarità dei diritti inviolabili, ma può, invece, determinare la compressione di alcuni diritti patrimoniali che, in senso ragionevole e sulla base del corretto bilanciamento d'interessi, possono venire limitati in funzione del superiore interesse della famiglia³⁵.

32 In tema, altresì, RUSCELLO, F.: "Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore", *Famiglia*, 2002, p. 933 ss. Si legga STANZIONE, P.: "Minorità e tutela della persona umana", *Dir. fam.*, 2000, p. 762, per il quale "l'interesse del minore, in altri termini, non è cosa diversa da quello dello sviluppo della persona".

33 Si veda SABEL, C.F. GERSTENBERG, O.: "Constitutionalising an Overlapping Consensus: the ECJ and the Emergence of a Co-Ordinate Constitutional Order", *European Law Journal*, (2010), p. 37: "it is conceivable that the BVG, especially in the light of the Lisbon, ...could take the occasion of its pending review of the Mangold to articulate a Solange III doctrine, according to which it reserves the right to intervene not only when the ECJ ignores altogether consideration of fundamental rights, but also when the ECJ imposes its own interpretation of such rights in complete disregard of legitimate national diversity in their interpretation".

34 Conf. AULETTA, T.: "La famiglia rinnovata: problemi e prospettive", *Famiglia*, 2005, p. 19 ss.; DE MAURO, A.: "Le famiglie ricomposte", *ivi*, p. 767 ss.; FERRANDO, G.: "Famiglie ricomposte e nuovi genitori", *Giur. it.*, 2007, p. 12 ss.; SESTA, M.: *Diritto di famiglia*, Padova, 2003, p. 327 ss.; D'ANGELO, A.: "La famiglia nel XXI secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte", in AA.Vv., *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione europea* (a cura di D. Amram-A. D'Angelo), nella Collana *I quaderni della Rivista di diritto civile*, Padova, 2011, p. 13 ss.

35 Ancora, FALZEA, A.: voce "Efficacia giuridica", in *Enc. dir.*, XIV, Milano 1965, p. 495 ss., ora in Id.: *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1997, p. 163 ss.

IV. PATRIMONIALITÀ DELLA COMUNIONE LEGALE QUALE TRATTO FONDAMENTALE DELL'ISTITUTO E RAGIONEVOLEZZA NELLA INTERPRETAZIONE DEL DATO NORMATIVO: RIFLESSIONI CONCLUSIVE DI SISTEMA.

La riconosciuta teleologia familiare presuppone l'indisponibilità di solo alcune determinate situazioni soggettive familiari a carattere personale, fornendo, *de facto*, autonomo rilievo al matrimonio inteso come contratto³⁶; in termini ontologici, la Carta costituzionale assume una nozione di matrimonio contenutisticamente e assiologicamente orientata in cui i singoli coniugi devono poter avere spazio di azione patrimoniale nel perseguimento del proprio interesse e di quello familiare³⁷.

Ebbene, campo di elezione e di fertile applicazione dei suindicati principi e ragionamenti è, certamente, il regime patrimoniale della comunione legale quale sistema che consente ai coniugi di divisare scelte patrimoniali in ordine alla famiglia³⁸.

Appare congrua - ed ancora attuale - la ricostruzione che vuole la categoria dell'interesse familiare come concezione organica e superindividuale della famiglia in virtù della collocazione della stessa come comunità; in tal senso, l'interesse della famiglia coincide con l'interesse alla comunione di vita, *recte* con l'interesse a che lo svolgimento della vita familiare (in ipotesi di regime di comunione legale) rappresenti il fulcro dell'azione dei singoli coniugi, di modo che anche l'interprete, nella soluzione di aporie ermeneutiche, tenga conto del superiore interesse familiare³⁹.

36 Si veda PUGLIATTI, S.: "La giurisprudenza come scienza pratica", *Riv. it. scienze giur.*, 1950, p. 62; *Id.*, *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 118 e ora anche in *Id.*: *Scritti giuridici*, VI, Milano, 2012, p. 16. Inoltre, Corte cost. 23 febbraio 2012, n. 31, in *Foro. it.*, 2012, I, c. 1992 ss., con nota di ROMBOLI, R.; in *Guida al diritto*, 2012, n. 15, p. 70 ss., con commento di FINOCCHIARO, M.; Corte cost. 23 gennaio 2013, n. 7, in *Foro. it.*, 2014, I, c. 1402 ss.; e in *Guida al diritto*, 2013, n. 9, p. 76 ss., con commento di TRICOMI, L.

37 Si studi il *dictum* della Corte cost. del 18 dicembre 2017, n. 272, che ha rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. Sui riflessi filosofici delle argomentazioni addotte, vedi FORNERO, G.: "Postmoderno e filosofia", in ABBAGNANO, N.: *Storia della filosofia. La filosofia contemporanea*, Torino, 1994, p. 377 ss., 396 s.; SINI, C.: "I nuovi scenari filosofici", in GEYMONAT, L.: *Storia del pensiero filosofico e scientifico*, Milano, 1996 p. 36 ss.

38 A conforto della ricostruzione proposta, si veda ancora, TAGLIAFERRI, V.: "Le attuali criticità della comunione legale e la convenzione matrimoniale impeditiva dell'acquisto in comunione", cit., secondo cui: "[...] quanto alla scelta, invece, concessa ai conviventi, sempre nella medesima l. n. 76/2016, di scegliere quale regime patrimoniale quello della comunione legale, le criticità emergono con evidenza sempre maggiore. La facoltà di includere nel contratto di convivenza una volontà pattizia capace di originare il medesimo regime disposto dal legislatore in presenza di determinati presupposti lascia moltissime questioni operative aperte, quali, prima di tutto, la opponibilità di detta scelta ai terzi e, poi, le modalità concrete di applicazione delle regole di amministrazione ordinaria e straordinaria. Inoltre, una tale scelta pone questioni importanti di tipo sistematico, in relazione non solo alla possibilità di creare convenzionalmente una situazione che nelle famiglie fondate su matrimonio e unione civile è disposta dalla legge, ma anche sulla possibilità di incidere pattiziamente sul regime così creato. È, infatti, indiscutibile che una completa parificazione del regime legale delle famiglie istituzionali con quello elettivo delle convivenze comporti per lo meno una forzatura del sistema dei regimi patrimoniali in genere".

39 Cfr., PARADISO, M.: "Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è", in *La famiglia all'imperfetto?*, cit., p. 285 ss. Vedi, altresì, Corte EDU 14 gennaio 2016, Mandet c. Francia, ric. 3955/12. Ma in senso contrario, Corte EDU 5 novembre 2002, Yousef c. Olanda, ric. 33711/96; recentemente, Corte EDU 22 marzo 2012, Ahrens c. Germania, ric. 45071/09; in dottrina, vedi RANDAZZO B., "Diritto ad avere un genitore v.

Se ben si riflette sul ruolo della famiglia all'interno del nostro ordinamento giuridico si può argomentare, secondo una visione giusnaturalistica correlata al giuspositivismo, che ogni formazione sociale di coppia (nella specie la famiglia) si caratterizza sulla base dell'evoluzione fenomenologica della propria composizione soggettiva⁴⁰; difatti, mentre la formazione familiare in assenza di prole è, nella

diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione sorrette da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore", in *www.rivistaic.it*, 5 marzo 2017, p. 10 s.

- 40 Si legga SCALISI, V.: "Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto", *Riv. dir. civ.*, 2018, 407 e ss. per il quale: "la consacrazione ufficiale del superiore interesse del minore a principio cardine di ogni decisione che lo riguardi si deve alla Convenzione ONU del (20 novembre) 1989 sui diritti del fanciullo (art. 3, comma 1), dove per la prima volta è stato anche predisposto un vero e proprio statuto normativo integrale dei diritti del minore (sia di protezione che di prestazione e promozione). Da qui la formula è passata nella Convenzione europea di Strasburgo del (25 gennaio) 1996 sull'esercizio dei diritti del minore (art. 1, comma 2; art. 6, lett. a); art. 10) per approdare nel 2000 (7 dicembre) alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, in oggi – come adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 – avente lo stesso valore vincolante dei Trattati europei (art. 6, par. 1, TUE), che quella formula testualmente trascrive nell'art. 24, comma 2, e contemporaneamente proietta in tutti gli atti normativi di diritto europeo derivato riguardanti persone minori di età (tra cui, in particolare, reg. n. 2201/2003/CE: artt. 12, par. 1, lett. b); 15, par. 1, 5; 23, par. 1, lett. a); dir. 2003/86/CE: art. 5, par. 5; dir. 2011/36/UE: artt. 14, par. 2; 16, par. 2; reg. 2013/604/UE: artt. 6, 8, 20, par. 3; dir. 2013/33/UE: artt. 11, 23). Dalla Costituzione poi e dai sopra richiamati atti normativi sovranazionali ha preso avvio nel nostro diritto interno tutta una serie di leggi di attuazione – quelle specialmente in materia di adozione, di riforma del diritto di famiglia e della filiazione – nelle quali il riferimento al principio del superiore interesse del minore (artt. 32, comma 1; 35, commi 3 e 4, l. n. 184/1983; art. 28, comma 3, d. legis. n. 286/1998), altre volte aggettivato anche come preminente (art. 57, comma 1, n. 2, l. n. 184/1983) o come prioritario (artt. 155 *quater*, comma 1, e 337 *sexies*, comma 1, c.c.) o ancora come esclusivo (artt. 317 *bis*, comma 2, e 337 *ter*, comma 2, c.c.; art. 11, comma 1; 25, comma 5; 33, comma 4, l. n. 184/1983), diviene sempre più ricorrente, insieme a un ampio catalogo di corrispondenti diritti. Il definitivo imprimatur a tutto ciò giunge con la recente trasformazione, anticipata dall'Europa (reg. 2201/2003, artt. 8 ss.), della potestà genitoriale in responsabilità genitoriale (nuovo art. 316 c.c.). Ma si deve ritenere che considerazione preminente e primaria debba riservarsi all'interesse del minore, a volte qualificato anche come morale e materiale (art. 155 *sexies*, comma 2, c. c.), pure in tutti i casi in cui la normativa si limiti semplicemente a richiamarlo tout court senza ulteriore specificazione o aggettivazione (artt. 155 *bis*, comma 1, e 158, comma 2, c.c.; art. 4, comma 16, l. n. 898/1970; artt. 4, commi 5 e 5 *ter*, 14, comma 1, 19, comma 2, 25, commi 3 e 4, 35, comma 4, 43, comma 3, 46, comma 2, l. n. 184/1983; art. 6, comma 2, l. n. 162/2014) e ciò anche in applicazione dell'art. 117, comma 1, della Costituzione italiana, il quale esige il rispetto "dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali". L'interesse superiore del minore ascende così, per via anche dell'appena richiamata disposizione costituzionale, a valore apicale di sistema, diviene il nuovo principio sistematico organizzatore di tutto il diritto minorile e si potrebbe senz'altro dire dell'intero diritto di famiglia e di tutta la normativa a tutela dell'infanzia. Si può affermare che anche in questo campo il diritto, alla fine, si è riconciliato con la vita". Ancora: "Diritti deboli o «non definitivi», si è detto, e tuttavia suscettibili secondo la Corte costituzionale italiana (sent. n. 1/2002) di immediata applicazione e in quanto tali idonei a conferire al minore – secondo autorevole opinione – anche uno *status activus*, comportante un vero e proprio «principio di reciprocità strutturale degli interessi dei bambini e degli adulti», nel senso che al diritto di ascolto dei primi sarebbe simmetrico il dovere di questi ultimi di apprendere e imparare dal bambino per orientare atteggiamenti od azioni nel superiore interesse dello stesso. A spostare decisamente la tutela oltre la titolarità e verso una maggiore effettività è la sopra richiamata Convenzione di Strasburgo del 1996, la quale ha predisposto una dettagliata disciplina del diritto di ascolto con attribuzione al minore, avente capacità di discernimento, di un vero e proprio potere di autodeterminazione in ordine alla gestione dei propri interessi e al pieno esercizio dei propri diritti, con il riconoscimento e la promozione nei processi decisionali che lo riguardano del diritto ad essere consultato, a ricevere ogni pertinente informazione e ad esprimere liberamente la propria opinione (art. 3), al fine che della stessa se ne tenga debito conto (art. 6, lett. c), con azionabilità persino diretta da parte dello stesso minore di determinati diritti quali elencati negli artt. 4 e 5 della Convenzione medesima. La sopraggiunta Carta dei diritti fondamentali dell'UE a sua volta ha incluso il potere conferito ai minori di «esprimere liberamente la propria opinione» tra i diritti di uguaglianza, ma senza condizionarlo né alla capacità di discernimento né alle questioni di loro interesse. Solo l'obbligo della sua «presa in considerazione» viene subordinato all'età e alla maturità, nonché limitato alle questioni che li riguardano (art. 24, comma 1). Ma anche nella normativa europea derivata può dirsi ormai costante il riferimento alla necessaria audizione del minore in tutti i procedimenti che lo riguardano in ragione dell'età o del suo grado di maturità (reg. n. 2201/2003/CE: artt. 11, par. 2; 23, par. 1, lett. b); 31, par. 2; art. 41, par. 2, lett. c); 42, par. 2, lett. a); dir. 2011/36/UE: art. 15; dir. 2013/33/UE: art. 23, par. 2, lett. d). Da Convenzioni e Carte il principio dell'ascolto e della partecipazione previa informazione trapassa nelle legislazioni nazionali

assiologia della disciplina, centro di interessi patrimoniali e esistenziali solo dei coniugi, la formazione sociale della coppia con figli prevede un “altro” rispetto di interazione di interessi nei rapporti tra coniugi e figli, con la correlata esigenza di rileggere la disciplina positiva della comunione legale in stretto rapporto con le norme a tutela delle obbligazioni comportamentali e patrimoniali a tutela dei figli⁴¹.

Il diritto, nella concreta applicazione delle norme, deve seguire il principio di ragionevolezza nella concreta espressione di criteri e ragionamenti tesi alla soluzione di casi e vicende che sono, *naturaliter*, in costante mutamento sia sotto il profilo scientifico che sociologico; la scienza giuridica si confronta con le altre scienze e ne asseconda il percorso attraverso la proposizione di ragionevoli strutture giuridiche

e diviene, anche in attuazione del già richiamato art. 117, comma 1, della Costituzione, un principio generale pure del nostro ordinamento, che ne subordina l'esercizio al compimento del dodicesimo anno di età o, a prescindere dall'età, al possesso di una sufficiente capacità di discernimento (artt. 155 *sexies*, comma 1; 250, comma 4; 315 *bis*, comma 3; 316, comma 3; 336 *bis*; 337 *octies*; 348, comma 3; 38 *bis* disp. att. c.c.; art. 4, comma 8, l. n. 898/1970; nonché l. n. 184/1983 e successive modificazioni, con riferimento ai vari provvedimenti disciplinati dalla stessa). In alcuni casi viene addirittura richiesto il consenso del minore (art. 273, comma 2, c. c.) o il suo assenso (art. 250, comma 2, c. c.), ma solo in presenza di un prestabilito limite di età (anni quattordici). Ascolto e partecipazione quali strumenti intesi a favorire la realizzazione del *best interests of the child* hanno il compito di radicare il senso di ogni previsione normativa, di ogni decisione giudiziaria, di ogni provvedimento amministrativo relativi a minori nella concreta e reale, unica e irripetibile vicenda esistenziale di ciascuno di essi quale persona portatrice di proprie esigenze, bisogni, idealità, aspirazioni da soddisfare, allo scopo di scongiurare il rischio che la promozione del suo interesse possa divenire l'ennesimo espediente per l'affermazione dell'interesse degli adulti: evenienza assolutamente da impedire.”.

- 41 Si veda GORASSINI, A.: “Convivenze di fatto e c.d. famiglia di fatto, per una nuova definizione dello spazio topologico di settore”, *Riv. dir. civ.*, 2017, 855 e ss.: “nella struttura preordinata alla presenza dei figli (formazione sociale biologico-culturale) si assiste ad una limitazione dei diritti dei singoli componenti una coppia per fare spazio sia ai doveri di solidarietà biologica e sociale che ai diritti inviolabili del nuovo nato (soggetto debole “imputabile” ai procreatori), che comprimono i diritti dei componenti la coppia (altrimenti non sacrificabili neppure per reciproco accordo e neppure unilateralmente, non essendo disponibili se non in mera via di fatto), anche quelli fondamentali, non annullandoli ma ponendoli in posizione di subordine ai doveri, peraltro in conseguenza di una loro pregressa scelta libera che però – per la presenza di una nuova persona – non è più ritrattabile nella sua interezza. Tutte sono formazioni sociali caratterizzate dalla dualità di coppia (escludendo tutte le altre possibili) possono essere ricomprese nell’art. 2 Cost., ma alcune preordinate alla società naturale famiglia sono caratterizzate più dal dovere solidale che dalla realizzazione egoitaria dei singoli come persone; e in quelle familiari alcune sono tendenzialmente intrise di doverosità perché legate alla loro genesi sacrale forse risalente al diritto muto ancestrale (ancora presente nella celebrazione dei matrimoni religiosi, ma di fondo presente anche nella “celebrazione” del rito civile, e non presente nella unione civile. Ancora: “la ricerca giuridica dovrebbe essere almeno coordinata con i risultati delle ricerche di altre scienze, verso cui però i giuristi non sono propensi a confrontarsi, con il verificarsi di paradossi (volutamente) non esplicitati. Questo spiega, però, la ricerca affannosa di garantire comunque e in ogni caso una filiazione (anche solo adottiva) riproposta a proposito della l. n. 76 (ancora non sopita nella dialettica pubblica) e l'affanno al riconoscimento comunque della procreazione medicale anche surrogata. Si vuole in questo campo che la cultura sovrasti la natura, come in epoche passate, prima dell'avvento ecologico necessitato, si chiedeva la prevalenza della artificialità sul mondo materiale. Ma si spiega anche la portata peculiare del mancato riconoscimento nel comma 11 di alcune discipline previste per il matrimonio nell'art. 143 c.c., proprio quelle in cui si ha il riferimento alla famiglia come qualcosa di oltre la mera somma dei soggetti in coppia: contribuire ai bisogni comuni, non ai bisogni della famiglia e alla collaborazione nell'interesse della famiglia. L'interesse fondamentale si allarga verso un orizzonte comunitario di vita più intensa rispetto a quella meramente affettiva e di reciproca assistenza, di condivisione costante di spazi oltre che di tempi (anche se sempre e solo in funzione di migliore realizzazione egoitaria); e così si capisce perché il convivente superstite ha diritto ad abitare nella stessa casa; si noti, si parla di “casa di comune residenza” e ciò sembra spiegare il contenuto del comma 44: la facoltà di succedere nel contratto di locazione al compagno convivente premorto deriva da un diritto individuale (non familiare) condiviso, ma anche il limite del comma 43 con la cessazione per mancata abitazione stabile o per nuova convivenza e in progress, unione civile, matrimonio (nella legge ricordati in ordine inverso, visto che più forte è la situazione divergente nelle realtà formalizzate)”.

che possano bilanciare gli interessi sociali, esistenziali e patrimoniali delle persone fisiche coinvolte⁴².

42 Vedi LAMARQUE, E: *Prima i bambini. Il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, p. 13 ss., che opportunamente richiama la nota sentenza della Corte cost. n. 11/1981 riferibile a Leopoldo Elia. Altresì, QUADRATO, M.E.: *Il minore tra interessi e diritti. Una lettura comparata*, Bari, 1995, p. 89 ss.; MATUCCI, G.: *Lo statuto costituzionale del minore di età*, Padova, 2015, p. 3 ss. Si consiglia, inoltre, BARATTA, M.: "Infanzia e democrazia. Per una interpretazione dinamica della Convenzione internazionale sui diritti del bambino", in AA.Vv.: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1999, p. 495 ss.

BIBLIOGRAFIA

AULETTA, T.: "Disciplina delle Unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 403 ss.

AULETTA, T.: "La famiglia rinnovata: problemi e prospettive", *Famiglia*, 2005, p. 19 ss.

AZZARITI, G.: *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951, p. 106.

BARATTA, M.: "Infanzia e democrazia. Per una interpretazione dinamica della Convenzione internazionale sui diritti del bambino", in AA.Vv.: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1999, p. 495 ss.

BARILE, P.: *L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi nella giurisprudenza costituzionale*, *ivi*, p. 42 ss.

BIANCA, M.: "Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto", *giudicedonna.it*, 2/2016.

BOBBIO, N.: *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, p. 23 ss.

BUSNELLI, F.D.: "Il principio di solidarietà e l'attesa della povera gente, oggi", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 413 ss.

BUSNELLI, F.D.: "Solidarietà: aspetti di diritto privato", *Iustitia*, 1999, p. 435 ss.

BUSNELLI, F.D.: *Prefazione a La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, Padova-Milano, 2011, p. 9 ss.

BUSNELLI, F.D.: "Architetture costituzionali, frantumi europei, incursioni giurisprudenziali, rammendi legislativi. Quale futuro per la famiglia?", in GORGONI, M.: *Unioni Civili e Convivenze di fatto*, L.20 maggio 2016 n. 76, Sant'Arcangelo di Romagna, 2016, p. XI ss.

CASSESE, S.: "L'eguaglianza sostanziale nella Costituzione: genesi di una norma rivoluzionaria", *Le Carte e la Storia*, 2017, n. 1, pp. 5-13.

DELMAS-MARTY, M.: *Pour un droit commun*, Lonrai, 1994, pp. 273, 283 ss.

DI MAJO, A.: "Doveri di contribuzione e regime dei beni nei rapporti patrimoniali tra i coniugi", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 349.

DONATI, A.: *La concezione della giustizia nella vigente Costituzione*, Napoli, 1998, p. 343 s.

EMILIOZZI, E.A.: "Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio: l'incerto cammino della Cassazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 71 ss.

FALZEA, A.: "Fatti di sentimento", in AA.Vv.: *Dogmatica giuridica, Ricerche di teoria generale del diritto e dogmatica giuridica.*, Milano, 1997, p. 435 ss.

FALZEA, A.: "La prassi nella realtà del diritto", in AA.Vv.: *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I, *Teoria generale e storia del diritto*, Milano 1998, p. 409 ss.

FALZEA, A.: "Le couple non marié", in AA.Vv., *Scritti d'occasione, Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano 2010, p. 101 ss.

FALZEA, A.: voce "Efficacia giuridica", in *Enc. dir.*, XIV, Milano 1965, p. 495 ss.

FERRANDO, G.: "Famiglie ricomposte e nuovi genitori", *Giur. it.*, 2007, p. 12 ss.

GAUTHIER, F.: *Triomphe et mort du droit naturel en Révolution*, Paris, 1992, p. 19.

GIACOBBE, G.: "Le sezioni unite tra monofilachia e nomofantasia", *Dir. fam.*, 2014, p. 1417 ss.

GIANNINI, M.S.: "Profili costituzionali della protezione sociale delle categorie lavoratrici", *Rivista giuridica del lavoro*, 1952, n. 6, ora in *Scritti*, III, Milano, Giuffrè, 2005, p. 738.

GORASSINI, A.: "Convivenze di fatto e c.d. famiglia di fatto. per una nuova definizione dello spazio topologico di settore", in *Riv. dir. civ.*, 2017, 855 e ss.

GRASSETTI, C.: *I principi costituzionali relativi al diritto di famiglia*, Firenze, 1950, p. 285.

HAYWARD, J.E.S.: "Solidarity and the Reformist Sociology of Alfred Fouillée", *American Journal of Economics and Sociology*, XXII (1963), p. 216.

IRTI, C.: "Digressioni intorno al mutevole "concetto" di ordine pubblico", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 488 s.

LAMARQUE, E.: *Prima i bambini. Il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, p. 13 ss.

LIPARI, N.: "Spirito di liberalità» e spirito di solidarietà", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 17.

MANCINA-RICCIARDI, C.: *Famiglia italiana: vecchi miti e nuove realtà*, Roma, 2012, p. 23.

MATUCCI, G.: *Lo statuto costituzionale del minore di età*, Padova, 2015, p. 3 ss.

MENGONI, L.: "Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà", AA.Vv.: in *Mengoni, Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, p. 143.

PARADISO, M.: "La solidarietà giuridica tra pubblico e privato: Leggendo il volume omonimo di Roberto Cippitani", *Dir. famiglia*, 2012, p. 368.

PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, nella Collana *Cultura giuridica e rapporti civili*, Napoli, 2015, p. 10.

PERLINGIERI, P.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss.

PERLINGIERI, P.: "Norme costituzionali e rapporti di diritto civile", *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 441 ss.

PERLINGIERI, P.: "I diritti del singolo quale appartenente al nucleo familiare", in AA.Vv.: *Rapporti personali nella famiglia*, Camerino-Napoli, 1982, p. 74 ss.

PUGLIATTI, S.: "La giurisprudenza come scienza pratica", *Riv. it. scienze giur.*, 1950, p. 62.

PUNZI, N.: "L'intervento del giudice nei rapporti familiari", *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 166.

QUADRATO, M.E.: *Il minore tra interessi e diritti. Una lettura comparata*, Bari, 1995, p. 89 ss.

QUADRI, E.: "Il nuovo intervento delle sezioni unite in tema di convivenza coniugale e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 47 ss.

RESCIGNO, P.: "L'eguaglianza dei coniugi nell'ordinamento della Comunità Europea", in AA.Vv.: *Eguaglianza giuridica e morale dei coniugi* (Atti del Convegno su eguaglianza giuridica e morale dei coniugi, Napoli, dicembre 1973), Napoli, 1974, p. 20 ss.

RIZZUTI, M.: "Prospettive di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto", *Giust.civ.com.*, 12 giugno 2016.

ROPPO, V.: "Ipotesi vecchie e nuove di intervento del giudice nella famiglia", in AA.VV., *Il diritto di famiglia*, 1979, p. 311 ss.

RUSCELLO, F.: "Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore", *Famiglia*, 2002, p. 933 ss.

SABEL, C.F. GERSTENBERG, O.: "Constitutionalising an Overlapping Consensus: the ECJ and the Emergence of a Co-Ordinate Constitutional Order", *European Law Journal*, (2010), p. 37.

SALANITRO, U.: "Per una riflessione sistematica sul diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme", *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 568 e ss.

SCALISI, V.: "Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto", *Riv. dir. civ.*, 2018, 407 e ss.

SCHLESINGER, P.: "La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze", *Fam. e diritto*, 2016, p. 846 s.

SESTA, M.: "La disciplina dell'unione tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello di famiglia", *Fam. e dir.*, 2016, p. 884.

SESTA, M.: *Diritto di famiglia*, Padova, 2003, p. 327 ss.

STANZIONE, P.: "Minorità e tutela della persona umana", *Dir. fam.*, 2000, p. 762.

THERY, I.: "Remarriage et familles composees: des evidence aux incertitudes", *Année sociologique*, 1987, p. 119 ss.

TODOROV, T.: *Mémoire du mal, tentation du bien*, Paris, 2000, p. 4.

TRABUCCHI, A.: "Fedeltà coniugale e Costituzione", *Riv. dir. civ.*, 1974, II, p. 314.

TRIMARCHI, M.: "Unioni civili e convivenze", *Fam. e dir.*, 2016, p. 864.

VIGLIONE, F.: "I rapporti di convivenza: esperienze europee", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1724.

I CONTRATTI DI FINANZA ETICA

ETHICAL FINANCE CONTRACTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 446-471



Enrico
DAMIANI

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de marzo de 2025
ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

RESUMEN: Il presente contributo mira ad inquadrare la natura giuridica dei contratti di finanza etica nell'ambito della teoria generale del contratto fino ad evidenziare in cosa si concretizzi, dal punto di vista giuridico, le ulteriori obbligazioni assunte dalla banca rispetto ai normali contratti bancari.

PALABRAS CLAVE: Contratto; contratto di finanza etica; natura; contratti bancari.

ABSTRACT: *This paper aims to analyze the legal nature of ethical finance contracts within the framework of general contract theory in order to highlight what the additional obligations assumed by the bank, as opposed to normal banking contracts, amount to in legal terms.*

KEY WORDS: *Contract; ethical finance contract; nature; banking contracts.*

SUMARIO.- I. PREMESSA – II. LE TIPOLOGIE DI CONTRATTI DI FINANZA ETICA – III. NATURA GIURIDICA DEI CONTRATTI DI FINANZA ETICA PRIVI DI RISCHIO MEDIANTE I QUALI VIENE DEVOLUTA UNA QUOTA DI INTERESSI AD ENTI NON PROFIT – IV (SEGUE): LA TESI DEL NEGOZIO INDIRETTO. CRITICA – V. (SEGUE): LA TESI DEL CONTRATTO A FAVORE DI TERZO. CRITICA. – VI. (SEGUE): LA NATURA GIURIDICA DEI CONTRATTI FINANZIARI ETICI – VII. NATURA GIURIDICA DEI CONTRATTI DI FINANZA ETICA MEDIANTE I QUALI VIENE DEVOLUTA AD ENTI NON PROFIT IL SURPLUS DERIVANTE DA UNA GESTIONE PATRIMONIALE. I FONDI ETICI – VIII. NATURA GIURIDICA DEI CONTRATTI NEI QUALI IL RISPETTO DEI PRINCIPI ETICI SI SOSTANZIA NELLA SCELTA, IMPOSTA ALL'INTERMEDIARIO DAL RISPARMIATORE, DI INVESTIRE SOLO IN IMPRESE CHE RISPETTANO DETERMINATI STANDARDS ETICI, CONVENZIONALMENTE STABILITI – IX. ATTRIBUZIONI ETICHE E CAUSA DONATIONIS.

I. PREMESSA.

La dottrina¹, di recente, si è nuovamente interessata al fenomeno dell'impresa bancaria etica dopo che nel 1998 era stata costituita la Banca Popolare Etica S.c.p.a. grazie anche all'impulso dato da alcune organizzazioni *non profit* che ne avevano promosso la costituzione. L'occasione per rivolgere al fenomeno in questione un rinnovato interesse è stato in parte offerto dall'articolo 111-bis del T.U. bancario² introdotto dall'art. 1, comma 51, della legge 11 dicembre 2016, n. 232, il quale ha individuato i principi ai quali debbono essere conformate le attività degli operatori bancari di finanza etica e sostenibile, anche al fine di evitare l'abuso di termini che possono rendere economicamente attraenti i prodotti finanziari etichettati come "etici" e "sostenibili"³.

1 Per limitarsi ad alcuni contributi significativi si vedano: CAPRIGLIONE, F.: "«Etica e finanza» alla luce della recente crisi finanziaria", in AA. VV.: *Capitalismo avanzato e innovazione finanziaria* (a cura di DE CARLI, P.): Giuffrè, Milano, 2012, p. 101 ss.; OPPO, G.: "Diritto dell'impresa e morale sociale", *Riv. dir. civ.*, 1992, II, p. 15 ss.; COSTI, R.: "Banca etica e responsabilità sociale delle banche", *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, p. 165 ss.; CARLUZZI, M.: "Etica e impresa bancaria: riflessioni critiche sull'art. 111-bis TUB", *Riv. dir. comm.*, 2020, p. 51 ss.

2 L'articolo 111 bis del Testo Unico Bancario va messo in relazione col recente decreto ministeriale di attuazione D.M. 4 ottobre 2022 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 21.01.2023 che ne specifica i profili applicativi, sul quale cfr. FABBIANI, E.: "La riforma degli operatori bancari di finanza etica e sostenibile", in www.diritto bancario.it/art/la-riforma-degli-operatori-bancari-di-finanza-etica-e-sostenibile, 2023. Sull'art. 111 bis citato si vedano: SCIARRONE ALIBRANDI, A. - MACCHIAVELLO, E.: "Commento all'art. 111-bis t.u.b.", in F. CAPRIGLIONE (a cura di): *Commentario al Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia*, Cedam, Padova, 2018, p. 1643 ss.

3 Sull'utilizzo dell'etica come strumento di *marketing* dell'impresa bancaria si vedano: ROSSI, G.: "L'etica degli affari", *Riv. soc.*, 1992, p. 538 ss.; SCOTTI CAMUZZI, S.: "Finanza etica ed etica della finanza. La "responsabilità sociale dell'impresa" nel settore della finanza", *Jus*, 2005, p. 110 ss.; MACCHIAVELLO, E.: "Possono esistere "banche etiche"? La nuova definizione normativa di "operatori di finanza etica e sostenibile tra interesse sociale, scopo di lucro e normativa bancaria post-crisi", *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, p. 190 ss.

• Enrico Damiani

Prof. Ordinario di Diritto Civile, Università degli Studi di Macerata, Italia. E-mail: enrico.damiani@unimc.it

Si deve tenere nel debito conto, inoltre, la tendenza del legislatore⁴ ad utilizzare in maniera indistinta le formule “finanza etica”, “finanza sostenibile” e “finanza socialmente responsabile” per indicare tutte quelle operazioni nelle quali l'investimento viene effettuato considerandone gli effetti sulla società civile e l'ambiente naturale⁵.

Il presente contributo, però, non vuol essere dedicato all'approfondimento degli aspetti relativi all'impresa bancaria etica, ma intende soffermarsi sulle particolarità che presentano i contratti posti in essere dalla suddetta impresa, anche al fine di differenziarli rispetto a quelli ordinariamente posti in essere dalle altre banche.

Il tema delle liberalità suggerisce alcune brevi considerazioni in ordine ad un abbastanza recente fenomeno contrattuale, nato dalla prassi bancaria, consistente in tutte quelle operazioni finanziarie in cui un soggetto privato, persona fisica o giuridica, stipula contratti con una Banca regolamentando il rapporto in maniera tale da realizzare attribuzioni a favore di enti o organizzazioni *non profit*, ovvero condizionando la Banca a finanziare alcuni settori con il divieto di procedere all'impiego delle somme investite dal cliente in maniera diversa da quella pattuita.

L'universo della finanza etica⁶, in verità, è così vasto e i moduli contrattuali così difforni tra loro che per procedere ad una ricognizione sufficientemente esaustiva del fenomeno occorrerebbero molte pagine, per cui mi limiterò a procedere per semplificazioni, analizzando, pertanto, solo alcune figure contrattuali reputate rappresentative per eccellenza del fenomeno *de quo*.

In dottrina⁷ il tema delle relazioni tra diritto, etica e mercato viene affrontato con evidente consapevolezza delle difficoltà connesse alla diversità dei valori che sono alla base di tali fenomeni⁸.

4 L'art. 117-ter del T.U.F. recante “Disposizioni in materia di finanza etica” ad esempio statuisce che “La CONSOB, previa consultazione con tutti i soggetti interessati e sentite le Autorità di vigilanza competenti, determina con proprio regolamento gli specifici obblighi di informazione e di rendicontazione cui sono tenuti i soggetti abilitati e le imprese di assicurazione che promuovono prodotti e servizi qualificati come etici o socialmente responsabili”.

5 Così vd. LENZI, D.: “La finanza d'impatto e i green e social bonds. Fattispecie e disciplina tra norme speciali e principi generali”, *Banca Impresa Società*, 2021, p. 115.

6 L'affermazione di principi etici in economia ha rilanciato nei tempi recenti un nuovo spazio operativo per gli organismi finanziari. Con l'espressione “finanza etica”, cui si fa frequente riferimento anche in sedi diverse tra loro, si intende far rimando ad un nuovo modo di essere degli appartenenti al settore del credito che intendano agire in più stretta coerenza con il rispetto di valori ideali, riconosciuti nella sfera dell'etica, della religione e, più in generale, della speculazione filosofica e scientifica.

7 Sul concetto di mercato come categoria giuridica, pur se con accenti diversi e partendo da impostazioni metodologiche diverse, cfr. PERLINGIERI, P.: “Mercato, solidarietà sociale, diritti umani”, *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 91 ss.; IRTI, N.: *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998, p. 14 ss.; Id.: “Teoria generale del diritto e problema del mercato”, *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 27 ss.; LIPARI, N.: “Diritto e mercato della concorrenza”, *Riv. dir. comm.*, 2000, p. 315 ss.

8 Sui quali vedasi PERCHINUNNO, R.: “Solidarietà e competizione: riflessione sui rapporti tra etica ed economia”, *Annali Fac. di Econ. Univ. Bari*, Bari, 1993, *passim*, spec. p. 9 ss. Più in generale va sottolineato l'interesse che i giuristi hanno mostrato nei confronti del tema dei rapporti tra morale, etica e diritto. Tra i contributi più

Il sistema finanziario, in particolare, è rivolto prevalentemente al conseguimento del maggior lucro possibile e, in tale contesto, l'interesse principale dei soggetti che operano all'interno degli istituti bancari e finanziari è diretto al consolidamento della propria posizione personale nell'istituzione stessa così che poco spazio residua per la valutazione di profili etici, ed in generale non viene dato peso al problema della correttezza del comportamento dell'uomo nella società⁹.

Quale risposta a questa esasperata ricerca di lucro si è tentato di reagire mediante l'incentivazione del cd. "terzo settore"¹⁰ nel quale operano tutti quei soggetti che si frappongono tra settore pubblico e logica egoistica del mercato, onde svolgere attività economica di tipo imprenditoriale con finalità non lucrative di utilità sociale¹¹.

A favore dell'espansione del terzo settore sono state emanate normative specifiche per le organizzazioni di volontariato, per le cooperative sociali e per le Organizzazioni non lucrative di utilità sociale¹².

La legge, pertanto, riconosce ed incentiva, nel quadro della promozione di iniziative non volte esclusivamente al perseguimento del profitto, tutte quelle organizzazioni che riescono a far coesistere l'attività di impresa condotta con

recenti si vedano: MENGONI, L.: "Note sul rapporto tra diritto e morale", *Iustitia*, 1998, p. 305 ss.; BUSNELLI, F. D.: "Solidarietà: aspetti di diritto privato", *Iustitia*, 1999, p. 435 ss.

- 9 PALAZZO, A.: *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. di dir. civ. diretto da R. Sacco*, Utet, Torino, 2000, p. 12 ss., nell'affrontare lo studio delle prestazioni cortesi, intese quale prestazioni isolate *sine causa praeterita*, pone una distinzione a seconda del diverso grado dell'impegno prestato da chi le compie e precisamente: a) prestazioni di mera cortesia caratterizzate da un minor impegno in quanto derivanti solo dal costume; b) prestazioni di solidarietà non obbligatoria, che necessitano di un impegno maggiore, dettate dalla morale o da sensibilità superetica. Sulla distinzione tra prestazioni etiche e superetiche (o supererogatorie) si veda A. PALAZZO, *op. ult. cit.*, p. 12-13, nt. 18, il quale precisa che le prestazioni superetiche si qualificano "come condotte segnate dal massimo grado di spontaneità senza una doverosità morale o giuridica implicanti un impegno delle energie individuali assolutamente gravoso, fino a divenire potenziale fattore di rischio della propria incolumità fisica...". Da quanto sopra detto l'illustre Autore ricava l'inammissibilità della coercizione di tali promesse di prestazione e la loro non negoziabilità. Sembra condividere l'impostazione di cui sopra anche MAZZARESE, S.: "Invito beneficium non datur: gratuità del titolo e volontà di ricevere l'attribuzione", *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 34 ss. Sulla recente riforma degli enti del terzo settore cfr. CENINI, M.: *Liberalità, società e terzo settore. Contributo allo studio dei negozi gratuiti traslativi*, Giappichelli, Torino, 2023. Più in generale sulle raccolte di fondi da destinare a particolari scopi non lucrative vedasi RENDA, A.: *Donation-based crowdfunding, raccolte fondi oblativo e donazioni di scopo*, Giuffrè, Milano, 2021.
- 10 Sulle implicazioni derivanti dalla trasformazione dello stato liberale in *Welfare State* e sulla crisi di quest'ultimo quale punto di emersione dell'importanza e rilevanza del c.d. terzo settore sino alla creazione della banca etica, cfr. LUCARINI ORTOLANI, *Sistema bancario e terzo settore: dal "sostegno" bancario alla creazione della "banca etica"*, in *Banca Impresa Società*, 1996, p. 423 ss.; PONZANELLI, *Novità nell'universo "non profit"*, in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 40 ss.; ID., *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, 1996. Sulla recente riforma degli enti del terzo settore si veda Cenini, *Liberalità, società e Terzo Settore*.
- 11 Sulla compatibilità tra attività economica e scopo non lucrativo e sulla distinzione tra lucro in senso oggettivo o soggettivo, si vedano: GALGANO, F.: *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Branca e Scialoja, Bologna-Roma, 1979, p. 74 ss.; MARASÀ, G.: "Attività imprenditoriali e scopi mutualistici nelle associazioni", in MARASÀ, G.: *Contratti Associativi e impresa. Attualità e prospettive*, Cedam, Padova, 1995, p. 145 ss.; PONZANELLI, G.: *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 163 ss.; DI RAIMO, F.: *Le associazioni non riconosciute*, ESI, Napoli, 1995, p. 35 ss.
- 12 Legge 11 agosto 1991, n. 266 sulle Organizzazioni di volontariato; L. 8 novembre 1991 n. 381 sulle cooperative sociali.

criteri economici tesi al raggiungimento di una gestione economica attiva, con fini di solidarietà, ispirati da motivazioni di carattere morale ed etico¹³.

Tali organizzazioni *non profit* che presentano maggiori rischi economici relativi all'esercizio attività di impresa e che normalmente sono scarsamente dotate di garanzie da presentare al sistema bancario, trovano indubbiamente gravi difficoltà per accedere a forme di finanziamento¹⁴.

Il sistema bancario di recente ha apprestato strumenti idonei ad assolvere, anche se parzialmente, alle esigenze di quanti, mossi da spirito altruistico e solidaristico, intendono effettuare elargizioni a favore di enti e società operanti nel settore del *non profit*. A tale scopo, pertanto, le Banche hanno destinato alcune attività finanziarie a sostegno del cd. terzo settore, attività denominate "di finanza etica"¹⁵ che si caratterizzano, dal lato del risparmiatore, per il fatto che all'investitore-risparmiatore è attribuito un interesse inferiore a quello normalmente praticato nel mercato finanziario, e dal lato dell'Istituto finanziato, per il fatto che i mezzi derivanti dalla raccolta di cui sopra vengono impiegati, a tassi inferiori a quelli di mercato, in attività *non profit*.

In particolare l'attività della Banca etica è rivolta all'investimento del risparmio in progetti umanitari o per la tutela del patrimonio artistico o culturale¹⁶.

Le attività finanziarie rivolte al sostegno del settore non profit vengono denominate attività di finanza etica¹⁷. I contratti dei quali si servono le Banche che operano in tali settori vengono denominati "contratti di finanza etica", nei quali assume particolare rilevanza per le parti lo scopo per il raggiungimento del quale viene concluso il contratto stesso.

L'interesse dei privatisti per tali negozi si giustifica nell'ambito della rivalutazione di quegli aspetti non legati alla logica dello scambio e del mercato¹⁸ che dovrebbero

13 Cfr. al riguardo PERLINGIERI, P.: *Mercato, solidarietà, diritti umani*, cit., p. 97. Sulla compatibilità tra esercizio di attività economica e fine non lucrativa la dottrina è unanimemente concorde. Cfr. GALGANO, F.: *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1979, p. 74 ss.; CAMPOBASSO, G. F.: "Associazioni e attività di impresa", *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 581 ss.; MARASÀ, G.: *Attività*, cit., p. 145 ss.; si veda inoltre IRTI, N.: "Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà", *Riv. Dir. civ.*, 1997, I, p. 189 ss.

14 LUCARINI ORTOLANI, D.: "Sistema bancario e terzo settore: dal «sostegno» bancario alla creazione della «banca etica»", *Banca impr. soc.*, 1996, p. 423; MANCO, R.: "I contratti di finanza etica", in AA. VV.: *Dal tipo sociale all'atipico* (a cura di R. PERCHINUNNO), Cacucci, Bari, 2001, p. 277.

15 MANCO, R.: "I contratti di finanza etica", cit., p. 277. La rilevanza di tali strumenti finanziari nell'attuazione di istanze solidaristiche è rinvenibile in contributi dottrinari recenti; cfr. MOROZZO DELLA ROCCA, P.: *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 197; CAPRIGLIONE, F.: "Cooperative di credito e «finanza etica»", *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, p. 21 ss..

16 Su tali contratti finanziari etici vedasi un breve cenno in PALAZZO, A.: *Atti gratuiti*, cit., p. 71-74.

17 MANCO, R.: "I contratti di finanza etica", cit., p. 277.

18 Fa presente MESSINETTI, D.: "Persona e destinazioni solidaristiche", *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, p. 493 ss., che rispetto ai due termini della dinamica produttivistica: Stato e mercato, secondo gli studiosi della Mauss

giustificare l'espansione dell'area degli atti gratuiti onde far emergere quelle istanze solidaristiche che, altrimenti, sarebbero notevolmente sacrificate¹⁹.

I contratti di finanza etica, inoltre, riescono a conciliare da un lato, l'interesse del cliente, depositante, investitore o correntista, ad impiegare la propria liquidità in strumenti bancari *lato sensu* con la possibilità di accedere, quindi, a tutti od alcuni dei servizi che normalmente la Banca eroga ai propri clienti, dall'altro offrono a tutti l'occasione di effettuare, in tempi nei quali prevale la ricerca spasmodica del proprio tornaconto, elargizioni liberali che, oltre che ad alleviare la coscienza, contribuiscono anche a diminuire nel contempo il peso fiscale in capo a chi effettua l'attribuzione ad Enti non lucrativi di utilità sociale, data la deducibilità fiscale di tali versamenti ai fini Irpegf ed Irpeg.

II. LE TIPOLOGIE DI CONTRATTI DI FINANZA ETICA.

L'analisi condotta nel presente scritto tende a verificare la rilevanza giuridica dei principi di finanza etica nel rapporto contrattuale onde dimostrare se vi sia un'incidenza degli stessi sulla causa del contratto bancario tradizionale.

A tal riguardo in dottrina si distinguono tre diverse categorie di contratti di finanza etica²⁰:

I. I contratti che si ripromettono di conseguire uno scopo altruistico per mezzo della rinuncia ad un guadagno in conto interesse o in conto capitale.

II. I contratti che vogliono conseguire lo stesso obiettivo destinandovi il *surplus* eventualmente prodotto da una gestione professionalizzata del capitale investito, rispetto al rendimento offerto dai titoli privi di rischio.

III. I contratti nei quali il rispetto dei principi etici si sostanzia nella scelta, imposta all'intermediario dal risparmiatore, di investire solo in imprese che rispettano determinati standard etici, convenzionalmente stabiliti²¹.

(Movimento antiutilitarista delle scienze sociali) esiste una terza realtà, una realtà non mercantizzabile, che si raccoglie intorno all'esperienza donativa. Il dono, da un lato, produce frutti non governati dal calcolo economicistico e, dall'altro, è espressione pura della socialità, della società civile, in quanto esprime solidarietà creando vincoli sociali".

19 Un chiaro indice di tale atteggiamento è rinvenibile nel saggio di GALASSO, A.: "Il principio di gratuità", *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 205 ss., ove l'A., dopo aver constatato la scarsa attenzione che la dottrina ha rivolto alla gratuità, ricondotta, salvo autorevoli voci (cfr. PALAZZO, A.: *Atti gratuiti e donazioni*, cit.) nell'ambito delle liberalità, ricostruisce un principio di gratuità in funzione "di chiave di ingresso della solidarietà nell'area di rapporti di autonomia privata". Evidenzia autorevolmente come si possa configurare l'autonomia negoziale a contenuto non patrimoniale PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, ESI, Napoli, 2020, p. 31 ss.

20 Cfr. NARDUZZI: "La finanza etica: strumenti, prodotti e regole", in AA. Vv.: *Gestire il non profit* (a cura di Pettinato, S.) *Il Sole 24 ore*, Milano, 1997, p. 350 ss.; MANCO, R.: "I contratti di finanza etica", cit., p. 280.

21 MANCO, R.: "I contratti di finanza etica", cit., p. 280.

III. NATURA GIURIDICA DEI CONTRATTI DI FINANZA ETICA PRIVI DI RISCHIO MEDIANTE I QUALI VIENE DEVOLUTA UNA QUOTA DI INTERESSI AD ENTI NON PROFIT.

L'attenzione sarà inizialmente rivolta ai mezzi di raccolta del risparmio della prima categoria, caratterizzati dall'assenza di rischio e finalizzati a fornire alla Banca mezzi da impiegare a favore di organizzazioni private, formalmente costituite, prive di scopo di lucro, fondate sui principi della mutualità, autogoverno democratico e trasparenza nell'uso delle risorse e che perseguono infine interessi collettivi quali la promozione dell'uguaglianza dei cittadini, la tutela dei soggetti economicamente svantaggiati, la protezione dell'ambiente e il miglioramento della qualità della vita²².

La dottrina, al riguardo, ha individuato, tra le tipologie offerte, ad esempio, dalla Banca Etica i seguenti prodotti finanziari: i certificati di deposito etico, i conti correnti etici²³ e i conti risparmio di solidarietà²⁴.

I conti correnti etici e i conti risparmio di solidarietà sono quelli nei quali, con il consenso dei correntisti o dei risparmiatori, tutti o parte degli interessi corrisposti dalla Banca, vengono devoluti a finalità sociali²⁵. Il conto etico, quindi, si presenta tecnicamente come un normale conto corrente²⁶, funzionalmente utilizzato per devolvere parte o tutti gli interessi maturati a fine anno a favore di determinate organizzazioni operanti nel campo della solidarietà sociale²⁷.

I certificati di deposito etico sono quei titoli nominativi emessi dalla Banca che prevedono il pagamento annuale degli interessi, convenuti in misura ridotta rispetto a quelli solitamente corrisposti, per i certificati con durata superiore a 12 mesi, con facoltà di rimborso anticipato, dietro pagamento di una penale.

Ai clienti che investono i propri risparmi secondo le modalità sopra descritte è normalmente permesso di scegliere il settore verso cui indirizzare i propri risparmi, coinvolgendoli quindi nelle scelte di investimento ed agli stessi viene fornita una puntuale informazione mediante rapporti periodici circa l'allocazione dei fondi stessi.

22 LUCARINI ORTOLANI, D.: "Sistema bancario e terzo settore: dal «sostegno» bancario alla creazione della «banca etica»", cit., p. 445.

23 CAPRIGLIONE, F.: nel testo della relazione svolta al convegno "Le banche di credito cooperativo tra mutualità e lucratività", organizzato dall'Università Ca' Foscari di Venezia (maggio 1996) informa come i c.d. conti etici siano stati ideati dalla Fondazione S. Carlo, espressione della Diocesi di Milano e della Caritas ambrosiana e dalla Banca Popolare di Milano.

24 D. LUCARINI ORTOLANI: "Sistema bancario e terzo settore: dal «sostegno» bancario alla creazione della «banca etica»", cit., p. 445.

25 Un breve e lucido cenno v. in OPPO, G.: "La prestazione in adempimento di un dovere non giuridico (cinquant'anni dopo)", *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 523.

26 Molto interessanti le osservazioni svolte da BLANDINI A., – FIENGO, C.: "Sulla funzione sociale del conto corrente bancario", *Riv. trim. dir. econ.*, 2020, I, p. 365 ss.

27 LUCARINI ORTOLANI, D.: "Sistema bancario e terzo settore: dal «sostegno» bancario alla creazione della «banca etica»", cit., p. 425.

Tutti gli strumenti finanziari di cui sopra sono caratterizzati, inoltre, dall'autodeterminazione del tasso da parte del depositante in misura inferiore a quella *standard*; normalmente il tasso di interesse con cui vengono remunerati gli investimenti dei privati nel settore etico è tale da assorbire il tasso di inflazione e quindi non è legato a rendimenti di mercato²⁸.

Il risparmiatore, quindi, utilizzando per lo più uno strumento di liquidità (conto corrente e deposito a risparmio) determina quale quota d'interessi devolvere a titolo di liberalità e verso quale ente *non profit*, individuato nell'ambito di un elenco di enti proposto dalla Banca, destinare l'attribuzione gratuita.

Da un punto di vista meramente descrittivo la fattispecie *de qua* è caratterizzata dalla presenza di un contratto bancario (deposito o conto corrente) al quale è collegato un mandato del cliente alla Banca, per il giroconto di parte o tutti gli interessi maturati ad uno o più enti *non profit* scelti dallo stesso cliente o comunque determinabili nell'ambito di una rosa fornita dall'intermediario²⁹. Tramite l'operazione economica di cui sopra il depositante o correntista intende perseguire un duplice scopo: quello tipico connesso alla conclusione del contratto di deposito bancario o di conto corrente, ed uno ulteriore consistente nell'elargizione della liberalità³⁰ (consistente nell'importo degli interessi cui il cliente ha rinunciato) a favore dell'ente *non profit*.

La dottrina³¹, nel tentativo di qualificare esattamente la natura giuridica di tali contratti ha ipotizzato sia l'esistenza di un negozio indiretto, sia di un contratto a favore di terzo.

IV. (SEGUE): LA TESI DEL NEGOZIO INDIRETTO. CRITICA.

Si definisce negozio indiretto quello mediante il quale le parti utilizzano un determinato schema contrattuale per realizzare uno scopo diverso da quello tipicamente perseguito con quel determinato contratto e corrispondente alla funzione svolta da altro contratto³².

28 LUCARINI ORTOLANI, D.: "Sistema bancario e terzo settore: dal «sostegno» bancario alla creazione della «banca etica»", cit., p. 445; MANCO, R.: "I contratti di finanza etica", cit., p. 280.

29 In termini sostanzialmente analoghi si esprime MANCO, R.: "I contratti di finanza etica", cit., p. 281, il quale però, dopo aver ipotizzato la presenza di un normale contratto bancario collegato ad un mandato ("a donare" n.d.r.), abbandona completamente tale ipotesi ricostruttiva per verificare la compatibilità di tale fattispecie con altri istituti giuridici.

30 Sulla distinzione tra liberalità e motivi di solidarietà o di costume PALAZZO, A.: *Atti gratuiti*, cit., p. 70.

31 Cfr. MANCO, R.: "I contratti di finanza etica", cit., p. 281.

32 Sul tema del negozio indiretto cfr. AURICCHIO, A.: "Negozio indiretto", *Noviss. Dig. It.*, Utet, Torino, 1965, p. 221; GALGANO, F.: *Il negozio indiretto*, in *Tratt. Cicu-Messineo, Giuffrè*, Milano, 1988, p. 429; DI PAOLO, M.: "Negozio Indiretto", *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Utet, Torino, 1995, p. 124.

Nei contratti finanziari etici appartenenti alla prima categoria sopra precisata, lo scopo diverso ed ulteriore rispetto a quello tipicamente perseguito con il contratto bancario (di deposito o conto corrente) concluso tra cliente e intermediario, voluto dalle parti e consistente nell'esecuzione della liberalità a favore dell'ente *non profit* si realizzerebbe mediante "una delega concessa dal cliente all'intermediario per il giroconto degli interessi maturati sulle somme depositate"³³²⁷. In sostanza le parti, secondo tale tesi, concluderebbero il contratto bancario per realizzare una liberalità "attraverso l'applicazione allo schema contrattuale tipico di una clausola che prevede la destinazione delle somme maturate sul deposito bancario ad un ente *non profit*". I contratti finanziari etici di cui sopra, dunque, dovrebbero essere ricondotti nell'ambito della "figura delle donazioni indirette, che si atteggia rispetto al negozio indiretto come *species a genus*"³⁴. La donazione indiretta³⁵ sarebbe, in tal senso, caratterizzata dall'utilizzo di uno schema contrattuale, anche a titolo oneroso, per l'esecuzione di un'attribuzione liberale a favore di un terzo.

La dottrina³⁶, peraltro, esprime seri dubbi circa l'ammissibilità di tale figura nel nostro ordinamento, data anche l'assenza di un'esplicita base normativa idonea ad attribuire con certezza rilevanza all'istituto in questione. Tale difetto fa sì che il fine perseguito dai contraenti resti nell'ambito dei motivi che hanno ispirato le parti alla conclusione del negozio e quindi privo di giuridica rilevanza ove si tratti di motivi non illeciti e non comuni ad entrambe le parti (art. 1345 c.c.).

Più che sull'argomentazione fondata sull'inammissibilità della categoria giuridica del negozio indiretto³⁷, il ripudio della ricostruzione *de qua* deve essere fondato sulla natura giuridica stessa dei contratti di conto corrente bancario e di deposito bancario.

Nel conto corrente bancario la funzione del contratto è diversa rispetto a quella del conto corrente ordinario³⁸ (artt. 1823 ss. c.c.) e consiste nell'attribuire

33 In questi termini MANCO, R.: "I contratti di finanza etica", cit., p. 283.

34 MANCO, R.: "I contratti di finanza etica", cit., p. 284

35 Sulle donazioni indirette, vd. PALAZZO, A.: "Le donazioni indirette", in AA. VV.: *La Donazione, Tratt. dir. priv* (diretto da BONILINI), Giuffrè, Milano, 2001, p. 52 ss. Si potrebbe anche tentare di sperimentare la compatibilità del trust con le finalità che le parti intendono perseguire mediante la conclusione dei contratti finanziari etici. Spunti possono trarsi dalla dottrina che ha maggiormente approfondito tale materia nel nostro ordinamento, sia con riferimento al tema dei *trusts* liberali sia con riferimento ai *trusts* commerciali aventi quale finalità la segregazione di somme. Cfr. LUPOI, M.: *Trusts*, II ed., Giuffrè, Milano, 2001, p. 620 ss., p. 672 ss.; in argomento cfr. anche PALAZZO, A.: "Trust e interesse all'ambulatorietà dell'attribuzione gratuita", *Trusts*, 2000, p. 170.

36 Per tutti si vedano: SANTORO PASSARELLI, F.: *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Jovene, Napoli, 1966, p. 179 per il quale "Nulla più che un motivo, tale rimanendo l'intento negoziale che vada oltre la causa del negozio, è, a nostro avviso, alla base del negozio fiduciario e del negozio indiretto, che sono per noi nomi con cui si designano fenomeni, ma non si indicano categorie giuridiche", p. 182-183; GAZZONI, F.: *Manuale di diritto privato*, VIII ed., ESI, Napoli, 2000, p. 802.

37 In questo senso vd. MANCO, R.: "I contratti di finanza etica", cit., p. 284

38 Su cui vd. SCOZZAFAVA, O., T., - GRISI, G.: "Il conto corrente ordinario", in *Tratt. di dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 12, UTET, Torino, 1985, p. 739 ss.; sul conto corrente bancario vd. i recenti contributi di MOREA,

al correntista il potere di modificare l'entità del saldo mediante il compimento di una serie di operazioni di versamento e prelevamento³⁹. La dottrina, in particolare, attribuisce al contratto di conto corrente bancario la natura di contratto innominato o atipico⁴⁰, a contenuto misto o complesso⁴¹, con elementi propri del contratto di mandato⁴², della delegazione, del contratto di deposito e di altri contratti identificabili con riferimento alle diverse operazioni bancarie attuate nell'ambito del rapporto.

Ciò che maggiormente interessa evidenziare in questa sede è che secondo la dottrina prevalente⁴³ la funzione principale del conto corrente bancario è quella inerente all'effettuazione del servizio di cassa per conto del cliente, per cui il contratto sarebbe connotato principalmente da una prevalenza strutturale e funzionale della componente gestoria in forza della quale la banca assume il ruolo di mandataria per l'esecuzione degli incarichi ad essa affidati dal cliente⁴⁴.

Se si condivide tale impostazione, che sembra negare la possibilità di configurare il conto corrente bancario come negozio autonomo rispetto alle varie operazioni bancarie in conto corrente, la disciplina di tale contratto va individuata nella disciplina propria dei singoli atti che si concretizzano nell'ambito del rapporto; pertanto ad esso risultano applicabili anche le norme che il codice appresta per le operazioni bancarie in conto corrente ed anche quelle dettate per il conto corrente ordinario in quanto compatibili.

La prevalenza degli aspetti gestori nel conto corrente rispetto alla funzione " monetaria " del contratto, inteso come meccanismo per l'accrescimento della liquidità, fa sì che non possa essere condivisa la tesi che configura nel conto corrente bancario " etico " né un negozio indiretto, poiché gli effetti gestori che si producono sono pur sempre quelli che solitamente produce il contratto *de quo*, né, come vedremo tra breve, un contratto a favore di terzo.

U.: "Sul conto corrente bancario (contributo all'inquadramento)", *Banca borsa tit. cred.*, 2023, I, p. 189 ss. e MORMILE, L.: "Servizi bancari essenziali: il conto corrente", *Riv. dir. banc.*, 3022, I, p. 715 ss.

39 Così vd. SALANITRO, N.: "Conto corrente bancario", *Dig. Disc. Priv.*, Sez. comm., IV, UTET, Torino, 1989, p. 9.

40 MOLLE, G.: "Conto corrente bancario", *Noviss. Dig. it.*, IV, UTET, Torino, 1959, p. 490 ss.; FIORENTINO, A.: "Del conto corrente, Dei contratti bancari", in *Comm. Cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, II ed., Zanichelli, Bologna-Roma, 1969, p. 490.

41 Cfr. in tal senso Cass., 22 luglio 1979, n. 1889, *Banca, borsa e tit. cred.*, 1979, II, p. 385.; Trib. Milano, 15 marzo 1984, *Società*, 1984, 1005; Trib. Milano, 12 luglio 1984, *Banca, borsa e tit. cred.*, 1986, II, p. 95.

42 MARTORANO, F.: *Il conto corrente bancario*, ESI, Napoli, 1959, p. 130, configura un collegamento tra un deposito, un mandato e un accordo di compensazione; FERRI, G.: "Conto corrente di corrispondenza", *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 668, il quale prospetta un collegamento tra mandato e contratto con cui si crea la disponibilità presso la banca.

43 MOLLE, G.: "Conto corrente bancario", cit., p. 490 ss.; FIORENTINO, A.: "Del conto corrente, Dei contratti bancari", cit., p. 490;

44 Cfr. MACCARONE, S.: "Osservazioni in tema di conto corrente bancario", in *Le operazioni bancarie* a cura di PORTALE, II, Giuffrè, Milano, 1978, p. 609 ss.

V. (SEGUE): LA TESI DEL CONTRATTO A FAVORE DI TERZO. CRITICA

La tesi che ravvisa nel contratto finanziario etico un contratto a favore di terzo fa leva sul fatto che, *prima facie*, sembrerebbe che il correntista o il risparmiatore, concludendo il contratto con l'intermediario finanziario, realizzi sostanzialmente una liberalità a favore del terzo⁴⁵. Secondo tale impostazione, quindi, lo stipulante (risparmiatore) converrebbe con il promittente (intermediario finanziario) che questi si obblighi ad effettuare la prestazione a favore del terzo (ente *non profit*) consistente nella corresponsione degli interessi (tutti o parte), maturati sulla somma depositata.

Anche tale ricostruzione, però, sembra poggiare le proprie basi su un'errata percezione del profilo causale del contratto di conto corrente bancario e di deposito bancario in quanto, come abbiamo visto in precedenza, in essi prevale la funzione gestoria e di custodia su quella monetaria in senso stretto che, peraltro, nell'ipotesi di rinuncia parziale e non totale agli interessi corrispettivi, è comunque presente. La prassi, infatti, conosce l'esistenza di conti correnti per i quali il correntista, non sostenendo costi di sorta, non vede corrisposto alcun tipo di interesse dalla Banca ovvero deve raggiungere un certo livello di giacenza perché la Banca sia tenuta a corrispondere interessi. Nessuno dubita, però, che in tali casi, pur in assenza di corresponsione di interessi, i contratti conclusi siano riconducibili pur sempre nell'ambito dei contratti bancari di conto corrente, in quanto l'aspetto connesso alla remunerazione delle somme depositate in conto non è essenziale alla configurabilità del relativo tipo contrattuale.

Se, quindi, la corresponsione di interessi rappresenta tutt'al più una delle obbligazioni cui la Banca è eventualmente tenuta ad eseguire nei confronti del cliente, e se quindi tutte le altre prestazioni debbono essere eseguite a favore del cliente correntista o depositante, è possibile affermare che lo schema generale di cui agli art. 1411 ss. c.c. non è idoneo a dare spiegazione della natura giuridica di tali contratti finanziari etici.

VI. (SEGUE): LA NATURA GIURIDICA DEI CONTRATTI FINANZIARI ETICI.

La dottrina ritiene che il *modus* sia apponibile solo ai negozi a titolo gratuito⁴⁶, o agli atti di liberalità⁴⁷, escludendo pertanto che si possa discutere di *modus* nell'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive.

⁴⁵ Sembra orientato in tal senso MANCO, R.: "I contratti di finanza etica", cit., p. 285 ss.

⁴⁶ Così vd. MARINI, A.: *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, p. 20, nt. 52, e 160 ss.

⁴⁷ Così vd. GRASSETTI, C.: *Donazione modale e fiduciaria*, Giuffrè, Milano, 1941, p. 20 ss.

Il *modus*⁴⁸ viene solitamente ricostruito come negozio accessorio aggiunto agli elementi essenziali di un negozio gratuito senza mutarne la natura giuridica⁴⁹ e che non impedisce, pertanto l'applicazione dei principi propri di esso⁵⁰.

Il fatto che il *modus* sia ritenuto solitamente elemento accidentale e accessorio rispetto al negozio su cui esso incide, sembra paradossale posto che esso è capace di incidere così profondamente sul negozio "principale" sia dal punto di vista economico, potendo addirittura giungere a svuotare l'atto gratuito di ogni profilo attributivo nei confronti del diretto contraente, che da quello giuridico, potendo essere disposta, ad esempio, la risoluzione della donazione per l'ipotesi di suo inadempimento, ovvero la nullità della stessa nel caso in cui l'onere illecito o impossibile sia stato il solo motivo determinante della donazione⁵¹.

Più di recente la dottrina⁵² ha affermato che donazione e *modus* sono "negozi diversi, distinti ed autonomi l'uno dall'altro, e tuttavia collegati al fine del raggiungimento dello scopo perseguito dal donante".

Secondo una impostazione⁵³ nella donazione modale coesisterebbe una causa onerosa con quella gratuita: la prima riguarderebbe quella parte della liberalità assorbita dall'adempimento dell'onere; la seconda riguarderebbe quella parte dell'attribuzione che determinerebbe un arricchimento per il donatario.

L'ipotesi che però appare più interessante da valutare ai fini della ricostruzione della natura giuridica del *modus*, proprio perché crea problemi di conciliazione tra i caratteri della corrispettività e quelli dell'assenza di corrispettività, è quella in cui il valore del *modus* ecceda quello dei beni donati.

È comune in dottrina⁵⁴ l'affermazione secondo la quale la donazione resta tale anche in presenza di un onere il cui peso economico giunga ad eliminare qualsiasi utilità patrimoniale per il diretto donatario.

A questo proposito, appare opportuno fare una distinzione.

48 Per notazioni di carattere storico su tale istituto cfr. SCUTO, C.: *Il modus nel diritto civile italiano*, Giannotta, Palermo, 1909, p. 12 ss.

49 In tal senso cfr. da ultimo MAZZARESE, S.: "Invito beneficium non datur: gratuità del titolo e volontà di ricevere l'attribuzione", cit., p. 18, nt. 27 e gli autori ivi citati. In senso difforme, ma secondo diverse impostazioni, cfr. GRASSETTI, C.: *Donazione modale e fiduciaria*, cit., p. 20; BISCONTINI, G.: *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, ESI, Napoli, 1984, p. 85.

50 Cfr. PALAZZO, A.: *Atti gratuiti*, cit., p. 249.

51 Per quest'ordine di valutazioni, sia pur con riferimento al *modus* testamentario, cfr. GARUTTI, M.: *Il "modus" testamentario*, Napoli, 1990, p. 190.

52 PALAZZO, A.: *Atti gratuiti*, cit., p. 281-282.

53 ASCOLI, A.: *Trattato delle donazioni*, S.E.L., Milano, 1935, p. 218 ss.

54 Cfr. CATAUDELLA, A.: *La donazione mista*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 11 ss.; MARINI, A.: *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, cit., p. 67 ss.; BISCONTINI, G.: *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 85.

Se il contratto sorge già *ab initio*, al momento del suo perfezionamento, con le caratteristiche di eccessiva gravosità dell'onere, esso non potrà essere qualificato come donazione⁵⁵ in quanto privo del requisito, che si è già detto essenziale, dell'arricchimento, seppur transitorio, del donatario. In tale ipotesi, ritengo, che l'atto debba essere qualificato come mandato a donare, ove siano presenti i requisiti che l'art. 778 c.c. richiede per la validità della fattispecie.

Si ipotizzi, ad esempio, un contratto con il quale Tizio dia a Caio una determinata somma affinché la stessa sia interamente devoluta agli studenti di una determinata università che, nel corso del corrente Anno Accademico, conseguiranno la Laurea con lode⁵⁶.

Se, invece, il contratto viene posto in essere senza predeterminazione dell'entità della prestazione che sarà rivolta a soggetti diversi dal diretto donatario in tal caso il contratto conserverà i caratteri della donazione, mentre l'art. 793, secondo comma c.c. avrà la funzione di limitare al valore del *donatum* il peso a carico del beneficiario dell'attribuzione per l'ipotesi in cui l'onere, nello svolgimento funzionale del contratto, si riveli assorbente rispetto all'entità del *donatum*.

Si ipotizzi, ad esempio, un contratto con il quale Tizio dia a Caio una somma pari a 1.000 con l'onere di devolvere una somma pari a 10 a ciascuno degli studenti di una data università che, nel corso del corrente Anno Accademico, conseguiranno la Laurea con lode. Nell'ipotesi che i laureati con lode siano 110 scatterà il limite sopra previsto per l'esecuzione dell'onere stesso.

La possibile sovrapposizione dello schema della donazione modale con quello del mandato a donare, quindi, è già stata più volte risaltata dalla dottrina⁵⁷, resta però da verificare la possibilità di fare un ulteriore passo: se il fenomeno modale è assimilabile, in alcuni casi, al collegamento negoziale tra donazione e mandato, perché non configurare anche per i contratti a prestazioni corrispettive volutamente non proporzionali la possibilità di configurare un collegamento funzionale⁵⁸ ad un mandato a donare?

55 V. in tal senso MOROZZO DELLA ROCCA, P.: *Gratuità, liberalità e solidarietà*, cit., p. 28.

56 Appare allineato su posizioni simili anche CARNEVALI, U.: "La donazione modale"; in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, cit., p. 879, per il quale nell'ipotesi "in cui non sia ravvisabile neppure un arricchimento transitorio, il negozio non potrà essere qualificato in termini di donazione (ma in altri termini: mandato, ecc.), ancorché le parti abbiano richiamato il tipo "donazione". Sembra allineata su ben altra posizione la giurisprudenza della S.C.

57 CARNEVALI, U.: "La donazione modale", p. 879.

58 Il tema del collegamento negoziale ha da sempre appassionato la dottrina; si vedano, ad esempio: GIORGIANNI, M.: "Negozzi giuridici collegati", *Riv. it. sc. giur.*, 1937, p. 275 ss.; NATOLI, U.: "In tema di collegamento funzionale fra contratti", *Giur. compl. cass. civ.*, 1943, II, I, p. 328 ss.; DI SABATO, F.: "Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)", *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 412 ss.; DI NANNI, C.: "Collegamento negoziale e funzione complessa", *Riv. dir. comm.*, 1977, p. 279 ss. Di recente il tema del collegamento negoziale è stato trattato anche a livello monografico: COLOMBO, C.: *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, CEDAM, Padova, 1999; LENER, G.: *Profili del collegamento negoziale*, Giuffrè, Milano, 1999; MAISTO, F.: *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico*.

La tesi che abbiamo arditamente abbozzato, era stata seppur sinteticamente ed implicitamente abbozzata nei primi decenni del secolo scorso da Alfredo Ascoli, il quale però faceva riferimento alla categoria dei negozi misti e non a quella dei negozi collegati.

Tale differenza, peraltro, non sembra particolarmente rilevante dato che non è sempre agevole distinguere i casi nei quali uno stesso rapporto dia vita a più negozi collegati e distinti tra loro ovvero dia vita ad un negozio unitario⁵⁹.

Scriveva, infatti all'epoca l'illustre Autore⁶⁰ che "Quando l'onere consista in una prestazione da farsi a vantaggio del donante o d'un terzo, o questa è una prestazione di natura tutta morale economicamente non estimabile e allora il negozio non cessa di essere una donazione completamente gratuita, o è di natura economicamente estimabile e in tal caso il negozio perde in parte il suo carattere di donazione e diventa in un certo senso un misto di donazione e di negozio a titolo oneroso. Tuttavia qui bisogna nuovamente distinguere secondo che il *modus* consista nell'onere di spendere parte dell'oggetto stesso donato a favor d'altri o piuttosto in una prestazione parzialmente corrispettiva, ma di natura diversa. Esempi della prima specie, la donazione di 100 coll'obbligo di costituire una dote di 50; della seconda la donazione d'un fondo coll'onere di costituire un mercato nella città natale del donante o di costituire una pensione"

Se si condividono, tuttavia, le riflessioni di cui sopra, e si ritiene quindi che il *modus* rappresenti dal punto di vista giuridico un negozio autonomo e collegato a quello "principale" che ha come effetto quello di inserire nel programma contrattuale pattuizioni integrative rispetto al tipo legale finalizzate a far godere, ad esempio, terzi soggetti di parte degli effetti favorevoli normalmente goduti solo dal contraente diretto, ecco che si può ipotizzare che ciò che normalmente, per gli atti gratuiti o liberali, si realizza per il tramite del *modus* possa seppur approssimativamente realizzarsi nei contratti a prestazioni corrispettive ove le parti concepiscano uno squilibrio genetico non patologico nel sinallagma in quanto voluto per spirito di liberalità (mandato a donare) o per realizzare un pagamento nei confronti di un terzo (*delegatio solvendi*) o altro ancora, mediante il collegamento appunto con un mandato, una delegazione di pagamento, ecc., magari inserendo una condizione risolutiva che abbia la funzione di far dipendere l'efficacia del contratto dall'adempimento del negozio collegato.

Sostanza economica e natura giuridica degli autoregolamenti complessi, ESI; Napoli, 2000; NARDI, S.: *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Giuffrè, Milano, 2006.

59 Così vd. anche DI SABATO, F.: "Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)", cit., p. 414. Secondo SACCO, R. - DE NOVA, G.: "Il contratto", Tomo II, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 1993, p. 468, "ogni catena di contratti cosiddetti collegati è, dal punto di vista logico, un unico contratto".

60 A. ASCOLI: *Trattato*, cit., p. 218 ss.

VII. NATURA GIURIDICA DEI CONTRATTI DI FINANZA ETICA MEDIANTE I QUALI VIENE DEVOLUTA AD ENTI NON PROFIT IL SURPLUS DERIVANTE DA UNA GESTIONE PATRIMONIALE. I FONDI ETICI.

La seconda tipologia di contratti di finanza etica è caratterizzata dalla disposizione a favore del terzo settore non di una percentuale fissa di interessi ma solo di un'eventuale *surplus* rispetto ad un minimo predeterminato derivante da una gestione patrimoniale. In sostanza, mediante la stipulazione di tali contratti il cliente si ripropone di ottenere dall'intermediario per sé un rendimento maturato sul capitale gestito almeno pari all'inflazione eventualmente maggiorato di uno *spread*, l'eventuale differenza tra il rendimento effettivo conseguito dalla gestione patrimoniale e il rendimento minimo garantito al cliente viene destinata al finanziamento del settore *non profit*.

Tali contratti sono caratterizzati dal fatto che il cliente investitore non si priva, con certezza, di un guadagno, in quanto solo in ipotesi di rendimenti superiori a quelli assicurati all'investitore si realizzano i presupposti per l'attribuzione di utilità a favore del terzo settore.

La tipologia con la quale viene solitamente raccolto il risparmio da indirizzare sotto questa forma agli enti che svolgono attività solidaristiche è il fondo comune d'investimento etico.

Dal punto di vista della ricostruzione della natura giuridica di tali contratti valgono le considerazioni sopra svolte per i contratti finanziari etici appartenenti alla prima categoria⁶¹, tenendo conto però della differenza rappresentata dal rischio connesso alla gestione patrimoniale che determina quindi la variabilità ed addirittura la devoluzione stessa di risorse a favore del terzo settore.

VIII. NATURA GIURIDICA DEI CONTRATTI NEI QUALI IL RISPETTO DEI PRINCIPI ETICI SI SOSTANZIA NELLA SCELTA, IMPOSTA ALL'INTERMEDIARIO DAL RISPARMIATORE, DI INVESTIRE SOLO IN IMPRESE CHE RISPETTANO DETERMINATI STANDARDS ETICI, CONVENZIONALMENTE STABILITI.

In questa terza categoria vanno ricondotti quei contratti finanziari nei quali il risparmiatore obbliga l'intermediario ad investire i propri risparmi in attività etiche, senza rinunciare però a tutti o parte dei guadagni conseguiti. Qui il cliente depositante non effettua liberalità dirette o indirette, certe od eventuali, ma obbliga la Banca a destinare le risorse finanziarie ricavate dal proprio investimento a determinati settori del mondo *non profit* convenzionalmente stabiliti.

61 Appare così orientato anche MANCO, R.: "I contratti di finanza etica", cit., p. 289.

I prodotti finanziari etici utilizzati per la raccolta del risparmio appartenenti alla categoria in questione hanno quale caratteristica comune quella di attribuire al cliente-investitore il potere di indirizzare l'impiego del denaro raccolto dall'intermediario, quindi quello di imporre un vincolo di destinazione alle somme che vengono depositate presso la Banca stessa.

Parte della dottrina⁶², al riguardo, ha fatto rinvio al cd. mutuo di scopo, cioè a quello schema contrattuale in cui assume rilevanza causale anche la destinazione che il soggetto finanziato deve imprimere alla somma ricevuta.

Secondo altri⁶³ si individuano gli estremi per la configurabilità di un rapporto di mandato, ricorrendo nella specie gli elementi del contratto disciplinato dagli artt. 1703 e ss. cod. civ. Più precisamente, si sarebbe in presenza di un contratto misto di deposito e di mandato, essendo il cliente orientato in via generale a realizzare gli effetti del primo, disponendo col secondo, solo per una parte degli interessi che nel tempo si sono prodotti. L'ente creditizio, infatti, assolve all'incarico ricevuto dal risparmiatore mandante (nel momento in cui questi procede all'apertura del c.d. conto etico) di versare a determinati fondi o, comunque, enti e/o strutture associative, una quota degli interessi che vengono a formarsi presso l'istituzione bancaria, interessi dei quali potrà quindi regolarmente disporre. Naturalmente, allo scopo di consentire che l'incarico avvenga senza costi a carico del cliente, ciò dovrà essere contrattualmente stabilito, dovendosi presumere che il mandato sia rilasciato a titolo oneroso.

IX. ATTRIBUZIONI ETICHE E CAUSA DONATIONIS.

In questi ultimi anni la dottrina ha tentato di enucleare l'autonomia della causa di solidarietà rispetto alla liberalità donativa rilevando che la solidarietà, intesa come dovere assiologico, rappresenta un valore base dell'ordinamento giuridico⁶⁴ e che si possa inoltre ricavare dalla lettura dell'art. 41 c.c. un principio generale di vincolatività delle promesse compiute a scopo di solidarietà o di pubblica utilità⁶⁵.

La doverosità di tali prestazioni solidaristiche, però, viene nettamente distinta dalla doverosità delle prestazioni morali o sociali che trovano giuridica rilevanza

62 Così vd. MANCO, R.: "I contratti di finanza etica", cit., p. 295 ss. Sul mutuo di scopo vd. inoltre: FRAGALI, M.: "Il mutuo di scopo", *Banca, borsa, tit. cred.*, 1961, p. 471 ss.; CONSOLO, G.: *Aspetti pubblicitici e privatistici del mutuo di scopo*, CEDAM, Padova, 1990, p. 12 ss.; TATARANO, M.: *Mutuo di scopo e mutuo fondiario tra patologie e rimedi*, ESI, Napoli, 2022, p. 7 ss.; ZIMATORE, A.: *Il mutuo di scopo. Problemi generali*, CEDAM, Padova, 1985, p. 13 ss.; COLLURA, G.: *Finanziamento agevolato e clausola di destinazione*, Giuffrè, Milano, 1986; DELLA ROCCA, F.: *Mutuo di scopo e nuove tecnologie*, ESI, Napoli, 2022, p. 15 ss.

63 Così CAPRIGLIONE, F.: "Cooperative di credito e «finanza etica», cit., p. 45

64 Così vd. MOROZZO DELLA ROCCA, P.: *Gratuità, liberalità e solidarietà*, cit., p. 187. Accorda inoltre priorità alla solidarietà considerata valore sociale di universalizzazione unitamente all'uguaglianza anche MESSINETTI, D.: "Persona e destinazioni solidaristiche", cit., p. 496.

65 Così vd. MOROZZO DELLA ROCCA, P.: *Gratuità, liberalità e solidarietà*, cit., p. 168

nell'ambito della disciplina dell'adempimento delle obbligazioni naturali e ciò perché l'attribuzione gratuita solidale non costituisce adempimento in senso tecnico⁶⁶.

Mentre, però, è semplice distinguere tra adempimento e attribuzione solidaristica gratuita, il confronto tra solidarietà e liberalità sembra più complesso.

La dottrina⁶⁷ ha posto a confronto solidarietà e liberalità sul piano della distinzione tra cause negoziali arrivando ad ipotizzare l'autonomia dei negozi di solidarietà rispetto a quelli donativi. Non manca, però, chi⁶⁸ considera pur sempre atti di privata liberalità anche quegli atti gratuiti posti in essere spontaneamente da soggetti privati per fini di solidarietà sociale.

Il problema può essere adeguatamente affrontato solo ove si faccia chiarezza circa il senso e la portata della nozione di causa della donazione⁶⁹.

Se si condivide una diffusa nozione istituzionale di causa della donazione⁷⁰ nel senso di atto gratuito e spontaneo che provochi da un lato l'arricchimento del donatario e dall'altro l'impoverimento del donante sembra difficile cogliere i tratti distintivi tra la donazione e le attribuzioni gratuite ispirate da motivi di solidarietà⁷¹ anche perché dovrebbe essere esclusa la rilevanza di motivazioni soggettive, tra l'altro pertinenti il più delle volte al solo soggetto che effettua l'attribuzione, sulla causa del negozio al di fuori di quelle, peraltro tipicamente previste dal codice, che vengono in qualche modo esplicitate nell'atto (gratitudine, riconoscenza, remunerazione indiretta)⁷².

Le perplessità che si sollevano in dottrina circa il ruolo e la portata del requisito causale nel contratto⁷³ sembrano ancor più marcate nell'ambito dei contratti gratuiti in quanto qui fa difetto l'economia dello scambio che in un'ottica che predilige il mercato, sembra l'indice più chiaro della giuridicità del negozio.

66 In tal senso cfr. MESSINETTI, D.: "Persona e destinazioni solidaristiche", cit., p. 497.

67 MOROZZO DELLA ROCCA, P.: *Gratuità, liberalità e solidarietà*, cit., op. cit., p. 152 ss. Il dibattito dottrinale appare peraltro tutt'ora aperto; su posizioni simili da quelle dell'A. citato poco fa cfr. LIPARI, N.: "Spirito di liberalità" e "spirito di solidarietà", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 1 ss.

68 Cfr. IRTI, N.: "Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà", *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 189 ss.

69 Mi sia consentito il rinvio a DAMIANI, E.: "Comm. all'art. 769 c.c.", in DEL PRATO, E.: *Delle donazioni*, in Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 2019, p. 43 ss.

70 Vd. JEMOLO, A.: "Lo spirito di liberalità" (riflessioni su una nozione istituzionale), in Aa. Vv.: *Scritti in memoria di Filippo Vassalli*, II, UTET, Torino, 1960, p. 973 ss.

71 La dottrina appare recentemente sempre più tesa ad enucleare le peculiarità degli atti di solidarietà rispetto alle donazioni, anche se enfatizzando in maniera eccessiva alcuni concetti peraltro comuni ad entrambe le manifestazioni di volontà negoziale caratterizzate dall'assenza di corrispettività e dalla spontaneità; a tal riguardo cfr. PRELATI, C.: "La legge 8 novembre 2000, n. 328, e la solidarietà come fenomeno sociale «regolato»", *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 83, la quale valorizza "da un lato, concetti come quello della spontaneità e dell'assenza di fini di lucro" e lascia "in seconda fila istituti come la donazione, l'adempimento di obbligazioni naturali e il contratto gratuito atipico".

72 Cfr. MESSINETTI, D.: "Persona e destinazioni solidaristiche", cit., p. 506.

73 Mi sia consentito rinviare alle osservazioni già svolte in DAMIANI, E.: *Il contratto con prestazioni a carico del solo proponente*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 49 ss.

Resta, pertanto, difficile apprezzare un ruolo della solidarietà quale causa sufficiente di elargizioni caratterizzate dall'assenza di corrispettività e di onerosità, e dalla presenza di un interesse non economico del disponente⁷⁴. Come è stato autorevolmente fatto notare⁷⁵, infatti, nelle attribuzioni solidaristiche "pure" caratterizzate, quindi, dall'assenza di qualsiasi idea di profitto e di ritorno economico, diretto o indiretto, fenomeni compatibili invece con le liberalità patrimoniali⁷⁶, non sarebbe configurabile la presenza di una "causa" negoziale in senso tecnico idonea a giustificare e qualificare l'attribuzione patrimoniale in quanto la predetta finalità si realizzerebbe e si giustificerebbe "nella oggettiva conformità del comportamento del soggetto al modello normativo procedimentale".

La tesi⁷⁷ che distingue l'elargizione a scopo di solidarietà dalla liberalità donativa, inoltre, differenzia i due atti sulla base della proporzionalità del valore dell'attribuzione rispetto al patrimonio del disponente. Ipotizzando, pertanto, l'esistenza di una soglia limite per l'attribuzione solidale si dovrebbe ipotizzare che un atto, ispirato dalle medesime motivazioni, diventi donazione al di sopra di detta soglia e resti negozio giustificato dalla causa di solidarietà ove detto limite non fosse superato.

Altri⁷⁸ hanno notato la debolezza di tale assunto, peraltro evidenziando come la donazione comprenda già al suo interno liberalità di modesto valore economico.

In conclusione pare possibile evidenziare come il tipo donazione sia sufficientemente ampio da racchiudere nel suo ambito gran parte delle ipotesi negoziali connotate, oltre che dall'assenza di corrispettività tra contrapposte prestazioni, anche dall'assenza di obblighi, giuridici o morali, che impongano al soggetto agente il compimento dell'atto.

Se si condivide questa impostazione anche per individuare la natura delle attribuzioni "etiche sarà pur sempre possibile fare riferimento al contratto di donazione, senza che sia necessario configurare una causa di solidarietà con caratteri sufficientemente eterogenei da quelli che contraddistinguono il tipo donativo, posto che in ultima analisi le attribuzioni ad enti *non profit* altro non sono che donazioni realizzate mediante mandati conferiti alla Banca presso la quale si intrattiene il rapporto "etico.

74 In tal senso vd. invece MOROZZO DELLA ROCCA, P.: *Gratuità, liberalità e solidarietà*, cit., p. 213 ss.

75 MESSINETTI, D.: "Persona e destinazioni solidaristiche", cit., p. 513.

76 MESSINETTI, D.: "Persona e destinazioni solidaristiche", cit., p. 504.

77 MOROZZO DELLA ROCCA, P.: *Gratuità, liberalità e solidarietà*, cit. p. 153, p. 192 ss.

78 Cfr. CONTE, G.: "Gratuità, liberalità, donazione", in *La donazione, Trattato diretto da Bonilini*, UTET, Torino, 2001, p. 23, nt. 54.

BIBLIOGRAFÍA

- ASCOLI, A.: *Trattato delle donazioni*, S.E.L., Milano, 1935, p. 218 ss.
- AURICCHIO, A.: "Negozio indiretto", *Noviss. Dig. It.*, Utet, Torino, 1965, p. 221
- BISCONTINI, G.: *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, ESI, Napoli, 1984, p. 85.
- BLANDINI A., – FIENGO, C.: "Sulla funzione sociale del conto corrente bancario", *Riv. trim. dir. econ.*, 2020, I, p. 365 ss.
- BUSNELLI, F. D.: "Solidarietà: aspetti di diritto privato", *Iustitia*, 1999, p. 435 ss.
- CAMPOBASSO, G. F.: "Associazioni e attività di impresa", *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 581 ss.
- CAPRIGLIONE, F.: "«Etica e finanza» alla luce della recente crisi finanziaria", in AA. VV.: *Capitalismo avanzato e innovazione finanziaria* (a cura DI DE CARLI, P.): Giuffré, Milano, 2012, p. 101 ss.
- CAPRIGLIONE, F.: "Cooperative di credito e «finanza etica»", *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, p. 21 ss.
- CARLIZZI, M.: "Etica e impresa bancaria: riflessioni critiche sull'art. 111-bis TUB", *Riv. dir. comm.*, 2020, p. 51 ss.
- CATAUDELLA, A.: *La donazione mista*, Giuffré, Milano, 1970, p. 11 ss.
- CENINI, M.: *Liberalità, società e terzo settore. Contributo allo studio dei negozi gratuiti traslativi*, Giappichelli, Torino, 2023.
- COLLURA, G.: *Finanziamento agevolato e clausola di destinazione*, Giuffré, Milano, 1986.
- COLOMBO, C.: *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, CEDAM, Padova, 1999; LENER, G.: *Profili del collegamento negoziale*, Giuffré, Milano, 1999.
- CONSOLO, G.: *Aspetti pubblicistici e privatistici del mutuo di scopo*, CEDAM, Padova, 1990, p. 12 ss.
- CONTE, G.: "Gratuità, liberalità, donazione", in *La donazione, Trattato* diretto da Bonilini, UTET, Torino, 2001, p. 23, nt. 54.

COSTI, R., "Banca etica e responsabilità sociale delle banche", *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, p. 165 ss.

DAMIANI, E.: "Comm. all'art. 769 c.c.", in DEL PRATO, E.: *Delle donazioni*, in Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 2019, p. 43 ss.

DAMIANI, E.: *Il contratto con prestazioni a carico del solo proponente*, Giuffré, Milano, 2000, p. 49 ss.

DELLA ROCCA, F.: *Mutuo di scopo e nuove tecnologie*, ESI, Napoli, 2022, p. 15 ss.

DI NANNI, C.: "Collegamento negoziale e funzione complessa", *Riv. dir. comm.*, 1977, p. 279 ss.

DI PAOLO, M.: "Negozio Indiretto", *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Utet, Torino, 1995, p. 124.

DI RAIMO, F.: *Le associazioni non riconosciute*, ESI, Napoli, 1995, p. 35 ss.

DI SABATO, F.: "Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)", *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 412 ss.

FABBIANI, E.: "La riforma degli operatori bancari di finanza etica e sostenibile", in www.dirittobancario.it/art/la-riforma-degli-operatori-bancari-di-finanza-etica-e-sostenibile, 2023

FERRI, G.: "Conto corrente di corrispondenza", *Enc. dir.*, IX, Giuffré, Milano, 1961, p. 668.

FIORENTINO, A.: "Del conto corrente, Dei contratti bancari", in *Comm. Cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, II ed., Zanichelli, Bologna-Roma, 1969, p. 490.

FRAGALI, M.: "Il mutuo di scopo", *Banca, borsa, tit. cred.*, 1961, p. 471 ss.

GALASSO, A.: "Il principio di gratuità", *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 205 ss.

GALGANO, F.: *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Branca e Scialoja, Bologna-Roma, 1979, p. 74 ss.

GALGANO, F.: *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1979, p. 74 ss.

GALGANO, F.: *Il negozio indiretto*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Giuffré, Milano, 1988, p. 429

- GARUTTI, M.: *Il "modus" testamentario*, Napoli, 1990, p. 190.
- GAZZONI, F.: *Manuale di diritto privato*, VIII ed., ESI, Napoli, 2000, p. 802.
- GIORGIANNI, M.: "Negozi giuridici collegati", *Riv. it. sc. giur.*, 1937, p. 275 ss.
- GRASSETTI, C.: *Donazione modale e fiduciaria*, Giuffré, Milano, 1941, p. 20 ss.
- IRTI, N.: "Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà", *Riv. Dir. civ.*, 1997, I, p. 189 ss.
- IRTI, N.: "Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà", *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 189 ss.
- IRTI, N.: "Teoria generale del diritto e problema del mercato", *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 27 ss.
- IRTI, N.: *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998, p. 14 ss.
- JEMOLO, A.: "Lo spirito di liberalità" (riflessioni su una nozione istituzionale), in Aa. Vv.: *Scritti in memoria di Filippo Vassalli*, II, UTET, Torino, 1960, p. 973 ss.
- LENZI, D.: "La finanza d'impatto e i green e social bonds. Fattispecie e disciplina tra norme speciali e principi generali", *Banca Impresa Società*, 2021, p. 115.
- LIPARI, N.: "Diritto e mercato della concorrenza", *Riv. dir. comm.*, 2000, p. 315 ss.
- LIPARI, N.: "Spirito di liberalità" e "spirito di solidarietà", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. I ss.
- LUCARINI ORTOLANI, D.: "Sistema bancario e terzo settore: dal «sostegno» bancario alla creazione della «banca etica»", *Banca impr. soc.*, 1996, p. 423
- LUPOI, M.: *Trusts*, II ed., Giuffré, Milano, 2001, p. 620 ss., p. 672 ss.
- MACCARONE, S.: "Osservazioni in tema di conto corrente bancario", in *Le operazioni bancarie* a cura di PORTALE, II, Giuffré, Milano, 1978, p. 609 ss.
- MACCHIAVELLO, E.: "Possono esistere "banche etiche"? La nuova definizione normativa di "operatori di finanza etica e sostenibile tra interesse sociale, scopo di lucro e normativa bancaria post-crisi", *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, p. 190 ss.
- MAISTO, F.: *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico. Sostanza economica e natura giuridica degli autoregolamenti complessi*, ESI, Napoli, 2000.

MANCO, R.: "I contratti di finanza etica", in AA. Vv.: *Dal tipo sociale all'atipico* (a cura di R. PERCHINUNNO), Cacucci, Bari, 2001, p. 277.

MARASÀ, G.: "Attività imprenditoriali e scopi mutualistici nelle associazioni", in MARASÀ, G.: *Contratti Associativi e impresa. Attualità e prospettive*, Cedam, Padova, 1995, p. 145 ss.

MARINI, A.: *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, Giuffré, Milano, p. 20, nt. 52, e 160 ss.

MARTORANO, F.: *Il conto corrente bancario*, ESI, Napoli, 1959, p. 130.

MAZZARESE, S.: "Invito beneficium non datur: gratuità del titolo e volontà di ricevere l'attribuzione", *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 34 ss.

MENGONI, L.: "Note sul rapporto tra diritto e morale", *Iustitia*, 1998, p. 305 ss.

MESSINETTI, D.: "Persona e destinazioni solidaristiche", *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, p. 493 ss.

MOLLE, G.: "Conto corrente bancario", *Noviss. Dig. it.*, IV, UTET, Torino, 1959, p. 490 ss.

MORERA, U.: "Sul conto corrente bancario (contributo all'inquadramento)", *Banca borsa tit. cred.*, 2023, I, p. 189 ss.

MORMILE, L.: "Servizi bancari essenziali: il conto corrente", *Riv. dir. banc.*, 2022, I, p. 715 ss.

MOROZZO DELLA ROCCA, P.: *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Giuffré, Milano, 1998, p. 197

NARDI, S.: *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Giuffré, Milano, 2006.

NARDUZZI: "La finanza etica: strumenti, prodotti e regole", in AA. Vv.: *Gestire il non profit* (a cura di Pettinato, S.) Il Sole 24 ore, Milano, 1997, p. 350 ss.

NATOLI, U.: "In tema di collegamento funzionale fra contratti", *Giur. compl. cass. civ.*, 1943, II, I, p. 328 ss.

OPPO, G.: "Diritto dell'impresa e morale sociale", *Riv. dir. civ.*, 1992, II, p. 15 ss.

OPPO, G.: "La prestazione in adempimento di un dovere non giuridico (cinquant'anni dopo)", *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 523.

PALAZZO, A.: "Le donazioni indirette", in AA. VV.: *La Donazione, Tratt. dir. priv* (diretto da BONILINI), Giuffré, Milano, 2001, p. 52 ss.

PALAZZO, A.: "Trust e interesse all'ambulatorietà dell'attribuzione gratuita", *Trusts*, 2000, p. 170.

PALAZZO, A.: *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da R. Sacco, Utet, Torino, 2000, p. 12 ss.

PERCHINUNNO, R.: "Solidarietà e competizione: riflessione sui rapporti tra etica ed economia", *Annali Fac. di Econ. Univ. Bari*, Bari, 1993, *passim*, spec. p. 9 ss.

PERLINGIERI, P.: "Mercato, solidarietà sociale, diritti umani", *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 91 ss.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, ESI, Napoli, 2020, p. 31 ss.

PONZANELLI, G.: *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 163 ss.

PRELATI, C.: "La legge 8 novembre 2000, n. 328, e la solidarietà come fenomeno sociale «regolato»", *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 83.

REDA, A.: *Donation-based crowdfunding, raccolte fondi obblative e donazioni di scopo*, Giuffré, Milano, 2021.

ROSSI, G.: "L'etica degli affari", *Riv. soc.*, 1992, p. 538 ss.

SACCO, R. - DE NOVA, G.: "Il contratto", Tomo II, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 1993, p. 468.

SALANITRO, N.: "Conto corrente bancario", *Dig. Disc. Priv.*, Sez. comm., IV, UTET, Torino, 1989, p. 9.

SANTORO PASSARELLI, F.: *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Jovene, Napoli, 1966, p. 179.

SCIARRONE ALIBRANDI, A. - MACCHIAVELLO, E.: "Commento all'art. 111-bis t.u.b.", in F. CAPRIGLIONE (a cura di): *Commentario al Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia*, Cedam, Padova, 2018, p. 1643 ss.

SCOTTI CAMUZZI, S.: "Finanza etica ed etica della finanza. La "responsabilità sociale dell'impresa" nel settore della finanza", *Jus*, 2005, p. 110 ss.

SCOZZAFAVA, O., T., - GRISI, G.: "Il conto corrente ordinario", in *Tratt. di dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 12, UTET, Torino, 1985, p. 739 ss.

SCUTO, C.: *Il modus nel diritto civile italiano*, Giannotta, Palermo, 1909, p. 12 ss.

TATARANO, M.: *Mutuo di scopo e mutuo fondiario tra patologie e rimedi*, ESI, Napoli, 2022, p. 7 ss.

ZIMATORE, A.: *Il mutuo di scopo. Problemi generali*, CEDAM, Padova, 1985, p. 13 ss.



LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES EN LA PROPUESTA
DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES
Y CONTRATOS REVISADA (PMR)*

CONDITIONAL OBLIGATIONS IN THE REVISED PROPOSAL FOR
THE MODERNIZATION OF THE LAW OF OBLIGATIONS AND
CONTRACTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 472-529

* El presente trabajo se ha realizado en el marco de la ejecución del Proyecto de Investigación del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023, sobre "La inaplazable modernización del Derecho de obligaciones y contratos del Código civil español" (Referencia PID2022-138909NB-I00) (investigador/a principal: María Paz García Rubio y Javier Maseda Rodríguez).

Pedro ZURITA
HERRERA

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

RESUMEN: Este trabajo trata de dar cuenta de los rasgos generales de las obligaciones condicionales en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos Revisada, publicada por el Ministerio de Justicia en 2023. Tras una breve introducción de las obligaciones, el artículo se centra en las obligaciones condicionales, ofreciendo una comparativa de su tratamiento en la Propuesta en relación al Código civil vigente y a diversos ordenamientos jurídicos vecinos. El análisis comparado sobre los distintos tipos de obligaciones condicionales pone de manifiesto la problemática existente en torno a las condiciones puramente potestativas y los derechos potestativos. Finalmente, se aborda la conclusión de la fase de pendencia antes de analizar el posicionamiento de los redactores de la Propuesta a favor de la irretroactividad de los efectos del cumplimiento de la condición.

PALABRAS CLAVE: Obligaciones condicionales; derechos potestativos; contratos.

ABSTRACT: *This article describes the general characteristics of conditional obligations in the Revised Proposal for the Modernization of the Law on Obligations and Contracts, published by the Ministry of Justice in 2023. After a brief introduction to obligations, the article focuses on conditional obligations, offering a comparison of their treatment in the Proposal with respect to the current Civil Code and various related legal systems. The comparative analysis of the different types of conditional obligations highlights the existing problems surrounding purely optional conditions and optional rights. Finally, the article addresses the conclusion of the pending phase before analyzing the position of the drafters of the Proposal in favor of non-retroactivity of the effects of fulfilling the condition.*

KEY WORDS: *Conditional obligations; optional rights; contracts.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN: LAS OBLIGACIONES EN LA PMR.- II. LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES EN LA PMR.- 1. Concepto y efectos.- 2. Obligaciones sometidas a condición potestativa y a condiciones ilícitas.- 3. La fase de pendencia de la condición.- 4. La conclusión de la fase de pendencia.- 5. La irretroactividad de los efectos del cumplimiento de la condición.

I. INTRODUCCIÓN: LAS OBLIGACIONES EN LA PMR.

En julio de 2023, la Sección Primera de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación presentó al Ministerio de Justicia la propuesta reformada de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (PMR)¹, en la que se revisa la propuesta de modernización de los Títulos I y II del Libro IV del Código Civil español, previamente elaborada por la Sección Primera de la Comisión General de Codificación y publicada por el Ministerio de Justicia en 2009 (PM). Dicha PMR destina las disposiciones de su Título I “De las obligaciones” del Libro IV “De las obligaciones y contratos” al régimen general de las obligaciones de manera que, tras el Capítulo I “Disposiciones generales”, aborda en el Capítulo II “Clases de obligaciones” los distintos tipos de obligaciones. Su Sección Tercera “Obligaciones condicionales” se ocupa de las obligaciones que serán objeto de este estudio. No obstante, antes de centrarnos en ellas, procede un breve comentario sobre la concepción jurídica de la obligación en la PMR como punto de partida que la vertebrará.

La PMR recoge íntegramente los elementos definitorios de toda obligación en un único artículo cuya redacción mejora de forma significativa la descripción del vigente artículo 1088 CC, el cual se limita a listar sus posibles contenidos al afirmar que “Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

En efecto, el artículo 1088 CC no persigue una concepción jurídica completa de esta figura. Solo señala lo que en opinión de la corriente mayoritaria es el objeto de la obligación, esto es, la prestación o comportamiento al que se encuentra sometido el deudor en virtud del vínculo obligatorio y que el acreedor puede exigirle²; falta el segundo elemento de la obligación, la responsabilidad patrimonial

1 <https://www.mjusticia.gob.es/es/ElMinisterio/GabineteComunicacion/Documents/Propuesta%20de%20modernización%20del%20Código%20Civil%20en%20materia%20de%20obligaciones%20y%20contratos.pdf>

2 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. II. Las relaciones obligatorias*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2008, p. 63; CASTÁN TOBEÑAS, J. : *Derecho civil español, común y foral. T. 3, Derecho de obligaciones, la obligación y el contrato en general*, Reus, 2008, pp. 74 ss.; LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de derecho civil. II, Derecho de obligaciones. V.I, Parte general. Teoría general del contrato*, Dykinson, 2011, pp.

universal, recogida en el artículo 1911 CC. En cierto modo, es “probablemente más expresivo por lo que no dice que por lo que dice”³. No obstante, la ausencia de una concepción teórica del Derecho de obligaciones en los textos legislativos es una máxima que se repite en los ordenamientos vecinos, a pesar de que recientemente hayan modificado su Derecho de obligaciones y contratos⁴. Frente a esta realidad, la PMR opta por un acercamiento integral al concepto de obligación inaugurando el Capítulo I del Título I con el artículo 1088 PMR “La obligación. Responsabilidad patrimonial universal”, según el cual:

“1. En virtud de una obligación, el acreedor tiene derecho a exigir al deudor una prestación.

2. El deudor está obligado a cumplir la prestación y actuar con el cuidado necesario para no dañar al acreedor.

3. La prestación, aunque no tenga contenido económico, ha de satisfacer un interés legítimo del acreedor.

4. Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros.”

Prescinde de la clásica referencia a las obligaciones de dar, hacer o no hacer alguna cosa⁵, y acoge la doctrina más aceptada actualmente sobre la obligación en nuestro ordenamiento al concebirla como una situación bipolar que liga al deudor -obligado a cumplir con la prestación a la que voluntariamente se somete (artículo 1088.2 PMR)-, con el acreedor -a quien se le atribuye el derecho a exigir al deudor tal prestación (artículo 1088.1 PMR)-, de manera que este vea satisfecho un interés digno de protección⁶. Por ello, el segundo inciso del artículo 1088.2 PMR incorpora como novedad la garantía adicional del deber de cuidado por parte del deudor, no prevista en la PM y que el vigente CC solo dispone para las

49–50; ALBADALEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil. T. II, Derecho de obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 20; PÉREZ ALVAREZ, M.A.: “Capítulo 2. El objeto de la obligación: Clases de obligaciones”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil. Tomo II, Derecho de obligaciones. Vol. I, Teoría general de la obligación y el contrato*, (dir. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Edisofer, Madrid, 2023, pp. 51–105; VON TUHR, A.: *Tratado de las obligaciones*, Comares, Granada, 2007, p. 27; SÁNCHEZ ARISTI, R.: “Artículos 1088 al 1107”, en AA.VV.: *Comentarios al código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 1387–1430; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: “Artículos 1088–1112”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 4995–5103; Sexta edición (2024) (Thomson Reuters Civitas, 2008. En cuanto al objeto de la obligación, se ha cuestionado su existencia entendiéndose que lo debido es la prestación de las cosas (ENNECCERUS, L.: “Derecho de Obligaciones”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho Civil* (dir. H. LEHMANN), Bosch, Barcelona, 1966, p. 6).

3 DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: “Artículos 1088–1112”, cit., p. 1387.

4 Así sucede en el Code civil francés (CHANTEPIE, G., LATINA, M.: *Le nouveau droit des obligations: commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, Paris, 2024, p. 63 ss., 807 ss.) y en el Code civil belga (GEORGE, F., COLSON, P.: *Manuel de droit des obligations: théorie du contrat et régime général de l'obligation*, Larcier, Bruxelles, 2024, pp. 19–20).

5 Cfr. artículos 1088 CC y 1088 PM.

6 ALBADALEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil*, cit., p. 15; DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., p. 71.

obligaciones de dar ex artículo 1094 CC, constatando que la diligencia es el telón de fondo donde se desarrollan las relaciones obligatorias⁷.

Esta novedad supone, como acertadamente afirma GARCÍA RUBIO, la diferenciación entre los deberes de prestación y otros deberes o exigencias de conducta que no son propiamente prestacionales, pero cuya violación puede dar lugar al incumplimiento⁸. Si entre los deberes de prestación cabía distinguir entre principales y los accesorios, entre los deberes no prestacionales se encontrarían los deberes de información, de confidencialidad, de seguridad, de cuidado o de otro tipo, como el de colaboración, imponiendo a cada parte el deber de no producir daños a la otra⁹. Si cualquiera de estos deberes no prestacionales, a los que la PMR se refiere como “cualquier otra exigencia de la relación obligatoria”, se violenta, podrá dar pie a incumplimiento, tal y como sucede si no se ejecuta la prestación debida¹⁰. De aquí se desprende la naturaleza contractual de la responsabilidad por incumplimiento de los deberes no prestacionales¹¹. Además, a pesar de que el artículo 1088.1 y 2 solo mencione al deudor, en realidad se trata de deberes bidireccionales: la misma PMR señala en el artículo 1171.3 que “También constituye incumplimiento la falta de la necesaria colaboración del acreedor en la ejecución de la prestación”. Este precepto, busca su inspiración en el artículo 1:301 (4) PECL¹², que no distingue entre acreedores y deudores al describir el incumplimiento por falta de cooperación en el cumplimiento del contrato, siendo por ello criticable que el artículo 1088 PMR no haya incluido expresamente el deber de colaboración

- 7 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., pp. 270–71. En realidad, el artículo 1088.2 PMR está claramente inspirado por el § 241 BGB. A raíz de la ley de Modernización del BGB de 26 de noviembre de 2001 (SchuldRModG), que entrara en vigor en 2002, el § 241 BGB diferencia dos categorías de deberes que emanan de las relaciones obligatorias, a saber, los deberes de prestación y los de protección, dando lugar a uno de los puntos más relevantes de la mencionada reforma (CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “Los deberes de protección en el desarrollo de la relación obligatoria”, en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos* (dir. A.M. MORALES MORENO), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pp. 113–146; EBERS, M., “La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002”, *Anuario de derecho civil*, núm. 56, 2003, pp. 1589–90). Según Looschelders, si “los deberes principales de prestación caracterizan la singularidad y el tipo de la correspondiente relación obligatoria... los deberes accesorios de prestación se refieren a los deberes principales de prestación y deben favorecer y propiciar su cumplimiento” (LOOSCHELDERS, D.: *Derecho de obligaciones. Parte general*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021, p. 63).
- 8 GARCÍA RUBIO, M.P., “El Incumplimiento En La Propuesta de Modernización Del Código Civil En Materia de Obligaciones y Contratos de 2023”, *Anuario de Derecho Civil*, 2025, pendiente de publicación pendiente de publicación, cedido por cortesía de la autora.
- 9 Mientras los deberes de prestación se dirigen a un cambio de la situación de los bienes, los deberes de protección deben preservar de perjuicios la actual situación de los bienes de los implicados, es decir, proteger su interés de integridad (LOOSCHELDERS, D.: *Derecho obligaciones*, cit., p. 63).
- 10 Este incumplimiento está explícitamente recogido en el artículo 1171.1 PMR, que dispone que “Hay incumplimiento cuando el deudor no ejecuta exactamente la prestación debida o cualquier otra exigencia de la relación obligatoria y, como consecuencia, el acreedor no satisface su interés conforme a esta”.
- 11 GARCÍA RUBIO, M.P., “El Incumplimiento”, cit. Se recomienda consultar el comentario de Cabanillas Sánchez para conocer la disputa existente entre la doctrina y jurisprudencia española en torno al carácter contractual o extracontractual de la infracción de los deberes no prestacionales (CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “Deberes protección”, cit., p. 116 ss).
- 12 Artículo 1:301 (4) PECL: “non-performance” denotes any failure to perform an obligation under the contract, whether or not excused, and includes delayed performance, defective performance and failure to co-operate in order to give full effect to the contract.

del acreedor al positivizar el concepto de obligación. Igualmente, se debería haber incluido en el concepto de incumplimiento la falta de colaboración del acreedor en la ejecución de deberes no genuinamente prestacionales, ya que nos encontramos ante deberes bidireccionales¹³.

El artículo 1088.3 PMR se ocupa de la naturaleza y finalidad de la prestación, como previamente hizo el artículo 1088.II PM. Al no limitar el contenido de esta al ámbito económico, ataja el debate doctrinal en torno a la naturaleza patrimonial de la prestación, admitiendo también su extrapatrimonialidad¹⁴. La prestación en sí no tiene que ser necesariamente patrimonial, ya que “si negamos la validez de una obligación por el hecho de faltarle contenido económico, limitamos arbitrariamente la autonomía de la voluntad y dejamos sin juridicidad un posible elenco de deberes extrapatrimoniales capaces de cumplimiento voluntario”¹⁵, lo que no obsta a que la obligación sea, “ante todo, un cauce de cooperación de las personas dentro de la vida económica. A través de ella se trata de hacer dinámica la vida económica mediante el intercambio de bienes y la cooperación en la prestación de servicios”¹⁶. Y la finalidad de tal prestación será, como señala el artículo 1088.3 PMR, “satisfacer un interés legítimo del acreedor”, con independencia de que tenga o no contenido económico.

Resulta especialmente significativo que el precepto concluya importando el sistema de responsabilidad patrimonial desde el penúltimo título del vigente Código civil hasta el primer artículo dedicado a las obligaciones, consagrando inequívocamente el artículo 1088 PMR como una disposición general que vertebrará el régimen de obligaciones y contratos¹⁷. Esta contiene los dos elementos que tradicionalmente las han caracterizado, a saber, la prestación (o deuda) y la responsabilidad patrimonial universal. A diferencia del vigente CC y de la

13 GARCÍA RUBIO, M.P.: “El Incumplimiento”, cit. La inclusión del deber de colaboración en la definición de incumplimiento hubiera supuesto un distanciamiento con la doctrina más conspicua de nuestro ordenamiento, representada por Díez-Picazo, que defiende que la colaboración no es un deber del acreedor, “No engendra un deber de prestación a su cargo, porque generalmente el deber del acreedor es pagar la contraprestación, ni tampoco un deber accesorio o de protección, porque en ningún caso pueden aplicarse las consecuencias propias de un incumplimiento” (DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., p. 136).

14 Es un debate que tomó impulso en la doctrina alemana de la mano de autores como Savigny, Jhering y Windscheid, siendo retomado en la doctrina italiana por Scialoja y Bonfante (DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., p. 107). En España fue analizado en profundidad por diversos autores (BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P.: *La obligación: concepto, estructura y fuentes*, Editoriales de Derecho Reunidas, 1989, p. 68; HERNÁNDEZ GIL, A.: *Derecho de obligaciones*, Ceura, 1983, pp. 108–117).

15 LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos derecho*, cit., pp. 54–57.

16 DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., pp. 110–11. A diferencia de nuestro CC, los códigos civiles de algunos países de nuestro entorno sí se han posicionado abiertamente en torno a la patrimonialidad de la prestación. Cfr. artículo 1174 del Codice civile italiano de 1942 y artículo 398.2 Código civil portugués de 1966.

17 En efecto, en el vigente CC, el sistema de responsabilidad patrimonial universal del deudor se encuentra normado en el artículo 1911 CC, sito en el Capítulo I “Disposiciones generales” del Título XVII “De la concurrencia y prelación de créditos”, y en virtud del cual “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”.

anterior propuesta de modernización de 2009¹⁸, combina en un único artículo la deuda, concebida como el deber del obligado de realizar o de adoptar un determinado comportamiento (artículo 1088.2 PMR), y la responsabilidad, que otorga al acreedor el poder de coacción que el ordenamiento le atribuye y sujeta al deudor a las consecuencias derivadas del ejercicio de dicho poder (artículo 1088.4 PMR)¹⁹. Así, puede darse por concluida la discusión largamente mantenida sobre la distinción entre la deuda y la responsabilidad, esencialmente inseparables por ser ambos elementos esenciales a la concepción de la obligación como un vínculo jurídico. Si aquéllos se separan, éste se desfigura²⁰.

Una vez se han comentado las principales características de la obligación proyectada en la PMR, nos centraremos en las obligaciones condicionales, que son el objeto de central este estudio.

II. LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES EN LA PMR.

En general, si concebimos al negocio jurídico como una reglamentación de intereses formada por una o varias normas autónomas de conducta en las cuales se formula un deber ser jurídico, la inserción de una condición persigue delimitar o acotar de forma más precisa la hipótesis o el supuesto de hecho para el que la reglamentación debe tener vigencia²¹. Aunque se haya afirmado que la condición es autolimitante de la voluntad, es la propia voluntad la que se autolimita estableciendo la condición²². En la línea voluntarista de algunos pandectistas alemanes, la condición es “la limitación añadida a una declaración de voluntad en virtud de la cual un efecto jurídico o su sección se hace depender de una circunstancia incierta para el saber humano”²³. Serían limitantes porque circunscriben la aplicabilidad de la reglamentación negocial²⁴ y la limitación consistiría en acotar el supuesto de hecho que norma el inicio o cese de los efectos de las relaciones obligatorias según sean suspensivas o resolutorias, respectivamente²⁵.

18 La PM optó por destinar un artículo en exclusiva a la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones del deudor, tal y como lo hace nuestro vigente CC, pero, a diferencia de este, lo sitúa inmediatamente después del artículo que describe las obligaciones. Así, el artículo 1089 PM recoge la literalidad del artículo 1094 CC preceptuando que “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”.

19 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., pp. 78–79.

20 “Deuda y responsabilidad son dos ingredientes institucionales del fenómeno de la obligación, pero no constituyen dos relaciones o dos situaciones jurídicamente autónomas y distintas” (DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., pp. 102–03).

21 DIEZ-PICAZO, L.: “El tiempo de cumplimiento de la condición y la duración máxima de la fase de “conditio pendens””, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, Vol. 3, EUNSA, Navarra, 1969, p. 185.

22 WINDSCHIED, B.: *Diritto Delle Pandette*, Unione Tipografico Torinese, Turín, 1925, pp. 284 ss.

23 ENNECCERUS, L.: “Derecho Obligaciones”, cit., p. 325.

24 FLUME, W.: *El negocio jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 804.

25 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., pp. 393 ss.; MARÍN LÓPEZ, M.J., “Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato”, en AA.VV.: *Tratado de contratos* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO),

Desde un punto de vista más reglamentarista, son determinaciones accesorias de la voluntad integradas en la estructura del negocio jurídico, a través de las cuales se acuerda depender el funcionamiento o cese de los efectos del negocio jurídico de la concurrencia de un acontecimiento futuro e incierto²⁶. Con ellas se subordina la entrada o permanencia en vigor de los efectos jurídicos que el Derecho acompaña al tipo de negocio escogido, a la verificación de un evento futuro e incierto, que es ajeno y exterior a la obligación²⁷:-

Recientemente, se ha dicho que pueden actuar como una herramienta anticipatoria que autoriza la celebración de un contrato cuando las partes no están seguras de que el contexto contractual les sea favorable, ya que existen elementos sobre los que no ejercen un control total, desconocen o son susceptibles de desaparecer²⁸.

La estructura del negocio condicional responderá a un juicio hipotético doble y alternativo puesto que, si el evento contemplado no tiene lugar, se dispone la consecuencia opuesta, de manera que el orden proyectado a los intereses en cuestión no se producirá o, respectivamente, cesará en su actividad. De las condiciones dependerá la eficacia del contrato, pero no su validez, perfección ni obligatoriedad²⁹. De ahí que el interés en el contrato e, incluso, la capacidad de las partes para ejecutarlo, no se adquieran en el momento de la celebración del contrato³⁰. Si la condición se refiere a todo el contrato, estará en liza la totalidad de los efectos contractuales. Si se refiere a una sola cláusula, solo los efectos de esta estarán subordinados al evento condicionante, mientras que el resto de los efectos le serán indiferentes³¹. En síntesis, como hemos anticipado, el hecho condicional no debe ser necesario para la formación o validez del propio contrato condicional, siendo los efectos de este los que se verán afectados por la condición, pero no su validez³². De ahí que, para mantener la validez del contrato, se pueda tener como no escrita una cláusula condicional relativa a un elemento esencial del contrato³³.

Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 767 ss.

- 26 MINERO ALEJANDRE, G.: "Artículos 1113 al 1124", en AA.VV.: *Comentarios al código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, p. 1445; FLUME, W.: *Negocio jurídico*, cit., pp. 791-792. No se debe hacer creer "que se trate de determinaciones accesorias o de simples enunciaciones, distintas y separables del precepto de la autonomía privada que constituye el elemento central del negocio total. Al contrario, aquéllas forman un todo inescindible con este precepto, calificándolo e imprimiendo un especial carácter a la ordenación de intereses que prescribe" (BETTI, E.: *Teoría general del negocio jurídico*, Comares, Granada, 2000, p. 445).
- 27 GEORGE, F., COLSON, P.: *Manuel droit*, cit., p. 700.
- 28 CHANTEPIE, G, LATINA, M.: *Le nouveau*, cit., p. 811.
- 29 ROPPO, V.: *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 606.
- 30 CHANTEPIE, G, LATINA, M.: *Le nouveau*, cit., p. 811.
- 31 ROPPO, V.: *Il contratto*, cit., p. 606.
- 32 CHANTEPIE, G, LATINA, M.: *Le nouveau*, cit., p. 815.
- 33 Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 22 octobre 2015, 14-20.096, Bulletin 2016, n° 838, 3e Civ., n° 350.

Los motivos que subyacen para el establecimiento de la condición pueden ser variados: proveer la solución de situaciones futuras que no es seguro que se produzcan, ya que solo son posibles o probables; influir en la conducta de otra persona, incitándola a realizar el comportamiento previsto como condición; garantizar el cumplimiento de la obligación sometiendo a condición un derecho que dimana del mismo contrato; prever hipotéticamente regímenes o reglamentaciones diversas del contrato, según la forma en la que se resuelva el evento condicional³⁴. Ante esta pluralidad de motivos, los cinco artículos que conforman la Sección Tercera “Obligaciones condicionales” se destinan a regular las suspensivas y resolutorias, causales, mixtas, y pura y simplemente potestativas, amén de disponer la nulidad de las ilícitas.

1. Concepto y efectos.

Tal y como hizo la anterior propuesta, que compendió en un único artículo el contenido de los vigentes artículos 1113 y 1114 CC³⁵, el artículo 1100 PMR, Concepto y efectos, abre la mencionada sección para ocuparse de las obligaciones bajo condiciones suspensiva o resolutoria. Según el precepto:

“1. En las relaciones obligatorias sometidas a condición suspensiva o resolutoria, el comienzo o cese de todos o de algunos de sus efectos depende del hecho futuro e incierto establecido como condición.

2. Del mismo modo, los efectos de una relación obligatoria podrán hacerse depender del conocimiento de un hecho pasado que los interesados ignoren.

3. La suerte o la voluntad de un tercero pueden constituir condición.”

El primer apartado define las obligaciones condicionales suspensivas o resolutorias como aquellas en las que el comienzo o cese de todos o algunos de sus efectos se subordina al hecho futuro e incierto que las partes hayan establecido, según han descrito doctrina y jurisprudencia en distintos ordenamientos jurídicos³⁶,

34 ÁLVAREZ VIGARAY, R.: “Artículos 1113 a 1124”, en AA.VV.: *Comentario del Código Civil. Tomo II* (dir. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ), Ministerio de Justicia de España, Madrid, 1991, pp. 75–76; Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., p. 403.

35 Artículo 1110 PM. En las relaciones obligatorias sometidas a condición suspensiva o resolutoria el comienzo o cese de todos o algunos de sus efectos depende del hecho futuro e incierto establecido como condición. Del mismo modo, los efectos de una relación obligatoria podrán hacerse depender del conocimiento de un hecho pasado que los interesados ignoren. La suerte o la voluntad de un tercero pueden constituir condición.

36 ÁLVAREZ VIGARAY, R.: “Artículos 1113”, cit., pp. 76 ss.; ANCEL, P.: *Droit des obligations*, Lefebvre Dalloz, Courbevoi, 2024, pp. 192–193; BERCOVITZ ÁLVAREZ, G.: “Artículos 1113 a 1124”, en AA.VV.: *Comentarios al código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO) Aranzadi, Navarra, 2013, p. 1533; BETTI, E.: *Teoría general*, cit., pp. 458 ss.; CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, Aranzadi, Navarra, 2024, pp. 649 ss.; CLEMENTE MEORO, M.E.: “Artículos 1113 a 1130”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 5110 ss.; Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., p. 404; ENNECCERUS, L., *Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1950, p. 334; FLUME, W.: *Negocio jurídico*, cit., pp. 795 ss.; GIORGI, J.: *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, Imprenta de la Revista de Legislación, Roma, 1911, pp. 304 ss.; LARENZ,

como el italiano³⁷, alemán³⁸, francés³⁹ y belga⁴⁰. En él subyace la finalidad de las condiciones suspensiva y resolutoria: si esta protege ante el riesgo de que un hecho, temido por una o ambas partes por ser contrario a sus intereses, se haga realidad, aquella neutraliza el riesgo de que un evento, esperado en interés propio de una o ambas partes, no se haga realidad o se haga realidad demasiado tarde⁴¹. Es decir, si de la condición suspensiva depende la eficacia del efecto jurídico querido, de la resolutoria pende su cesación. Ahora bien, a diferencia del CC, que para las condiciones resolutorias da entender que la satisfacción del evento producirá, bien la resolución retroactiva, bien la pérdida del derecho ex nunc, dejando subsistente aquello que se haya generado durante el periodo de pendencia⁴², el artículo 1100.I PMR solo estatuye el cese de los efectos en caso de cumplimiento del evento acordado, en concordancia con su artículo 1104 PMR, que establece la irretroactividad de los efectos del cumplimiento de las condiciones, salvo pacto en contrario.

En cualquier caso, si la condición suspensiva nos sitúa en un estado de duda acerca de si el efecto jurídico finalmente se producirá o no, la resolutoria sí produce el efecto jurídico, aunque será resuelto si la condición se cumple⁴³. Si durante la

K.: *Derecho civil: parte general*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019, pp. 414 ss.; MINERO ALEJANDRE, G.: "Artículos 1113", cit., pp. 1445 ss.; MONTÉS PENADÉS, V.L.: "Artículos 1113 a 1124", en AA.VV.: *Comentarios al código civil y compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO GARCÍA), Edersa, Madrid, 1978, Tomo XV, vol. I, pp. 1038 ss.; ROPPO, V.: *Il contratto*, cit., pp. 607–616; VON TUHR, A.: *Tratado obligaciones*, cit., p. 433.p. 404; ENNECCERUS, {\li}Derecho civil}, {\scaps II}, p. 334; FLUME, {\li}El negocio jur\luc0\lu237{dico}, p. 795 ss.; J. GIORGI, {\li}Teor\luc0\lu237{a de las obligaciones en el derecho moderno} (Imprenta de la Revista de Legislaci\luc0\lu243{n}, 1911 En el caso de las condiciones suspensivas, cfr. SSTs 22 marzo 2010, (RJ 2010, 3915), 2 junio 2010 (RJ 2010, 5165), 17 julio 2012 (RJ 2012, 8855). Respecto de las condiciones resolutorias, vid. STS 30 noviembre 1987 (RJ 1987, 8708).

37 El vigente Codice civile italiano de 1942 diferencia entre condiciones suspensivas y resolutorias en su artículo 1353, donde afirma que "Le parti possono subordinare l'efficacia o la risoluzione del contratto o di un singolo patto a un avvenimento futuro e incerto". A diferencia de nuestro CC, de la PMR y del anterior código italiano, en el vigente código civil italiano las condiciones se regulan en el marco de la regulación general del contrato, dejando claro que la condición pertenece al contrato y no a la relación obligatoria (ALPA, G., MARICONDA, V.: *Codice civile commentato*, Ipsoa, Rozzano, 2009, Tomo IV, p. 702).

38 El BGB distingue entre las condiciones suspensivas y resolutorias en el § 158, que preceptúa que "Si un negocio jurídico es celebrado bajo una condición suspensiva, la eficacia hecha depender de la condición se produce con el cumplimiento de la condición. Si un negocio jurídico es celebrado bajo una condición resolutoria, con el cumplimiento de la condición termina la eficacia del negocio jurídico; en este momento se reproduce la anterior situación jurídica". A lo largo de esta investigación se empleará la traducción del Bürgerliches Gesetzbuch de MELÓN INFANTE, C.: "Código civil alemán", en AA.VV.: *Tratado de derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1955.

39 El artículo 1304 Code civil francés describe la obligación condicional como la dependiente de un evento futuro e incierto y, a continuación, caracteriza las condiciones suspensiva y resolutoria. Según dispone dicho precepto: L'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain. La condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple. Elle est résolutoire lorsque son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation.

40 El artículo 5.139 Code civil belga recoge la definición de obligación condicional y la diferenciación entre las suspensivas y resolutorias afirmando que "L'obligation est conditionnelle lorsque son exigibilité ou son extinction dépend d'un événement futur et incertain. La condition est suspensive lorsque sa réalisation rend l'obligation exigible. La condition est résolutoire lorsque sa réalisation entraîne l'extinction de l'obligation".

41 ROPPO, V.: *Il contratto*, cit., pp. 607–608.

42 ÁLVAREZ VIGARAY, R.: "Artículos 1113", cit., p. 76.

43 ENNECCERUS, L., *Derecho civil*, cit., pp. 327–329; FLUME, W.: *Negocio jurídico*, cit., pp. 795–797.

pendencia de la condición suspensiva el negocio condicionado no genera aún la situación jurídica que la norma anuda al tipo de negocio al que aquel pertenece, ello no obsta a que se engendren otros efectos, provisionales y preliminares, orientados a que sea factible el orden de intereses concebidos para cuando la condición se cumpla. En contrario, mientras la condición resolutoria esté pendiente de su verificación, el negocio generará todos los efectos jurídicos aparejados a su tipo, pero sin ser definitivos e irrevocables, ya que pueden decaer si se verificase la condición⁴⁴. De ahí que se haya afirmado que el negocio jurídico condicional se desarrollará en toda su extensión al constatare el supuesto de hecho legal del tipo negocial afectado, de manera que tan solo la eficacia de la reglamentación negocial estará condicionada, lo que no obsta a que existan diferencias entre una condición suspensiva y otra resolutoria como elementos de la reglamentación negocial⁴⁵. En definitiva, la condición no afectará a la existencia misma de la obligación, sino su exigibilidad⁴⁶. Además, aunque la condición descansa sobre la totalidad del negocio jurídico, eso no obsta que ocasionalmente se someta a condición una obligación, y no el negocio entero⁴⁷. La obligación devendrá exigible cuando la incertidumbre de la condición desaparezca, ya sea porque la condición se haya producido, incluso sin el conocimiento de las partes, o porque el evento del que depende sea imposible. En cualquier caso, los efectos aparejados a la realización o incumplimiento de la condición se producirán directamente y, según el caso, la obligación devendrá pura y simple o se extinguirá desde el principio⁴⁸.

Será una cuestión de hecho precisar si las partes han establecido una condición suspensiva o resolutoria⁴⁹. Ante la duda, se acudirá a las normas sobre la interpretación de la declaración ya que, al igual que el vigente CC, la PMR no ha fijado ninguna presunción general a favor de cualquiera de ellas⁵⁰. Si bien es cierto

44 BETTI, E.: *Teoría general*, cit., pp. 458 ss.; DIEZ-PICAZO, L.: “El tiempo”, cit., p. 186; DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., p. 404; MONTÉS PENADÉS, V.L.: “Artículos 1113”, cit., pp. 1040–1041.

45 ALPA, G., MARICONDA, V.: *Codice civile*, cit., p. 702 ss.; FLUME, W.: *Negocio jurídico*, cit., p. 807.

46 GEORGE, F., COLSON, P.: *Manuel droit*, cit., pp. 701–704. Cfr. Cour de Cassation - arrêt n° F-19810605-3 (3023) du 5 juin 1981.

47 BELTRÁN DE HEREDIA, J.: “En Torno a La Condición Potestativa”, *Revista de Derecho Privado*, núm. XLVII, 1963, pp. 219–220; FUENTESCA, C.: *La condición potestativa*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 18–19.

48 GEORGE, F., COLSON, P.: *Manuel droit*, cit., p. 706. Así se recoge explícitamente en el artículo 5.140 Code civil belga, rubricado “Absence d’incertitude”, que dispone que “Lorsque l’événement érigé en condition s’est déjà réalisé, même à l’insu des parties, lors de la naissance de l’obligation, les effets de la réalisation de la condition se produisent dès ce moment. Lorsque l’événement érigé en condition est impossible lors de la naissance de l’obligation, les effets de la défaillance de la condition se produisent dès ce moment”.

49 Recordemos que si el destino natural y esperado de la condición suspensiva es su cumplimiento, el de la suspensiva es todo lo contrario (CARRASCO PERERA, A.: *Derecho contratos*, cit., pp. 650–651).

50 MARÍN LÓPEZ, M.J., “Requisitos esenciales”, cit., p. 772; ÁLVAREZ VIGARAY, R.: “Artículos 1113”, cit., p. 77; MINERO ALEJANDRE, G.: “Artículos 1113”, cit., p. 1445.p. Puntualmente, el legislador ha presupuesto el carácter suspensivo o resolutorio de la condición. Es el caso del artículo 1453 CC, que presume la condición suspensiva al preceptuar que “La venta hecha a calidad de ensayo o prueba de la cosa vendida, y la venta de las cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas, se presumirán hechas siempre bajo condición suspensiva”. Este supuesto también está contemplado en el artículo 1512 Codice civile italiano, si bien el criterio interpretativo que estos preceptos recogen no se considera suficiente para deducir una presunción general a favor de las condiciones suspensivas (BETTI, E.: *Teoría general*, cit., pp. 459–460).

que para dilucidar si nos encontramos ante una o la otra debe atenderse con especial cuidado los intereses y resultados implicados, no lo es menos que, cuando la respuesta al interrogante sea dudosa, se recomienda inclinar la balanza a favor de las condiciones suspensivas. En las condiciones resolutorias el negocio tiene eficacia provisional durante el periodo de pendencia, y esa eficacia provisional solo debe suponerse cuando se detecte una intención en tal dirección⁵¹. Ahora bien, no se debe obviar la carencia de un argumento seguro que nos permita dar preferencia a una u otra condición, por lo que, en caso de duda ante la intención de las partes de relacionarse por una condición resolutoria o suspensiva, se habrá de prestar especial atención a su intención práctica, y si nos encontramos ante un negocio *mortis causa*, al propósito del disponente⁵². El canon de la totalidad será especialmente relevante en la disquisición⁵³.

Al describir la condición como un hecho futuro e incierto, el artículo 1100.I PMR mejora la dicción del citado artículo 1113.I CC, cuestionado porque su literalidad supone que tanto un suceso futuro de realización segura, como un suceso incierto, son válidos para condicionar los efectos obligacionales, cuando en puridad la incertidumbre del evento es indispensable, no siendo suficiente la futuridad del hecho⁵⁴. Si se diera certidumbre del hecho futuro, el supuesto de hecho no encajaría en las normas sobre obligaciones condicionales, sino en las de las obligaciones sometidas a plazo (artículos 1125 ss. CC; artículos 1105-1107 PMR)⁵⁵. Si el evento futuro solo fuera subjetivamente incierto, no será una condición, sino un término⁵⁶. En definitiva, la conjunción del carácter futuro e incierto del evento en el artículo 1100.I PMR conlleva que la incertidumbre de la condición sea objetiva, como sucede en ordenamientos jurídicos vecinos⁵⁷.

La constatación jurisprudencial de la presunción suspensiva por parte del artículo 1453 CC se recogió en la STS 15 noviembre 1983 (RJ 1983, 6114), en la cual se afirmaba: "la venta a calidad de ensayo, configurable por los contratantes bajo condición resolutoria o suspensiva en lícito ejercicio del principio de autonomía negocial, se presume siempre hecha bajo la segunda modalidad de evento condicionante de no constar voluntad de los intervinientes en contrario, según preceptúa el artículo 1453 del C. Civ., lo que significa que la operación se perfecciona cuando una vez comprobadas las cualidades de la cosa y su utilidad para el destino previsto, es aceptada por el comprador, asumiendo las obligaciones que le incumben y por lo tanto la del pago del precio;..."

51 ENNECCERUS, L., *Derecho civil*, cit., p. 329.

52 BETTI, E.: *Teoría general*, cit., pp. 459-460; MONTES PENADES, V.L.: "Artículos 1113", pp. 1046-1048.

53 ROPPO, V.: *Il contratto*, cit., p. 609.

54 MARIN LÓPEZ, M.J., "Requisitos esenciales", cit., p. 769; PÉREZ GONZÁLEZ, B., ALGUER, J.: "Derecho civil (Parte general)", en AA.VV.: *Tratado de derecho civil* (dir. L. ENNECCERUS), Bosch, Barcelona, 1950, Tomo II, p. 333.p. También se ha ofrecido una interpretación alternativa en la que el artículo 1113 CC en realidad diferencia las obligaciones puras, "exigibles desde luego" y cuyo cumplimiento no depende de un suceso futuro o incierto, de las obligaciones a término, que dependen de un hecho futuro, y de las condicionales, que dependen de un suceso incierto (ÁLVAREZ VIGARAY, R.: "Artículos 1113", cit., p. 74).

55 MARIN LÓPEZ, M.J., "Requisitos esenciales", cit., p. 769.p.

56 CHANTEPIE, G, LATINA, M.: *Le nouveau*, cit., p. 814.

57 Tal y como denota la lectura de los ya citados artículos 1304 Code civil francés (CHANTEPIE, G, LATINA, M.: *Le nouveau*, cit., p. 814), 5.139 Code civil belga y 1353 Codice civile italiano (ALPA, G., MARICONDA, V.: *Codice civile*, cit., pp. 703-704).

Igualmente, nuestra jurisprudencia exige la concurrencia de incertidumbre y hecho futuro en las obligaciones condicionales⁵⁸.

No obstante, es posible establecer la dependencia negocial en un suceso presente o pasado incierto. Sería una condicionalidad con incertidumbre meramente subjetiva, puesto que el evento, desconocido para los que intervienen en el negocio jurídico, ya se ha producido⁵⁹. Esta subjetividad, recogida en el ya citado artículo 1113 CC, es asumida por el artículo 1100.2 PMR al indicar que las obligaciones pueden hacerse depender “del conocimiento de un hecho pasado que los interesados ignoren”⁶⁰. Son las denominadas condiciones impropias⁶¹. Se aceptan porque, aunque objetivamente el evento no sea incierto por haber pasado, para los interesados habrá incertidumbre hasta que conozcan la concurrencia del evento⁶². Mientras lo desconozcan, serán sometidas al régimen de las obligaciones condicionales, aunque en puridad no lo sean⁶³.

Al igual que su antecesor, el artículo 1110.II PM, el tercer apartado del artículo 1100 PMR introduce las obligaciones condicionales casuales que, junto a las puramente potestativas, simplemente potestativas y mixtas, conforman la clasificación de las condiciones en función de la naturaleza del evento tomado como condición⁶⁴. La condición será casual si su realización no depende de la voluntad de las partes del negocio jurídico, sino de un fenómeno sobre el que las partes carecen de influencia, como el azar, la suerte o la voluntad de un tercero que actúa sin conexión alguna con los implicados y sin que su actitud ejerza influencia en el desenvolvimiento de la relación obligatoria⁶⁵. Ahora bien,

58 SSTS 28 noviembre 2013 (RJ 2013, 7638), 12 julio 2018 (RJ 2018, 2942).

59 FLUME, W.: *Negocio jurídico*, cit., pp. 792–794; MONTES PENADES, V.L.: “Artículos 1113”, cit., pp. 998 ss.; GIORGI, J.: *Teoría obligaciones*, cit., pp. 309–310; CHANTEPIE, G., LATINA, M.: *Le nouveau*, cit., p. 814. Cfr. STS 30 junio 1995 (RJ 1995, 5275).

60 A pesar de que esta previsión, contenida en el artículo 1181 del Code civil napoleónico, fuera desatendida en el artículo 1304 Code civil francés reformado, la realidad es que aún se admite subordinar el compromiso de las partes a la confirmación o negación de un evento previamente acaecido pero desconocido para las partes. Lo que sucede es que para el artículo 1304 Code civil francés no será en puridad una condición: en el caso de la condición suspensiva, la ocurrencia del hecho desconocido para las partes conlleva que la obligación contraída era pura y simple; y si se tratara de una condición resolutoria, la obligación nunca llegó a existir (JULIENNE, M.: *Le régime général des obligations après la réforme*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2017, pp. 42–43).

61 ARÍN LÓPEZ, M.J., “Requisitos esenciales”, cit., p. 370; CLEMENTE MEORO, M.E.: “Artículos 1113”, cit., p. 5105.

62 ROPPO, V.: *Il contratto*, cit., pp. 611–612.

63 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., p. 403.

64 Sobre la clasificación de las condiciones en potestativa, mixta y causal, no hay unanimidad en la doctrina; así, hay autores que atribuyen un valor meramente teórico a la condición mixta, ya que desde un punto de vista práctico equiparan sus efectos a los de la condición simplemente potestativa (BELTRÁN DE HEREDIA, J.: “Condición Potestativa”, cit., pp. 224–225); otros solo reconocen las condiciones potestativas y casuales (FLUME, W.: *Negocio jurídico*, cit., p. 798).

65 MARÍN LÓPEZ, M.J., “Requisitos esenciales”, cit., pp. 772–774; MINERO ALEJANDRE, G.: “Artículos 1113”, cit., pp. 1447–1448; ÁLVAREZ VIGARAY, R.: “Artículos 1113”, cit., pp. 78–80; DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., pp. 404–06; CLEMENTE MEORO, M.E.: “Artículos 1113”, cit., pp. 5115 ss.; CARRASCO PERERA, A.: *Derecho contratos*, cit., p. 641; ENNECCERUS, L.: *Derecho civil*, cit., p. 330; BETTI, E.: *Teoría general*, cit., pp. 460–462; MONTES PENADES, V.L.: “Artículos 1113”, cit., pp. 1049–1052; LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M.: *La condición suspensiva*

distinto sería el supuesto en el que el acto de un tercero, por la naturaleza de su actividad y relación con el interesado, presumiblemente pueda influir en el desarrollo de la relación obligatoria. Aunque se trate de una condición admisible en nuestro ordenamiento a la luz del artículo 1115 CC, el acto del tercero será tomado como el de un arbitrador del entorno, como el desarrollo y ejecución del negocio jurídico sometido al régimen de las remisiones al arbitrio de un tercero⁶⁶.

En cuanto a las condiciones mixtas, el evento depende en parte del azar o de la voluntad de un tercero, y en parte de la voluntad de uno de los interesados⁶⁷. Esta combinación, que bebe de las condiciones causales y las potestativas, tiene cabida en la PMR, donde la prohibición de las condiciones puramente potestativas y la aceptación de las causales les da espacio más que suficiente, tal y como sucede en el artículo 1115 CC vigente. Sus efectos son coincidentes con los de las simplemente potestativas, de las que no siempre se diferencian con claridad, ya que en ambas hay un elemento externo condicionante que va más allá de la voluntad de una de las partes y que las diferencia de las puramente potestativas. El arquetipo sería la obligación vinculada al otorgamiento de una licencia administrativa a solicitar por una de las partes interesadas en el negocio jurídico⁶⁸.

2. Obligaciones sometidas a condición potestativa y a condiciones ilícitas.

A) Obligaciones sometidas a condiciones pura y simplemente potestativa.

Respecto de las obligaciones sometidas a condición potestativa, debemos comenzar distinguiendo las simplemente potestativas de las mera o puramente potestativas⁶⁹.

en los contratos, Montecorvo, Madrid, 2000, pp. 83 ss.; VON TUHR, A.: *Tratado obligaciones*, cit., p. 366; ROPPO, V.: *Il contratto*, cit., p. 616.pp.

66 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., p. 404.

67 MARIN LÓPEZ, M.J., "Requisitos esenciales", cit., pp. 772–774; MINERO ALEJANDRE, G.: "Artículos 1113", cit., pp. 1447–1448; ÁLVAREZ VIGARAY, R.: "Artículos 1113", cit., pp. 78–80; DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., pp. 404–406; CLEMENTE MEORO, M.E.: "Artículos 1113", cit., pp. 5115 ss.; ROPPO, V.: *Il contratto*, cit., p. 616.pp. No obstante, hay autores que consideran que las condiciones mixtas son, en puridad, casuales (GIORGI, J.: *Teoría obligaciones*, cit., p. 314).

68 Según señala la STS 30 septiembre 1993 (RJ 1993, 6663), "sometidas las obligaciones nacidas del contrato de promesa de compra y venta a la condición suspensiva de la concesión por los organismos competentes de la licencia de edificación, se hace preciso determinar si se ha producido o no el evento constitutivo de la condición pues, de acuerdo con el artículo 1114 CC, «en las obligaciones condicionales, la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerá del acontecimiento que constituya la condición». También podría considerarse causal la que somete la puesta en vigor de una promesa de compraventa a la aprobación de un órgano de la sociedad dominante del grupo al que pertenece la que prometió enajenar (STS 7 marzo 2014 (RJ 2014, 1698), la suspensiva introducida en un contrato de compraventa de marcas en interés de la compradora en conexión a la litación de una unidad productiva de una sociedad en concurso (STS 29 junio 2021 (RJ 2021, 3235) o la resolutoria consistente en la aprobación de un plan de urbanización (STS 19 diciembre 2013 (RJ 2013, 8352), entre otras.

69 ÁLVAREZ VIGARAY, R.: "Artículos 1113", cit., pp. 78–80; BERCOVITZ ÁLVAREZ, G.: "Disposición adicional primera. Seis: Disp. adic.1.ª.I.4.ª LGDCU", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 916 ss.; BETTI, E.: *Teoría general*, cit., pp. 461–462; CARRASCO PERERA, A.: *Derecho contratos*, cit., pp. 666–668; CHANTEPIE, G, LATINA, M.: *Le nouveau*, cit., p. 818 ss.; CLEMENTE MEORO, M.E.: "Artículos 1113", cit., pp. 5115 ss.; DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., pp.

En las simplemente potestativas, aunque el evento pende de la voluntad de una de las partes, su decisión está influenciada por condicionamientos externos. Para que la condición sea válida, ese “añadido” necesario para que se cumpla la condición habrá de estar definido con un mínimo de objetividad⁷⁰. Se diferencia así de la puramente potestativa, que no constituye una verdadera condición por adolecer de criterio alguno que la objetivice⁷¹. La existencia de elementos ajenos al obligado que incentiven en un sentido u otro su voluntad será lo que convierta a una condición en simplemente potestativa⁷²; así, la obligación dependerá de un acto voluntario del deudor a la par que estará subordinada a contingencias de las que no es dueño⁷³. Por ello, si nos situamos frente a un contrato sinalagmático, el interés que de partida muestra el deudor como acreedor en la contraprestación habrá de acompañarse de otros estímulos para poder calificar la condición como simplemente potestativa. Será irrelevante que el suceso condicionante dependa de la ocurrencia de un suceso externo o de la voluntad de un tercero. Lo determinante será que haya motivos suficientes que garanticen que el obligado tenga un estímulo apropiado para optar por el comportamiento más cercano al cumplimiento de la condición⁷⁴. En cualquier caso, la condición se reputará como una modalidad temporal de una obligación válidamente constituida, de manera que sin ella también cabría la existencia de aquella; de ahí que se hable de la necesidad de que la condición tenga un carácter externo⁷⁵.

Existe unanimidad doctrinal y jurisprudencial en dejar las condiciones simplemente potestativas fuera del alcance del ya reproducido y vigente artículo 1115 CC, cuya exclusión, en aras a la conservación de los negocios jurídicos, habrá

404–08; FUENTESECA, C.: *Condición potestativa*, cit., pp. 27 ss.; GEORGE, F., COLSON, P.: *Manuel droit*, cit., p. 708 ss.; GIORGI, J.: *Teoría obligaciones*, cit., pp. 314–322; MARÍN LÓPEZ, M.J., “Requisitos esenciales”, cit., pp. 772–774; MINERO ALEJANDRE, G.: “Artículos 1113”, cit., pp. 1447–1448; MONTES PENADES, V.L.: “Artículos 1113”, cit., pp. 1049–1052; ROPPO, V.: *Il contratto*, cit., pp. 616–617.

70 STS 16 mayo 2012 (RJ 2012, 6351), 21 mayo 2015 (RJ 2015, 2616).

71 FUENTESECA, C.: *Condición potestativa*, cit., p. 24.

72 Cfr. SSTS 16 mayo 2005 (RJ 2005, 4002) y 13 febrero 1999 (RJ 1999, 1007), en la que se afirma que “la jurisprudencia se ha hecho de proclamar como condición no invalidante aquella en que la voluntad del deudor depende de un conjunto de motivaciones e intereses que, actuando sobre ella, influyen en su determinación, aun cuando estén confiadas a la sola valoración del interesado”.

73 COLIN, A., CAPITANT, H.: *Curso elemental de derecho civil*, Reus, Madrid, 1924, vol. III, pp. 337–338.

74 CARRASCO PERERA, A.: *Derecho contratos*, cit., pp. 666–667. Partiendo de la jurisprudencia italiana, se ha señalado que “La condición es meramente potestativa y hace nula la obligación, cuando el deudor haga depender de su mero arbitrio la voluntad de obligarse; es, en cambio, potestativa simple, y no invalida la obligación, cuando la voluntad del deudor dependa de un complejo de motivos que representan intereses apreciables, los que, actuando sobre aquélla, influyen en su determinación, aunque sean confiados a la valoración exclusiva del interesado” (BETTI, E.: *Teoría general*, cit., p. 461, n. 15).

75 Precisamente, a esa terminología recurre el Code civil belga al rubricar el artículo 5.141 “Caractère extérieur de la condition”, donde discrimina aquellos eventos que no pueden ser tomados como condiciones de una obligación. El precepto estatuye que “Un événement dont dépend la validité du contrat ne peut être érigé en condition par les parties”, a lo que añade que “Ainsi l’obligation ne peut-elle être affectée d’une condition suspensive purement potestative dans le chef du débiteur. Ne peut pas non plus être érigée en condition l’exécution ou l’inexécution d’une autre obligation née du même contrat” (GEORGE, F., COLSON, P.: *Manuel droit*, cit., p. 707).

de interpretarse de forma restrictiva⁷⁶, tal y como cabe presumir del artículo 1101.I PMR, que a continuación analizaremos. En este sentido, podemos traer a colación la STS 29 junio 2021⁷⁷, donde el Alto Tribunal se opuso a la aplicación del artículo 1115 CC a las condiciones suspensivas de un contrato de licencia de marcas al entender que “podían calificarse como “simplemente potestativas”, en la medida en que en cierto modo su cumplimiento dependía de los vendedores, si bien, como advierte la doctrina para diferenciarlas de las condiciones puramente potestativas, requería encontrarse en determinadas circunstancias, factores externos que determinan, impulsan u orientan la voluntad. Esto es, no quedaban al puro arbitrio de los vendedores, que es lo que sanciona con su nulidad el artículo 1115 CC”. La restricción interpretativa no es un asunto menor, ya que la sanción prevista es la nulidad de la obligación condicional, y no solo la de la condición⁷⁸. Por lo tanto, si se constata la nulidad de la obligación condicional, principal o accesorio, la extensión de la nulidad al resto del contrato dependerá de la aplicación de las normas generales de la nulidad parcial⁷⁹. Para finalizar con las condiciones simplemente potestativas quedaría por apuntar que, para reforzar la defensa del consumidor en los contratos entre empresarios y consumidores, se ha defendido que, en general, deban considerarse potencialmente abusivas, puesto que pueden dar lugar a una situación de desequilibrio jurídico entre las partes que afecte negativamente al consumidor⁸⁰.

Como se ha dicho, en las obligaciones puramente potestativas, la condición depende exclusivamente de la voluntad de una de las partes, es ajena a cualquier condicionamiento externo y supone una mera manifestación del querer, de modo que en puridad no hay ni obligación ni contrato⁸¹. Dentro de las condiciones puramente potestativas, cabe diferenciar según dependan exclusivamente de la voluntad del obligado o del acreedor. En torno a las últimas existe un claro disenso

76 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., pp. 404–406; ÁLVAREZ VIGARAY, R.: “Artículos 1113”, cit., p. 79; MINERO ALEJANDRE, G.: “Artículos 1113”, cit., pp. 1447–1448; CLEMENTE MEORO, M.E.: “Artículos 1113”, cit., p. 5117. Sobre la interpretación restrictiva del artículo 1115 CC, la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) en Resolución de 12 de mayo de 2010 (RJ 2010, 2748) señaló: “la jurisprudencia del Tribunal Supremo preconiza una interpretación restrictiva del artículo 1115 del Código Civil, entendiendo que el precepto reseñado se está refiriendo a las condiciones puramente potestativas, no a las simplemente potestativas. Para el Tribunal Supremo se considera válida la condición cuando no depende del mero arbitrio del obligado (Sentencias de 13 Feb. 1999, 16 May. 2005 y 28 Jun. 2007, entre otras)”.

77 STS 29 junio 2021 (RJ 2021, 3235).

78 La sola nulidad de la condición es excepcional. Así se dispone, como consecuencia de su carácter gratuito, para las donaciones con cláusula de reversión en relación con la norma general de nulidad del artículo 1116 CC para los negocios inter vivos (CLEMENTE MEORO, M.E.: “Artículos 1113”, cit., p. 5121; MONTES PENADÉS, V.L.: “Artículos 1113”, cit., pp. 1058–1061). La jurisprudencia las ha considerado donaciones sujetas a condición resolutoria cuyo cumplimiento determina que el bien donado vuelva a manos del donante o se atribuya a terceros (SSTS 12 noviembre 1990 (RJ 1990, 9698), 27 enero 2011 (RJ 2011, 300), 28 diciembre 2011 (RJ 2011, 169), entre otras).

79 CARRASCO PERERA, A.: *Derecho contratos*, cit., pp. 658–59.

80 BERCOVITZ ÁLVAREZ, G.: “Disposición adicional”, cit., pp. 916–919.

81 ANCEL, P.: *Droit obligations*, cit., pp. 192–193; FUENTESECA, C.: *Condición potestativa*, cit., pp. 21, 27. Vid. STS 31 octubre 1994 (RJ 1994, 8008).

por parte de la doctrina. Hay autores que la dan por válida, ya sea suspensiva o resolutoria⁸², mientras que otros se oponen⁸³. Tampoco hay unanimidad en torno a las condiciones puramente potestativas resolutorias que dependen del deudor, con posturas a favor⁸⁴ y en contra⁸⁵. Ahora bien, cuando se trata de condiciones puramente potestativas suspensivas que dependen del deudor, la doctrina se muestra en su mayoría contraria a su admisibilidad⁸⁶, lo que no obsta a que algunos directamente duden de la eficacia de regularlas por su posible confusión con los derechos potestativos, tal y como se comentará más adelante⁸⁷.

Ante las disensiones doctrinales señaladas, la PMR ha optado por sancionar con la nulidad las condiciones puramente potestativas dependientes del deudor en el primer inciso de su artículo 1101.1 PMR, que dispone que:

“Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula.”

La sanción no alcanza a las condiciones simplemente potestativas ni a las mixtas, solo a las puramente potestativas “ex parti debitoris”. Se entiende así que el deudor, incluso cuando pueda influir en el evento condicional, no tenga derecho a hacerlo: ya dio su consentimiento al negocio jurídico y no podrá contradecirse impidiendo el cumplimiento de la condición suspensiva, o favoreciendo el de la resolutoria⁸⁸. De lo contrario, se estaría violentando la naturaleza de la obligación; estaríamos ante la paradoja de una obligación en la que el deudor, libre para actuar según su propia voluntad, no estaría sometido a ningún vínculo obligacional⁸⁹. Mantendría su voluntad libre de todo impedimento y podría decidir arbitrariamente sobre los efectos del contrato. De ahí que la negativa a las condiciones puramente

82 ALBADALEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil. Tomo I. Introducción y Parte General. Vol. II. La Relación, Las Cosas y Los Hechos*, Edisofer, Madrid, 1985, pp. 310–311; COLIN, A., CAPITANT, H.: *Curso elemental*, cit., pp. 337–338.

83 BELTRÁN DE HEREDIA, J.: “Condición Potestativa”, cit., p. 218.

84 Para Giorgi, “la prohibición de ultimar obligaciones bajo condición puramente potestativa de parte del deudor, se aplica sólo a las condiciones suspensivas, no a las resolutorias” (GIORGI, J.: *Teoría obligaciones*, cit., pp. 313–322). En cuanto a Colin y Capitant, manifiestan que “la condición, aunque sea puramente potestativa por parte del deudor, no anula tampoco la convención cuando es resolutoria. En este caso, el contrato es puro y simple, las obligaciones creadas por él nacen inmediatamente, pero cada una de las partes se reserva el derecho a resolverlo cuando quiera” (COLIN, A., CAPITANT, H.: *Curso elemental*, cit., p. 338).

La jurisprudencia belga entiende que la prohibición de las condiciones puramente potestativas no alcanza a las condiciones resolutorias. Vid. Cass., 10 novembre 2011, Pas., 2011, p. 2514 (GEORGE, F., COLSON, P.: *Manuel droit*, cit., p. 709).

85 ALBADALEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*, cit., pp. 310–311; BELTRÁN DE HEREDIA, J.: “Condición Potestativa”, cit., pp. 216–217.

86 BELTRÁN DE HEREDIA, J.: “Condición Potestativa”, cit., pp. 217–218; ALBADALEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*, cit., pp. 310–311; MONTES PENADES, V.L.: “Artículos 1113”, cit., pp. 1048–1060; GIORGI, J.: *Teoría obligaciones*, cit., pp. 313–322; COLIN, A., CAPITANT, H.: *Curso elemental*, cit., pp. 337–338.

87 CHANTEPIE, G., LATINA, M.: *Le nouveau*, cit., pp. 821–822.

88 CHANTEPIE, G., LATINA, M.: *Le nouveau*, cit., pp. 818–822.

89 ALPA, G., MARCONDA, V.: *Codice civile*, cit., pp. 713–716; BETTI, E.: *Teoría general*, cit., p. 416; JULIENNE, M.: *Régimen général*, cit., pp. 43–45; ROPPO, V.: *Il contratto*, cit., p. 618.

potestativas se justifique en que es incompatible “con el concepto de obligación que alguien se obligue condicionándolo a que en el futuro quiera estarlo, ya que, en tal caso, no queda obligado cuando el negocio se celebre, a diferencia de lo que sucede cuando la eficacia de este se hace depender de una condición en sentido propio”⁹⁰. Por ello, no es de extrañar que se haya afirmado que la sanción prevista para las condiciones puramente potestativas no se deba a que el contrato sea nulo, sino a que en puridad no hay contrato⁹¹. Y de existir, estaría afectado en uno de sus elementos esenciales: el consentimiento⁹².

Aunque preceptúa la nulidad de las condiciones puramente potestativas dependientes del deudor, el artículo 1101 PMR, al igual que el ya citado artículo 1115 CC⁹³, y ordenamientos vecinos como el italiano o el francés⁹⁴, deja sin resolver el principal problema planteado en torno a dichas condiciones. Se trata de su posible confusión con el derecho potestativo.

El derecho potestativo, a diferencia de aquellas, está perfectamente admitido. Ha sido descrito como el “derecho que corresponde a una persona de llevar a cabo una relación jurídica con otra, o de determinarla específicamente en su contenido, modificarla o rescindirla, mediante un acto constitutivo unilateral que es, por lo regular, una declaración de voluntad recepticia”⁹⁵. Por lo tanto, otorga a su titular un poder jurídico que supone la posibilidad de generar efectos jurídicos en la esfera jurídica de la contraparte, que habrá de tolerarlos. Esto permite la supervivencia de la voluntad de su titular más allá del intercambio de consentimiento al autorizar su acción libre y unilateral durante la ejecución de la relación contractual; a título de ejemplo, pensemos en la facultad de resolución, en las acciones edilicias y en el pacto de recompra o retracto convencional⁹⁶. En efecto, ante el contratante incumplidor, el cumplidor ostentará un derecho potestativo que le permite resolver el contrato. Por su parte, las acciones edilicias dispuestas para el saneamiento de los vicios ocultos representan derechos potestativos que facultan al comprador a desistir del contrato o a rebajar su precio. En cuanto al

90 STS 7 marzo 2014 (RJ 2014, 698).

91 CARRASCO PERERA, A.: *Derecho contratos*, cit., p. 661.

92 MARIN LÓPEZ, M.J., “Requisitos esenciales”, cit., p. 773; ÁLVAREZ VIGARAY, R.: “Artículos 1113”, cit., pp. 78–79; GEORGE, F., COLSON, P.: *Manuel droit*, cit., pp. 708–709.

93 Se considera que acoge un supuesto específico del artículo 1256 CC (La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes) (MONTES PENADES, V.L.: “Artículos 1113”, cit., p. 1049). La propuesta de 2009, en el artículo 1111 PM afirmaba que “Cuando el cumplimiento de la obligación dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula”.

94 Según el artículo 1355 Codice civile italiano: “E’ nulla l’alienazione di un diritto o l’assunzione di un obbligo subordinata a una condizione sospensiva che la faccia dipendere dalla mera volontà dell’alienante o, rispettivamente, da quella del debitore”. Por su parte, el artículo 1304-2 Code civil francés preceptúa que “Est nulle l’obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Cette nullité ne peut être invoquée lorsque l’obligation a été exécutée en connaissance de cause.”

95 CAÑIZARES LASO, A.: *La caducidad de los derechos y acciones*, Civitas, Navarra, 2001, p. 52.

96 CAÑIZARES LASO, A.: *La caducidad*, cit., pp. 157 ss.; CARRASCO PERERA, A.: *Derecho contratos*, cit., pp. 650–51, 660–61.

retracto convencional, faculta al vendedor a reservarse el derecho a recuperar la cosa vendida. Por lo tanto, consiste en un derecho potestativo que otorga al vendedor la facultad de adquirir solo mediante su voluntad⁹⁷.

En definitiva, nuestro ordenamiento sí reconoce que las partes puedan reservar su voluntad a través de un derecho potestativo, pero no estableciendo una condición puramente potestativa dependiente del deudor. El problema estriba en que la distinción entre una y otro no siempre es nítida, de manera que en ocasiones se ha empleado la nulidad de las condiciones puramente potestativas dependientes del deudor para sancionar lo que en puridad eran desequilibrios de poder en el seno del contrato. Por ello, en ordenamientos recientemente reformados como el francés, se ha cuestionado la idoneidad de seguir incluyendo una norma sobre condiciones puramente potestativas que perpetúa su confusión con los derechos potestativos⁹⁸. Al fin y al cabo, no es necesario acudir a las condiciones puramente potestativas dependientes del deudor para dictaminar si un derecho potestativo es válido. En el seno del sistema francés basta con preguntarse si la cláusula que lo establece crea o no un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes. Además, no es ajeno a la jurisprudencia gala decidir que la cláusula referida a un elemento esencial para la formación del contrato debe considerarse no escrita⁹⁹, por lo que se podría prescindir de la regulación de las condiciones puramente potestativas dependientes del deudor, ya que el consentimiento es un elemento esencial en la formación del contrato. De hecho, también el legislador belga, a la hora de discriminar los eventos que no pueden ser tomados como condiciones de una obligación ex artículo 5.141 del recientemente reformado Code civil, sanciona las condiciones suspensivas puramente potestativas dependientes del deudor en términos de validez, y no de nulidad por varias razones¹⁰⁰. En primer lugar, estima innecesario y peligroso hacer referencia a la nulidad, puesto que la condición puramente potestativa corresponde, en puridad, a una falta de consentimiento ya sancionada en el artículo 5.31 Code civil belga¹⁰¹. En segundo lugar, la nulidad no casa bien con los actos cuya ejecución depende de la voluntad

97 Única modalidad de opción de compra recogida expresamente en nuestro ordenamiento. Dice el artículo 1507 CC, “Tendrá lugar el retracto convencional cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida, con obligación de cumplir lo expresado en el artículo 1.518 y lo demás que se hubiese pactado.”

98 CHANTEPIE, G, LATINA, M.: *Le nouveau*, cit., pp. 818–822.

99 Cfr. Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 22 octobre 2015, 14-20.096, ECLI:FR:CCASS:2015:C301108, Bulletin 2016, n° 838, 3e Civ., n° 350.

100 Artículo 5.141 Code civil belga. Caractère extérieur de la condition. “Un événement dont dépend la validité du contrat ne peut être érigé en condition par les parties. Ainsi l’obligation ne peut-elle être affectée d’une condition suspensive purement potestative dans le chef du débiteur.
Ne peut pas non plus être érigée en condition l’exécution ou l’inexécution d’une autre obligation née du même contrat.”

101 Artículo 5.31 Code civil belga. Absence de consentement et erreur-obstacle Le contrat qui est formé alors que le consentement d’une des parties fait défaut est frappé de nullité relative.
Le contrat entaché d’une erreur faisant obstacle à la rencontre des consentements n’est frappé de nullité que si l’erreur est déterminante et excusable.

de una de las partes, cuya validez sí se reconoce; tal sería el caso de la promesa unilateral del contrato (artículo 5.24) y el pacto de preferencia (artículo 5.25). Si la eficacia de la obligación depende del consentimiento de una parte, debe inferirse que la obligación no está válidamente formada, sin que sea necesario cuestionar la validez de las condiciones¹⁰². Por eso es preferible referirse a la validez del acto como tal, en lugar de a su nulidad¹⁰³. En definitiva, los nuevos Códigos francés y belga se diferencian del artículo 1101.I PMR, que recurre a la nulidad de la condición puramente potestativa, como también hace nuestro código civil y el de otros países vecinos¹⁰⁴.

En atención a estas apreciaciones comparadas, resulta más que cuestionable que se siga sancionando en la PMR las condiciones puramente potestativas dependientes del deudor si no se pueden diferenciar de los derechos potestativos. Máxime si se tiene en cuenta que “un conjunto de derechos y de obligaciones, toda una relación jurídica, todo un contrato o cualquier otro efecto jurídico, cabe perfectamente que su perfección dependa de la exclusiva voluntad de una persona, aunque ésta sea en parte deudora en esa relación”¹⁰⁵, pues ni la PMR, ni el resto de los textos legales mencionados, se oponen a los eventos exclusivamente dependientes de la voluntad del acreedor; ni a los contratos sinalagmáticos cuya eficacia dependa exclusivamente de una de las partes del negocio¹⁰⁶. Esta omisión no ha de sorprendernos ya que en estos casos estamos ante derechos potestativos. Si hablamos del evento exclusivamente dependiente de la voluntad del acreedor, aunque se dude entre si nos hallamos frente a una relación obligatoria plenamente constituida o ante una fase preliminar de esta, no se cuestiona que en ella se genere una auténtica vinculación obligacional; aquí se puede traer a colación la venta a ensayo y ad gustum que, en efecto, es un contrato que se efectúa en dos fases: en la primera se manifiesta el contenido del contrato, pero su validez se pone al arbitrio de una de las partes; en la segunda fase se consigue la validez del contrato cuyo contenido fue determinado previamente¹⁰⁷. Aunque en ella la referencia a la condición suspensiva no es del todo idónea en términos jurídicos¹⁰⁸,

102 Proposition de la loi portant le Livre 5 “Les obligations” du Code civil, Doc. Parl., Ch. repr., sess. Ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 174.

103 GEORGE, F., COLSON, P.: *Manuel droit*, cit., pp. 708–709.

104 Cfr. artículo 1355 Codice civile italiano.

105 PÉREZ GONZÁLEZ, B., ALGUER, J.: “Derecho civil”, cit., p. 337.

106 Para Albaladejo, la condición puramente potestativa resultaría admisible solo si depende de la voluntad del acreedor o adquirente del Derecho, no así cuando dependa de la voluntad del deudor obligado o disponente del Derecho. Se opone a los que opinan que la condición puramente potestativa *ex parte debitoris* se prohíba si es suspensiva, ya que entiende que el artículo 1115 CC no diferencia, a lo que añade que el punto de vista basado en que la condición resolutoria puramente potestativa dependiente del deudor sería válida, se sostiene en una argumentación meramente logicista que presenta esta posición diciendo que quien se obliga a partir de cuando quiera, aún no se obligó, mientras que quien se obliga hasta cuando quiera, ya se obligó (ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*, cit., pp. 310–311).

107 MONTES PENADÉS, V.L.: “Artículos 1113”, cit., p. 1059.

108 Se ha cuestionado si la venta de ensayo y la venta ad gustum recogidas en el artículo 1453 CC están sometidas al mismo régimen en materia de discrecionalidad potestativa del comprador. La STS 6 julio 1984

es un derecho potestativo sobradamente reconocido en nuestro ordenamiento y en los vecinos¹⁰⁹.

De hecho, se ha defendido que la nulidad no es predicable en los contratos bilaterales sometidos a la voluntad de una de las partes. Ambas son recíprocamente acreedoras y deudoras, de manera que ninguna de ellas podrá eludir su deuda sin renunciar al mismo tiempo a su crédito, y en realidad la condición no sería puramente potestativa, sino simplemente potestativa¹¹⁰. Asimismo, se argumenta que el contrato obligatorio sinalagmático dependiente de la voluntad de una de las partes dará paso a un derecho de opción a favor del contratante cuya voluntad se configura como el condicionante de la vigencia del contrato. Dotado de una condición puramente potestativa, estatuye una situación jurídica en la que el optante puede poner en vigor un contrato cuya reglamentación está predeterminada. Por lo tanto, a pesar de la condición puramente potestativa, será un negocio jurídico vinculante¹¹¹. Esto sería una muestra más de que no es posible diferenciar un derecho potestativo de una condición puramente potestativa, dando así la razón a quienes son reticentes al mantenimiento de la nulidad para las obligaciones sometidas a las condiciones puramente potestativas¹¹².

En definitiva, la dificultad a la hora de diferenciar entre condiciones puramente potestativas dependientes del deudor y derechos potestativos, sumada al distinto trato recibido por el ordenamiento ante estos que son válidos y aquellas que son nulas, hace que deba plantearse la idoneidad de mantener la redacción del artículo 1101.I PMR. De hecho, el segundo inciso de este apartado indica que “la nulidad no podrá ser invocada si la obligación hubiera sido cumplida”. Si bien es cierto que su propósito es la conservación de los negocios jurídicos, también lo es que, indirectamente, legitima las condiciones puramente potestativas dependientes de la voluntad del deudor, aunque solo sea cuando las cumpla. En virtud de este inciso, el acreedor tendrá a su disposición la siguiente alternativa: alegar la nulidad de la obligación cuando el cumplimiento de la condición penda de la exclusiva voluntad del deudor y éste no esté dando muestras de seguir adelante con el compromiso, o retener la prestación con justa causa, no siendo posible para él oponer la nulidad

(RJ 1984, 3799), estima que las ventas a ensayos se someten a condición suspensiva objetiva, mientras que la venta “ad gustum” están sujetas a condición puramente potestativa. De ahí que se haya afirmado que, en la venta de ensayo, la constatación por parte del comprador de que la cosa probada se adecúa a lo previsto no equivale al cumplimiento de una condición, sino de la obligación de entregar una cosa conforme a lo acordado; con la venta “ad gustum”, la venta sí está bajo una condición puramente potestativa (CARRASCO PERERA, A.: *Derecho contratos*, cit., pp. 668–669).

109 Artículos 1453 CC, 1587 y 1588 Code civil francés.

110 MONTES PENADES, V.L.: “Artículos 1113”, cit., pp. 1057–1058; ÁLVAREZ VIGARAY, R.: “Artículos 1113”, cit., p. 78. El Tribunal Supremo estima que no hay condición puramente potestativa si depende de la voluntad de ambas partes. Cfr. STS 1 marzo 2011 (RJ 2011, 2612).

111 FLUME, W.: *Negocio jurídico*, cit., p. 801.

112 CHANTEPIE, G., LATINA, M.: *Le nouveau*, cit., pp. 821–822.

para negarse a cumplir lo que a él le corresponde¹¹³. Nos parece que esta regla está inspirada en el segundo inciso del ya citado artículo 1304.2 Code civil francés que, a su vez, recoge una de las propuestas del conocido como Anteproyecto CATALA¹¹⁴ y su fundamento es que la ejecución voluntaria erradica la causa de nulidad; a saber, la idea de que el deudor no se ha obligado verdaderamente puesto que el cumplimiento de la obligación depende exclusivamente de su voluntad¹¹⁵. Concibe una nulidad en apariencia relativa (anulabilidad en el caso español), ya que su objetivo es proteger al acreedor. El acreedor, que es el único que puede invocar esta nulidad, no podrá hacerlo si se cumple la obligación afectada por la condición. Al fin y al cabo, resultaría cuanto menos llamativo que el acreedor pudiera solicitar la anulación del contrato basándose en que el deudor puede decidir libremente si cumplir o no, y ello con independencia de que este hubiera cumplido¹¹⁶.

Por lo que atañe a nuestro Derecho, habría que plantearse si la condición puramente potestativa dependiente del deudor constituye una causa de anulabilidad o de nulidad de pleno derecho, o si queda fuera del sistema previsto en la propia PMR ex artículos 1289 ss. Las causas de anulabilidad, además de las concernientes a los contratos celebrados por menores de edad o personas con discapacidad, serían, fundamentalmente, el error, la violencia e intimidación, el dolo, y la ventaja injusta, y ninguna de ellas se ajusta al supuesto que estamos aquí analizando. Si acudimos al artículo 1289 PMR, son causas de nulidad de pleno derecho, la ilicitud de la finalidad perseguida por las partes o por una de ellas con conocimiento de la otra, la contravención de una norma imperativa o prohibitiva, así como no reunir los requisitos necesarios para su perfección. Para algunos, concurre una causa de nulidad de pleno derecho, puesto que el contrato adolece de uno de sus elementos esenciales, el consentimiento¹¹⁷. No obstante, se argumenta que la nulidad del artículo 1115 CC, idéntica a la recogida en el primer inciso del artículo 1101.I PMR, es el mero predicado de naturaleza declarativa de

113 CARRASCO PERERA, A.: *Derecho contratos*, cit., p. 662.

114 Artículo 1175 Avant-projet Catala. Est nulle toute obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur; mais cette nullité ne peut être poursuivie lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause.

Conviene apuntar que, en 2003, y al amparo de la Asociación Henri Capitant, se creó un grupo de trabajo liderado por el profesor Pierre Catala cuyo propósito era la redacción de un anteproyecto de reforma de todo el derecho de obligaciones que culminó en 2005. Sirvió de lanzadera para el debate sobre la modernización del Derecho de Obligaciones en Francia y sirvió de acicate para la presentación de otros proyectos académicos, como lo fueron las tres propuestas de reforma elaboradas bajo la dirección del profesor François Terré (TERRÉ, F.: *Pour une réforme du droit des contrats* (dir. F. TERRÉ), Dalloz, Paris, 2000; TERRÉ, F.: *Pour Une Réforme Du Droit de La Responsabilité Civile I- Thèmes et Commentaires* (dir. F. TERRÉ), Dalloz, Paris, 2011; TERRÉ, F.: *Pour une réforme du régime général des obligations* (dir. F. TERRÉ), Dalloz, Paris, 2013; CATALA, P., CORNU, G., DELEBECQUE, P., MAZEAUD, D.: *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (dir. P. CATALA), Ministère de la Justice, Paris, 2006).

115 ALPA, G., MARICONDA, V.: *Codice civile*, cit., pp. 713–716; BETTI, E.: *Teoría general*, cit., p. 416; JULIENNE, M.: *Régimen général*, cit., p. 45.

116 CHANTEPIE, G., LATINA, M.: *Le nouveau*, cit., pp. 822–823.

117 MARIN LÓPEZ, M.J., "Requisitos esenciales", cit., p. 773; ÁLVAREZ VIGARAY, R.: "Artículos 1113", cit., pp. 78–79; GEORGE, F., COLSON, P.: *Manuel droit*, cit., pp. 708–09.

lo que existe o no existe. Con esta perspectiva, el contrato celebrado bajo una condición puramente potestativa no existiría, ya que quien se obliga si quiere, no se obliga y no lo hace porque la otra parte no puede demandarle el cumplimiento ni reprocharle el incumplimiento¹¹⁸. Sería una nulidad como la del ya comentado artículo 1256 CC, o la de los artículos 1289.II y 1261 CC.

En definitiva, de cara al primer inciso del artículo 1101.I PMR, lo relevante es conocer si existe un vínculo obligatorio y, si existe, no procede hacer juicios de nulidad¹¹⁹. Solo así cobra pleno sentido la excepción recogida en el segundo inciso del precepto. Al cumplirse la obligación, se confirma el vínculo obligatorio, se atiende a las expectativas del acreedor y deviene irrelevante que el cumplimiento dependiera de la voluntad exclusiva del deudor. Esto nos lleva a pensar que la inclusión de este segundo inciso sea un intento de solventar alguno de los numerosos problemas derivados de la coexistencia entre un precepto que estatuye la nulidad de las condiciones puramente potestativas, como viene haciendo el primer inciso de los artículos 1115 CC y 1101.I PMR, y la válida existencia de los derechos potestativos. Esta existencia se ha defendido por la doctrina¹²⁰ y refrendado por nuestra jurisprudencia. En diversas sentencias, el Alto Tribunal ha justificado una aplicación restrictiva del artículo 1115 CC en defensa de derechos potestativos en la forma de derechos de adquisición, como la opción de compra¹²¹ y el retracto convencional¹²², o de cláusulas de desistimiento unilateral o bilateral¹²³. También resulta inapropiado acudir al artículo 1115 CC ante los contratos bilaterales para cuestionar conductas futuras de las partes que en puridad no son condiciones sino realmente obligaciones. Este equívoco permitiría al deudor librarse de su compromiso alegando simplemente que tanto la conducta como la obligación son potestativas y, por lo tanto, prohibidas por el artículo 1115 CC. Igualmente, una aplicación rigurosa del mencionado precepto podría derivar en el decomiso de todos aquellos activos que el deudor haya empleado infructuosamente en

118 CARRASCO PERERA, A.: *Derecho contratos*, cit., pp. 661–64.

119 CARRASCO PERERA, A.: *Derecho contratos*, cit., pp. 661–64.

120 CAÑIZARES LASO, A.: *La caducidad*, cit., pp. 157 ss.; CARRASCO PERERA, A.: *Derecho contratos*, cit., pp. 650–51, 660–61.

121 SSTs 24 octubre 1992 (RJ 1992, 80459 y 2 junio 1993 (RJ 1993, 4379). La opción de compra puede aparecer formulada en un contrato atípico o como una cláusula de un contrato típico. Así sucedió en la STS 9 febrero 1998 (RJ 1998, 611), en la que el mandatario no pudo ejercer su derecho de adquisición porque los propietarios lograron la venta del inmueble antes de que aquel pudiera ejercitarlo.

122 STS 24 enero 1983 (RJ 1983, 384).

123 SSTs 20 julio 1990 (RJ 1990, 6122), 15 noviembre 1993 (RJ 1993, 4378), 11 abril 1996 (RJ 1996, 2917). Especialmente clara es la STS 2 de junio 1993 (RJ 1993, 4378): “En cualquier caso, es importante señalar –y con ello se examina lo alegado en el motivo segundo sobre infracción del artículo 1115 CC– que, si bien es cierto que «cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula», ello ha de referirse al supuesto de que dependa de la condición la exigibilidad de las obligaciones contraídas, pero no al caso en que lo condicionado es la entrada en vigor del contrato y así puede afirmarse la validez de éste aunque una de las partes se reserve el derecho a resolverlo del modo como sucede en el caso que nos ocupa;”.

el cumplimiento de la condición que en puridad no acaeció¹²⁴. No procede su aplicación en las condiciones resolutorias, salvo que la realización de la condición, y la resolución del contrato, sean la finalidad planeada. Además, si finalmente se aplica el artículo 1115 CC a la condición resolutoria, el resultado no debiera ser la nulidad del contrato que se resuelve, sino de la condición como tal¹²⁵. Al fin y al cabo, las condiciones resolutorias han de valorarse como un fracaso del negocio común, de manera que este pueda pervivir exento de la condición. De ahí que un contrato pueda contener cláusulas que otorguen un derecho potestativo de desistimiento. En este sentido se puede traer a colación la explicación dada por el Tribunal Supremo respecto de la interpretación del artículo 1256 CC¹²⁶. Afirma que es una “generalización poco meditada, para los contratos, de la regla del artículo 1115.I CC -nulidad de la obligación contraída bajo una condición puramente potestativa-...” y que, en cualquier caso, “con seguridad no puede darse al artículo 1256 CC un significado normativo distinto del que naturalmente se desprende del artículo 1091 del mismo Código: si «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, y deben cumplirse a tenor de los mismos», no puede uno de los contratantes desvincularse o desligarse del contrato por su sola voluntad; pero, claro es, salvo que otra cosa se haya pactado válidamente (artículos 1255 CC y 25.I LCSP) en el contrato mismo de que se trate. Cabalmente por ello, las Sentencias de esta Sala 1222/1995, de 9 de enero (Rec. 2800/1991), 1259/2007, de 30 de noviembre (Rec. 4502/2000), 85/2010, de 19 de febrero (Rec. 2129/2005) y 217/2011, de 31 de marzo (Rec. 807/2007) han declarado que no cabe dar al artículo 1256 CC el significado de prohibir la inclusión en el contrato mismo de un pacto que otorgue a uno de los contratantes un derecho potestativo de desistimiento o denuncia unilateral.”. Precisamente, como el artículo 1256 CC debidamente interpretado no puede impedir el recurso a los derechos potestativos, podría prescindirse de artículos como el 1115 CC y 1101.I PMR, que generan más confusión que respuestas por la difícil diferenciación entre las condiciones puramente potestativas, nulas en virtud de estos preceptos, y los perfectamente válidos derechos potestativos.

B) *Obligaciones sometidas a condiciones ilícitas.*

El artículo 1101.2 PMR se ocupa de las obligaciones sometidas a condiciones ilícitas al afirmar que:

124 Para evitar esos efectos perniciosos, la jurisprudencia ha acudido a la buena fe. En esa línea la STS 17 febrero 1989 (RJ 1989, 1207), afirma que “aún reconocido el carácter de condición resolutoria de la pactada en orden a la concesión de la licencia de edificación y sus naturales consecuencias e incluso, admitiendo que el vendedor no se comprometió a una actividad complementaria específica que, por otra parte, vendría impuesta por la buena fe contractual, lo cierto es que no se advierte la conducta de incumplimiento del comprador y no procede resolver el contrato, sino ejecutarlo en los términos que la sentencia recurrida dispone”.

125 CARRASCO PERERA, A.: *Derecho contratos*, cit., pp. 659–660.

126 STS 15 junio 2016 (RJ 2016, 3877).

“Son nulas las obligaciones que dependan de condiciones contrarias a las normas imperativas o a los principios básicos del ordenamiento jurídico”.

Se mantiene la nulidad prevista para las obligaciones dependientes de condiciones ilícitas e inmorales de nuestro vigente código civil, ex artículo 1116, si bien en este también hay una referencia expresa a las imposibles¹²⁷. La omisión de la referencia de la nulidad de las condiciones imposibles deviene de la propia lógica de las condiciones, ya que una condición imposible es aquella cuyo evento nunca tendrá lugar. Aunque el contrato concertado bajo una condición suspensiva imposible no sea nulo, será ineficaz, ya que es seguro que el evento condicional nunca tendrá lugar y, consecuentemente, el efecto suspensivo nunca cesará. Asimismo, la condición resolutoria imposible tampoco influirá en la eficacia del contrato, ya que el hecho condicional nunca sucederá. Igualmente, aunque no se explicita, se tendrá por imposible establecer como condición un elemento esencial para la validez del contrato¹²⁸.

En la propuesta de 2009 ya se había prescindido de la referencia a las condiciones imposibles, cuyo artículo 1112 daba por nulas las obligaciones dependientes de condiciones prohibidas por la ley o contrarias a las buenas costumbres¹²⁹. El artículo 1101.2 PMR se muestra más cercano a la reforma del Code civil francés¹³⁰, que prescinde de la previa referencia a las condiciones inmorales para centrarse únicamente en la nulidad de las condiciones ilícitas, a pesar de que se haya defendido la posibilidad de prescindir de ambas¹³¹. No obstante, en este marco, su presencia se justifica en el interés del legislador en no fomentar la ocurrencia de hechos ilícitos¹³².

Al sancionar con la nulidad las obligaciones dependientes de condiciones ilícitas, se lleva a cabo una labor preventiva contra las condiciones como instrumento para alentar comportamientos ilícitos que atentan a nuestro sistema de vida. En el citado artículo 1101.2 PMR, en coherencia con lo disciplinado en el artículo 1219.2 PMR¹³³, se limita la autonomía de la voluntad para que no se desvirtúen las

127 Artículo 1116 CC. Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa.

La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta.

128 CHANTEPIE, G, LATINA, M.: *Le nouveau*, cit., p. 816; JULIENNE, M.: *Régimen général*, cit., pp. 39–42.

129 Artículo 1112 PM. Son nulas las obligaciones que dependan de condiciones prohibidas por la ley o contrarias a las buenas costumbres.

130 Article 1304-I Code civil. La condition doit être licite. A défaut, l'obligation est nulle.

131 CHANTEPIE, G, LATINA, M.: *Le nouveau*, cit., p. 816.

132 Para el Derecho francés, sería, en definitiva, una concreción del principio general recogido en el artículo 1162 Code civil, que dispone que “Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties” (JULIENNE, M.: *Régimen général*, cit., p. 39).

133 Según el artículo 1219.2 PMR, “Las partes podrán establecer del modo que tengan por conveniente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a las normas imperativas o a los principios básicos del ordenamiento jurídico”. Este precepto, a diferencia del vigente artículo 1255 CC, prescinde de la moral

normas imperativas ni los principios básicos o generales del ordenamiento jurídico que también expresan las convicciones sociales de cada comunidad. La ilicitud no procede necesariamente del evento en sí, sino de que al ponerlo como condición se fomentan actitudes contrarias a las normas imperativas o a los principios básicos del ordenamiento jurídico que protegen el interés general y las convicciones de ética social imperantes en un determinado momento histórico¹³⁴. La condición es ilícita tanto si es una conducta opuesta al Derecho, como si, per se, es lícita, pero fomenta un resultado prohibido por la ley o contrario a los principios básicos del ordenamiento jurídico. Por ello, idénticas conductas pueden ser tildadas como lícitas o ilícitas según las circunstancias del caso concreto¹³⁵, o lo que es lo mismo, la ilicitud no deriva de la naturaleza en sí del evento dispuesto como condición, sino de su potencial para alentar una conducta contraria al ordenamiento. No se condena la ilegalidad del hecho, sino la de la estructura de la operación¹³⁶. Al fin y al cabo, la nulidad de la condición se encuentra en su conexión con el contexto del negocio jurídico y en el peligro que pueda emanar de un estímulo al comportamiento ilícito¹³⁷. No es suficiente con prestar atención en la índole del evento condicional; se precisa analizar el negocio jurídico condicional e investigar su finalidad¹³⁸; si este derivara en un potencial ataque a las normas y principios básicos de nuestro ordenamiento, procedería la nulidad de la obligación, tal y como afirma el artículo 1101.2 PMR en concordancia con el artículo 1116 del vigente CC¹³⁹.

La nulidad para los supuestos previstos en el artículo 1101.2 PMR podría dar lugar a la nulidad parcial del contrato donde se inserta la obligación condicional,

como límite general a la autonomía de la voluntad, al igual que han hecho el artículo 1102 Code civil francés (Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public) y el 5.14 Code civil belga (Hors les cas prévus par la loi, chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter et de choisir son cocontractant, sans avoir à justifier les raisons de son choix. Les parties sont libres de donner le contenu de leur choix au contrat, pourvu qu'il satisfasse aux conditions de validité prévues par la loi). Probablemente, la PMR ha prescindido de la moral porque, como conjunto de convicciones de ética social imperantes asumido por la sociedad en un determinado momento histórico, es de tal relevancia que normalmente se encuentra positivizada (ATAZ LÓPEZ, J.: "La libertad contractual- Los límites a la libertad contractual-La libertad contractual en la modernización del Derecho de los contratos-La buena fe contractual", en AA.VV.: *Tratado de contratos, Vol. I, (Concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 160; GARCÍA VICENTE, J.R.: "Artículos 1254 al 1256", en AA.VV., *Comentarios al código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, p. 1605).

134 MARÍN LÓPEZ, M.J., "Requisitos esenciales", cit., pp. 775–776; ÁLVAREZ VIGARAY, R.: "Artículos 1113", cit., pp. 81–82; PÉREZ GONZÁLEZ, B., ALGUER, J.: "Derecho civil", cit., pp. 362–363; ROPPO, V.: *Il contratto*, cit., pp. 613–614; CARRASCO PERERA, A.: *Derecho contratos*, cit., pp. 669–671.

135 CLEMENTE MEORO, M.E.: "Artículos 1113", cit., pp. 5126–5127; MINERO ALEJANDRE, G.: "Artículos 1113", cit., p. 1449.

136 CHANTEPIE, G, LATINA, M.: *Le nouveau*, cit., pp. 816–817.

137 MONTES PENADÉS, V.L.: "Artículos 1113", cit., pp. 1063–1064; BETTI, E.: *Teoría general*, cit., p. 464; GIORGI, J.: *Teoría obligaciones*, cit., pp. 335–339; ALBALADEJO GARCÍA, M.: "Artículos 774 a 806", en AA.VV.: *Comentarios al código civil y compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO GARCÍA), Edersa, Madrid, 1978, Tomo X., Vol. 2, pp. 413 ss.

138 GIORGI, J.: *Teoría obligaciones*, cit., p. 338.

139 ATAZ LÓPEZ, J.: "Libertad contractual", cit., pp. 157–192.pp.

ya que aquel, al igual que el párrafo primero del artículo 1116 CC¹⁴⁰, se refiere a la nulidad de la obligación, no a la del negocio en su conjunto, el cual en principio sería nulo solo si la prestación anulada le dejara sin razón de ser¹⁴¹. Ahora bien, en el reino de la ilicitud, son especialmente notables las diferencias entre las condiciones suspensiva y resolutoria como elemento integrante de la reglamentación negocial; la ilicitud de una condición suspensiva puede afectar al negocio jurídico en su totalidad, ya que se configura como una parte integrante del conjunto de la reglamentación, pudiendo dar lugar a la nulidad del negocio; sin embargo, la condición resolutoria puede ser una parte independiente del negocio jurídico, de manera que la nulidad no afectaría a la entera relación jurídica, sino tan solo al pacto de resolución¹⁴². En cualquier caso, tanto la suspensiva como la resolutoria harían nulo el contrato si le dieran un “carácter o finalidad deshonesto o ilegal”¹⁴³. En definitiva, la duda surge en torno a si el vicio de estas condiciones se transmite al negocio jurídico o solo queda aparejado a la condición, de manera que no se propaga a la regulación de los intereses en juego. En principio, cuando se trata de condiciones suspensivas, la respuesta a este interrogante es la extensión del vicio al negocio condicional; más problemático sería el supuesto de las resolutorias, ya que no alteran la regulación de los intereses, sino que predisponen su fin¹⁴⁴.

Hemos de apuntar que la nulidad del artículo 1101.2 PMR, como el actual artículo 1116.I CC, difiere de la previsión contenida para los negocios *mortis causa*, para los cuales el artículo 792 CC preceptúa 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”¹⁴⁵. Son supuestos en los que el establecimiento de una condición inmoral

140 Igualmente, coincide con el artículo 1354 Codice civile italiano (Condizioni illecite o impossibili), según el cual: “È nullo il contratto al quale è apposta una condizione, sospensiva o risolutiva, contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume”.

141 BETTI, E.: *Teoría general*, cit., pp. 462–465. En nuestra doctrina, la nulidad de la obligación “no es, por sí, la del negocio, salvo cuando éste carece de sentido sin la prestación anulada, es decir, que la cláusula anulada haya sido determinante de la voluntad negocial” (MONTES PENADES, V.L.: “Artículos 1113”, cit., pp. 1064–1065).

142 FLUME, W.: *Negocio jurídico*, cit., pp. 806–809.

143 GIORGI, J.: *Teoría obligaciones*, cit., p. 339. Así lo enfoca el artículo 1354 Codice civile italiano, que como vimos en una nota previa sanciona con la nulidad los contratos con una condición suspensiva o resolutoria contraria a las normas imperativas, al orden público o a la moral.

144 BETTI, E.: *Teoría general*, cit., pp. 462–465.

145 La excepcionalidad de las cláusulas testamentarias prohibidas, respecto de la previsión del artículo 1116 CC, se debe a razones que se remontan al Derecho romano, determinando que su inclusión en un testamento no afecte al resto de cláusulas de este en pos de favorecer la conservación de un negocio que ya es irrepetible (ZURILLA CARIÑANA, M.A.: “Artículos 618 al 656”, en AA.VV.: *Comentarios al código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 886–888; MONTES PENADES, V.L.: “Artículos 1113”, cit., p. 1065; PÉREZ CONESA, M.C.: “Artículos 790 al 805”, en AA.VV.: *Comentarios al código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, p. 1049; CLEMENTE MEORO, M.E.: “Artículos 1113”, cit., p. 5121; ALBALADEJO GARCÍA, M.: “Artículos 774”, cit., pp. 408–10). Son numerosos los estudios relativos a las diferencias entre negocios *mortis causa* e *inter vivos* en materia de condiciones, pero la naturaleza del presente análisis nos impide profundizar en su estudio.

o ilícita deriva en la inmoralidad de la totalidad de la disposición por causa de muerte¹⁴⁶.

3. La fase de pendencia de la condición.

La PMR dispone la regulación de la fase de pendencia en el artículo 1102, que preceptúa:

“1. Durante el periodo de pendencia de la condición:

1º. Cada una de las partes podrá realizar los actos y ejercitar las acciones que resulten procedentes para la conservación de sus derechos.

2º. El deudor deberá actuar con la diligencia debida para salvaguardar la integridad del derecho del acreedor y, de no hacerlo, será responsable de los daños que por aquella razón le fueren imputables, si se cumpliere la condición.

3º. El deudor podrá repetir lo que hubiese pagado.

2. Son transmisibles los derechos sujetos a condición”.

Este precepto atiende a la necesidad de reglar el periodo intermedio entre la celebración del contrato y el cumplimiento de la condición. Reproduce el artículo 1115 PM prácticamente en su totalidad, con la salvedad de que este último dispuso explícitamente el derecho de repetición a lo pagado para los supuestos de error¹⁴⁷; además, mejora la atención dada a este periodo por los artículos 1121 y 1112 CC. En cualquier caso, da respuesta a la dinámica de las relaciones obligatorias sometidas a una condición y permite organizar la situación jurídica provisional que genera la inserción de una condición en torno a la definitiva eficacia del negocio¹⁴⁸.

¹⁴⁶ FLUME, *El negocio jurídico*, pp. 811–12.

¹⁴⁷ Artículo 1115 PM. Durante el período de pendencia de la condición:

1. Cada una de las partes podrá realizar los actos y ejercitar las acciones que resulten procedentes para la conservación de sus derechos.
2. El deudor deberá actuar con la diligencia debida para salvaguardar la integridad del derecho del acreedor y, de no hacerlo, será responsable de los perjuicios que por aquella razón le fueren imputables si se cumpliere la condición.
3. El deudor podrá repetir lo que por error hubiese pagado.
4. No quedará impedida la transmisibilidad de los derechos sujetos a condición.

¹⁴⁸ DIEZ-PICAZO, L.: “El tiempo”, cit., p. 188; TORRES DE CRUELLES, J.: “La medida cautelar del artículo 1121 del código civil”, *Anuario de derecho civil*, núm. 12, 1959, pp. 1219 ss. La fase de pendencia se describe en la STS 6 febrero 1992 (RJ 1992, 832): “es de señalar que las condiciones suspensivas durante la fase o período del *pendet*, aunque la obligación en realidad ya ha nacido no produce la plenitud de sus efectos, no obstante lo cual, es lo cierto, que el acreedor tiene ya las necesarias facultades para asegurar la tutela o garantía de sus derechos evitando, en la medida de lo posible, que en tanto la *conditio* se cumple pueda verse perjudicado en sus intereses, consecuencia de lo cual es que cumplida la *conditio*, el contrato, negocio jurídico u obligación a ella sometido, no solamente adquieran éstos su plenitud, sino que además y por virtud de lo prevenido en el artículo 1114 en relación con los artículos 1113.1 y 1120.1 CC, esos plenos efectos se retrotraen al momento de la celebración del contrato, negocio jurídico u obligación (SS 23 May. 1927; 21 Jun. 1932; 18 Dic. 1985 y 30 Jun. 1986, siendo también interesante para la retroactividad la S 3 Jun. 1902)”.

La dinámica se explica a partir de dos presupuestos: en primer lugar, que el negocio condicional vincula a las partes desde el momento de su celebración; en segundo lugar, que el resultado definitivo de tal negocio dependerá de la realización o no del evento previsto, no siendo posible la revocación de las respectivas declaraciones de voluntad. Entre la celebración del negocio condicional y la resolución o no del evento dispuesto como condición mediará el periodo de pendencia.

Es una fase que va asentando las bases del resultado que tendrá lugar si se cumple el evento. En ella pueden darse efectos de naturaleza provisional y preliminar para posibilitar el orden de intereses pactados, una vez que la condición se cumpla. Esto puede resultar especialmente patente en las condiciones resolutorias, en las que el cumplimiento del evento futuro e incierto constituye el hecho a partir del cual se extingue la obligación, lo que genera una proyección temporal hacia el pasado o el futuro de todas o algunas de las consecuencias inmediatamente producidas por el negocio. Aunque el negocio provoque todos los efectos característicos de su tipo desde que se celebró, dichos efectos no disfrutan de un carácter definitivo e irrevocable, sino que son temporales y precarios, ya que opera la máxima de que decaerán si finalmente se verifica la condición, lo que conlleva un comportamiento ajustado a dicha precariedad para quien se beneficie de ellos¹⁴⁹.

Junto a los efectos del resultado definitivo que se apunten durante la fase de pendencia, pueden darse otros en respuesta al estado posesorio del momento, a la necesidad de responder a los intereses de las partes o a los enfrentamientos que hayan podido surgir entre ellas¹⁵⁰. Especialmente ilustrativos son los actos de disposición realizados por las partes en el periodo de pendencia, donde el deudor o disponente condicional mantiene un derecho gravado con la expectativa del adquirente, de manera que, aunque nominalmente sea el propietario de la cosa, su derecho está aminorado por la posibilidad de que la condición se cumpla y pierda tal condición¹⁵¹. Esto no obsta a que, mientras retenga la posesión, mantenga la libre disposición en todo aquello que resulte compatible con el vínculo condicional, de manera que podrá ejercitar acciones posesorias, adquirir derechos reales activos, imponer servidumbres y cargas reales e incluso transmitir¹⁵². El límite a su capacidad dispositiva será el de no perjudicar culposamente la expectativa del acreedor *sub conditione*, ante quien tendrá que responder si la condición se cumple¹⁵³. Por eso nos preguntamos si la norma comentada es suficiente.

149 MONTES PEÑADES, V.L.: "Artículos 1113", cit., pp. 1040–41.

150 MONTES PEÑADES, V.L.: "Artículos 1113", cit., pp. 1121–1122.

151 VON TUHR, A.: *Tratado obligaciones*, cit., p. 441.

152 GIORGI, J.: *Teoría obligaciones*, cit., p. 360.

153 FLUME, W.: *Negocio jurídico*, cit., p. 821.

Para evitar la desprotección, en derecho comparado se argumentó que la expectativa del titular condicional debía ser tratada como un derecho, y ese también es el sentido que se ha tomado en nuestro ordenamiento¹⁵⁴. Bajo locuciones como derecho expectante o derecho condicional se concibe la posición jurídica del titular condicional como la semilla de una relación jurídica que nacerá si se cumple la condición¹⁵⁵. El titular condicional se encuentra en una situación jurídica que pivota tanto en que el negocio jurídico que justifica la adquisición condicional del derecho está ya perfeccionado y es irrevocable, como en que el ordenamiento jurídico, de cumplirse la condición, atribuye a ese negocio jurídico condicional efectos provisionales y preliminares que garantizan el futuro cumplimiento o la resolución de la relación actual¹⁵⁶. Al fin y al cabo, durante la pendencia el interés dominante del titular de la expectativa es preservar la integridad de los elementos de los que dependerá el ejercicio útil del derecho, si finalmente se cumpliera la condición¹⁵⁷. Por ello, la parte condicionalmente obligada no podrá llevar a cabo actos que impidan el debido cumplimiento de sus obligaciones de confirmarse la condición¹⁵⁸; en caso contrario su transgresión quedaría expuesta a la correspondiente indemnización¹⁵⁹. Es más, es habitual prever acciones conservadoras tanto para el comprador bajo condición suspensiva como para el vendedor bajo condición resolutoria¹⁶⁰; lo que no excluye la libertad del titular del derecho condicional de

154 La teoría fue acuñada por la doctrina alemana (ENNECCERUS, L., *Derecho civil*, cit., pp. 346 ss.; FLUME, W.: *Negocio jurídico*, cit., pp. 819–821) y su influencia se dejó sentir en países como Italia (BETTI, E.: *Teoría general*, cit., pp. 465 ss.; ALPA, G., MARICONDA, V.: *Codice civile*, cit., pp. 716–717) o España (ÁLVAREZ VIGARAY, R.: “Artículos 1113”, cit., p. 89; DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., p. 408 ss.; MARIN LÓPEZ, M.J., “Requisitos esenciales”, cit., p. 777; MINERO ALEJANDRE, G.: “Artículos 1113”, cit., p. 1454; TORRES DE CRUELLES, J.: “Medida cautelar”, cit., p. 1235).

155 ALPA, G., MARICONDA, V.: *Codice civile*, cit., p. 716.

156 ALPA, G., MARICONDA, V.: *Codice civile*, cit., pp. 716–717; BETTI, E.: *Teoría general*, cit., pp. 465 ss.; FLUME, W.: *Negocio jurídico*, cit., p. 820. También se ha afirmado que en el fenómeno condicional cabe distinguir entre efectos negociales y finales, de manera que el negocio jurídico es perfecto y vincula a las partes desde su realización, siendo sus efectos preliminares el resultado del vínculo contractual ya generado (ARIJA SOUTULLO, C.: *Los efectos de las obligaciones sometidas a condición suspensiva*, Comares, Granada, 2000, pp. 19–20; SCOGNAMIGLIO, R.: *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Eugenio Jovene, Napoli, 1969, p. 291).

157 ROPPO, V.: *Il contratto*, cit., pp. 626–627. A título de ejemplo, el Codice civile italiano insiste en la necesidad de conservar íntegramente los elementos de los que dependerá el ejercicio útil del derecho condicionado, toda vez que tal ejercicio está sujeto a la misma condición, tanto en materia de oponibilidad de la condición resolutoria frente a terceros, cuanto en caducidad de los actos dispositivos (ALPA, G., MARICONDA, V.: *Codice civile*, cit., p. 717). Según su artículo 1357 Codice civile italiano (Atti di disposizione in pendenza della condizione), “Chi ha un diritto subordinato a condizione sospensiva o risolutiva puo’ disporre in pendenza di questa; ma gli effetti di ogni atto di disposizione sono subordinati alla stessa condizione.”

158 VON TUHR, A.: *Tratado obligaciones*, cit., pp. 439–440.

159 En tal sentido, el § 160 BGB. Se afirma que, independientemente de que califiquemos la situación de aquel que será acreedor o titular de un derecho real “como consecuencia del cumplimiento de la condición como derecho condicional, como derecho eventual, como derecho al derecho o como expectativa de derecho, hemos de atribuir a la posición jurídica de tal titular la misma naturaleza que el derecho (definitivo) a que tiende. Una posición activa o de poder, titulada por el ordenamiento jurídico, que entra a formar parte del patrimonio del titular, si es de naturaleza patrimonial, que es transmisible (artículos 1112 y 1257 del Código civil) y da lugar a reparación o indemnización cuando se frustra por causa imputable a la otra parte de la relación” (MONTES PENADES, V.L.: “Artículos 1113”, cit., p. 1123).

160 Según señala el artículo 1356 Codice civile italiano (Pendenza della condizione), “In pendenza della condizione sospensiva l’acquirente di un diritto puo’ compiere atti conservativi. L’acquirente di un diritto sotto condizione risolutiva puo’, in pendenza di questa, esercitarlo, ma l’altro contraente puo’ compiere atti conservativi.”

Por su parte, el artículo 5.146.2 Code civil belga, rubricado “Période d’attente”, dispone también que:

llevar a cabo actos dispositivos. En esta línea, el ordenamiento italiano ha dispuesto expresamente que las partes deban comportarse de buena fe durante la fase de pendencia¹⁶¹, evitando activa y pasivamente todo aquello que pueda poner en peligro los intereses de la contraparte¹⁶². Se persigue sensibilizar a las partes de los intereses en juego, maximizar las ventajas y reducir los riesgos derivados del negocio jurídico condicional; se les anima a comportarse de buena fe disponiendo recursos a favor de la parte que padezca su inobservancia. Junto a los típicos y contractuales generales (caución, secuestro judicial, secuestro conservativo), figura la regla del cumplimiento ficticio de la condición cuando su incumplimiento sea imputable a la parte interesada en que no se cumpliera¹⁶³. Es más, se aboga por la extensión de este precepto, de manera que se justifique la ficción del incumplimiento de la condición incorrectamente cumplida¹⁶⁴, si bien la conducta del implicado habrá de ser dolosa o negligente, no siendo suficiente la omisión salvo que ésta comporte la violación de una obligación de actuar impuesta por el negocio jurídico condicional o la ley¹⁶⁵.

Todas estas medidas reflejan que el derecho condicional es parte integrante del patrimonio del titular condicional y se tendrá como un derecho que al cumplirse la condición se consolidará plenamente, de manera que su valor patrimonial residirá en la mayor o menor probabilidad de la realización¹⁶⁶. La titularidad de un derecho eventual, que aún no es realizable, pero tiene potencialidad de serlo si la condición se cumple, es lo que tutela el ordenamiento jurídico permitiendo el ejercicio de acciones conservativas y justifica su transmisibilidad inter vivos y mortis causa¹⁶⁷. Ahora bien, durante el periodo de pendencia el acreedor sub conditione no podrá

“Sans préjudice des dispositions protectrices des tiers de bonne foi, en cas de réalisation de la condition suspensive, sont inopposables au créancier d'une obligation de donner une chose certaine, s'ils surviennent alors que la condition était pendante:

1° les actes de disposition et les actes anormaux d'administration accomplis par le débiteur; et

2° l'indisponibilité résultant d'une saisie ou d'une situation de concours, telle que la faillite, affectant le patrimoine de ce débiteur.

L'alinéa 1er est d'application conforme à la condition résolutoire.”

161 Artículo 1358 Codice civile italiano (Comportamento delle parti nello stato di pendenza). Colui che si e' obbligato o che ha alienato un diritto sotto condizione sospensiva, ovvero lo ha acquistato sotto condizione risolutiva, deve, in pendenza della condizione, comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte.

162 ALPA, G., MARICONDA, V.: *Codice civile*, cit., pp. 718–720.

163 Artículo 1359 Codice civile italiano (Avveramento della condizione). La condizione si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento di essa.

164 ROPPO, V.: *Il contratto*, cit., pp. 630–635.

165 ALPA, G., MARICONDA, V.: *Codice civile*, cit., pp. 720–723.

166 VON TUHR, A.: *Tratado obligaciones*, cit., p. 442.

167 ÁLVAREZ VIGARAY, R.: “Artículos 1113”, cit., pp. 77–78; CRESPO ALLUE, F.: “La situación de pendencia en las obligaciones condicionales”, en AA.VV.: *Centenario del Código Civil: (1889-1989)*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 1990, Tomo I, p. 553; DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., pp. 409–10. Tal y como recogió la STS 24 junio 1995 (RJ 1995, 4984), en referencia a la STS 6 febrero 1992 (RJ 1992, 832), “es de señalar que las condiciones suspensivas durante la fase o periodo del pendet, aunque en realidad la obligación ya ha nacido no produce la plenitud de sus efectos, no obstante lo cual, es lo cierto, que el acreedor tiene ya las necesarias facultades para asegurar la tutela o garantía de sus derechos evitando, en la medida de lo posible, que en tanto la condición se cumple pueda verse perjudicado en sus intereses...”

exigir la ejecución de su derecho condicional, toda vez que la condición no se ha cumplido¹⁶⁸. Incluso si la condición no se cumpliera, no podría afirmarse que ni el derecho ni la obligación hayan existido nunca, sino que el derecho no llegó a ser efectivo¹⁶⁹.

Pues bien, ante la dinámica de la relación obligatoria condicional expuesta, el artículo 1102 PMR ofrece una respuesta más matizada que la del CC ante los interrogantes surgidos en la fase de pendencia. A diferencia del artículo 1121.I CC, su redacción deja claro que las medidas conservativas incluyen acciones judiciales y extrajudiciales, tal y como previamente había resuelto la doctrina, lo que comporta un amplio abanico de posibilidades¹⁷⁰; entre otras, estarían las previstas para asegurar la eficacia y validez del título constitutivo de la obligación, como es el caso de las acciones de reconocimiento de escrituras públicas y de confirmación de un documento privado en el que conste una obligación (cfr. artículo 1279 CC) y la demanda para declarar la existencia de una relación obligatoria¹⁷¹. Otras medidas serían las que intentan impedir que el deudor condicional merme o destruya las cosas que son objeto de la obligación, así como las que intentan impedir que acontezca la imposibilidad de cumplimiento de la prestación; entre ellas se pueden citar el secuestro (vid. artículos 1785-1790 CC) y la tercería de dominio (artículos 795 ss. LEC). Al alcance de las partes también estarían las medidas dirigidas al control del patrimonio del deudor para evitar que su merma le impida funcionar como garantía frente al posible incumplimiento de la obligación debida, si finalmente la condición se cumple¹⁷²; entre ellas se pueden citar la facultad de participar en la división de la cosa común (artículo 403 CC), la intervención de los acreedores del causante o de alguno de los coherederos en la partición de la herencia (artículos 1802 y 1803 CC), la intervención de los acreedores en la partición de la herencia (artículo 1708 CC), el ejercicio por los acreedores del

168 Cfr. STS 2 febrero 2021 (RJ 2021, 370), que afirma: "Durante la pendencia la obligación existe, pero su ejercicio y exigibilidad están aplazadas. El titular del crédito puede enajenarlo y ejercitar acciones dirigidas a su conservación. Pero no puede exigir al deudor la realización de la prestación ni ejercitar acciones de ejecución".

169 ARIJA SOUTULLO, C.: "Efectos obligaciones", cit., p. 21.

170 ÁLVAREZ VIGARAY, R.: "Artículos 1113", cit., pp. 89-91; MINERO ALEJANDRE, G.: "Artículos 1113", cit., p. 1454; CLEMENTE MEORO, M.E.: "Artículos 1113", cit., pp. 5149-5151; Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., pp. 410-411; MARÍN LÓPEZ, M.J., "Requisitos esenciales", cit., pp. 777-779; MONTES PENADES, V.L.: "Artículos 1113", cit., pp. 1129-1130; TORRES DE CRUELLES, J.: "Medida cautelar", cit., pp. 1219 ss.; CARRASCO PERERA, A.: *Derecho contratos*, cit., pp. 691 ss.; ARIJA SOUTULLO, C.: *Efectos obligaciones*, cit., pp. 25 ss.

171 Por ejemplo, la solicitud de inscripción de un acto o contrato bajo condición suspensiva relativo al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles ex artículo 9.c) de la Ley Hipotecaria (MARÍN LÓPEZ, M.J., "Requisitos esenciales", cit., p. 778), que permite el acceso al Registro de la Propiedad de las condiciones resolutorias o suspensivas que estén contenidas en un acto o negocio inscribible. Ahora bien, aquellas puramente potestativas dependientes del deudor, en principio, no tendrían cabida en el Registro de la Propiedad, ya que el artículo 1115 CC las sanciona con la nulidad de la obligación condicional.

172 ÁLVAREZ VIGARAY, R.: "Artículos 1113", cit., pp. 89-91; MINERO ALEJANDRE, G.: "Artículos 1113", cit., p. 1454; CLEMENTE MEORO, M.E.: "Artículos 1113", cit., pp. 5149-5151; Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., pp. 410-411; MARÍN LÓPEZ, M.J., "Requisitos esenciales", cit., pp. 777-779; MONTES PENADES, V.L.: "Artículos 1113", cit., pp. 1127 ss.; TORRES DE CRUELLES, J.: "Medida cautelar", cit., pp. 1228 ss.; ARIJA SOUTULLO, C.: *Efectos obligaciones*, cit., pp. 74 ss.

vendedor del derecho de retracto convencional (artículo 1512 CC), la aceptación por el acreedor del heredero de la herencia renunciada por éste (artículo 1001 CC), el ejercicio de la prescripción renunciada por el deudor (artículo 1837 CC), y las acciones pauliana y subrogatoria (artículo 1111 CC).

En definitiva, ante la variedad de situaciones que potencialmente pueden verse sometidas a una obligación condicional, los redactores de la PMR han optado en su artículo 1102.I.1° por dotar a las partes de una fórmula abierta para proteger las expectativas nacidas de un negocio sometido a condición. De este modo, podrán recurrir a aquellos recursos siempre que no contemplen una pretensión de cumplimiento de la prestación condicionada, ni conduzcan a una situación irreversible si la condición positiva no se cumple o la negativa se verifica¹⁷³. Es una fórmula similar a la que también figura en el Codice civile italiano¹⁷⁴ y en los recientemente reformados Code civil francés¹⁷⁵ y belga¹⁷⁶, cuya influencia se ha dejado sentir en la PMR.

La libertad de acción que concede el artículo 1102.I.1° PMR se sustenta en el derecho expectante de la parte que pudiera llegar a consolidarse de cumplirse la condición. Según apuntamos anteriormente, dicho derecho expectante representa la posición jurídica del titular condicional durante el periodo de latencia, resultando que el acreedor subconditione tendrá una protección específica; es decir, quedará garantizada la adquisición de su derecho expectante o eventual si se cumpliera la condición¹⁷⁷. Por lo tanto, de la lectura ad contrario del precepto

173 CARRASCO PERERA, A.: *Derecho contratos*, cit., pp. 688–692.

174 El artículo 1356 Codice civile italiano pone a disposición de los interesados el ejercicio de actos conservativos mientras penda la condición para, de este modo, tutelar anticipadamente la relación condicionada (BETTI, E.: *Teoría general*, cit., pp. 467–468). Es una tutela reforzada con la previsión del artículo 1357 Codice civile de que, si se llevaran a cabo actos de disposición incompatibles con el surgimiento de la relación condicionada, o de aquella que nazca de la resolución, estarán sometidos a las mismas vicisitudes que el derecho del disponente, por lo que sus efectos estarán llamados a resolverse con el cumplimiento de la condición (ALPA, G., MARICONDA, V.: *Codice civile*, cit., p. 717; BETTI, E.: *Teoría general*, cit., pp. 469, 475).

175 El Code civil francés mantiene el espíritu garante de los derechos del acreedor que vertebraba el antiguo artículo 1180, y se amplía su defensa autorizándole a enfrentarse a los actos del deudor realizados en fraude de sus derechos. Tal y como dicta el segundo inciso del primer párrafo del artículo 1304-5 “le créancier peut accomplir tout acte conservatoire et attaquer les actes du débiteur accomplis en fraude de ses droit”. Gracias a dicha autorización, el acreedor no tendrá que esperar al cumplimiento de la condición para proceder a la defensa de sus derechos potenciales, ya que tendrá a su alcance todas las acciones cautelares (CHANTEPIE, G., LATINA, M.: *Le nouveau*, cit., pp. 832–833). Esta defensa está prevista solo para el acreedor, a diferencia de lo que sucede en la PMR, que como ya se ha apuntado dispone que cualquiera de las partes pueda realizar los actos y ejercitar las acciones pertinentes para la conservación de sus derechos.

176 El artículo 5.146.3 Code civil belga dispone que “Chaque partie peut accomplir tout acte conservatoire des droits dont elle bénéficierait en cas de réalisation de la condition”. Dichos actos de conservación serían desde aquellos que impidan la extinción del derecho en cuestión, hasta aquellos que lo fortalezcan, aseguren su prueba o su oponibilidad ante terceros. Pensemos, por ejemplo, en la acción pauliana como recurso ante la ausencia de retroactividad del cumplimiento de la condición suspensiva normada por el Code civil belga (GEORGE, F., COLSON, P.: *Manuel droit*, cit., p. 717).

177 ALPA, G., MARICONDA, V.: *Codice civile*, cit., pp. 716–717; ÁLVAREZ VIGARAY, R.: “Artículos 1113”, cit., p. 89; BETTI, E.: *Teoría general*, cit., pp. 465 ss.; DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., pp. 408 ss.; ENNECERUS, L.: *Derecho civil*, cit., p. 346 ss.; FLUME, W.: *Negocio jurídico*, cit., pp. 819–821; MARÍN LÓPEZ, M.J., “Requisitos esenciales”, cit., p. 777; MINERO ALEJANDRE, G.: “Artículos 1113”, cit., p. 1454; TORRES DE CRUELLS, J.: “Medida cautelar”, cit., p. 1235.

se derivan ciertos límites, ya que el poder de disposición de la otra no podrá alcanzar actuaciones que pervivan más allá del periodo de pendencia y frustren o menoscaben el efecto que depende de la condición. De este modo se articula la posición jurídica del titular condicional frente al disponente hasta el cumplimiento de la condición. Pensemos que durante esta fase el disponente del negocio condicional sigue siendo el titular del objeto de disposición (es el propietario en una transmisión condicional de la propiedad o el acreedor de una cesión condicional); simultáneamente, el titular condicional tendrá la expectativa de que se respete la integridad de unos intereses que se verán cumplidos si se confirma la condición¹⁷⁸; dicha integridad deberá quedar incólume frente a los actos que lleve a cabo el disponente condicional¹⁷⁹. Así lo entienden los ordenamientos jurídicos italiano¹⁸⁰, francés¹⁸¹ y belga¹⁸², cuya influencia se deja notar en la Propuesta que estamos estudiando. Consecuentemente, la PMR reafirma la defensa de los intereses del acreedor estatuyendo en el artículo 1102.1.2º que el deudor deberá actuar diligentemente para salvaguardar la integridad de aquellos ya que, de lo contrario, deberá responder de los daños causados que le fueren imputables si se cumpliera la condición. La defensa se fundamenta en que durante el periodo de pendencia el derecho eventual del acreedor está amparado por el deber genérico de cuidado impuesto al deudor en el cumplimiento de la prestación¹⁸³. La dificultad radica en

178 FLUME, WV.: *Negocio jurídico*, cit., pp. 819–828.

179 Con ese propósito, los §§ 160 y 161 BGB contienen medidas que sancionan los perjuicios ocasionados sobre el derecho expectante y dictan la ineficacia de las actuaciones que perjudican los efectos dependientes de las condiciones. Por su parte, el artículo 5.146.2 Code civil belga versa sobre los actos inoponibles al acreedor que tienen lugar durante el periodo de pendencia, y sobre la indisponibilidad que deriva de un embargo o de una situación de competencia, y todo ello sin perjuicio de las disposiciones que protejan a los terceros de buena fe (GEORGE, F., COLSON, P.: *Manuel droit*, cit., p. 717).

180 El artículo 1358 Codice civile italiano refiere el comportamiento debido durante el periodo de pendencia a la buena fe. Traslada a las obligaciones condicionales el principio general de la buena fe en la ejecución del contrato recogido en el artículo 1375, comprometiendo al obligado condicional a mantener intactos los intereses de la contraparte durante el periodo de pendencia, ya sea de forma activa o absteniéndose de todo aquello que pueda poner en peligro dichos intereses (ALPA, G., MARICONDA, V.: *Codice civile*, cit., pp. 718–720).

181 Según el Code civil francés, durante el periodo de pendencia el deudor habrá de mostrar su buena fe evitando cualquier acto que ponga en peligro la ejecución de la obligación. Se presume que el acreedor condicional dispone de, al menos, un principio de deuda que el deudor no debe conculcar (JULIENNE, M.: *Régimen général*, cit., pp. 47–48). Estatuye el artículo 1304-5 en el primer inciso de su párrafo primero, “Avant que la condition suspensive ne soit accomplie, le débiteur doit s’abstenir de tout acte qui empêcherait la bonne exécution de l’obligation;”. Pero no dispone la nulidad automática de los actos que potencialmente pudieran afectar al cumplimiento de la obligación si la condición suspensiva se verificase, sino que la ineficacia de dichos actos queda subordinada a la acción del acreedor (CHANTEPIE, G., LATINA, M.: *Le nouveau*, cit., p. 832; JULIENNE, M.: *Régimen général*, cit., p. 48).

182 El artículo 5.146.1 Code civil belga dispone que “Tant que la condition est pendante, chaque partie doit s’abstenir de tout acte de nature à porter atteinte aux droits qui résulteraient pour l’autre partie de la réalisation de la condition”. Es decir, cada parte habrá de colaborar en el cumplimiento de la condición atendiendo a las exigencias que se derivan de la buena fe, ya se trate de una condición resolutoria o suspensiva (GEORGE, F., COLSON, P.: *Manuel droit*, cit., pp. 714, 718–719). Ese deber de colaboración ha supuesto que la jurisprudencia belga haya dictaminado la responsabilidad por pasividad a la hora de adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de una condición, tal y como se deduce del caso de la Cour d’appel de Bruxelles, 23 mars 2023 (BERLINGIN, M.: “Le Débiteur d’une Obligation Affectée d’une Condition Suspensive Ne Peut Se Limiter à Un Comportement Passif”, *Les Pages: Obligations, Contrats et Responsabilités*, núm. 147, 2023, p. 147).

183 Artículo 1088.2 PMR. El deudor está obligado a cumplir la prestación y actuar con el cuidado necesario para no dañar al acreedor.

delimitar el alcance de la diligencia, el modelo de conducta a seguir por el deudor ya que, a la postre, funciona como un criterio de imputación o de exoneración de su responsabilidad¹⁸⁴.

No predica el artículo 1102.1.2° PMR la nulidad de los actos contrarios a la salvaguarda de la integridad del derecho del acreedor, sino que afirma la responsabilidad del deudor por los daños que le fueran imputables si se verifica la condición¹⁸⁵. Probablemente, la PMR haya recurrido a la diligencia como medida de la responsabilidad del deudor por ser un término flexible que facilita su aplicación a los supuestos de obligaciones condicionales, cuya característica definitoria es la concurrencia de incertidumbre y hecho futuro¹⁸⁶. La diligencia, en sí misma considerada, está vacía de contenido propio y adquiere significado al integrarse en un determinado modelo de conducta. Es la conducta inspirada en un determinado modelo de comportamiento, la forma de actuación que resulta de la puesta en práctica de dicho modelo¹⁸⁷. Lo relevante será que del modelo de conducta se derive una actividad técnicamente adecuada a la satisfacción de los intereses del acreedor. Aquí solo procede apuntar que dichos modelos de conducta podrían ser el buen padre de familia¹⁸⁸, el profesional, el *quam suis* y el circunstanciado¹⁸⁹. Este último modelo, recogido en el sistema vigente¹⁹⁰, tiene una configuración esencialmente judicial que le aporta cierto matiz creador¹⁹¹. Se establece un

Este deber de cuidado expresa una visión solidaria del contrato donde las partes buscan un fin común, alejado de la visión donde reina el interés propio de las partes (GARCÍA RUBIO, M.P., “El Incumplimiento”, cit.).

184 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., pp. 121–122; BADOSA COLL, F.: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Real Colegio de España, 1987, p. 36.

185 Aunque el artículo 1102.1.1° PMR ya se ocupó de legitimar a las partes a ejercitar los actos y acciones pertinentes para conservar sus respectivos derechos, tal y como se ha comentado previamente.

186 SSTs 28 noviembre 2013 (RJ 2013, 7638), 12 julio 2018 (RJ 2018, 2942).

187 BADOSA COLL, F.: *La diligencia*, cit., p. 77.

188 Según la disposición final de la PMR, “En todos los artículos de este Código donde aparezca la expresión “buen padre de familia” ha de quedar sustituida por la expresión “persona razonable””. Tal sustitución tuvo lugar en el ordenamiento jurídico francés con objeto de la Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes (JO 05/08/2014). La PMR aboga por la expresión “persona razonable” al ser más neutra en términos de género que la del “padre de familia”, a la par que más comprensible para aquellos que desconozcan la tradición del Derecho romano en la que se inspira la locución “buen padre de familia” (TOMÁS MARTÍNEZ, G.: “La sustitución del “buen padre de familia” por el estándar de la “persona razonable”: reforma en Francia y valoración de su alcance”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 2, 2015, pp. 62–64).{\|{Revista de Derecho Civil}, 2.1 (2015 No obstante, cabe preguntarse si el reemplazo en la PMR consiste en un mero cambio terminológico o responde a la influencia del moderno Derecho de contratos. Éste toma como modelo de conducta la razonabilidad, como consecuencia de la influencia del Derecho anglosajón, donde su configuración, al igual que sucede con el buen padre de familia, responde a una tradición secular interpretativa y jurisprudencial secular propia.

189 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., pp. 117–121; BADOSA COLL, F.: *La diligencia*, cit., pp. 77 ss.

190 Artículo 1104 CC. La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia.

191 El ámbito de actuación propio de la diligencia es la culpa que, junto a la infracción objetiva y la existencia y extensión de los daños como elementos generadores de la obligación a indemnizar, requieren una intervención judicial que, además de deducir la conducta concreta impuesta por el modelo, unifica los datos que la ley pone a su disposición en cuanto a la naturaleza de la obligación y las circunstancias del cumplimiento, generando un genuino modelo de conducta (BADOSA COLL, F.: *La diligencia*, cit., pp. 156–165).

modelo circunstanciado donde la naturaleza de la obligación y de las circunstancias en que se genera el contrato disponen la regla de diligencia aplicable¹⁹²; de ahí que se haya afirmado que la diligencia del buen padre de familia del artículo 1104.II CC sea, en puridad, la que se deduzca a tenor de las circunstancias¹⁹³. Si se violenta la diligencia del buen padre de familia, se estará conculcando la diligencia exigible al supuesto en disputa¹⁹⁴. Pues bien, frente al modelo circunstanciado del artículo 1104 CC vigente, el artículo 1102.1.2º PMR dispone un modelo de actuación para el deudor quien, partiendo de la diligencia debida, tendrá que salvaguardar los intereses del acreedor; parece como si la PMR se focalizara más en el resultado de la actuación del deudor que en concretar el contenido de la diligencia¹⁹⁵. Lo relevante para dirimir la responsabilidad del deudor será la elección del modelo de conducta idóneo para no causar daños a la contraparte. Al respecto, se debe afirmar que sus actuaciones serán evaluadas tomando como referencia una diligencia objetiva y no una diligencia subjetiva personificada en la predisposición psicológica del deudor por salvaguardar los intereses de la contraparte¹⁹⁶.

Otra cuestión surgida durante el periodo de pendencia es la relativa a los pagos que pudiera haber efectuado el deudor al acreedor condicional. El artículo 1102.1.3º PMR, al igual que el vigente CC¹⁹⁷ y el Code civil francés¹⁹⁸, estatuye que, si el deudor anticipa la prestación al cumplimiento de la condición, podrá repetirse el pago como no debido mientras tal cumplimiento no tenga lugar. En un primer acercamiento, el derecho de repetición podría fundamentarse en que el deudor

192 CARRASCO PERERA, A.: *Derecho contratos*, cit., pp. 1148–1153; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: “Artículos 1088-1112”, cit., pp. 5058–5059.

193 En este sentido se pronunció la STS 20 junio 1994 (RJ 1994, 6026), que reiteraba su propia jurisprudencia afirmando que “la culpa extracontractual no consiste en la omisión de normas inexcusables, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible, según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar, para evitar perjuicios a bienes ajenos, lo que sitúa la diligencia exigible en la que correspondería al buen padre de familia, puntualizando en el inciso final artículo 1104 CC”.

194 En la STS 28 noviembre 1986 (RJ 1986, 6784), se rechaza el recurso presentado por la Sociedad demandada condenada por responsabilidad extracontractual por los daños causados y que pudo haber evitado “empleando la diligencia que se omitió, todo lo que lleva la conclusión de que el supuesto encaja en la preceptiva contenida en el artículo 1104 del Código Civil, en cuanto define la culpa como la omisión por el deudor de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. En los supuestos de prestaciones de servicios médicos es especialmente relevante adecuar la diligencia a las circunstancias de personas, tiempo y lugar, según han señalado las SSTs 11 marzo 1991 (RJ 1991, 2209), 25 abril 1994 (RJ 1994, 3073) y 28 noviembre 2000 (RJ 2000, 9303).

195 Esto resulta coherente con el nuevo concepto de incumplimiento recogido en la PMR: unitario, porque aquello que no se ajusta al cumplimiento de lo pactado es incumplimiento (PANTALEÓN PRIETO, A.F.: “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *Anuario de derecho civil*, núm. 46, 1993, p. 1720), neutro, ya que prescinde de la culpa de quien lo causa (MORALES MORENO, A.M.: *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 212), y abstracto, puesto que expresa que el interés del acreedor ha quedado insatisfecho en atención a las expectativas del contrato (GARCÍA RUBIO, M.P., “El Incumplimiento”, cit.).

196 Sobre el significado objetivo y subjetivo de la diligencia, cfr. BADOSA COLL, F.: *La diligencia*, cit., pp. 33 ss.

197 Vid. artículo 1121.II CC.

198 Según el artículo 1304-5.II Code civil francés, “Ce qui a été payé peut être répété tant que la condition suspensive ne s’est pas accomplie”. Reconoce que el deudor, al no serlo antes del cumplimiento de la condición, pueda ejercer las acciones de restitución si pagara durante la pendencia, ya que lo que solo se debe al plazo, no cabe exigirlo antes del vencimiento (CHANTEPIE, G., LATINA, M.: *Le nouveau*, cit., p. 832; JULIENNE, M.: *Régimen général*, cit., pp. 47–48).

pagó por error y, ante esta coyuntura, en la que se desconoce si la condición se cumplirá o no, no es justo que el dinero abonado quede en posesión del acreedor¹⁹⁹; esa fue la previsión explícitamente contenida en la anterior propuesta de modificación de 2009, cuyo artículo 1115 difiere en su dicción del artículo 1102 PMR, en tanto en cuanto su apartado 3 disponía que “El deudor podrá repetir lo que por error hubiese pagado”. Por su parte, la razón de la propuesta de 2023 para otorgar la facultad de restitución al deudor podría ser el carácter objetivamente indebido del pago, siendo innecesaria la concurrencia de error por parte del deudor²⁰⁰.

No obstante, el carácter dispositivo de la regla reproducida permite que las partes pacten otras salidas ante el cumplimiento anticipado. Pueden optar por la tácita purificación de la obligación si el acreedor acepta el cumplimiento, induciendo una modificación sobrevenida del régimen de la obligación, que deja de ser condicional para convertirse en pura. Asimismo, se puede aceptar la provisionalidad del pago anticipado, postergando el derecho de restitución a expensas de la frustración de la condición, lo que equivaldría a que la obligación condicional suspensiva operará como una resolutoria²⁰¹. El artículo 1102.1.3° PMR no se pronuncia al respecto del régimen de intereses de la cantidad sufragada, si bien en el sistema vigente la jurisprudencia ha dictaminado que en estos supuestos opere analógicamente la regulación del cobro de lo indebido prevista en el artículo 1896 CC para el *accipiens* de mala fe y en el artículo 1897 CC para el que lo sea de buena fe²⁰².

El artículo 1102 PMR cierra la regulación de la fase de pendencia refiriéndose a la transmisibilidad de los derechos sujetos a condición. Concreta, en la esfera de las obligaciones condicionales, el reconocimiento general de la naturaleza transmisible de los derechos nacidos de una obligación contenido en el artículo 1090 PMR²⁰³, previsión también expresa en el vigente artículo 1112 CC²⁰⁴, que se refiere a la transmisibilidad de los créditos, sin prohibir la de las deudas²⁰⁵. Puesto que la

199 CARRASCO PERERA, A.: *Derecho contratos*, cit., pp. 689–690.

200 ÁLVAREZ VIGARAY, R.: “Artículos 1113”, cit., p. 91; DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., p. 414; CLEMENTE MEORO, M.E.: “Artículos 1113”, cit., p. 5151; CHANTEPIE, G, LATINA, M.: *Le nouveau*, cit., p. 832.

201 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., p. 414; CHANTEPIE, G, LATINA, M.: *Le nouveau*, cit., p. 832.

202 STS 18 diciembre 2013 (RJ 2014, 411).

203 Artículo 1090 PMR. Transmisibilidad de los derechos nacidos de la obligación. Los derechos nacidos de una obligación son transmisibles, salvo que otra cosa resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o se haya pactado la intransmisibilidad.

204 Se instaló en nuestro código como respuesta a la negativa del Derecho romano y nuestras Partidas a la transmisibilidad de las titularidades activas o pasivas de una obligación (ÁLVAREZ OLALLA, M.P.: “Artículos 1111 al 1112”, en AA.VV.: *Comentarios al código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, p. 1441; GARCÍA AMIGO, M.: “Artículos 1109 a 1112”, en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (dir. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ), Ministerio de Justicia de España, Madrid, 1991, Tomo II, pp. 71–72).

205 GARCÍA AMIGO, M.: “Artículos 1109”, cit., pp. 71–72; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: “Artículos 1088-1112”, cit., pp. 5101–5102. En contra, se ha defendido que el precepto no tiene nada que ver “ni con la transmisión pasiva de las obligaciones o transmisión de deudas, o novación por cambio de deudor” (ALBALADEJO GARCÍA,

transferencia de los derechos de crédito como valores económicos sin necesidad de modificar el vínculo obligatorio está sobradamente aceptada, algunos han estimado superfluo el contenido del citado artículo 1112 CC²⁰⁶, lo que en principio sería igualmente aplicable al artículo 1102.2 PMR, máxime si se tiene en cuenta el ya transcrito artículo 1090 PMR. No obstante, si el periodo de pendencia es crítico en el devenir de las obligaciones condicionales, no resulta excesivo disponer de una norma especial que deje fuera de toda duda la transmisibilidad de los derechos sujetos a condición.

Nada indica el artículo 1090 PMR sobre los mecanismos de transmisión, tal y como sucede con el actual artículo 1112 CC, por lo que la doctrina sobre este último ha recorrido el ordenamiento para plantear como posibles medios los siguientes: la cesión del crédito que, a pesar de no ser una figura jurídica expresamente recogida en el CC, el Tribunal Supremo sí ha venido aceptando²⁰⁷; la cesión de créditos, ex artículos 1526 ss. CC; la subrogación en el crédito, prevista en el artículo 1203 CC; la sucesión mortis causa a título de herencia o legado; y la transmisión de créditos mercantiles, como los incorporados a títulos valores o a títulos nominativos que presentan algunas características especiales en orden a su transmisión o cesión, como son el endoso y la traditio²⁰⁸.

La transmisibilidad proclamada en el artículo 1102.2 PMR se explica tomando como punto de partida la posición jurídica del titular condicional durante la pendencia de la condición, esto es, el conocido derecho expectante. Antes de que se cumpla la condición, el titular condicional no adquiere el derecho que a su favor se establece o se le ha transmitido condicionalmente, pero sí dispone de una posición jurídica firme en lo que concierne a la adquisición del derecho que ha de producirse al constatarse la condición²⁰⁹. Es una posición jurídica que deriva de que el negocio jurídico que acredita la adquisición condicional del derecho está perfeccionado, es irrevocable para aquel de quien se adquiere el titular condicional y se le reconocen los ya comentados efectos preliminares para garantizar la adquisición del derecho al cumplirse la condición. Precisamente, esa

M.: "Artículos 1111 y 1112", en AA.VV.: *Comentarios al código civil y compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO GARCÍA), Edersa, Madrid, 1978, Tomo XV, Vol. I, p. 987).

206 GARCÍA AMIGO, M.: "Artículos 1109", cit., pp. 71-72.

207 Tal y como afirma la STS 29 mayo 2015 (RJ 2015, 2274), "No se plantea cuestión alguna sobre la cesión de contratos reconocida por reiterada jurisprudencia (sentencias de 5 marzo 1994, 19 septiembre 1998, 27 noviembre 1998, 16 diciembre 2009, 28 octubre 2011) ni sobre la validez del concreto de autos. Es considerado por doctrina y jurisprudencia como el negocio jurídico concluido entre las partes contractuales y un tercero, cuya finalidad es sustituir a una de ellas por dicho tercero. La primera de las sentencias citadas destaca la necesidad de la conjunción de tres voluntades contractuales, lo que reiteran las sentencias de 29 junio 2006 y 8 junio 2007".

208 DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: "Artículos 1088-1112", cit., p. 5102; ÁLVAREZ VIGARAY, R.: "Artículos 1113", cit., pp. 72-73.

209 FLUME, W.: *Negocio jurídico*, cit., p. 820.

posición jurídica o derecho expectante será susceptible de transmisión mortis causa e inter vivos en atención al artículo 1102.2 PMR.

En contra, la transmisión podrá vetarse por disposición legal o por acuerdo entre las partes, según señala el artículo 1090 PMR, al igual que el vigente artículo 1112 CC. Ejemplo de lo primero sería la negativa a transmitir el derecho a percibir una pensión alimenticia ex artículo 151 CC. Más problemático resulta el pactum de non cedendo a la hora de determinar si, en caso de incumplimiento, la cesión es nula o sólo tiene eficacia relativa entre las partes, de modo que solo genera una infracción del contrato que conmina al cedente a resarcir a la contraparte los daños que la cesión haya provocado²¹⁰. Si se defiende que el pactum de non cedendo solo genera efectos en la relación interna de los contratantes, ex artículo 1257 CC, el pacto de incedibilidad no podrá oponerse a un tercero, salvo que éste lo conociera en el momento de la cesión; de ello resulta que si el cesionario es de buena fe no le alcanzará la ineficacia de la cesión²¹¹. Asimismo, se tendrá por válido que el deudor cedido mediante su aceptación previa o posterior a la cesión la convalide y renuncie a los efectos del pactum de non cedendo²¹². Otros consideran que la eficacia del pacto de incedibilidad no consiste en condenar al cedente que lo violente a indemnizar al deudor cedido los daños ocasionados por la transmisión del crédito al cesionario, sino en la imposibilidad de transferir el crédito del cedente al cesionario²¹³.

Junto a la intransmisibilidad legal y por pacto descritas, el artículo 1090 PMR añade la intransmisibilidad debida a la naturaleza de la obligación. En ella tienen cabida los derechos nacidos de obligaciones marcadas por el intuitu personae, siendo el arquetipo de este supuesto las obligaciones de hacer en las que la naturaleza personalísima es casi inherente²¹⁴, aunque en principio no debe existir impedimento a la ampliación de esta excepción a cualquier tipo de obligación en la que resulte esencial para la satisfacción del acreedor el que la prestación se ejecute personalmente por el deudor. A pesar de que la justificación a esta excepción radique en una preferencia subjetiva del acreedor, hace nacer un interés legítimo y digno de protección si se basa en un motivo con un mínimo de objetividad, y no en un mero capricho²¹⁵. En resumen, lo afirmado para el artículo 1090 PMR sería extensible al artículo 1102.2 PMR, de modo que los derechos sujetos a condición

210 DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: “Artículos 1088-1112”, cit., p. 5103.

211 STS 19 febrero 2016 (RJ 2016, 541), en la que se consideró que la ineficacia del pactum de non cedendo tan solo podría haberse producido si hubiera concurrido la buena fe del tercero.

212 DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., p. 978.

213 PANTALEÓN PRIETO, A.M.: “Cesión de créditos”, *Anuario de derecho civil*, núm. 41, 1988, pp. 1096–1097.

214 CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil*, cit., p. 269.

215 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Artículos 1156 a 1162”, en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (dir. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ), Ministerio de Justicia de España, Madrid, 1991, Tomo II, pp. 180–82; BERCOVITZ RODRÍGUEZ, R.: “Artículos 1157 a 1171”, en AA.VV.: *Comentarios al código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 1502–1503; DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., pp. 552–553.

serían intransmisibles si las partes lo acordaran, si existiera un impedimento legal, o por mor de la naturaleza de la obligación condicional, como sucedería en las de naturaleza personalísima, donde la preferencia subjetiva del acreedor está objetivamente justificada.

En definitiva, ex artículo 1102, los redactores de la PMR disciplinan la fase de pendencia característica de todo negocio condicional, cuyo origen se encuentra en la incertidumbre debida a la verificación o no del evento previsto para la puesta en funcionamiento o cese de los efectos de negocio jurídico pactado. Este estado permanecerá mientras exista la posibilidad de que la condición tenga lugar, y cesará en el momento en que el evento ocurra o falte, o sea cierto que ya no puede cumplirse. Será el cumplimiento o ausencia de la condición lo que marque el inicio del funcionamiento del mecanismo interno del negocio condicional, dando paso o permaneciendo los efectos prescritos en éste. Al fin y al cabo, la incertidumbre no se ciñe sobre la perfección del negocio, sino en torno al vigor del precepto que contiene²¹⁶.

4. La conclusión de la fase de pendencia.

Según el artículo 1103 PMR, rubricado "Conclusión de la fase de pendencia":

"I. La fase de pendencia de una condición concluye:

1º. En el momento de su cumplimiento.

2º. Cuando transcurra el tiempo dentro del cual las partes hubieran previsto su cumplimiento o, a falta de pacto, el tiempo que resulte razonable.

3º. Cuando sea indudable que su cumplimiento no tendrá lugar.

2. Se tendrá por cumplida o incumplida la condición si una de las partes, en contra del interés de la otra, impide su cumplimiento o provoca su incumplimiento".

A través de este artículo, los redactores de la PMR regulan en un único precepto la conclusión de la fase de pendencia, labor a la que la propuesta precedente destinó dos preceptos²¹⁷ y el vigente CC destina los artículos 1117, 1118 y 1119. Su relevancia radica en que, al concluir esta fase de interinidad, sobreviene la purificación de la obligación condicional, es decir, su conversión en una obligación pura²¹⁸. En cualquier caso, al consumarse la condición suspensiva o incumplirse

216 БЕТТИ, Е.: *Teoría general*, cit., pp. 336, 449.

217 Artículos 1113 y 1114 PM, de contenido muy similar al de artículo 1103 PMR.

218 Así, para las obligaciones condicionales suspensivas el artículo 1304-6.I Code civil francés, al preceptuar que "L'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive", previsión que se complementa con lo dispuesto en el tercer párrafo de dicho artículo, que afirma que "En

la resolutoria, el derecho que fue destinatario de la disposición condicionada se tendrá como perteneciente al adquirente desde la fecha del negocio jurídico condicional o, respectivamente, como si hubiera residido siempre en el disponente, incluso frente a los terceros que durante la interinidad hubieran deducido causa del titular interino en virtud de un acto de disposición posterior llevado a cabo por dicho titular²¹⁹. Esto conlleva un control u homologación de la intensidad o ajuste entre los hechos realmente producidos y aquellos que fueron previstos por las partes como eventos condicionantes, que tienen que resolverse como un problema de interpretación, de acuerdo con la intención empírica de los interesados y con la finalidad perseguida por ellos²²⁰.

El artículo 1103.I PMR atiende algunas de las carencias que presentan los artículos 1117 y 1118 CC. En primer lugar, se refiere a la conclusión de la fase de pendencia de la condición aludiendo al cumplimiento de ésta, en lugar de hacerlo a la extinción o eficacia de la obligación, evitando así prejuzgar la eficacia o ineficacia de la relación obligatoria, como sucede en los artículos 1117 y 1118 CC²²¹. Esta sistemática subyacente en el artículo 1103.I PMR nos recuerda en parte a la adoptada en el Code civil belga²²², aunque este, como el actual Código civil, establezca una serie de directrices dirigidas a las condiciones positivas y negativas que apuntan al cumplimiento de la condición, tal y como dispone el artículo 1103.I PMR, en lugar de recurrir a la extinción o eficacia de la obligación²²³. En segundo lugar, recoge las tres normas básicas que permiten señalar cuándo sucede la conclusión de la fase de pendencia de la condición: a saber, el momento de su cumplimiento, el transcurso del tiempo pactado por las partes para su cumplimiento (o aquel que resulte razonable) y la certeza de que el cumplimiento no tendrá lugar²²⁴. Su virtualidad radica en que pueden determinar la conclusión de la fase de pendencia de cualquier tipo de obligación, toda vez que se dirige a la

cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé". Igualmente, el Code civil belga se muestra explícito en tanto en cuanto a las condiciones resolutorias, disponiendo su artículo 5.148.II que "La défaillance de la condition résolutoire rend l'obligation pure et simple pour l'avenir".

219 BETTI, E.: *Teoría general*, cit., p. 475; ROPPO, V.: *Il contratto*, cit., pp. 621–622.

220 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., pp. 414–415.

221 MONTÉS PENADES, V.L.: "Artículos 1113", cit., pp. 1079–1080.

222 Artículo 5.143 Code civil belga. Interprétation de la condition. Pour rechercher quelle a été la commune intention des parties, il est tenu compte notamment des directives suivantes:

1° lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement arrivera dans un temps fixe, cette condition est censée défaillie lorsque le temps est expiré sans que l'événement soit arrivé. S'il n'y a pas de temps fixe, la condition peut toujours être accomplie; et elle n'est censée défaillie que lorsqu'il est devenu raisonnablement certain que l'événement n'arrivera pas;

2° lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement n'arrivera pas dans un temps fixe, cette condition est accomplie lorsque ce temps est expiré sans que l'événement soit arrivé; elle l'est également, si avant le terme il est raisonnablement certain que l'événement n'arrivera pas; et s'il n'y a pas de temps déterminé, elle n'est accomplie que lorsqu'il est raisonnablement certain que l'événement n'arrivera pas.

223 GEORGE, F., COLSON, P.: *Manuel droit*, cit., pp. 711–13.

224 Las reglas segunda y tercera ya habían sido recogidas en el artículo 1176 du ancien Code civil belga (JULIENNE, M.: *Régimen général*, cit., pp. 45–47).

generalidad de las obligaciones condicionales en lugar de hacerlo a tipos concretos de estas. Gracias a ello, se solventa la laguna normativa del artículo 1117 CC en torno a las condiciones afirmativas en las que no se pactó un plazo determinado, que actualmente se resuelve acudiendo a la regla prevista para las condiciones negativas en el artículo 1118.II CC²²⁵.

Según estamos comprobando, la relevancia del artículo 1103 PMR radica en que ordena el punto de inflexión de toda obligación condicional. Si el cumplimiento de la condición supone la puesta en funcionamiento de la reglamentación establecida negocialmente, su incumplimiento conlleva que dicha reglamentación quede a la espera del cumplimiento de aquella. Esto será así siempre y cuando ninguna de las partes interfiera en el desarrollo normal de los eventos de forma voluntaria y sin derecho²²⁶. Para dar salida a las situaciones en las que cualquiera de las partes altere voluntariamente, y en contra del interés de la otra, la cadena normal de eventos, impidiendo o provocando el cumplimiento de la condición, el artículo 1103.2 PMR dispone que ésta se tenga por cumplida o incumplida, respectivamente. Su razonamiento tiene como punto de partida la tradición romana²²⁷, aunque amplía el rango de acción formulando, no solo el cumplimiento ficticio, sino también el incumplimiento ficticio. Así se hizo previamente por el § 162 BGB²²⁸, del que se ha dicho que sanciona una conducta desleal incentivada por un motivo objetiva o subjetivamente reprochable, aunque también se haya afirmado que “lo decisivo es solamente qué conducta de los intervinientes, en lo que atañe al cumplimiento o incumplimiento de la condición, se hubiera ajustado al sentido del negocio jurídico, que se ha de determinar conforme a los principios de la buena fe”²²⁹. Si las partes se desvían de dicho sentido, el BGB implementa, respectivamente, el cumplimiento

225 MONTES PENADES, V.L.: “Artículos 1113”, cit., pp. 1075–1076; DIEZ-PICAZO, L.: “El tiempo”, cit., p. 138; ÁLVAREZ VIGARAY, R.: “Artículos 1113”, cit., p. 83. A favor de la regla contenida en el artículo 1118.II CC se pueden citar las SSTs 29 junio 2021 (RJ 2021, 3235), 31 mayo 2011 (RJ 2011, 3998), 2 julio 2007 (RJ 2007, 3654), 22 julio 2003 (RJ 2003, 6946), 25 marzo 2002 (RJ 2002, 2854) y 3 diciembre 1993 (RJ 1993, 9830), que indica que “como no hay datos en los autos que permitan determinar el tiempo en el que verosíblemente hubieran querido las partes que se cumpliera la condición (pero en el que sería de aplicar el párrafo segundo del artículo 1118 por analogía, dado que se refiere a condición negativa y no a las positivas, como la del caso que nos ocupa), sino que, por el contrario, los actos posteriores (pago de la renta durante veinticinco años; posesión arrendaticia durante igual tiempo; y falta de requerimiento al arrendatario para que cumpliera según el contrato) revelan que no se puede determinar ese tiempo que las partes verosíblemente hubieran querido señalar para que se reputase cumplida la condición, ha de concluirse, por dicha aplicación analógica, que la obligación no está incumplida y ha de desestimarse la demanda”. Son sentencias que revocan la doctrina de la STS 28 diciembre 1984 (RJ 1984, 6298).

226 GIORGI, J.: *Teoría obligaciones*, cit., p. 348.

227 Entre cuyos textos se recurre a la ficción para solventar este tipo de supuestos, afirmando que “in iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perine haberi, ac si impleta condicio fuisset”, Digesto 50, 17, 161 (FLUME, W.: *Negocio jurídico*, cit., p. 835).

228 § 162 BGB. Si el cumplimiento de la condición es entorpecido, contrariamente a la fidelidad y a la buena fe, por la parte en cuya desventaja se produciría, la condición vale como cumplida. Si el cumplimiento de la condición es procurado, contrariamente a la fidelidad y a la buena fe, por la parte en cuya ventaja se produce, el cumplimiento vale como no ocurrido.

229 FLUME, W.: *Negocio jurídico*, cit., pp. 836–837. Autores como VON THUR entienden que la ficción prevista por el ordenamiento jurídico alemán ante una condición frustrada intencionalmente permite eliminar las consecuencias de la conducta desleal (VON TUHR, A.: *Tratado obligaciones*, cit., p. 446).

e incumplimiento ficticios de la condición dependiendo de que la conducta de los intervinientes haya impedido o provocado su cumplimiento²³⁰. Acogiendo este planteamiento, el artículo 1103.2 PMR pone punto final a la conocida polémica sobre si cabe deducir a contrario del artículo 1119 CC el incumplimiento ficticio de la condición, ya que este solo dispone el cumplimiento ficticio de la condición²³¹.

La objetivación y espíritu reparadores compartidos por los artículos 1119 CC y 1103.2 PMR²³² hacen que lo pertinente para su puesta en funcionamiento sea la intervención del interesado en la frustración de la condición, ya sea impidiendo el cumplimiento de la condición suspensiva o favoreciendo el de la resolutoria²³³. Su activación conlleva el cumplimiento o incumplimiento ficticios como respuesta a que las relaciones jurídicas condicionadas generan efectos inmediatos o preliminares²³⁴, entre los cuales hemos visto que se encuentra el vínculo que conmina al obligado o interesado en que la condición no se cumpla o se cumpla a comportarse de acuerdo con la buena fe durante el periodo de pendencia, es decir, a no impedir ni favorecer artificiosamente y en beneficio propio el devenir del evento condicionante²³⁵.

El artículo 1103.2 PMR no describe el comportamiento de la parte que influye en el devenir natural de los eventos para lograr el cumplimiento o incumplimiento de la condición en perjuicio de la contraparte. Mientras el artículo 1119 CC habla de una conducta voluntaria, el artículo 1103.2 PMR no dice nada, si bien el verbo impedir, lo que denota de por sí un acto voluntario²³⁶. Respecto de la naturaleza

230 FLUME, W.: *Negocio jurídico*, cit., pp. 834 ss.; ENNECERUS, L., *Derecho civil*, cit., pp. 343–344. En nuestro ordenamiento la buena fe alcanza la fase de pendencia y sustenta la respuesta dada por el ordenamiento vía cumplimiento o incumplimiento ficticios, respectivamente, ante el incumplimiento o cumplimiento forzados por cualquiera de las partes en contra del interés de la otra, según propone el artículo 1103.2 PMR. Así se deduciría tanto de los artículos 7.1º y 1258 CC, en relación con el artículo 1119 CC (STS 17 mayo 1966, ECLI: ECLI:ES:TS:1966:1273), como del artículo 1120 PMR en conexión con el artículo 1103.2 PMR, máxime si se tiene en cuenta que desde que las partes pactan el negocio jurídico condicional, éste deviene vinculante, independientemente de que finalmente se confirme o no la condición. Si durante la fase de negociaciones la PMR ha dispuesto el respeto a la buena fe, con mayor razón habrá de extenderla a la fase de pendencia (ZURITA HERRERA, P.: *Los acuerdos y contratos preparatorios de otros contratos*, Colex, A Coruña, 2024, pp. 160–67).

231 Aunque el artículo 1359 Codice civile italiano dispone el cumplimiento ficticio de la condición favoreciendo una interpretación objetiva que proyecta una finalidad reparadora frente a la conducta dolosa del sujeto pasivo de la relación condicional (BETTI, E.: *Teoría general*, cit., p. 471).

232 El artículo 1103.2 PMR emula en su redacción y, por tanto, objetivación, al artículo 1304-3 Code civil francés, según el cual: “La condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l’accomplissement. La condition résolutoire est réputée défaillie si son accomplissement a été provoqué par la partie qui y avait intérêt.”

233 CHANTEPIE, G., LATINA, M.: *Le nouveau*, cit., pp. 823–824.

234 Son efectos cuyo propósito no es otro que garantizar la actuación de la regulación de intereses trazada por las partes si finalmente se cumpliera la condición, de manera que extienden una labor de tutela de la expectativa con vistas al cumplimiento futuro o la futura resolución de la relación actual (BETTI, E.: *Teoría general*, cit., p. 467).

235 PÉREZ GONZÁLEZ, B., ALGUER, J.: “Derecho civil”, cit., p. 345; MONTÉS PENADÉS, V.L.: “Artículos 1113”, cit., pp. 1084–1085; BETTI, E.: *Teoría general*, cit., pp. 468–469; CLEMENTE MEORO, M.E.: “Artículos 1113”, cit., p. 5136.

236 Basta para llegar a esta conclusión con acudir al diccionario de la Real Academia Española, que define impedir como “Estorbar o imposibilitar la ejecución de algo”.

del acto voluntario, algunos han sido tajantes al defender la evitación o provocación culposas, tanto intencionales como negligentes, de la condición en virtud de una conducta contraria a la buena fe²³⁷. Otros se han mostrado partidarios a que la mera negligencia sea insuficiente, salvo que una diligencia media permita deducir que el acto impedirá o forzará la condición en perjuicio de la contraparte²³⁸. La fuerza mayor, así como las meras tentativas de impedir el cumplimiento, incluso si son contrarias al deber de actuación de buena fe, se excluirían²³⁹. La jurisprudencia del Tribunal Supremo tampoco ha sido unánime determinando la conducta exigible para la aplicación del artículo 1119 CC. En las sentencias 4 julio 1980²⁴⁰ y 6 marzo 1989²⁴¹, requirió una conducta especialmente reprochable e intencionada. En otras ha resultado suficiente con que, aunque sea indirectamente, se impida voluntariamente el eventual cumplimiento de la condición, tal y como sucedió en la STS 10 noviembre 2010²⁴². A veces bastó la mera negligencia para acudir al artículo 1119 CC²⁴³. Ahora bien, si la condición no se cumple por mor de ambas partes, no cabrá el recurso al mencionado artículo; así se indicó en la STS 18 diciembre 2013²⁴⁴. Igualmente, no tendría cabida cuando la conducta del deudor haya resultado finalmente irrelevante porque como consecuencia de otras razones objetivas la eventualidad haya sido de imposible cumplimiento²⁴⁵.

Aunque ni el 1103.2 PMR ni el artículo 1119 CC lo indiquen, se ha defendido que la conducta del implicado ha de ser activa, de manera que la omisión solo será relevante si constituye una violación de una obligación de actuar impuesta

237 ENNECCERUS, L., *Derecho civil*, cit., pp. 343–344; ALPA, G., MARICONDA, V.: *Codice civile*, cit., p. 721.

238 ALBALADEJO GARCÍA, M.: “Artículos 774”, pp. 474–476; MONTÉS PENADÉS, V.L.: “Artículos 1113”, cit., pp. 1090–1092.

239 MINERO ALEJANDRE, G.: “Artículos 1113”, cit., p. 1452.

240 STS 4 julio 1980 (RJ 1980, 3083).

241 STS 6 marzo 1989 (RJ 1989, 1998). En ella se dice que, conforme al artículo 1119 CC, la condición se tendrá por cumplida “cuando el contratante que resultaría beneficiado por su incumplimiento impide u obstaculiza de forma voluntaria e intencionada que pueda tener lugar su realización”.

242 STS 10 noviembre 2010 (RJ 2010, 8034). Según señala el Alto Tribunal, “La voluntariedad a que alude el precepto no ha de ir dirigida necesariamente y de modo exclusivo a impedir el cumplimiento de la condición suspensiva, pues lo único requerido es que ello se provoque, aunque sea indirectamente, por un acto o conducta voluntaria, como ha sucedido en el presente caso dado que el ahora recurrente, al transigir sobre el pleito anterior, impidió voluntariamente el eventual cumplimiento de la condición, que es lo que dicha norma prevé al establecer su cumplimiento ficticio con las consecuencias jurídicas que de ello hayan de derivarse (sentencias de esta Sala de 9 marzo 1987, 10 octubre 1987, 23 mayo 1996, 10 julio 1996 y 4 marzo 1997, entre otras)”.

243 La STS 7 julio 1988 (RJ 1988, 5582), da la razón al tribunal ad quo, quien en virtud del artículo 1119 CC da por cumplidas las condiciones al declarar probado que “el incumplimiento de las expresadas condiciones es atribuible únicamente a la anómala situación administrativa en que, por negligencia del vendedor Sr. G., se hallaba la concesión de la mina vendida, y no a la conducta del comprador Sr. M.P.”.

244 STS 18 diciembre 2013 (RJ 2014, 411). En esta resolución, el Tribunal desestimó la aplicación del artículo 1119 CC, no cabiendo considerar “ficticiamente incumplida o cumplida por equivalencia la condición, dado que lo fue por una conducta que, además de a Gabriel Rojas, SL, era imputable también a Junta de Andalucía”.

245 STS 18 diciembre 1985 (RJ 1985, 6598).

por el negocio jurídico o la ley²⁴⁶. En cualquier caso, la conducta debe resultar en el incumplimiento, si lo que se perseguía era evitar el cumplimiento, o en el cumplimiento, si se perseguía lo opuesto, siendo insuficiente la mera tentativa del interesado. Así se recoge literalmente en ambos preceptos; será, en definitiva, una “conducta consumada”²⁴⁷.

Si seguimos explorando la voluntariedad de las partes, podemos preguntarnos si el artículo 1103.2 PMR alcanza a las condiciones potestativa y mixtas. En su día, BELTRÁN HEREDIA descartó el incumplimiento voluntario si mediaba una imposibilidad física o jurídica. De mantener esta tesis, no resultaría aplicable el artículo 1103.2 PMR, al igual que no lo fue el artículo 1119 CC²⁴⁸. Ahora bien, si en la condición mixta el deudor se obliga a facilitar el cumplimiento, y no responde al compromiso adquirido, se podría recurrir a los artículos 1119 CC y 1103.2 PMR²⁴⁹. Incluso se ha postulado su aplicación a los supuestos de condiciones potestativas en los que el deudor interrumpe sin un motivo justificable la realización de la condición ya iniciada²⁵⁰.

En otro orden de cosas, nos podemos preguntar si el artículo 1103.2 PMR resultaría aplicable a los supuestos en los que un tercero impide el cumplimiento o provoca el incumplimiento de la condición, lo que ya se ha cuestionado en relación con el artículo 1119 CC, del que se dijo que aunque hable del obligado, por analogía cabe referirlo a cualquier interesado a quien el cumplimiento de la condición resulte jurídicamente desventajoso, “pues de la condición puede depender no sólo el nacimiento de una obligación sino la producción de cualquier otro efecto jurídico desventajoso”²⁵¹; eso sí, el obligado o interesado será necesariamente parte en el negocio jurídico condicional. Los terceros, independientemente de que puedan tener intereses en la relación jurídica condicional, no son parte del negocio condicional. De ahí que se estime mayoritariamente que el artículo 1119 CC no les alcanza, lo que no obsta para que puedan ser responsables en virtud del

246 MONTES PENADÉS, V.L.: “Artículos 1113”, cit., p. 1091. El mismo parecer se ha mostrado de parte de la doctrina italiana en relación con el artículo 1359 Codice civile italiano (ALPA, G., MARICONDA, V.: *Codice civile*, cit., p. 721).

247 MONTES PENADÉS, V.L.: “Artículos 1113”, cit., p. 1091; DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., p. 416; ÁLVAREZ VIGARAY, R.: “Artículos 1113”, cit., pp. 85–86; FLUME, W.: *Negocio jurídico*, cit., p. 837; CLEMENTE MEORO, M.E.: “Artículos 1113”, cit., p. 5139; BERCOVITZ ÁLVAREZ, G.: “Artículos 1113”, cit., p. 1540.

248 La jurisprudencia que este autor trae a colación son las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1901 y de 9 de marzo y 21 de mayo de 1921 (BELTRÁN DE HEREDIA, J.: “Condición Potestativa”, cit., pp. 223–224).

249 La doctrina francesa también ha señalado la utilidad del artículo 1304-3 Code civil francés como complemento de las condiciones mixtas y de la prohibición de las potestativas, donde los tribunales, en lugar de anular la obligación por depender exclusivamente de la voluntad del deudor, pueden controlar su comportamiento recurriendo a este precepto (JULIENNE, M.: *Régimen général*, cit., p. 47).

250 ÁLVAREZ VIGARAY, R.: “Artículos 1113”, cit., p. 86; DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., p. 417; MONTES PENADÉS, V.L.: “Artículos 1113”, cit., pp. 1089–1090; CLEMENTE MEORO, M.E.: “Artículos 1113”, cit., pp. 5137–5138; MINERO ALEJANDRE, G.: “Artículos 1113”, cit., p. 1452.

251 PÉREZ GONZÁLEZ, B., ALGUER, J.: “Derecho civil”, cit., p. 345.

artículo 1902 CC²⁵². En este sentido, el artículo 1103.2 PMR resulta más claro en su redacción, ya que en todo momento se refiere a las partes del negocio jurídico condicional, erradicando así cualquier duda en torno a su aplicación a terceros.

Resulta interesante que el artículo 1103.2 PMR diseñe una respuesta en términos de cumplimiento o incumplimiento ficticios ante la conducta inadecuada de la parte que influye indebidamente en el devenir de los eventos. Se convierte así en un precepto reparador puesto que, ante todo, persigue asegurar a la otra parte el desarrollo natural del supuesto recogido en el negocio jurídico condicionado²⁵³. La parte que alegue que su contraria ha impedido el cumplimiento o provocado el incumplimiento de la condición, habrá de probar que de tal circunstancia resulta el nacimiento de un derecho propio o la extinción de un derecho de la parte contraria. No obstante, no tendrá que demostrar que la condición se hubiera cumplido si la contraparte no hubiera impedido el cumplimiento ni que no se hubiera cumplido si esta no hubiera provocado el incumplimiento²⁵⁴. La relevancia dada a la voluntad del interesado en el cumplimiento o incumplimiento de la condición no es exclusiva de la PMR, toda vez que se contiene en el artículo 1119 CC en cuanto al cumplimiento, y en el ya citado artículo 1304-3 Code civil francés en tanto en cuanto a las condiciones suspensiva y resolutoria. No obstante, esta perspectiva no es unánime en todos los ordenamientos, y en este sentido se puede mencionar los artículos 5.147 y 5.148 Code civil belga²⁵⁵ donde, al mencionar el cumplimiento e incumplimiento de la condiciones suspensiva y resolutoria, tan solo hacen referencia a los efectos que se derivan de estos.

Restarían por comentar un par de supuestos de conclusión de la fase de pendencia no contemplados en el artículo 1103 PMR, cuya inserción expresa tal vez se podría valorar. Comencemos con la renuncia unilateral a la condición por la

252 ÁLVAREZ VIGARAY, R.: "Artículos 1113", cit., pp. 86–87; MONTES PENADÉS, V.L.: "Artículos 1113", cit., p. 1092; CLEMENTE MEORO, M.E.: "Artículos 1113", cit., p. 5139. Sobre el impedimento del cumplimiento de la condición se puede consultar la STS 24 junio 1993 (RJ 1993, 5382).

253 BETTI, E.: *Teoría general*, cit., p. 471. A la hora de discernir si la norma tiene un carácter reparador o sancionador resulta determinante la dificultad que entrañaría valorar el daño causado. Para tasarlo, no solo hay que concretar el valor de la prestación cuando se lleva a cabo la conducta impeditiva o favorecedora del evento, lo que en principio no entraña especiales dificultades, sino que también hay que determinar las posibilidades de que la condición se cumpliera o no, y esto último sí conlleva cierta dificultad. Esto llevó a los legisladores y proponentes de textos legislativos a optar por el cumplimiento o incumplimiento ficticios como el mejor medio para reparar los intereses de la parte afectada por la conducta indebida de la contraparte (ÁLVAREZ VIGARAY, R.: "Artículos 1113", cit., p. 86).

254 GIORGI, J.: *Teoría obligaciones*, cit., p. 349; MONTES PENADÉS, V.L.: "Artículos 1113", cit., p. 1093; ÁLVAREZ VIGARAY, R.: "Artículos 1113", cit., p. 83; MINERO ALEJANDRE, G.: "Artículos 1113", cit., p. 1452; VON TUHR, A.: *Tratado obligaciones*, cit., p. 444.

255 Artículo 5.147 Code civil belga. Réalisation de la condition. La réalisation de la condition produit ses effets de plein droit et pour l'avenir.

La réalisation de la condition résolutoire donne lieu à restitution de la prestation fournie conformément aux articles 5.115 à 5.122. Toutefois, les prestations de faire et de ne pas faire, ainsi que leur contrepartie, ne sont pas restituées.

Artículo 5.148 Code civil belga. Défaillance de la condition. La défaillance de la condition suspensive éteint l'obligation pour l'avenir.

La défaillance de la condition résolutoire rend l'obligation pure et simple pour l'avenir.

parte en cuyo interés exclusivo se estipuló, prevista en los artículos 1304-4 Code civil francés²⁵⁶ y 5.145 Code civil belga²⁵⁷. Creemos que será posible siempre y cuando no perjudique al cocontratante, quien verá que la incertidumbre finaliza más rápidamente de lo esperado²⁵⁸. Por su parte, el cocontratante no podrá invocar su incumplimiento²⁵⁹. En cualquier caso, quizás la dificultad a la hora de aplicar estos preceptos tenga lugar cuando no sea sencillo descubrir en interés de que parte se estipuló la condición²⁶⁰. Para finalizar, procede apuntar que ni la PMR ni el Code civil francés o belga se refieren a la posibilidad de la renuncia pactada de las partes a la condición pendiente²⁶¹. No obstante, tal especificación en realidad sería superflua por ser una mera manifestación de la libertad contractual de las partes que optarían libremente por modificar el contrato²⁶².

5. La irretroactividad de los efectos del cumplimiento de la condición.

La propuesta somete a la rúbrica “Irretroactividad de los efectos del cumplimiento de la condición” el último de los preceptos dedicados a las obligaciones condicionales, tal y como hizo su precedente, cuyo contenido comparte²⁶³. Según versa el artículo 1104 PMR así rubricado:

“El cumplimiento de las condiciones no produce efectos retroactivos, salvo que otra cosa resulte del título constitutivo de la obligación”.

256 Article 1304-4 Code civil français. Une partie est libre de renoncer à la condition stipulée dans son intérêt exclusif, tant que celle-ci n'est pas accomplie ou n'a pas défailli.

El artículo se limita a consagrar una solución previamente recogida por la jurisprudencia. Señala la Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 20 février 2007, 05-19.601, que “a partie bénéficiaire exclusive d'une condition, étant toujours libre d'y renoncer...”.

257 Article 5.145 Code civil belga. Une partie peut renoncer à la condition prévue dans son intérêt exclusif, tant que celle-ci est pendante.

258 CHANTEPIE, G., LATINA, M.: *Le nouveau*, cit., pp. 829–31; JULIENNE, M.: *Régimen général*, cit., pp. 50–52.

259 Al parecer, lo que se perseguía en este precepto era la compatibilidad con la concepción clásica y objetiva de la condición que la reforma parece favorecer, si bien no es del todo seguro que con la redacción dada al artículo 1304-4 Code civil francés se haya puesto fin a la jurisprudencia según la cual la Cour de Cassation prohíbe, por ejemplo, que el cocontratante del beneficiario exclusivo de la condición invoque su incumplimiento. Así, en la sentencia de la Cour de Cassation civile, Chambre civile I, 5 janvier 2022, 19-17.200, ECLI:FR:CCASS:2022:C100019, el Alto Tribunal dictó que solo un garante podía invocar con razón el incumplimiento de la condición que había sido estipulada en su interés exclusivo en el acto de garantía. Así, sin estipular claramente que el beneficiario exclusivo de una condición pueda renunciar a su incumplimiento, consigue, al reservar su invocación a este último, un resultado similar para aparentar que respeta la letra del artículo 1304-4 Code civil francés (CHANTEPIE, G., LATINA, M.: *Le nouveau*, cit., pp. 829–831).

260 GEORGE, F., COLSON, P.: *Manuel droit*, cit., p. 715.

261 Como si especificaba el Avant-projet CATALA en su artículo 1178: “La partie dans l'intérêt exclusif de laquelle la condition a été stipulée est libre d'y renoncer unilatéralement, tant que la condition n'est pas accomplie. Jusqu'à ce moment les parties peuvent également, d'un commun accord, renoncer à la condition stipulée dans l'intérêt de chacune.”

262 CHANTEPIE, G., LATINA, M.: *Le nouveau*, cit., p. 826; JULIENNE, M.: *Régimen général*, cit., p. 50.

263 Artículo 1116 PM. El cumplimiento de las condiciones no produce efectos retroactivos salvo que otra cosa resulte del título constitutivo de la obligación.

Antes de profundizar en las similitudes y diferencias entre este precepto y sus equivalentes en nuestro CC y en Derecho comparado, debe comentarse la retroactividad como mecanismo regulador de los efectos derivados del cumplimiento de las condiciones. Constituye una fórmula normativa reguladora de los intereses de las partes, vinculadas desde la celebración del negocio jurídico condicional²⁶⁴. Mediante este mecanismo, el acaecimiento del evento condicional conlleva la expresión, o silencio, de la regulación de los intereses pactada, así como de los efectos anudados al negocio jurídico condicional. Si se trata de condiciones suspensivas, la expresión de las normas de intereses acordadas devendrá eficaz la relación establecida en caso de cumplimiento de la condición. Si se trata de condiciones resolutorias, se silenciarán las reglas contractuales inicialmente expresadas, siendo sustituidas por las previstas para deconstruir la relación establecida o sustituirla por otra. La retroactividad, pues, pretende la realidad jurídica más próxima a la que hubiera tenido lugar si la incertidumbre no hubiese conducido al mecanismo condicional. Lograr este objetivo conlleva validar y ratificar los efectos de la situación interina coincidentes con los de la situación definitiva, y desaparecer aquellos que no concurren con esta²⁶⁵. Se puede llevar a cabo borrando automáticamente lo sucedido en la fase de pendencia. Sería la revocación automática. Como no siempre es posible erradicar los efectos que tienen lugar en la situación interina, también se habla de retroactividad real en oposición a la automática. Otra alternativa sería obligar a las partes a remover aquellos impedimentos que pudieran haber surgido durante la fase de pendencia, lo que equivaldría a una retroactividad obligatoria²⁶⁶. Sea cual sea el mecanismo elegido para retrotraer los cambios producidos en la situación interina, resulta acertado intuir que tales modificaciones no siempre son reversibles, ni que esta sea una tarea sencilla.

Consecuentemente, el legislador contempla el efecto retroactivo en contadas ocasiones, además de acompañarlo de ciertas limitaciones²⁶⁷; lo que sucede en nuestro Código civil con la retroactividad de las condiciones suspensivas y resolutorias ex artículos 1120 y 1123, respectivamente. Por su parte, ordenamientos como el alemán estipulan directamente la irretroactividad²⁶⁸, aunque con ciertas

264 MONTES PEÑADES, V.L.: "Artículos 1113", cit., pp. 1102–1103; Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., pp. 418–419.

265 MONTES PEÑADES, V.L.: "Artículos 1113", cit., pp. 1097–1101; Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., pp. 418–419; CARRASCO PERERA, A.: *Derecho contratos*, cit., p. 697.

266 BETTI, E.: *Teoría general*, cit., pp. 473–474, nota 34.

267 MONTES PEÑADES, V.L.: "Artículos 1113", cit., p. 1100; CARRASCO PERERA, A.: *Derecho contratos*, cit., pp. 695–696.

268 Vid. § 158 BGB alemán, previamente citado. Se ha criticado el recurso al principio de irretroactividad por algunos ordenamientos como el alemán al entender que es una apuesta que satisface menos las exigencias derivadas de la práctica entre las partes. Estos ordenamientos se verían "constreñidos, para responder a tales exigencias, a establecer prohibiciones que prevengan, durante la pendencia de la condición, actos de disposición sobre el objeto del derecho que resulten perjudiciales para la otra parte" (BETTI, E.: *Teoría general*, cit., p. 473).

matizaciones²⁶⁹ y reconociendo la libertad de disposición para otorgar el efecto retroactivo²⁷⁰, en cuyo caso tendrá carácter obligatorio²⁷¹. Su influencia se ha dejado sentir en la PMR, que como iremos concretando recoge el principio de la irretroactividad. La otra cara de la moneda se encontraría en el Derecho italiano, que apuesta por un principio de retroactividad que opera ipso iure y erga omnes²⁷².

En realidad, nuestro ordenamiento actualmente se sitúa en un punto intermedio entre los ordenamientos alemán e italiano. Como se ha apuntado, aunque el primer inciso del artículo 1120.I CC establezca el efecto retroactivo para las condiciones suspensivas que afectan a las obligaciones de dar de carácter traslativo, el resto del precepto se destina a recoger limitaciones a la retroactividad en otros supuestos, ya sea por la voluntad de las partes, ya sea a través de excepciones en materia de frutos e intereses. A estas previsiones se suma el tenor del artículo 1122 CC, con excepciones en materia de riesgos, actos de administración y estado posesorio, tal y como sucede en el Codice civile italiano²⁷³ y en el Code civil francés, si bien es cierto que este último, al igual que en su homónimo belga²⁷⁴, en principio indica que la condición suspensiva carece de retroactividad²⁷⁵.

Entre las limitaciones recogidas en el artículo 1120 CC figura la voluntad de las partes, ya que es un precepto dispositivo que no obsta al acuerdo de consolidación de la situación fijada en el momento del cumplimiento de la condición. En materia

269 § 161 BGB. Si alguien ha dispuesto de un objeto bajo una condición suspensiva, toda posterior disposición que sobre dicho objeto lleve a cabo durante el tiempo de pendencia es ineficaz, en caso de cumplimiento de la condición, en la medida que frustrase o perjudicase el efecto dependiente de la condición. A semejante disposición se equipara la que se realiza durante el tiempo de pendencia en vía de una ejecución forzosa de una ejecución de embargo, o por el administrador del concurso.

Lo mismo vale, en caso de una condición resolutoria, de las disposiciones de aquél cuyo derecho termina con el cumplimiento de la condición.

Las disposiciones en favor de aquellos que derivan derecho de un no titular se aplican oportunamente.

270 § 159 BGB. Si, según el contenido del negocio jurídico, los efectos ligados al cumplimiento de la condición deben retrotraerse a un momento anterior, los interesados están obligados, en caso del cumplimiento de la misma, a procurarse mutuamente lo que tendrían si los efectos se hubieran producido en el momento anterior.

271 ENNECCERUS, L., *Derecho civil*, cit., pp. 352–353; FLUME, W.: *Negocio jurídico*, cit., p. 845; VON TUHR, A.: *Tratado obligaciones*, cit., pp. 446–449.

272 ALPA, G., MARCONDA, V.: *Codice civile*, cit., p. 723.

273 Artículo 1361 Codice civile italiano (Atti di amministrazione). L'avveramento della condizione non pregiudica la validità degli atti di amministrazione compiuti dalla parte a cui, in pendenza della condizione stessa, spettava l'esercizio del diritto.

Salvo diverse disposizioni di legge o diversa pattuizione, i frutti percepiti sono dovuti dal giorno in cui la condizione si è avverata.

274 Cfr. artículo 5.147 Code civil belga, previamente citado.

275 El artículo 1304-6 Code civil francés se muestra favorable a la irretroactividad. Aunque recoja la posibilidad de que las partes acuerden la retroactividad, es una disposición en parte limitada. En efecto, comienza el párrafo segundo de dicho artículo afirmando que "Toutefois, les parties peuvent prévoir que l'accomplissement de la condition rétroagira au jour du contrat". De su dicción puede deducirse que los contratantes no puedan decidir extender los efectos del contrato a un momento distinto de su celebración. A mayor abundamiento, concluye el párrafo constatando que "La chose, objet de l'obligation, n'en demeure pas moins aux risques du débiteur, qui en conserve l'administration et a droit aux fruits jusqu'à l'accomplissement de la condition", de manera que el restablecimiento de la retroactividad no afectaría a la distribución de riesgos y frutos ni a los actos conservatorios y administrativos (CHANTEPIE, G., LATINA, M.: *Le nouveau*, cit., pp. 834–835; JULIENNE, M.: *Régimen général*, cit., pp. 48–49).

de frutos e intereses, dispone que la retroactividad no alcance las obligaciones recíprocas ni las unilaterales, salvo que por la naturaleza y circunstancias de estas últimas quepa inferirse que la voluntad de quien las constituyó fue distinta²⁷⁶. Asimismo, se alega la inexigibilidad de los frutos e intereses en las obligaciones recíprocas, que en principio restarían en quienes poseyeran las cosas.

A mayor abundamiento, el artículo 1120.II CC establece que los Tribunales determinen, ad hoc, el efecto retroactivo que pudiera darse en las obligaciones de hacer y no hacer. De su texto no cabe deducir el pleno arbitrio judicial, sino que tendrán que decidir la extensión de la reciprocidad, ya sea por analogía de los artículos 1120 y 1122 CC, ya sea recurriendo a los criterios hermenéuticos sitos en los artículos 1281 CC ss.²⁷⁷ Por lo tanto, si finalmente tuviera lugar la retroactividad, cabría preguntarse por su influencia sobre las eventualidades y acciones sitas en el periodo de pendencia de la condición suspensiva. En este sentido, el artículo 1122 CC contiene un conjunto de normas resultantes de la aplicación de los principios de retroactividad e imputación de riesgos de las cosas por acciones u omisiones durante la interinidad²⁷⁸ que son coherentes con el (no) sistema de incumplimiento existente en el Código. Así ordenan el proceder ante la imposibilidad sobrevenida de la prestación y frente al deterioro y mejora de las cosas debidas condicionalmente²⁷⁹.

En otro orden de cosas, y siguiendo en el vigente CC, si la condición se insertó en una obligación sinalagmática, la reciprocidad permitiría al acreedor optar entre la resolución del contrato o la reducción proporcional de su contraprestación²⁸⁰. Finalmente, si la retroactividad se confirmase, las reglas quinta y sexta del artículo

276 Para la condición unilateral, la parte, en cuyo interés exclusivo se establece la condición, es libre de decidir si valerse de ella o no: las consecuencias de su cumplimiento o incumplimiento no son, por tanto, automáticas e inevitables, sino que dependen de la decisión de la parte (ROPPO, V.: *Il contratto*, cit., p. 623).

277 MONTES PENADÉS, V.L.: "Artículos 1113", cit., pp. 1105–1007; DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., pp. 419–422; PÉREZ GONZÁLEZ, B., ALGUER, J.: "Derecho civil", cit., pp. 334–335; ÁLVAREZ VIGARAY, R.: "La retroactividad de la condición", *Anuario de derecho civil*, núm. 17, 1964, pp. 852–854.

278 MONTES PENADÉS, V.L.: "Artículos 1113", cit., p. 1142.

279 Las dos primeras reglas solventan la imposibilidad sobrevenida recurriendo al criterio de la culpa del deudor: si se confirma, queda obligado al resarcimiento; en caso contrario, queda liberado. Si la condición sobrevenida imposible se insertaba en un negocio jurídico sinalagmático, la aplicación analógica de la regla cuarta del precepto lleva a la elección entre resolución y cumplimiento mediante equivalente pecuniario o indemnización, si el deudor fue culpable, y el derecho a la resolución, sin resarcimiento, cuando la imposibilidad fue fortuita y el deterioro de la cosa fue grave o esencial. En cuanto al deterioro de la cosa, las reglas tercera y cuarta también acuden al criterio de la culpa del deudor (DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., pp. 420–422; MONTES PENADÉS, V.L.: "Artículos 1113", cit., pp. 1140–1151; ÁLVAREZ VIGARAY, R.: "Artículos 1113", cit., pp. 92–94; MINERO ALEJANDRE, G.: "Artículos 1113", cit., pp. 1455–1456; CLEMENTE MEORO, M.E.: "Artículos 1113", cit., pp. 5154–5158).

280 Montés Penadés deduce de la lectura e interpretación sistemática de los artículos 1452, 1096, 1182, 1120 y 1122 CC, entre otros, que en las obligaciones sinalagmáticas el riesgo recae sobre el acreedor; ya sea porque en caso de perecimiento total fortuito el deudor queda liberado, ya sea porque en caso de deterioro o menoscabo de la cosa así lo señala expresamente el artículo 1122 CC (MONTES PENADÉS, V.L.: "Artículos 1113", cit., pp. 1140–1148).

1122 CC suponen la cesión de las mejoras en manos del acreedor cuando fueron por obra de la naturaleza o del tiempo²⁸¹.

Como ya se apuntó, la retroactividad de las condiciones resolutorias está actualmente en el artículo 1123 CC. Dispone que, si la obligación es de dar, la resolución irá acompañada de la restitución. En cuanto a los casos de mejora, pérdida o deterioro de la cosa, y a las obligaciones de hacer o no hacer, el mencionado precepto remite al artículo 1122 CC, quedando la condición resolutoria como la imagen invertida de la condición suspensiva²⁸². Aunque se afirme que los artículos 1114 y 1123 CC recogen una resolución plena con una retroactividad más extensa que en la condición suspensiva, los efectos habrán de moderarse al caso concreto según la intención de las partes y la naturaleza de la obligación²⁸³.

A la luz de lo dispuesto en el código civil, cabría presumir la retroactividad, si bien es cierto que se contempla el elevado número de excepciones. Se aboga por este principio al entender que es más acorde a la función clarificadora que en la práctica jurídica las partes conceden al evento condicional. Ahora bien, su asunción tampoco es garantía de una mayor flexibilidad o adaptación a las necesidades de las partes toda vez que, como hemos visto, la asunción del principio de retroactividad por nuestro ordenamiento jurídico no lo ha eximido de disponer su propia batería de reglas que prevengan de actos dispositivos dañinos para la contraparte. Es más, la propia jurisprudencia ha venido reconociendo el abandono progresivo de la idea del efecto retroactivo que, a pesar de su mantenimiento en nuestro

281 En conexión con el efecto del paso del tiempo y el juego de las reglas 3ª y 5ª del artículo 1122 CC se pronunció la STS 6 octubre 1986 (RJ 1986, 5239), en la que se constataba que “nos encontramos ante menoscabos naturales, por el transcurso del tiempo, en relación con la finalidad y uso propio de la cosa, derivados del tráfico usual y corriente, que puede tener como consecuencia lógica un desvalor o una revalorización de ella, pero que, en todo caso, y como un alea, juega en beneficio o en contra del acreedor (véase el artículo 1122 del Código Civil, singularmente las reglas 3ª y 5ª)”. Ahora bien, si las mejoras se debieron al deudor, solo se le reconocerá el mismo derecho que tendría un usufructuario, de manera que no recibirá ni indemnización ni reembolso de los gastos efectuados, y podrá optar únicamente a retirar las mejoras si no perjudican a los bienes, así como a compensarlas por los posibles defectos sufridos en estos y de los que deba responder (DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., p. 421; MONTES PENADES, V.L.: “Artículos 1113”, cit., p. 1151; ÁLVAREZ VIGARAY, R.: “Artículos 1113”, cit., p. 94). Sobre la aplicación de las normas relativas a la extinción del usufructo, cfr. SSTs 4 febrero 1998 (RJ 1998, 618), 13 octubre 1995 (RJ 1995, 7080), 24 febrero 1988 (RJ 1988, 1301) y 6 febrero 1984 (RJ 1984, 576), entre otras.

282 Muestra un evidente paralelismo entre el efecto de la condición resolutoria cumplida y el de la condición suspensiva deficiente (PÉREZ GONZÁLEZ, B., ALGUER, J.: “Derecho civil”, cit., p. 335).

283 Los efectos *ex tunc* no siempre tendrán lugar ni siempre tendrán el mismo alcance. Pensemos en supuestos como las obligaciones a largo plazo o de tracto sucesivo, en las que la resolución deriva en efectos *ex nunc* sin alterar las prestaciones ya efectuadas. Es una posibilidad reconocida en nuestro ordenamiento jurídico y en otros como el alemán y el italiano, estando regulado expresamente ex artículo 1360.II Codice civile italiano, previamente citado (BETTI, E.: *Teoría general*, cit., p. 476; ROPPO, V.: *Il contratto*, cit., pp. 625–626; ENNECCERUS, L., *Derecho civil*, cit., p. 329; CARRASCO PERERA, A.: *Derecho contratos*, cit., pp. 695–696). La STS 3 junio 2009 (RJ 2009, 3373), recuerda doctrina previamente asentada afirmando que “«si, en principio y por regla general, los efectos de la resolución contractual se producen “ex tunc”,..., esa eficacia retroactiva no puede aplicarse respecto a relaciones duraderas que, en todo o en parte, han sido consumadas, cual sucede en contratos como los de arrendamiento, de agencia o de comisión mercantil, en que la resolución del vínculo contractual opera “ex nunc”, produciéndose, por tanto, únicamente efectos liquidatorios de la situación existente al tiempo de la resolución contractual»”. Vid. STS 21 septiembre 2001 (RJ 2001, 748) y STS 20 marzo 2007 (RJ 2007, 2622).

ordenamiento jurídico, se aplica con limitaciones, siendo reducidos sus efectos prácticos²⁸⁴. Por lo tanto, no ha de extrañarnos que, para eludir tan constrictión, la PMR haya optado por la irretroactividad de los efectos del cumplimiento de la condición, respetando en cualquier caso la voluntad de las partes, máxime si se tiene en cuenta que la retroactividad no es una nota necesaria y constante de la condición, sino algo natural y dispositivo de ella, susceptible de reemplazo por los acuerdos de las partes²⁸⁵.

284 En ese sentido se pronunció STS 23 diciembre 1996 (RJ 1996, 9374): "La doctrina mayoritaria al comentar el artículo 1120 y demás concordantes, ha ido abandonando la idea del efecto retroactivo de la condición de forma absoluta, y llega a la conclusión de que la relación obligatoria sometida a condición suspensiva produce ciertos efectos desde su constitución, aún cuando no los propios del tipo o género de negocio previsto en dependencia del acontecimiento señalado como condición; en nuestro derecho aunque se mantiene la palabra retroacción (artículo 1120) se aplica con mayores limitaciones, sus efectos prácticos quedan fundamentalmente reducidos a los siguientes: a la convalidación de los actos realizados por el titular que resulte definitivo durante la situación de pendencia y a que se declare la invalidez de los actos realizados en el mismo período por el titular interino extralimitándose del ámbito de su poder".

285 El respeto a la voluntad de las partes en esta materia es una máxima que se recoge tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en ordenamientos jurídicos como el alemán, el italiano o el francés (ÁLVAREZ VIGARAY, R.: "Artículos 1113", cit., pp. 87 ss.; BETTI, E.: *Teoría general*, cit., pp. 472 ss.; CHANTEPIE, G., LATINA, M.: *Le nouveau*, cit., pp. 834 ss.; CLEMENTE MEORO, M.E.: "Artículos 1113", cit., p. 5144; DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos Derecho*, cit., p. 418; ENNECCERUS, L., *Derecho civil*, cit., p. 329; FLUME, W.: *Negocio jurídico*, cit., p. 845; JULIENNE, M.: *Régimen général*, cit., pp. 48 ss.; MINERO ALEJANDRE, G.: "Artículos 1113", cit., pp. 1452-1454 ss.; MONTES PENADÉS, V.L.: "Artículos 1113", cit., pp. 1097, 1165; PÉREZ GONZÁLEZ, B., ALGUER, J.: *Derecho civil*, cit., p. 335; VON TUHR, A.: *Tratado obligaciones*, cit., pp. 448-449).

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "Artículos 774 a 806", en AA.VV.: *Comentarios al código civil y compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO GARCÍA), Edersa, Madrid, 1978, Tomo X., Vol. 2.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "Artículos 1111 y 1112", en AA.VV.: *Comentarios al código civil y compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO GARCÍA), Edersa, Madrid, 1978, Tomo XV, Vol. 1.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil. Tomo I. Introducción y Parte General. Vol. II. La Relación, Las Cosas y Los Hechos*, Edisofer, Madrid, 1985.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil. T. II, Derecho de obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2011.

ALPA, G., MARICONDA, V.: *Codice civile commentato*, Ipsoa, Rozzano, 2009, Tomo IV.

ÁLVAREZ OLALLA, M.P.: "Artículos 1111 al 1112", en AA.VV.: *Comentarios al código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021

ÁLVAREZ VIGARAY, R.: "Artículos 1113 a 1124", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil. Tomo II* (dir. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ), Ministerio de Justicia de España, Madrid, 1991.

ANCEL, P.: *Droit des obligations*, Lefebvre Dalloz, Courbevoi, 2024.

ARIJA SOUTULLO, C.: *Los efectos de las obligaciones sometidas a condición suspensiva*, Comares, Granada, 2000.

ATAZ LÓPEZ, J.: "La libertad contractual- Los límites a la libertad contractual-La libertad contractual en la modernización del Derecho de los contratos-La buena fe contractual", en AA.VV.: *Tratado de contratos, Vol. I, (Concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

BADOSA COLL, F.: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Real Colegio de España, 1987.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P.: *La obligación: concepto, estructura y fuentes*, Editoriales de Derecho Reunidas, 1989.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, G.: "Disposición adicional primera. Seis: Disp. adic.1ª.1.4ª LGDCU", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2000.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, G.: "Artículos 1113 a 1124", en AA.VV.: *Comentarios al código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO) Aranzadi, Navarra, 2013.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Artículos 1156 a 1162", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (dir. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ), Ministerio de Justicia de España, Madrid, 1991, Tomo II.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ, R.: "Artículos 1157 a 1171", en AA.VV.: *Comentarios al código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021.

BETTI, E.: *Teoría general del negocio jurídico*, Comares, Granada, 2000.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "Los deberes de protección en el desarrollo de la relación obligatoria", en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos* (dir. A.M. MORALES MORENO), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022.

CAÑIZARES LASO, A.: *La caducidad de los derechos y acciones*, Civitas, Navarra, 2001.

CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, Aranzadi, Navarra, 2024.

CASTÁN TOBEÑAS, J. : *Derecho civil español, común y foral. T. 3, Derecho de obligaciones, la obligación y el contrato en general*, Reus, 2008.

CATALA, P., CORNU, G., DELEBECQUE, P., MAZEAUD, D.: *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (dir. P. CATALA), Ministère de la Justice, Paris, 2006

CHANTEPIE, G, LATINA, M.: *Le nouveau droit des obligations: commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, Paris, 2024.

CLEMENTE MEORO, M.E.: "Artículos 1113 a 1130", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

COLIN, A., CAPITANT, H.: *Curso elemental de derecho civil*, Reus, Madrid, 1924, vol. III.

DÍEZ-PICAZO, L.: "El tiempo de cumplimiento de la condición y la duración máxima de la fase de "conditio pendens"", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, Vol. 3, EUNSA, Navarra, 1969.

DÍEZ- PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. II. Las relaciones obligatorias*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2008.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: "Artículos 1088-1112", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023

EBERS, M., "La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002", *Anuario de derecho civil*, núm. 56, 2003.

ENNECCERUS, L.: "Derecho de Obligaciones", en AA.VV.: *Tratado de Derecho Civil* (dir. H. LEHMANN), Bosch, Barcelona, 1966.

ENNECCERUS, L., *Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1950

FLUME, W.: *El negocio jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

BELTRÁN DE HEREDIA, J.: "En Torno a La Condición Potestativa", *Revista de Derecho Privado*, núm. XLVII, 1963.

FUENTESECA, C.: *La condición potestativa*, Dykinson, Madrid, 1999.

GARCÍA AMIGO, M.: "Artículos 1109 a 1112", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (dir. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ), Ministerio de Justicia de España, Madrid, 1991, Tomo II.

GARCÍA RUBIO, M.P., "El Incumplimiento En La Propuesta de Modernización Del Código Civil En Materia de Obligaciones y Contratos de 2023", *Anuario de Derecho Civil*, 2025, pendiente de publicación, cedido por cortesía de la autora.

GARCÍA VICENTE, J.R.: "Artículos 1254 al 1256", en AA.VV.: *Comentarios al código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021.

GEORGE, F., COLSON, P.: *Manuel de droit des obligations: théorie du contrat et régime général de l'obligation*, Larcier, Bruxelles, 2024.

GIORGI, J.: *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, Imprenta de la Revista de Legislación, Roma, 1911.

HERNÁNDEZ GIL, A.: *Derecho de obligaciones*, Ceura, 1983.

JULIENNE, M.: *Le régime général des obligations après la réforme*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2017.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de derecho civil. II, Derecho de obligaciones. V.I, Parte general. Teoría general del contrato*, Dykinson, 2011.

LARENZ, K.: *Derecho civil: parte general*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019.

LOOSCHELDERS, D.: *Derecho de obligaciones. Parte general*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021.

LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M.: *La condición suspensiva en los contratos*, Montecorvo, Madrid, 2000.

MARÍN LÓPEZ, M.J., "Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato", en AA.VV.: *Tratado de contratos* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.p. 393 ss.

MELÓN INFANTE, C.: "Código civil alemán", en AA.VV.: *Tratado de derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1955.

MINERO ALEJANDRE, G.: "Artículos 1113 al 1124", en AA.VV.: *Comentarios al código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: "Capítulo 2. El objeto de la obligación: Clases de obligaciones", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil. Tomo II, Derecho de obligaciones. Vol. I, Teoría general de la obligación y el contrato* (dir. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Edisofer, Madrid, 2023.

PÉREZ CONESA, M.C.: "Artículos 790 al 805", en AA.VV.: *Comentarios al código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021.

PÉREZ GONZÁLEZ, B., ALGUER, J.: "Derecho civil (Parte general)", en AA.VV.: *Tratado de derecho civil* (dir. L. ENNECCERUS), Bosch, Barcelona, 1950, Tomo II.

ROCA SASTRE, R.M., PUIG BRUTAU, J.: *Estudios de derecho privado. T.I, Obligaciones y contratos*, Aranzadi, Navarra, 2009.

ROPPO, V.: *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001.

SÁNCHEZ ARISTI, R.: "Artículos 1088 al 1107", en AA.VV.: *Comentarios al código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021.

SCOGNAMIGLIO, R.: *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Eugenio Jovene, Napoli, 1969.

TERRÉ, F.: *Pour une réforme du droit des contrats* (dir. F. TERRÉ), Dalloz, Paris, 2000.

TERRÉ, F.: *Pour Une Réforme Du Droit de La Responsabilité Civile I- Thèmes et Commentaires* (dir. F. TERRÉ), Dalloz, Paris, 2011.

TERRÉ, F.: *Pour une réforme du régime général des obligations* (dir. F. TERRÉ), Dalloz, Paris, 2013.

TOMÁS MARTÍNEZ, G.: "La sustitución del "buen padre de familia" por el estándar de la "persona razonable": reforma en Francia y valoración de su alcance", *Revista de Derecho Civil*, núm. 2, 2015.

TORRES DE CRUELLES, J.: "La medida cautelar del artículo 1121 del código civil", *Anuario de derecho civil*, núm. 12, 1959.

VON TUHR, A.: *Tratado de las obligaciones*, Comares, Granada, 2007.

WINDSCHIED, B.: *Diritto Delle Pandette*, Unione Tipografico Torinese, Turín, 1925.

ZURILLA CARIÑANA, M.A.: "Artículos 618 al 656", en AA.VV.: *Comentarios al código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021.

ZURITA HERRERA, P.: *Los acuerdos y contratos preparatorios de otros contratos*, Colex, A Coruña, 2024.



LE FORME DI TUTELA DELL'ACQUIRENTE DI BENI VIZIATI
O NON CONFORMI AL CONTRATTO: UN'ANALISI
COMPARATA

*LEGAL PROTECTIONS FOR BUYERS OF DEFECTIVE OR NON-
CONFORMING GOODS: A COMPARATIVE ANALYSIS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 530-573

Annagrazia
TOMASI

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

RESUMEN: Il presente saggio esamina le azioni poste a tutela del compratore che acquista un bene viziato, difforme dal contratto, a partire dalla disciplina prevista dal codice civile per arrivare a quella prevista dal codice del consumo, passando per la Convenzione di Vienna del 1980. Dalla comparazione dell'apparato rimediale a disposizione dell'acquirente emergono punti di forza e criticità che non sembrano superate nemmeno dall'emanazione di direttive europee di nuovo conio. Sulla scorta del dato normativo e delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali, si propone una rilettura dei rimedi in conformità ai principi dell'ordinamento italo-europeo.

PALABRAS CLAVE: Garanzia per vizi; azioni edilizie; aliud pro alio; vendita di beni; diritto del consumo; sostenibilità.

ABSTRACT: *This essay examines the remedies available to a buyer who acquires defective goods or goods non-conforming to the contract. It traces these protections from the provisions of the Italian Civil Code to those stipulated in the Italian Consumer Code, including the framework established by the 1980 Vienna Convention (CISG). A comparative analysis of the remedial framework at the buyer's disposal reveals strengths and weaknesses that appear unresolved, even by the enactment of recent European directives. Based on statutory provisions, doctrinal elaborations, and judicial precedents, this paper proposes a reinterpretation of these remedies considering the principles of the Italo-European legal system.*

KEY WORDS: *Warranty against defects; aedilician actions; aliud pro alio; sale of goods; consumer law; sustainability.*

SUMARIO.- I. INQUADRAMENTO GENERALE.- 1. La disciplina dei vizi della cosa venduta nel codice civile: il vizio redibitorio e la mancanza di qualità.- 2. *L'aliud pro alio datum*.- 3. Genesi di una nozione unitaria: la mancanza di conformità dei beni al contratto, dalla Convenzione di Vienna del 1980 al codice del consumo.- II. L'APPARATO RIMEDIALE A TUTELA DELL'ACQUIRENTE.- 1. La prescrizione e gli oneri probatori nella garanzia per vizi.- III. SPUNTI DI INDAGINE CONCLUSIVI. NUOVI REQUISITI DI CONFORMITÀ DEL BENE AL CONTRATTO (ECOLOGICO)?

I. INQUADRAMENTO GENERALE.

Le obbligazioni principali del venditore sono previste all'art. 1476 c.c. che statuisce espressamente l'obbligo di consegnare la cosa al compratore o di fargli acquistare la proprietà della cosa (o del diritto nel caso di contratto che non produca effetti traslativi immediati), nonché l'obbligo di garantire il compratore dall'evizione e dai vizi della cosa.

Come si legge nella Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al codice civile del 1942, nella sezione dedicata ai singoli contratti e in particolare a quello di vendita (contratto che "rientra nell'attività quotidiana di ogni ceto di persone"), a proposito della garanzia dovuta dal venditore per i vizi e i difetti di qualità della cosa, e a causa dell'aumento delle liti in questo settore e delle gravi ripercussioni sull'economia del contratto, rispetto al codice civile previgente¹, sono state opportunamente introdotte profonde innovazioni. Nella Relazione, il nuovo sistema è così riassunto: da un lato i vizi apprezzabili e non facilmente riconoscibili e i difetti di qualità non tollerabili sono unificati nel trattamento dato che entrambi devono essere denunciati entro otto giorni a pena di decadenza e fatti valere in giudizio entro il termine prescrizione di un anno, dall'altro lato si pone la figura dell'*aliud pro alio*, introdotta dalla giurisprudenza per ragioni pratiche², che si avrà solo quando la cosa rientri in un genere del tutto diverso da quello statuito contrattualmente.

1 Rel. Guardasigilli presentata all'udienza del 16 marzo 1942-XX per l'approvazione del testo del codice civile, "[c]om'è noto, il codice civile anteriore stabiliva vari termini di decadenza per l'esperimento dell'azione redibitoria fondata sui vizi veri e propri della cosa, mentre ogni difetto di qualità, essenziale o pattuita, dava luogo alla risoluzione contrattuale, soggetta alla lunga e pieghevole prescrizione ordinaria. D'altro canto il codice di commercio aggiungeva una seconda brevissima decadenza di due giorni per la mancata denuncia del vizio. Così, una prima e difficile indagine giudiziale incideva sulla distinzione tra vizio e difetto di qualità, ed una seconda tra rapporti civili e commerciali".

2 Per una puntuale ricostruzione in argomento e su come "dottrina e giurisprudenza spinta dalla necessità di superare le anguste strettoie temporali indicate dall'art. 1495 c.c., hanno frequentemente fatto ricorso alla categoria dell'*aliud pro alio datum*", MANTOVANI, M.P.: "I vizi redibitori nel contratto di compravendita", *Rass. dir. civ.*, 2009, I, pp. 76 e ss.

L'attuale tripartizione dell'anomalia materiale prevede, dunque: a) il vizio propriamente detto inteso come anomalia o imperfezione del processo di creazione o trasformazione della cosa; b) la mancanza di qualità allorquando la cosa è priva delle qualità (di funzionalità, utilità, pregio), così da rientrare in un tipo o in una specie diversa; c) l'*aliud pro alio*, ossia di cosa completamente diversa da quella convenuta. L'incerta linea di demarcazione tra le tre figure sopracitate è da sempre stata oggetto di acceso dibattito tra dottrina e giurisprudenza. Persiste tuttora la difficoltà di distinguere le tre fattispecie; in particolare con riferimento alle ipotesi di vizio e mancanza di qualità, a differenza dell'ipotesi dell'*aliud pro alio*, non vi è una diversità ontologica, dato che entrambe le fattispecie si identificano in una anomalia strutturale del bene considerato³.

Questa tensione verso l'unità della nozione e della disciplina giuridica a tutela dell'acquirente nel caso di acquisto di un bene viziato ha trovato una sua prima concreta espressione in materia di vendita internazionale. Invero, questa è stata soggetta a un processo di unificazione che ha portato all'emanazione sia di Convenzioni di diritto internazionale privato, volte a individuare l'ordinamento statale competente mediante determinati criteri di collegamento, sia di Convenzioni di diritto materiale uniforme, contenenti una normativa sostanziale della vendita diversa da quella prevista dai singoli Stati⁴. In particolare, in questo solco si pone la Convenzione di Vienna dell'11 aprile del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili, ratificata in Italia con la legge n. 765 dell'11 dicembre del 1985 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1988, che, analogamente alle precedenti convenzioni di diritto materiale uniforme, mira⁵ a fornire un regime normativo omologo per gli Stati aderenti. Difatti, per uno studio olistico e organico della garanzia della vendita, è necessario oltrepassare il solo ambito nazionale che è inadeguato a fronte del sempre più diffuso commercio internazionale; e se la maggior parte delle disposizioni dettate dalla Convenzione del 1980 sono dedicate all'inadempimento del contratto e ai relativi rimedi, è d'uopo sottolineare come il

3 MASTRORILLI, A.: *La garanzia per vizi nella vendita. Disciplina del codice civile e del codice di consumo*, 2a ed., Giuffrè, Milano, 2009, pp. 93-94. In argomento, in particolare sulle origini della tripartizione e sull'apparato rimediario posto a tutela dell'acquirente, GRASSI, U.: *I sistemi di protezione dell'acquirente*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, pp. 67 e ss.

4 Per un'attenta ricostruzione si veda LOMBARDI, E.M.: *Garanzia e responsabilità nella vendita dei beni di consumo*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 43-44: "Alla prima categoria sono da ricondurre la Convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955, sulla legge applicabile alle vendite a carattere internazionale di oggetti mobili corporali e la Convenzione dell'Aja del 31 ottobre 1985, sulla legge applicabile ai contratti di vendita internazionale di merci, che ha provveduto a sostituire il precedente Trattato. Alla seconda categoria, invece, sono da riportare le due Convenzioni dell'Aja del 1964, che prevedono la legge uniforme sulla formazione dei contratti di vendita internazionale di beni mobili. La denuncia di queste due ultime convenzioni è stata compiuta dall'Italia con la ratifica della Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980 sui contratti di vendita internazionale di merci, resa esecutiva con la legge n. 765 dell'11 dicembre 1985".

5 Il testo in lingua inglese appare significativo nella sua formulazione in quanto mostra la fermezza della funzione della Convenzione stessa: "Chapter II. GENERAL PROVISIONS. Article 7: In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade", in sito ufficiale dell'UNCITRAL, nello specifico disponibile su: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods.html.

legislatore uniforme abbia superato la ripartizione della garanzia per vizi (materiali o giuridici).

Allo stesso modo di quanto previsto nella disciplina internazionale della vendita, ove viene chiaramente meno la tripartizione accolta dall'ordinamento italiano per vedere venire alla luce l'ipotesi di una generale non conformità dei beni al contratto, il legislatore europeo ha puntato sull'uniformazione delle diverse discipline sulle anomalie del bene compravenduto accogliendo la nozione onnicomprensiva di "difetto di conformità".

1. La disciplina dei vizi della cosa venduta nel codice civile: il vizio redibitorio e la mancanza di qualità.

Secondo la formulazione del primo comma dell'art. 1490 c.c. il venditore deve garantire l'immunità della cosa venduta dai vizi (preesistenti o la cui causa sia antecedente alla conclusione del contratto o all'individuazione del bene nel caso di vendita generica) che la rendano inidonea all'uso cui è destinata⁶ o ne diminuiscano il valore in modo apprezzabile.

Per quanto concerne la natura dei vizi della cosa, la giurisprudenza della Suprema Corte è pacificamente orientata⁷ nel far rientrare il solo vizio materiale nell'ambito di operatività ex art. 1490 c.c. Parimenti la dottrina dominante, basandosi su dati normativi e sul presupposto che i cc.dd. vizi di diritto possono essere disciplinati diversamente se ricondotti alle fattispecie degli artt. 1482 e 1489 c.c., presuppone la materialità⁸ sia del vizio che della cosa⁹.

6 Già giurisprudenza risalente ritiene che l'art. 1490 c.c. comprenda i soli vizi che rendano la cosa inidonea ad un uso normale: *ex multis*, Cass., 6 aprile 1971, n. 1013; Cass., 4 maggio 1978, n. 2092; Cass., 27 gennaio 1979, n. 624. Esistono, infatti, vizi che pur diminuendo il valore della cosa non la rendono assolutamente inidonea né meno idonea (almeno in senso qualitativo) al suo uso: se ne inferisce che con la formula di cui all'art. 1490 c.c. vengano ricompresi nella tutela anche questi ultimi casi come, si pensi, quello della vendita di una bottiglia di liquore che risulti piena solo in parte o di un bracciale dichiarato d'oro a 18 carati e che poi risulti di un titolo minore. In argomento, v. RUBINO, D.: *La compravendita*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 776.

7 *Ex multis*, Cass., 17 dicembre 1999, n. 14226, in *Dejure online*: "nella specie [ipotesi di vendita di suolo con vincolo di parziale inedificabilità] non ricorreva l'ipotesi del vizio redibitorio, che attiene alla materialità del bene compravenduto ed al suo modo di essere nella realtà fisica"; Cass., 28 febbraio 2007, n. 4786, in *Dejure online*: "In ipotesi di compravendita di costruzione realizzata in difformità della licenza edilizia, non è ravvisabile un vizio della cosa, non vertendosi in tema di anomalie strutturali del bene".

8 Per completezza, richiama l'orientamento contrario, AGOSTINIS, B.: "La garanzia per i vizi della cosa venduta. Le obbligazioni del compratore artt. 1490-1499", in *Il Codice Civile Commentario* (fondato da P. SCHLESINGER diretto da F.D. BUSNELLI), Giuffrè, Milano, 2012, p. 13: "Una simile impostazione non è condivisa da chi accoglie una lettura più ampia dell'art. 1490 c.c. e definisce il vizio della cosa come 'una imperfezione di qualsiasi natura'. La convinzione che la patologia possa essere di 'qualsiasi natura' ha portato i suoi fautori a ritenere comprese nella figura del vizio redibitorio sia le irregolarità materiali (attinenti alla forma, struttura, composizione e comunque inerenti il processo di produzione, fabbricazione, formazione e conservazione della cosa) sia quelle immateriali (riguardanti la carenza di requisiti giuridici, amministrativi o di altra natura necessari per l'utilizzo del bene)".

9 LOMBARDI, E.M.: *Garanzia e responsabilità nella vendita dei beni di consumo*, cit., p. 227.

I suddetti parametri dell'inidoneità all'uso e della apprezzabile diminuzione di valore connessi all'anomalia della cosa venduta sono dettati alternativamente all'art. 1490 c.c. Invero, nulla vieta che le due conseguenze si verifichino congiuntamente¹⁰ soprattutto nel caso in cui il difetto comprometta la funzionalità del bene in quanto è difficile pensare che ciò possa realizzarsi senza una contestuale diminuzione di valore.

In merito al parametro dell'uso, la dottrina¹¹ ha adottato quale criterio di giudizio di inidoneità quello della normale adeguatezza della funzione: il vizio rende il bene inidoneo all'uso quando, pur non rendendolo completamente inutilizzabile, ne venga esclusa, appunto, la normale adeguatezza alla funzione. Difatti, si è ritenuto che il vizio redibitorio non debba necessariamente compromettere l'utilizzo del bene in modo definitivo e assoluto, ma può anche solo renderlo più difficile, gravoso o antieconomico¹² provocando in questo modo una generica inidoneità alla normale attitudine cui lo stesso è destinato o a quella disposta nel contratto.

Pur sostenendosi dalla dottrina prevalente¹³ la piena equiparazione tra vizi e mancanza di qualità, altra parte della dottrina¹⁴ e parte della giurisprudenza ritengono invece di dover tenere distinte le due fattispecie.

Dalla lettera dell'art. 1497 c.c. il compratore accede alla tutela quando la cosa acquistata non ha le qualità specificatamente "promesse" dal venditore al momento

10 Esemplificativa in tal senso è Cass., 23 gennaio 1982, n. 452, in *Dejure online*, che osserva: "Nel caso di vendita di un oggetto pregiato o di lusso (nella specie, una pelliccia di visone) ove il pregio è determinato non solo dalla qualità della materia prima impiegata, ma anche dalla particolare accuratezza delle operazioni di trasformazione o confezione, nonché della funzione di prestigio sociale e di investimento economico, qualsiasi imperfezione attinente alla materia prima od alle modalità di trasformazione o di confezione (purché non così lieve da non essere percepita) incida in maniera determinante sul valore e, in definitiva, sulla destinazione della cosa compravenduta, integrando gli estremi del vizio redibitorio".

11 BIANCA, C.M.: *La vendita e la permuta*, Utet, Torino, 1972, pp. 796-797.

12 AGOSTINIS, B.: "La garanzia per i vizi della cosa venduta", cit., p. 16. In aggiunta, con riferimento alla rilevanza dei vizi anche solo potenziali, si è espressa, con un *dictum* senza precedenti, la Corte di cassazione che ha asserito la potenzialità dei vizi redibitori soprattutto quando si riferiscono a beni destinati a durare nel tempo e strumentali per l'apparato produttivo di un'azienda. In questo modo la Suprema Corte ha ad ogni modo esteso la responsabilità del venditore anche in presenza di caratteristiche del bene venduto che "possono" renderlo inidoneo all'uso cui è destinato o diminuirne il valore sicché, ove il venditore riconosca tale astratta potenzialità, tale ammissione avrebbe gli effetti del riconoscimento di un vizio a suo carico. Nello specifico, il riferimento è a Cass., 12 maggio 2000, n. 6089, in *One Legale*: "[V]izi che, ad avviso di questa corte, possono essere anche soltanto potenziali, specialmente quando quello oggetto della compravendita non è un bene di immediato consumo, ma è destinato a durare nel tempo, in particolare quando è un bene strumentale, destinato ad essere utilizzato da un imprenditore nella sua azienda". Interessante nota critica di PARDOLESI, P.: "Osservazioni a Cass. 12 maggio 2000, n. 6089", *Foro it.*, 2000, I, 2497: "Tale ricostruzione, contrariamente alle apparenze, non sembra avere, in ultima analisi, l'effetto di un rafforzamento di tutela a vantaggio del compratore: quest'ultimo, che a causa della asimmetria informativa del mercato versa normalmente in difficoltà nel riconoscere e dedurre tempestivamente il vizio della cosa da lui acquistata, in ipotesi di vizio solo potenziale vedrà, intuitivamente, accresciute tali difficoltà".

13 BIANCA, C.M.: *La vendita e la permuta*, cit., p. 800.

14 In linea di massima quest'altra parte di dottrina (minoritaria), guardando all'impostazione codicistica e rimanendo fedele alla lettera della legge, mantiene le due categorie distinte: la mancanza di qualità come un caso di inadempimento con conseguente risoluzione del contratto mentre il vizio dà luogo all'azione redibitoria; tra i tanti, si rinvia a GORLA, G.: "Azione redibitoria", *Encicl. dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 883 e ss.

della conclusione del contratto o quelle “essenziali” per l’uso cui il bene è destinato, sempre purché il difetto ecceda l’usuale limite della normale tollerabilità. Le qualità sono gli attributi che esprimono la funzionalità, l’utilità e il pregio del bene¹⁵. Le qualità essenziali sono perlopiù costituite dagli attributi necessari ad assicurare il soddisfacimento dell’uso cui la cosa è normalmente destinata (c.d. adeguatezza del bene alla sua funzione tipica)¹⁶. Le qualità promesse come categoria autonoma, invece, comprendono da un lato tutti quei requisiti che non sono qualità essenziali e dall’altro i requisiti che possono essere pattuiti dalle parti in modo esplicito o implicito (mediante la destinazione del bene acquistato ad un uso particolare, diverso da quello abituale)¹⁷. Il vizio finisce così per essere individuato, oltre che positivamente, negativamente come quel difetto che non comporti mancanza di qualità essenziali o promesse e la cui esclusione non sia stata pattuita.

Nella prospettiva codicistica, al momento e sinteticamente, si può concludere osservando come le differenze tra vizi e mancanza di qualità risultino attenuate almeno sul piano operativo dei termini di decadenza (8 giorni) e prescrizione (1 anno) e l’unica differenza riposerebbe, invece, sul criterio soggettivo di imputazione della responsabilità (in quanto in caso di vizi la garanzia prescinde dalla colpa, mentre in caso di mancanza di qualità non sembra opportuno farlo visto il richiamo alle regole generali sulla risoluzione per inadempimento)¹⁸.

Invero, come si vedrà dettagliatamente in seguito, dal sistema generale si ricava che, anche senza colpa del venditore, la mancanza di qualità dà ugualmente origine a rimedi a tutela del compratore¹⁹. Parimenti la dottrina²⁰ mette in evidenza come, specularmente a quanto avviene per i vizi redibitori, la mancanza di qualità realizzi un difetto materiale della cosa preesistente al momento traslativo e postula quindi non una responsabilità del venditore per l’inadempimento di un’obbligazione, ma una responsabilità del venditore fondata sull’inesatta attuazione del risultato traslativo.

2. *L’aliud pro alio datum.*

Il codice civile, a differenza di quanto prevede per il vizio redibitorio e per la mancanza di qualità, non prevede l’ipotesi dell’*aliud pro alio*, che è, infatti, una

15 BIANCA, C.M.: *La vendita e la permuta*, cit., p. 798, il quale riporta in nota un interessante *dictum* della Corte di cassazione, 3 dicembre 1970, n. 2544, in *Mass. Giur. it.*, 1970, secondo cui la mancanza di qualità è inerente alla natura della merce, riguarda le differenze di sostanza, di razza, di materia, di tessuto, di fibra, di colore, di metodo e di origine, riferendosi a tutti quegli elementi sostanziali che, nell’ambito dello stesso genere, influiscono sulla classificazione della cosa in un tipo o in una specie piuttosto che in un’altra.

16 AGOSTINIS, B.: “La garanzia per i vizi della cosa venduta”, cit., p. 197.

17 *Ivi*, p. 208; in particolare l’a. osserva, nella nota n. 32, come la dottrina (nello specifico D. Rubino) abbia imposto che la funzione diversa da quella cui il bene è normalmente destinato debba essere esplicitata nel contratto, mentre la giurisprudenza è apparsa più elastica in argomento.

18 In tal senso, v. anche MASTRORILLI, A.: *La garanzia per vizi nella vendita*, cit., pp. 97-98.

19 RUBINO, D.: *La compravendita*, cit., p. 764.

20 LUMINOSO, A.: *La compravendita*, 3a ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 2003, p. 263.

fattispecie di creazione giurisprudenziale che si è rivelata indispensabile per poter separare dalla generalità delle ipotesi di “difformità” quelle più gravi che sfocerebbero nella “diversità”. Detta figura è stata autorevolmente definita “una escogitazione della pratica, insoddisfatta delle tutele predisposte per il compratore con la normativa dei vizi e della mancanza di qualità, e rimasta inappagata anche dopo le illusioni suscitate dal passaggio dal vecchio al codice vigente”²¹.

La ragione del ricorso alla figura dell'*aliud pro alio* si ravvisa nel voler favorire la tutela dell'acquirente visti i diversi termini (più dilatati) per l'esercizio dell'azione²².

Diverse sono state le applicazioni pratiche in tema di *aliud pro alio* e la varietà delle decisioni dimostrano la difficoltà nel tracciarne i confini. Premesso che è rilevante e va preso in considerazione anche il comportamento dell'acquirente (la sua prolungata inerzia di fronte alle inesattezze può assumere un significato di acquiescenza), è possibile cogliere una linea di pensiero comune nelle numerose decisioni della giurisprudenza che richiama il criterio del genere e della destinazione

21 RESCIGNO, P.: *Presentazione a E. GABRIELLI, La consegna di cosa diversa*, Jovene, Napoli, 1987, p. XVII.

22 V. al riguardo, Cass., 5 febbraio 2016, n. 2313, in *Dejure online*, con la quale la S.C. chiarisce, ancora una volta, in ambito rimediabile, la differenza tra vizio redibitorio, mancanza di qualità e consegna di cosa diversa, precisando le azioni esperibili (solo l'*aliud pro alio* dà luogo all'azione contrattuale di cui all'art. 1453 c.c. ed è svincolata dai termini di decadenza e prescrizione previsti dall'art. 1495 c.c.): “va, anzitutto rilevato che la sovrapposizione tra l'ipotesi della mancanza di qualità e la consegna di *aliud pro alio*, effettuata dalla ricorrente, non è corretta, dato che, secondo il costante indirizzo di questa Corte (cfr. Cass. n. 28419 del 2013, n. 10916 del 2011, n. 26953 del 2008, n. 9227 del 2005, n. 13925 del 2002, n. 2712 del 1999) vizi redibitori e mancanza di qualità – le cui azioni sono soggette ai termini di decadenza e di prescrizione ex art. 1495 c.c. – si distinguono dall'ipotesi della consegna di *aliud pro alio* – che dà luogo ad un'ordinaria azione di risoluzione contrattuale svincolata dai termini e dalle condizioni di cui al citato art. 1495 c.c. – la quale ricorre quando la diversità tra la cosa venduta e quella consegnata incide sulla natura e, quindi, sull'individualità, consistenza e destinazione della stessa, in modo da potersi ritenere che essa appartenga ad un genere del tutto diverso da quello posto a base della decisione del compratore di effettuare l'acquisto, o quando la cosa consegnata presenti difetti che le impediscono di assolvere alla sua funzione naturale o a quella concreta assunta come essenziale dalle parti (c.d. idoneità ad assolvere la funzione economico-sociale), facendola degradare in una sottospecie del tutto diversa da quella dedotta in contratto”. Più di recente, Cass., 24 aprile 2018, n. 10045, in *Dejure online*: “è fuor di dubbio che l'ipotesi di consegna *aliud pro alio* dà luogo ad una ordinaria azione di risoluzione contrattuale (cfr. Cass., 05.02.2016, n. 2313)”; la S.C. ricorda anche che, per giurisprudenza costante, “la risoluzione è impedita soltanto dalla trasformazione, dall'alienazione o dal perimento per caso fortuito o forza maggiore del bene venduto e non anche dal suo uso anche prolungato da parte del compratore, salvo che da tale uso possa desumersi una tacita rinuncia all'azione (cfr. Cass., 09.10.1976, n. 3362)”. Allo stesso modo, nell'ordinamento giuridico spagnolo, che regola il *saneamiento por vicios ocultos* nel suo codice civile (artt. 1484-1499), la giurisprudenza ha introdotto la figura dell'*aliud pro alio* per aggirare il termine stringente previsto per poter esercitare le azioni edilizie (6 mesi dalla consegna del bene). Già in tempi risalenti la giurisprudenza del Tribunale Supremo spagnolo ha legato tale dottrina alla funzionalità del bene (al contrario dell'Italia che inizialmente limitava i casi beni appartenenti a un genere totalmente diverso) “si la cosa tiene un defecto tan grave que la hace totalmente inhábil para el uso al que se la destina, se entiende que lo entregado no es lo debido, facultándose entonces al comprador para ejercitar las acciones generales de incumplimiento (incluida la de resolución del contrato) en el plazo de cinco años del art. 1964 CC”, in questi termini, DE VERDA y BEAMONTE, J.R.: “Compraventa y permuta”, in AA.VV., *Derecho civil II (Obligaciones y contratos)* (coord. J.R. DE VERDA y BEAMONTE), 6a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 296-297 e ivi ampi rinvii alla giurisprudenza. Per un inquadramento generale, ex multis, si rinvia a quanto detto da FENOY PICÓN, N.: *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996; LLACER MATACÁS, M.R.: *El saneamiento por vicios ocultos en el Código civil: su naturaleza jurídica*, Bosch, Barcellona, 1992; DURÁN RIVACOBIA, R.: *Evicción y saneamiento*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2002; DE VERDA y BEAMONTE, J.R.: *Saneamiento por vicios ocultos: Las acciones edilicias*, 2a ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

economico-sociale²³. Quest'ultimo riferimento, in particolare, ha consentito di dirimere quei casi in cui il bene sia risultato assolutamente inadatto ad assolvere la funzione pattuita. In particolare, si pensi ai casi di generi alimentari incommestibili e a quelle pronunce²⁴ che hanno ravvisato l'*aliud pro alio*, contrariamente all'indirizzo giurisprudenziale dominante che ne ravvisava la mancanza di qualità essenziale. A tal riguardo autorevole dottrina²⁵ osserva come, invero, sia evidente che il genere incommestibile abbia una diversa destinazione economico-sociale rispetto a quella pattuita, e che si tratti di prestazione totalmente diversa rispetto a quella dovuta. Altra ipotesi, da sempre controversa, riguarda le autovetture e si ha *aliud pro alio* quando al posto di un autoveicolo idoneo alla circolazione ne viene consegnato uno privo dei requisiti tecnici e regolamentari che lo rendono idoneo ad un positivo collaudo e alla conseguente iscrizione del pubblico registro

23 BIANCA, C.M.: *La vendita e la permuta*, cit., p. 808. Invero, dapprima la giurisprudenza ha dimostrato un atteggiamento rigoroso, stabilendo che la diversità del bene potesse sussistere solo in caso di appartenenza a genere del tutto diverso; le numerose critiche sollevate all'utilizzo del *genus* hanno poi portato le Corti a integrare nel giudizio sull'identità della cosa anche una valutazione funzionale, guardando alla c.d. destinazione economico-sociale, in *Dejure online*, ex multis, cfr. Cass., 28 gennaio 1997, n. 844: "ricorre l'ipotesi dell'*aliud pro alio*, che dà luogo alle ordinarie azioni di risoluzione e di adempimento a norma dell'art. 1453, svincolata dai termini e dalle condizioni di cui agli artt. 1495 e 1497 c.c., nei casi in cui la diversità tra cosa venduta e cosa consegnata incide sulla natura e quindi su l'individualità, consistenza e destinazione delle due cose, sì che la consegna viene ad avere ad oggetto cosa appartenente a genere, specie o categoria economica diversa da quella convenuta e la cosa tradita sia per ciò completamente diversa da quella pattuita rivelandosi funzionalmente del tutto inadatta ad assolvere la funzione economico-sociale di quella venduta e quindi a soddisfare in concreto i bisogni che determinarono l'acquirente ad effettuare l'acquisto"; a contrario invece si ha vizio redibitorio quando la *res tradita*, ancorché difettosa per un processo produttivo, è funzionalmente idonea all'uso a cui è propriamente destinata. Nel caso di specie il giudice di legittimità si è pronunciato in merito alla vendita di mattonelle per pavimentazione che presentavano macchie e scoloriture a causa di un difetto di produzione, confermando la decisione di merito che l'aveva ricondotta alla fattispecie del bene viziato dato che le mattonelle rimanevano idonee allo specifico uso che doveva farne l'acquirente. Ancora, Cass., 4 maggio 2012, n. 6787: "ricorre la fattispecie della vendita *aliud pro alio* non solo quando la cosa consegnata appartenga ad un genere del tutto diverso da quello a cui appartiene la cosa pattuita, ma anche quando difetti delle particolari qualità necessarie per assolvere alla sua naturale funzione economico-sociale (e, quindi, a fornire l'utilità richiesta) o a quell'altra funzione che le parti abbiano assunto come essenziale (cfr., ad es., Cass. n. 14586 del 2004; Cass. n. 5066 del 2007 e Cass. n. 18859 del 2008)"; Cass., 4 febbraio 2014, n. 2444: "L'ipotesi della vendita di *aliud pro alio* è prospettabile nel caso in cui la cosa consegnata sia completamente diversa da quella pattuita, appartenendo ad un genere diverso e rivelandosi funzionalmente del tutto inadatta ad assolvere la destinazione economico sociale della *res* dedotta come oggetto del contratto e, quindi, a fornire l'utilità richiesta"; Cass., 5 aprile 2016, n. 6596: "vizi redibitori e mancanza di qualità si distinguono, a loro volta, dall'ipotesi di *aliud pro alio*, la quale ricorre quando la cosa venduta appartenga ad un genere del tutto diverso, o presenti difetti che le impediscano di assolvere alla sua funzione naturale o a quella concreta assunta come essenziale dalle parti (c.d. idoneità ad assolvere la funzione economico-sociale), facendola degradare in una sottospecie del tutto diversa da quella dedotta in contratto (Cass., 19.12.2013, n. 28419; Cass., 07.03.2007, n. 5202; Cass., 13.01.1997, n. 244)".

24 Ad esempio, Cass., 4 maggio 2012, n. 6787, in *Dejure online*, nella specie, vendita di basilico contenente anticrittogamici in quantità esorbitante rispetto ai limiti di norma che rendono il prodotto affetto da tali caratteristiche negative inadatto a renderlo commestibile e quindi commerciabile.

25 BIANCA, C.M.: *La vendita e la permuta*, cit., p. 811.

automobilistico²⁶. Un'altra pronuncia della Suprema Corte²⁷ ha statuito che la vendita di un'autovettura immatricolata con falsa documentazione e recante il numero di telaio contraffatto è una vendita di bene totalmente differente e perciò configura un'ipotesi di inadempimento contrattuale. Sempre in tema di autoveicoli è stata giudicata consegna di *aliud pro alio* quell'auto che per marca o tipo non era corrispondente a quella pattuita²⁸. In tutte le esemplificazioni richiamate si è ravvisata la diversità radicale del bene sul presupposto che la diversità è di importanza determinante nell'ambiente economico-sociale, in caso contrario sarebbero sfociate nell'ipotesi di vizi o di mancanza di qualità²⁹.

In sintesi, l'esito a cui si è giunti, non senza perplessità e differenziazioni a seconda del caso concreto, tende a ravvisare il vizio della cosa quando quest'ultima, pur presentando tutti i requisiti pattuiti ha delle "deficienze" nell'aspetto, nella struttura, nella composizione; la mancanza di qualità quando la cosa pattuita non ha tutti i requisiti che dovrebbero essere presenti secondo quanto pattuito; *aliud pro alio datum* quando il bene venduto appartiene ad un genere radicalmente diverso da quello pattuito nonché qualora si riveli funzionalmente incapace ad assolvere la concordata destinazione economico-sociale³⁰.

Le numerose incertezze applicative, derivanti soprattutto dal fatto che i confini tra le tre figure sono labili e si fondano su criteri empirici, hanno portato la dottrina a criticare la tripartizione auspicandone il superamento attraverso la previsione di una sola patologia. Tali auspici, non accolti e difficilmente accoglibili in ambito strettamente nazionale, sono stati recepiti dal legislatore sovranazionale.

26 Cass., 14 aprile 1970, n. 1019, *Foro it.*, Rep. 1971, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 83. Ancora, sul punto, ex multis, Trib. Nocera Inferiore, 27 dicembre 1999, in *Dejure online*, ove il Tribunale ha ritenuto configurabile l'ipotesi di vendita di *aliud pro alio* quando, avuto riguardo allo stato della cosa (nel caso di specie un autoveicolo) al momento della conclusione del contratto o della consegna, essa non possa assolvere (nella specie, perché sprovvisto delle targhe di riconoscimento contenenti i dati di immatricolazione) alla funzione economico-sociale propria della circolazione sulle pubbliche vie a causa del difetto di requisiti amministrativi o strutturali di cui per legge debba essere dotato.

27 Cass., 30 marzo 2006, n. 7561, *Giust. civ. Mass.*, 2006, 3: "[l]a vendita di *aliud pro alio* configura una ipotesi di inadempimento contrattuale, diversamente dalle ipotesi di vendita di cosa affetta da vizi o mancante delle qualità promesse, che integrano la fattispecie dell'inesatto adempimento; nel primo caso al compratore spetta l'azione generale di risoluzione contrattuale per inadempimento, con conseguente rilevanza della colpa ai fini del giudizio di inadempimento mentre negli altri casi operando la speciale garanzia di cui agli articoli 1492 e 1497 c.c. la colpa rileva soltanto ai fini dell'eventuale risarcimento dei danni"; inoltre per Cass., 4 maggio 2005, n. 9227, *Giust. civ. Mass.*, 2005, 5, si configura la consegna di *aliud pro alio* anche quando la cosa "è assolutamente priva delle caratteristiche funzionali necessarie a soddisfare i bisogni dell'acquirente, o abbia difetti che la rendano inservibile, come nell'ipotesi in cui il veicolo venduto rechi un numero di telaio diverso da quello indicato sulla carta di circolazione".

28 Come riportato da BIANCA, C.M.: *La vendita e la permuta*, cit., p. 812 alla nota n. 16. Inoltre in caso di vendita di auto usata, al contrario di quanto sancito dalla giurisprudenza maggioritaria la quale individuava la presenza di un vizio occulto ex art. 1490 c.c. o secondo quanto sancito dalla sentenza Cass., 3 agosto 2001, n. 10728 che ha affermato la mancanza di qualità del bene, ROMEO, C.: "Consegna di cosa usata e responsabilità del compratore", *Contratti*, 2002, II, commenta come si paventa anche la possibilità di individuare un caso di consegna di *aliud pro alio* dato che secondo l'a. bisogna altresì considerare che, per ragioni personali, il fatto che il veicolo sia nuovo potrebbe assurgere ad attributo che in caso di difetto annulli completamente l'utilità che il compratore intendeva trarne.

29 BIANCA, C.M.: *La vendita e la permuta*, cit., pp. 812-813.

30 LUMINOSO, A.: *La compravendita*, cit., p. 260; nello stesso senso RUBINO, D.: *La compravendita*, cit., *passim*.

3. Genesi di una nozione unitaria: la mancanza di conformità del bene al contratto, dalla Convenzione di Vienna del 1980 al codice del consumo.

Il crescente allargamento dei mercati oltre il confine degli Stati e fuori dall'ambito di applicazione del loro diritto, sta dando luogo, a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso, alla formazione di regole giuridiche uniformi, destinate a regolare i rapporti commerciali transnazionali³¹. Per quanto qui interessa, ossia in ordine alla disciplina prevista a tutela della parte che acquista un bene viziato, la già citata Convenzione di Vienna del 1980 (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, CISG) ha rappresentato, sotto molteplici aspetti, una fondamentale fonte di ispirazione per il legislatore comunitario che ha poi dettato la disciplina di cui alla direttiva 99/44/CE. Quest'ultima è stata modellata, in più punti, sulla CISG, ragion per cui la Convenzione può essere vista come la "madre" della direttiva: lo stretto legame tra le due normative è particolarmente evidente nelle norme sulla conformità dei beni (art. 35 CISG e art. 2 direttiva 1999/44/CE). Se è vero che questi due complessi normativi "dialogano" è altresì vero che essi differiscono su un profilo sostanziale e fondamentale: l'ambito soggettivo di applicazione, in quanto la Convenzione si riferisce alle vendite tra operatori economici professionali. Appare chiaro, sin da subito, che la disciplina dettata dalla direttiva è maggiormente favorevole al compratore, vista la particolare posizione di debolezza che quest'ultimo ricopre.

Sulla scorta delle similitudini rinvenute nella disciplina comunitaria della vendita dei beni di consumo e in quella internazionale, parte della dottrina³² ha ipotizzato già in tempi risalenti un'apertura verso un nuovo diritto comune della vendita che, com'è noto, non ha mai effettivamente visto la luce.

È nella Sezione II, rubricata "Conformità dei beni e pretese dei terzi", del Capitolo II della CISG che viene trattata specificatamente la disciplina della conformità dei beni (precisamente, agli artt. 35-40 la conformità dei beni, agli artt. 41-44 le pretese dei terzi). A fronte della disciplina della garanzia del compratore per la difformità dei beni, la Convenzione di Vienna si occupa direttamente non solo della formazione del contratto e del passaggio del rischio, ma anche delle obbligazioni gravanti sul venditore. Come anticipato, nella disciplina internazionale della vendita è prevista l'ipotesi di una generale non conformità dei beni al contratto, non essendo prevista la tripartizione accolta dall'ordinamento italiano.

31 GALGANO, F.: *Trattato di diritto civile*, vol. 2, 2a ed., Cedam, Padova, 2010, p. 146.

32 Tra i tanti, si veda BIN, M.: "Per un dialogo con il futuro legislatore dell'attuazione: ripensare l'intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria", *Contr. impr./Eur.*, 2000, pp. 404-405; CORAPI, D.: "La direttiva 99/44/CE e la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: verso un nuovo diritto comune della vendita?", *Eur. dir. priv.*, 2002, pp. 668-669. Autorevole dottrina individuava, piuttosto che nella creazione di un unico codice civile europeo, nell'emanazione di una Costituzione europea lo strumento per realizzare l'armonizzazione a livello europeo della disciplina contrattuale, nella consapevolezza della dimensione costituzionale del diritto civile, PERLINGIERI, P.: "Quella di Hugh Collins sul «codice civile europeo» non è la via da seguire", *Rass. dir. civ.*, 2014, IV, pp. 1205 ss.

In particolare, l'art. 35 contiene la *Conformity of Goods to Contract* e dispone, in capo al venditore, l'obbligo di consegnare beni della quantità, qualità e del tipo richiesti dal contratto. Il summenzionato articolo, al contrario di quanto prevedeva l'art. 19 della precedente Convenzione dell'Aja del 1964, distingue il profilo della consegna di beni non conformi al contratto da quello dell'inadempimento dell'obbligo di consegna. Questa distinzione è particolarmente rilevante in quanto la consegna dei beni, pur se difformi a quanto previsto dal contratto, impone al compratore l'onere di esaminare i beni consegnati e di dare pronto avviso delle inesattezze riscontrate³³.

L'art. 35 della Convenzione, prima di elencare i criteri per determinare la non conformità di un bene, statuisce, al suo secondo comma, la preminenza delle determinazioni contrattuali delle parti³⁴. Quanto ai quattro criteri determinativi, testualmente: "le merci sono conformi al contratto solo se: a) sono atte agli usi ai quali servirebbero abitualmente merci dello stesso genere; b) sono atte ad ogni uso speciale, espressamente o tacitamente portato a conoscenza del venditore al momento della conclusione del contratto, a meno che risulti dalle circostanze che l'acquirente non si è affidato alla competenza o alla valutazione del venditore o che non era ragionevole da parte sua farlo; c) possiedono le qualità di una merce che il venditore ha presentato all'acquirente come campione o modello; d) sono imballate o confezionate secondo i criteri usuali per le merci dello stesso tipo, oppure, in difetto di un criterio usuale, in maniera adatta a conservarle e proteggerle"³⁵.

Il primo criterio richiede l'idoneità dei beni all'uso e questi lo sono quando possiedono le caratteristiche necessarie per il loro funzionamento e sono privi di difetti che lo limitano o lo escludono³⁶. Il secondo criterio sancito dalla norma fa riferimento all'idoneità dei beni agli scopi specifici per cui sono preposti per il compratore in questione e questo non è operante se è attestato che l'acquirente non ha o non poteva ragionevolmente fare affidamento sulla competenza e sul

33 AA.VV.: *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili* (commentario coordinato da C.M. BIANCA), Cedam, Padova, 1992, p. 146.

34 L'assenza di limiti all'autonomia negoziale appare ragionevole e si giustifica anche vista l'esclusione dall'ambito di operatività della Convenzione di quei tipi di vendita (come quella con i consumatori) e di quegli aspetti contrattuali (capacità delle parti, trasferimento della proprietà) rispetto ai quali è richiesta una maggiore tutela, in questo senso AA.VV.: *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., pp. 17-18.

35 L. 11 dicembre 1985, n. 765, "Ratifica ed esecuzione della convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di compravendita internazionale di merci, adottata a Vienna l'11 aprile 1980" (G.U. 27 dicembre 1985, n. 303), secondo comma dell'art. 35.

36 AA.VV.: *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., p. 148, ove viene specificato che, dato che "i beni che costituiscono oggetto di vendite internazionali sono beni di cui è ordinario il loro realizzo economico, la loro idoneità è esclusa in presenza di difetti che, pur senza incidere sull'uso materiale dei beni o sui risultati o sui costi di essi, ne diminuiscono sensibilmente il valore di scambio".

giudizio del venditore³⁷. In particolare, quanto all'affidamento del compratore nella competenza o nella capacità di valutazione del venditore, la dottrina³⁸ ne evidenzia la stretta relazione, e al contempo la potenziale conflittualità, tra le qualità espressamente promesse e previste in contratto (art. 35^l) e l'idoneità all'uso abituale (art. 35², lett. a) e/o all'uso speciale (art. 35² lett. b) cui le merci sono destinate.

L'art. 36 della Convenzione si occupa di regolamentare il profilo della responsabilità del venditore (che trova fondamento nel suddetto art. 35) per i difetti di conformità del bene venduto. Secondo quanto prescritto dalla disposizione appena citata, si assiste al superamento del momento distintivo del passaggio del rischio: il venditore è responsabile per un difetto esistente al momento del passaggio del rischio anche se si manifesta solo dopo quel momento, secondo la regola generale dell'inadempimento (la quale prevede che l'avvenuto passaggio del rischio al compratore non incide sulla responsabilità del venditore per inadempimento che continua a sussistere). Il vero momento rivelatore (circa l'applicabilità della disciplina per la difformità) si rinviene nella condotta del compratore della cosa alienata. Difatti, all'art. 38 è imposto al compratore (o alla persona da lui incaricata) l'onere di esaminare³⁹, nel termine più breve possibile, i beni (*rectius*, le merci) ma la normativa non specifica quale criterio deve essere adottato con riferimento all'ispezione della merce. Di certo, il compratore (o la persona da lui incaricata) non deve compiere sforzi straordinari per individuare

37 *Ivi*, p. 149, secondo cui: "il compratore non ha ragione di confidare nella capacità ed esperienza del venditore quando quest'ultimo è manifestamente incompetente o quando gli scopi ai quali i beni sono destinati esulano dalla capacità professionale ed esperienza che normalmente ci si può aspettare in quel settore commerciale".

38 V. la nota a sentenza (Trib. Trieste, 17 giugno 2019) di REINSTADLER, A.: "Vendita internazionale di merci - Affidamento ed onere di prova nella Convenzione di Vienna (CISG)", *Giur. It.*, 2019, 12, 2670. Nello specifico, scrive l'a.: "Riportando e traducendo i tratti salienti dell'opera di *Schlechtriem/Schwenzer*, cit., l'analisi giuridica delle norme in questione è connotata, per così dire, da un vero e proprio 'ping-pong' tra le possibili ipotesi e loro soluzioni. Innanzitutto, non occorre una genuina pattuizione contrattuale circa l'uso speciale, ma è sufficiente che esso venga 'espressamente o tacitamente portato a conoscenza del venditore al momento della conclusione del contratto'. L'uso speciale, nell'accezione della norma, dovrebbe poi intendersi nel senso che vi sarebbe necessario un uso diverso da quello (astratto) normale o abituale, ad esempio un uso sotto particolari condizioni climatiche o sotto una particolare normativa vigente nel Paese del compratore. Quindi, l'affidamento che il compratore può ragionevolmente porre nella competenza o nella capacità di valutazione del venditore di regola sussiste nel caso in cui il venditore è, o vanta di essere, uno specialista o un esperto per la produzione o il reperimento dei beni destinati allo speciale uso che ne intende fare il compratore. [...] In caso di maggiore competenza del compratore, l'affidamento invece cessa. L'affidamento può anche cessare quando il compratore partecipa alla scelta del bene, o quando esamina il bene prima di comprarlo, o quando influisce sul processo di produzione, o quando impartisce le specifiche tecniche ed infine anche quando insiste in una determinata marcatura. [...] Da ultimo, l'affidamento del compratore non sussisterebbe quando il venditore non è, allo stesso tempo, il produttore del bene, ma ne è solo il rivenditore, o quando nello specifico settore merceologico è inusuale fare riferimento al criterio della capacità di valutazione del venditore. Alla fin fine, ed in generale, il compratore può fare affidamento solo su ciò che per il concreto venditore è raggiungibile e prevedibile con le sue concrete e riconoscibili capacità".

39 Appare opportuno specificare quanto sostenuto da FERRARI, F.: *La vendita internazionale: applicabilità ed applicazioni della Convenzione di Vienna del 1980*, Cedam, Padova, 1997, p. 200: "la mancata ispezione non comporta necessariamente la perdita del diritto di fare valere i difetti di conformità, purché questi vengano segnalati in tempo, ossia prima del decorso di un periodo ragionevole dal momento in cui il compratore li avrebbe dovuti scoprire".

eventuali vizi: secondo la dottrina⁴⁰ lo *standard* da impiegare per l'ispezione non può essere "assoluto", bensì è sufficiente che chi verifica la merce impieghi la diligenza che una persona ragionevole, posta nella medesima situazione, impiegherebbe.

L'articolo 38 va comunque letto alla luce degli artt. 39¹ e 58³: il primo individua il termine (il c.d. *reasonable time*)⁴¹ decadenziale per la denuncia del difetto (la quale deve essere specifica e non può consistere, ad esempio, nella mera restituzione della merce)⁴² mentre il secondo condiziona il pagamento del prezzo da parte dell'acquirente alla possibilità del previo esame dei beni. I pregi dell'art. 39 sono molteplici⁴³, ma aleggia da sempre il problema di individuare con

40 FERRARI, F.: *La vendita internazionale: applicabilità ed applicazioni della Convenzione di Vienna del 1980*, cit., p. 206.

41 Con riguardo all'onere in capo al compratore di denuncia tempestiva dei vizi, occorre fare riferimento all'art. 39 della CISG. È quest'ultimo, infatti, a prevedere al suo primo comma un termine decadenziale, decorrente dalla scoperta possibile della mancanza di conformità, per la denuncia del difetto ("entro un tempo ragionevole"). Al secondo comma prevede, invece, un termine biennale di denuncia (che decorre dalla consegna effettiva, salvo che il termine non sia in contrasto con la durata di una garanzia contrattuale) affinché il compratore possa far valere il difetto di conformità dei beni. La disciplina di cui al presente articolo, è contemplata da due clausole di salvaguardia rispettivamente contenute nell'art. 40 che prevede che il venditore non può essere sollevato dalla responsabilità (avvalendosi di quanto previsto dagli artt. 38 e 39) se il difetto di conformità riguarda fatti di cui era a conoscenza o che non poteva ignorare e che non ha denunciato all'acquirente e nell'art. 44 che prevede che l'acquirente possa o ridurre il prezzo o richiedere danni-interessi se ha una scusa ragionevole per la mancata denuncia (*excuse for failure to notify*).

42 Trib. Vigevano, 12 luglio 2000, in *Dejure online*; appare opportuno richiamare quanto affermato, tra i tanti, dal Tribunale di Vigevano in ordine al contenuto della denuncia per i difetti di conformità. È proprio il requisito di specificità della denuncia (requisito di contenuto) a rendere possibile l'intervento più opportuno del venditore: "Qualora i beni risultino difettosi, l'acquirente deve, per non perdere il diritto di fare valere il difetto di conformità, denunciare al venditore i difetti, specificandone per quanto possibile la natura, entro un 'tempo ragionevole' (concetto, quest'ultimo, che talvolta è stato definito 'clausola generale', v. Pretura Torino, 30 gennaio 1997, e che non può che rimandare ad una valutazione da parte del giudice di tutte le circostanze della fattispecie concreta) dal momento in cui li ha scoperti o avrebbe dovuto scoprirli (art. 39, 1° comma): momento che va stabilito in base all'art. 38, ai sensi del quale 'il compratore deve esaminare i beni o farli esaminare nel più breve tempo possibile avuto riguardo alle circostanze' e 'se il contratto implica il trasporto dei beni, l'esame può essere differito fino al momento dell'arrivo dei beni alla loro destinazione'. [...] A questo punto occorre anche aggiungere che la denuncia, che non deve avere una particolare forma, per cui può anche essere fatta oralmente e via telefono (v. *LG Frankfurt*, 13 luglio 1994, in *Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report*, 1994, 1264 s.), non deve soltanto essere tempestiva, ma deve anche specificare la natura del difetto per dare al venditore la possibilità di verificare la fondatezza e l'esattezza della denuncia, affinché egli possa eventualmente compiere un'attività di conformazione (che questa sia la *ratio* sulla quale si basa il requisito della specificità della denuncia si veda *OLG Düsseldorf*, 8 gennaio 1993, in *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1993, 325 ss.). Non appare che nel caso concreto la denuncia sia sufficientemente specifica; il mero riferimento al fatto che i beni 'avevano causato problemi' non mette il venditore nella posizione di potere scegliere come comportarsi (così anche *HG Zürich*, 30 novembre 1998, in *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, 1999, 185 ss., in particolare 188), come non lo fanno neppure denunce dal contenuto simile, come ad esempio quelle che affermano soltanto e genericamente che 'i beni sono difettosi in tutte le loro parti' (*OLG Frankfurt*, 18 gennaio 1994, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994, 1013)".

43 Secondo PELLEGRINO, S.: "Vendita internazionale e garanzia per vizi della cosa", *Obbligazioni e Contratti*, 2012, IV, p. 279, "In primo luogo, tale norma consente di ridurre la disomogeneità della disciplina in materia di vizi nella vendita internazionale. Tale soluzione tende, infatti, a sostituire i termini di denuncia previsti dai singoli diritti nazionali. In secondo luogo, tale disposizione adotta, sul punto, una soluzione sufficientemente elastica, venendo così incontro a quelle esigenze proprie del commercio internazionale, secondo cui i principi di buona fede e *fair dealing* dovrebbero giocare un ruolo ancor più centrale dello stesso principio di certezza del diritto. Il testo dell'art. 39 Conv. Vienna 11.04.1980 tiene conto, inoltre, del fatto che la naturale complessità dei problemi inevitabilmente insiti in fattispecie di vendite transnazionali mal si presta ad essere disciplinata da termini di denuncia rigidi e inflessibili. In terzo luogo, infine, il criterio della 'ragionevolezza' del termine costituisce una soluzione assennata, dal momento che permette al giudice di valutare, volta per volta, il comportamento tenuto dalle parti alla luce delle circostanze del caso concreto. Sarebbe difficile, infatti, giustificare che esattamente la medesima celerità nella denuncia di

certezza il contenuto del canone della “ragionevolezza”. Secondo i redattori della Convenzione di Vienna, vista la lettera dell’articolo, tale determinazione andrebbe effettuata dal singolo giudice e dunque il termine deve essere quantificato caso per caso. Nonostante ciò, diverse Corti si sono cimentate nel tentativo di individuare un termine maggiormente preciso, se non altro allo scopo di fornire per lo meno dei parametri-guida⁴⁴. La giurisprudenza italiana, in linea con la dottrina che non condivide i tentativi di individuare un termine fisso da associare al “tempo ragionevole” richiesto, ha solo individuato definizioni “in negativo”⁴⁵. Appare pacifico, invece, inquadrare la ragionevolezza come una clausola generale: “il concetto di ‘ragionevolezza’ del termine costituisce, secondo la prevalente opinione, una ‘clausola generale’ (vedi Trib. Rimini, 26 novembre 2002; Trib. Vigevano, 12 luglio 2000) che non può che rimandare ad una valutazione da parte del Giudice di tutte le circostanze della fattispecie concreta”⁴⁶.

Per avere un quadro completo, appare opportuno segnalare qualche passo tratto dall’*UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the*

eventuali vizi venga richiesta – indifferentemente – a chi importi tranci di salmone norvegese od a chi abbia acquistato 100 containers di elettrodomestici made in Taiwan”.

- 44 PELLEGRINO, S.: “Vendita internazionale e garanzia per vizi della cosa”, cit., p. 280: “Una delle tecniche più utilizzate dalle Corti straniere è stata, quindi, quella di specificare un preciso termine entro il quale possa presumersi che la denuncia sia stata effettuata rispettando il parametro della ragionevolezza. Il periodo di tempo così determinato oscilla, ovviamente, da una Corte all’altra; ma molte delle pronunce degli ultimi anni ritengono che possa considerarsi effettuata in termini ragionevoli la denuncia compiuta entro un mese dalla scoperta del vizio”.
- 45 *Ibidem*: “vi sono pronunzie che hanno ritenuto non tempestive denunce effettuate in 13 mesi (Trib. Forlì, 16.2.2009), 6 mesi (Trib. Rimini, 26.11.2002), o 4 mesi (Trib. Vigevano, 12.7.2000). Un’altra decisione, peraltro, aveva considerato non tempestiva anche una segnalazione effettuata 23 giorni dopo la consegna, specificando che, dal momento che si trattava di difetti facilmente riconoscibili, tale circostanza poteva portare ad abbreviare i termini da considerarsi ragionevoli (Trib. Cuneo, 31.1.1996)”. Cfr. VENEZIANO, A.: “Mancanza di conformità delle merci ed onere della prova nella vendita internazionale: un esempio di interpretazione autonoma del diritto uniforme alla luce dei precedenti stranieri”, *Dir. comm. internaz.*, 2001, II, p. 497: “La tendenza prevalente tuttavia, puntualmente rilevata nella sentenza del Tribunale di Vigevano, appare quella di applicare una certa severità nello stabilire la ragionevolezza del termine per la denuncia. Ciò trova piena giustificazione nell’esigenza di certezza delle situazioni giuridiche, particolarmente sentita nel commercio internazionale e vantaggiosa non solo per il venditore, ma anche per lo stesso compratore. Il “tempo ragionevole” deve tuttavia venire commisurato alle circostanze del caso concreto, e come correttamente rilevato alcune Corti, va interpretato tenendo conto del carattere internazionale della Convenzione e dell’esigenza di mediare tra soluzioni eccessivamente rigide e termini troppo rilassati. [...] Costituirà comunque un’eccezione l’ipotesi di termini superiori a quello di un mese dalla consegna, che potrebbero ricorrere proprio nel caso di difetti riscontrabili soltanto nel corso della lavorazione delle merci o addirittura successivamente, se la mancanza di conformità non si palesasse nemmeno durante la trasformazione dei beni”; *contra*, FERRANTE, E.: “Homeward trend o interpretazioni autonome? Un bilancio della giurisprudenza italiana sulla Convenzione di Vienna”, *Contr. impr. Eur.*, 2016, II, p. 477: “Invero l’ultima giurisprudenza italiana (2011) consultabile in tema di *reasonable time* mostra una più consapevole adesione agli orientamenti maturati presso i giudici stranieri: in Kiessling c. Serenissima CIR il Tribunale di Reggio Emilia ha stabilito che con riguardo al termine ragionevole indicato dall’art. 39 della Convenzione, la giurisprudenza prevalente, anche straniera, ha ritenuto che un periodo di un mese (o al massimo di due, salve peculiari circostanze, qui non allegate) decorrente da quando il compratore ha potuto (o avrebbe potuto e dovuto) esaminare le merci, possa reputarsi congruo”.
- 46 UNCITRAL, *Case Law on UNCITRAL Texts (CLOUT system)*, Trib. Forlì, 16 febbraio 2009. Sul punto, si veda anche la nota alla sentenza Trib. Vigevano, 12 luglio 2000, di FERRARI, F.: “Problematiche tipiche della Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili risolte in una prospettiva uniforme”, *Giur. It.*, 2001, II: “il riferimento al ‘termine ragionevole’, entro il quale la denuncia deve avvenire, costituisce una ‘clausola generale’, che obbliga il giudice a prendere in considerazione tutte le circostanze del caso concreto”.

*International Sale of Goods*⁴⁷ e dedicato al *reasonable time*. In particolare, al punto 25 relativo all'analisi correlata all'articolo 39, vengono individuati i fattori che influenzano la quantificazione del termine ragionevole per la denuncia. Tra i fattori più ricorrenti l'*UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods* ricorda: la natura delle merci, il difetto evidente che porta ragionevolmente ad accorciare il termine a disposizione per la denuncia, il carattere fraudolento del difetto di conformità estende il termine. Ancora, il termine per la denuncia può variare a seconda del rimedio scelto dall'acquirente: un rimedio comporta sicuramente un termine superiore rispetto al mero rifiuto della merce⁴⁸.

Dal quadro complessivo analizzato ed esposto, pare potersi concludere che, stante la natura internazionale della Convenzione, la scelta delle parti contraenti di porre una clausola generale come termine per la denuncia appare la più ragionevole. Anche se il *reasonable time* non vanta (e, probabilmente, non vanterà mai) una definizione certa e univoca, questo non può essere visto come una criticità del sistema delineato dalla CISG, visti anche gli utili criteri individuati dalla giurisprudenza, senza dimenticare che, a tutela della tenuta del sistema, si pongono anche il secondo comma dell'art. 39 e l'art. 40.

Sul versante europeo, il 25 maggio 1999 il Parlamento Europeo e il Consiglio hanno adottato la direttiva 1999/44/CE "su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo"⁴⁹.

47 È dal 1988 che l'UNCITRAL ha istituito un sistema di raccolta giurisprudenziale (CLOUT) e proprio alla luce dell'ampio numero di questi casi giurisprudenziali, per garantire una migliore interpretazione della CISG, è stato pubblicato nel 2004 il primo *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods*. L'attuale ultima edizione è la revisione del 2016.

48 *UNCITRAL, Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sales of Goods – 2016 revision*, p. 178, sul punto, testualmente: "It has also been asserted that that the reasonable time for notice may vary depending on the remedy the buyer seeks, and that the notice period if the buyer wants to keep the goods and claim damages or a price reduction may be longer than where the buyer wishes to reject the goods".

49 Com'è noto, la direttiva 99/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo è stata recepita nell'ordinamento italiano con il decreto legislativo del 2 febbraio 2002, n. 24. Quest'ultimo, con il suo articolo 1, ha introdotto il § 1-bis (rubricato "Della vendita dei beni di consumo") nella Sezione II ("Della vendita di cose mobili") del Capo I ("Della vendita") del Titolo III ("Dei singoli contratti") del Libro IV ("Delle obbligazioni") del codice civile. Il legislatore italiano, in sede di attuazione, avrebbe ben potuto integrare e completare quanto predisposto dalla direttiva. In realtà, il legislatore italiano, che è intervenuto lasciando invariata la disciplina generale sul contratto di compravendita e si è limitato a novellare il codice civile con l'inserimento dei suoi nuovi otto articoli, ha altresì preferito riprodurre pedissequamente quanto previsto dalla direttiva europea (cioè è quanto emerge dal tenore degli artt. 1519-bis – 1519-nonies). In Germania, tramite l'attuazione della direttiva in questione, si è attuata la riforma del secondo libro del codice civile: anche in Italia ci si è interrogati se fosse il caso di abbandonare, per ogni tipo di vendita, l'antica sistemazione/tripartizione delle azioni per accogliere la figura della "conformità al contratto", v. sul punto SCHLESINGER, P.: "Le garanzie nella vendita di beni di consumo", *Corr. giur.*, 2002, V, p. 561. Oggi, com'è noto, la disciplina sulla vendita dei beni di consumo è stata trasposta ed è dettata agli articoli 128-135-vicisti del codice del consumo. Tali articoli sono collocati nella Parte IV ("Sicurezza e qualità"), precisamente al Capo I ("Della vendita dei beni di consumo") del Titolo III ("Garanzia legale di conformità e garanzie commerciali per i beni di consumo") del codice del consumo.

Tale atto comunitario, a differenza della Convenzione di Vienna del 1980, non riguarda né la disciplina generale o l'uniformazione dell'intero contratto di vendita, né l'intera materia dei suoi inadempimenti o delle sue violazioni, ma si incentra sull'armonizzazione delle diverse discipline in ordine alle anomalie del bene compravenduto.

L'assunzione della Convenzione di Vienna come modello da cui partire per la redazione della direttiva, nonostante la direttiva stessa si discosti in diversi punti dalla disciplina dettata dalla Convenzione (solo a titolo esemplificativo, si pensi al riferimento operato dall'art. 2 alle dichiarazioni pubbliche del venditore, il rapporto tra i singoli rimedi accordati al consumatore, la disciplina dei "termini" di cui all'art. 5, l'inderogabilità delle disposizioni della direttiva), fa trapelare l'intenzione delle istituzioni comunitarie di contribuire alla creazione di una base legislativa comune per la disciplina della vendita e, più in generale, del diritto dei contratti⁵⁰.

Dunque, stante l'operatività della disciplina della garanzia per vizi con la sua tripartizione (vizio, mancanza di qualità, *aliud pro alio*) dettata dal codice civile italiano, il codice del consumo ha accolto la nozione di "difetto di conformità" dettata dalla direttiva 99/44/CE⁵¹ e già prevista dalla Convenzione di Vienna del 1980.

50 LODOLINI, P.R.: "La direttiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo: prime osservazioni", *Eur. dir. priv.*, 1999, IV, p. 1296.

51 La direttiva si occupa, come già chiarito, di certi aspetti della vendita e delle garanzie associate ai beni di consumo. Se non è mai stata messa in discussione la formulazione unitaria per disciplinare la garanzia per i vizi della cosa, in realtà la nozione di conformità (*non-conformity*) del bene al contratto è stata al centro di numerose discussioni del gruppo di esperti (provenienti dai vari Stati membri) riunito a Bruxelles. A favore della scelta per la nozione di *non-conformity* anziché per quella di *defect*, giocò la maggiore ampiezza della prima nozione e soprattutto il precedente della Convenzione di Vienna (la quale appariva già come una disciplina a tutela dell'acquirente, *buyer-friendly*), v. DE NOVA, G.: "La recezione della Direttiva sulle garanzie nella vendita di beni di consumo: vincoli, ambito di applicazione, difetto di conformità", *Riv. dir. priv.*, 2001, IV, p. 764. Dunque, l'autentico apporto di novità della direttiva non sta nell'aver riformulato in chiave di "conformità al contratto" il contenuto della garanzia, ma si può individuare, piuttosto, nel rilievo assegnato alle dichiarazioni pubblicitarie: infatti, eccettuato tale specifico profilo, i parametri di conformità, ex art. 2, non paiono essere molto distanti, in termini funzionali, dalle categorie tradizionalmente utilizzate dalla prassi, ai fini del giudizio relativo a vizi e mancanza di qualità del bene venduto, cfr. già AMADIO, G.: "Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche", *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 882. Più coraggiosa nel recepimento della disciplina comunitaria è stata la scelta presa dall'ordinamento tedesco. Il legislatore tedesco ha preferito recepire la direttiva direttamente nel corpo del codice civile e ha rinnovato l'intera disciplina della compravendita; per un'approfondita trattazione e bibliografia in argomento, ROTT, P.: "La disciplina tedesca della compravendita dopo l'attuazione della direttiva 1999/44/CE", in *La vendita di beni di consumo* (a cura di R. ALESSI), Giuffrè, Milano, 2005, pp. 215-242. Per una prospettiva olistica di diritto comparato, v. AA.VV.: *La vendita di beni di consumo* (a cura di R. ALESSI), Giuffrè, Milano, 2005. Nello specifico, per un più completo quadro del panorama giuridico spagnolo, DE VERDA y BEAMONTE, J.R.: "Del saneamiento por vicios ocultos al deber de conformidad: un examen de la cuestión en el derecho comunitario a la luz de las recientes propuestas de Directiva en materia de consumo", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, n. 770, il quale, dopo aver ricostruito l'intero apparato, conclude osservando che il sistema dei rimedi giuridici contenuto nel codice civile (che, come già detto, è equiparabile a quello italiano) per il suo carattere frammentario non si sposa bene con l'odierna economia e con la sicurezza dei traffici giuridici, e che la trasposizione della disciplina comunitaria sulla conformità nel TRLGDCU (l'equivalente del codice del consumo italiano) ha dato origine a una netta dicotomia che la Spagna ha cercato di superare, sulla falsariga della Convenzione di Vienna del 1980, con delle proposte di riforma che però non hanno visto la luce, p. 2980: "El resultado de esta trasposición ha provocado una dicotomía de regulaciones legales en materia de compraventa: las de consumo, respecto de las que se aplica el régimen de conformidad, y las sujetas al Código civil o al Código de comercio, respecto de las cuales, sigue, en cambio, vigente,

In particolare, l'art. 129 del codice del consumo sancisce, al suo primo comma, che il venditore ha l'obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita. Il difetto di conformità si mostra riferibile a qualsiasi differenza rispetto al complessivo programma contrattuale⁵² e la responsabilità del venditore riecheggia una forma di responsabilità oggettiva e assoluta per inadempimento dell'obbligazione di consegna del bene conforme al contratto (basata su una mera ripartizione legale del rischio a vantaggio del consumatore)⁵³.

La dottrina che auspicava l'unificazione delle diverse fattispecie di responsabilità previste in capo al venditore per i vizi del bene compravenduto, sin da subito, ha accolto con grande favore l'introduzione della nozione di difetto di conformità. Il concetto di difformità rappresenta invero una sintesi di tutte le anomalie conosciute nel nostro ordinamento: del resto la tripartizione è sconosciuta in ambito internazionale, comunitario, nonché nei progetti di riforma europei, ove è contemplata l'unica categoria del difetto di conformità. Tuttavia, parte della

el régimen del saneamiento por vicios ocultos (complementado con la artificiosa doctrina del *aliud pro alio*). Esta situación ha provocado una insatisfacción generalizada, lo que ha dado lugar a la elaboración de diversas tentativas académicas (fuertemente influidas por la Convención de Viena) con el fin de acabar con esta dicotomía, incluyendo el deber de conformidad en el Código civil". Per le dettagliate argomentazioni si rinvia al contenuto delle pp. 2963-2968. Ancora, diffusamente in argomento, v. MUÑOZ RODRIGO, G.: *La falta de conformidad como incumplimiento del vendedor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, in particolare pp. 165-188 e pp. 526-548, ove l'a. richiama anche l'ultima proposta del 2019 (promossa dalla Asociación de Profesores de Derecho Civil), e conclude che la strada da seguire è quella che va verso il superamento della frammentazione della disciplina della mancanza di conformità e, in un discorso a più ampio respiro, verso un concetto unitario di inadempimento contrattuale dato che (p. 426) "el deudor solo cumplirá si entrega aquello que se ha comprometido contractualmente o el consumidor pueda razonablemente esperar. Por resumir en pocas palabras aquello que implica la conformidad con el contrato". Ancora, in argomento e ivi ulteriori riferimenti bibliografici, REYES LÓPEZ, M.J.: "La idea de conformidad en el ordenamiento jurídico español tras la entrada en vigor de la directiva 1999/44/CE", in AA.VV., *Derecho patrimonial europeo* (coord. L. PRATS ALBENTOSA, G. PALAO MORENO, M.J. REYES LÓPEZ), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 321-338; LLAMAS POMBO, E.: "La falta de conformidad en la venta de consumo", in AA.VV., *Seguridad y conformidad en el Derecho de Consumo. Reflexiones actuales* (coord. E.M. ISLER SOTO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 279-322; DE VERDA y BEAMONTE, J.R., MUÑOZ RODRIGO, G.: "Dónde dije digo, digo Diego. De Propuesta de Directiva, 31 octubre 2017 (PDirCOM), a la Directiva 2019/771, 20 mayo 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes", in AA.VV., *Seguridad y conformidad en el Derecho de Consumo*, cit., pp. 375-418; REPRESA POLO, M.P.: "La regulación de la garantía comercial en la venta de bienes de consumo en España", in AA.VV., *Seguridad y conformidad en el Derecho de Consumo*, cit., pp. 419-444; ALIJARDE GONZÁLEZ, M.: "De los vicios ocultos a la falta de conformidad", *Derecho Privado: Boletín de derecho Privado de la asociación Judicial Francisco de vitoria*, 2024, n. 4, pp. 28-41.

52 Diffusamente in argomento, MONGILLO, R.: *Il difetto di conformità nella vendita di beni di consumo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 17.

53 MASTRORILLI, A.: *La garanzia per vizi nella vendita*, cit., p. 111. Invece, il riferimento alla consegna contenuto nella norma in esame acquista un valore sintattico, tutt'al più espressivo di un'indicazione temporale, relativa al momento in cui dovrà sottoporsi a verifica l'adempimento del vero impegno posto a carico del venditore, il quale sembra avere ad oggetto immediato ed esclusivo la conformità al contratto del bene consegnato, v. AMADIO, G.: "Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche", cit., p. 874. Infatti, com'è stato osservato da LODOLINI, P.R.: "La direttiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo: prime osservazioni", cit., p. 1283 in particolare v. nota n. 31, il riferimento alla consegna non si trova nelle proposte della Commissione ma è il frutto della posizione comune del Consiglio e sembra assumere, da un lato, la valenza di dato temporale a partire dal quale si può valutare la sussistenza del difetto di conformità dei beni e, dall'altro, il valore di presupposto applicativo della direttiva (infatti in assenza di consegna non si potrà procedere ad una valutazione della conformità dei beni, né il compratore potrà avvalersi in via preventiva della tutela accordata dalla direttiva).

dottrina⁵⁴ ha precisato che, nonostante il codice del consumo abbia attuato il superamento della distinzione tra vizi, mancanza di qualità e *aliud pro alio*, vi è il rischio che la “linea di battaglia” si possa spostare sulla graduazione dei rimedi, ancorata anche al grado di “gravità” della difformità. Allo stesso modo, però, l’acquirente di un bene completamente diverso potrebbe essere pregiudicato dalla soluzione sopraesposta in quanto assoggettato ai termini più brevi previsti dalla normativa comunitaria, ragione, questa, che ha portato ad accesi dibattiti. Sul punto, pare preferibile sostenere che possa trovare applicazione, laddove ne sussistano i presupposti già detti, la figura dell’*aliud pro alio datum* anche in caso di vendita di beni di consumo, e ciò in virtù dell’apertura della disciplina che consente la tutela (*ex novo* come per il diritto al risarcimento del danno o maggiore come sarebbe in questo caso) in base ad altre disposizioni del codice civile *ex artt.* 135-*sexies* e 135-*septies* cod. cons.

Che il consumatore potesse avvalersi di norme nazionali che gli consentissero una tutela maggiore era già disposto dal *considerando* 8 della direttiva 99/44/CE. Quest’ultimo *considerando* è lo stesso che spiega le ragioni delle “presunzioni di conformità”, testualmente: “per facilitare l’applicazione del principio di conformità al contratto è utile introdurre la presunzione relativa di conformità al contratto riguardo alle situazioni più comuni”. Così, nel codice del consumo è l’art. 129 a prevedere la presunzione di conformità dei beni di consumo al contratto e l’art. 135-*decies* quando occorre la fornitura di contenuto o servizio digitale. È chiaro che le presunzioni dettate rendono notevolmente più semplice l’assolvimento degli oneri probatori gravanti sul consumatore.

I criteri di conformità non rappresentano, però, la vera novità: che consiste, invece, nell’aver dato rilievo alle informazioni pubblicitarie. L’attenzione rivolta ai messaggi affonda le sue radici nella reale influenza che ha la pubblicità sulle reazioni dei consumatori, su cui diversi studiosi sono giunti alla conclusione che le immagini pubblicitarie, molto spesso pervasive, accentuano il materialismo (inteso in senso soggettivo, proprio del singolo consumatore) e condizionano i comportamenti di consumo delle famiglie⁵⁵.

54 Richiama puntualmente le diverse posizioni adottate in dottrina, MONGILLO, R.: “Sub art. 129 (Conformità al contratto)”, in *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di E. CAPOBIANCO, L. MEZZASOMA, G. PERLINGIERI), 2a ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, p. 677.

55 Cfr. TYBOUT, A.M., ARTZ, N.: “Consumer Psychology”, *Annual Review of Psychology*, 1994, p. 150: “A few researchers have examined the effect of advertising as an entity on consumers’ reactions. Contrary to most prior survey research, which found that TV has a minimal influence on children’s preferences, a quasi-experiment by Goldberg (1990) demonstrates that exposure to TV commercials increases children’s awareness of products and influences household consumption behavior (increasing the number of cereals in the home)”; p. 155: “Richins & Dawson (1992) provide a measure of individual differences in materialism that can be used to test the effect of material values on response to marketing stimuli such as advertising, and findings by Tse et al (1989) suggest that materialism, as reflected in advertising, varies across cultures”.

II. L'APPARATO RIMEDIALE A TUTELA DELL'ACQUIRENTE.

È l'art. 1490 c.c. a prevedere, per i vizi non irrilevanti della cosa venduta, una tutela *ad hoc* nei confronti dell'acquirente: la garanzia per i vizi.

La dottrina e la giurisprudenza, da sempre, si sono dovute confrontare con la natura giuridica di questa garanzia. Quest'ultima è una delle questioni più dibattute nell'ambito della disciplina della vendita, tant'è che è stata definita "la croce della vendita"⁵⁶.

Le impostazioni teoriche individuate dalla dottrina, nella ricerca dell'effettiva natura della garanzia per i vizi nella compravendita ex artt. 1490 e ss. c.c., sono diverse e variegate⁵⁷ e anche la giurisprudenza si è imbattuta più volte nella *vexata quaestio* e, spesso, ha assunto posizioni diverse in merito alla sua qualificazione. Da ultima, ha sopito il dibattito la Corte di cassazione a Sezioni Unite (con la sentenza n. 11748/2019), la quale ha anche affrontato specificatamente la problematica relativa alla natura giuridica della garanzia per i vizi. In particolare, il Collegio dapprima richiama una serie di orientamenti "per evidenziare quanto distante sia il meccanismo di operatività della garanzia per vizi della cosa venduta dallo schema dell'obbligo di prestazione (tipico del rapporto obbligatorio)"⁵⁸ e dopo, in linea con quanto già affermato nel 2012 (con la sentenza n. 1970), la Corte di cassazione inquadra il venditore non tanto in una condizione di obbligazione e di dovere di prestazione, quanto in una situazione di "soggezione" nei confronti dell'acquirente, stante la possibilità di quest'ultimo di esperire diverse azioni per tutelarsi. Sulla base delle precedenti osservazioni, il giudice di legittimità conclude: "se dunque la garanzia per i vizi pone il venditore in una condizione non di obbligazione (dovere di prestazione) ma di soggezione, lo schema concettuale a cui ricondurre l'ipotesi che la cosa venduta risulti viziata non può essere quello dell'inadempimento di una obbligazione. [...] La consegna di una cosa viziata integra un inadempimento contrattuale, ossia una violazione della *lex contractus*; ma, come è stato persuasivamente osservato in dottrina, non tutte le violazioni della *lex contractus* realizzano ipotesi di inadempimento di obbligazioni. [...] La garanzia per

56 Cfr. MENGONI, L.: "Profili per una revisione della teoria della garanzia per i vizi nella vendita", *Riv. dir. comm.*, 1953, I, pp. 3 e ss., definizione data originariamente da L. Raape. Ancora, BIANCA, C.M.: *La vendita e la permuta*, cit., p. 622, affermava che "sulla natura della garanzia, in realtà, mancano soluzioni chiare: suggestioni storiche e concettuali concorrono a rendere questo problema uno dei momenti di più incerta comprensione nello studio della vendita".

57 In particolare, LUMINOSO, A.: "La compravendita: dal codice ai nuovi assetti normativi", *Contr. impr.*, 2003, III, p. 1124: "Le risposte date dalla dottrina – circa la natura e i caratteri della garanzia – sono state molteplici, e ciò soprattutto a causa della difficoltà di conciliare l'efficacia reale del contratto con le regole generali della responsabilità, modellate sullo schema dell'obbligazione e del suo inadempimento, obbligazione che si pone tuttavia in un rapporto di incompatibilità logica con la regola del consenso traslativo. Il merito maggiore della dottrina italiana, a mio avviso, è quello di aver compreso che non ogni violazione della *lex contractus* è costituita dall'inadempimento di una obbligazione nascente dal contratto, e che perciò nei contratti traslativi la violazione del contratto ben può assumere i caratteri – non dell'inadempimento di un'obbligazione ma – dell'inattuazione o della perfetta attuazione dell'attribuzione traslativa".

58 Cass., SS.UU., 3 maggio 2019, n. 11748, in *CED online*.

vizi non va, dunque, collocata nella prospettiva obbligatoria e la responsabilità che essa pone in capo al venditore va qualificata come una responsabilità contrattuale speciale, interamente disciplinata dalle norme dettate sulla vendita”⁵⁹.

La soluzione prospettata dalla suddetta sentenza emanata dalle Sezioni Unite Civili della Corte di cassazione appare più che ragionevole e si può osservare come questa recentissima pronuncia giurisprudenziale sia in linea con l'orientamento dottrinale prevalente, in quanto colloca la garanzia nell'ambito di una responsabilità contrattuale *sui generis*, interamente disciplinata dalle norme in tema di vendita. La soluzione accolta dalla Suprema Corte non è di poco conto in quanto il problema dell'inquadramento della natura giuridica della garanzia per i vizi comporta importanti conseguenze pratiche, ad esempio, in ordine alla ripartizione dell'onere della prova, come si dirà meglio nel successivo paragrafo.

Chiarita la natura della garanzia, in realtà, il sistema dei rimedi contemplato dal codice civile pone a tutela dell'acquirente della cosa viziata delle specifiche azioni previste all'art. 1492 (“Effetti della garanzia”): le cc.dd. azioni edilizie (*l'actio redhibitoria* e *l'actio aestimatoria* o *quanti minoris*). Com'è noto, l'azione redibitoria si concretizza nella risoluzione del contratto e l'azione estimatoria nella riduzione del prezzo. Sembra pacifico⁶⁰ che, non essendo espressamente prevista, non possa ammettersi la possibilità di richiedere l'esatto adempimento (per la disciplina della garanzia per i vizi, consistente nella richiesta di riparazione o di sostituzione della cosa). È bene puntualizzare, però, che nonostante sia esclusa, sul piano generale, la configurabilità dell'azione di esatto adempimento, la dottrina sovente ridimensiona, sul piano applicativo, la portata di siffatta affermazione individuando

59 *Ibidem*.

60 *Ex multis*, Cass., SS.UU., 13 ottobre 2012, n. 19702. Nello specifico, la Suprema Corte sancisce come un tale rimedio “non è apprestato dalla disciplina della garanzia per vizi, che attribuisce al compratore la scelta soltanto tra la riduzione del prezzo e la risoluzione del contratto. Il diritto di ottenere, in alternativa, la riparazione del bene, infatti, è riconosciuto soltanto in particolari ipotesi: limitatamente ai beni mobili, quando ‘il venditore ha garantito per un tempo determinato il buon funzionamento della cosa venduta’, oppure ‘gli usi (...) stabiliscono che la garanzia di buon funzionamento è dovuta anche in mancanza di patto espresso’ (art. 1512 c.c., che fissa in sei mesi dalla scoperta il termine di prescrizione); sempre limitatamente ai mobili, ‘per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene’, se il venditore è un professionista e il compratore un consumatore (artt. 128 e ss. del codice del consumo, adottato con il d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, che fissano in ventisei mesi dalla consegna il termine di prescrizione)”. Interessante è il commento, a tale sentenza, di CALVO, R.: “Vendita ed esatto adempimento: luci e ombre del nuovo indirizzo delle Sezioni unite”, *Giur. it.*, 2013, pp. 2258 e ss., ove in particolare l'a. conviene con quanto stabilito dalla sentenza, ma avanza anche una critica: “Alle Sezioni unite sfugge che l'art. 2058 c.c. racchiude una regola capace di propagare la propria forza espansiva entro il campo della mancata o inesatta attuazione del rapporto obbligatorio. La medesima norma offre quindi il terreno fertile per estendere la riduzione in pristino nell'area della compravendita. L'acquirente potrebbe quindi ottenere, tramite il risarcimento del danno in forma specifica, la riparazione del bene viziato o la sostituzione della res non conforme al contratto. Trattandosi di azione indirizzata alla rimozione in forma specifica del danno conseguente all'adempimento inesatto, e non già di esatto adempimento dell'obbligazione primaria, l'accoglimento della pretesa sembra presupporre la colpa del venditore (arg. ex art. 1494 c.c.). Bisogna conclusivamente badare che il delineato risarcimento in forma specifica, come espressamente dispone l'art. 2058 c.c., è ammissibile soltanto ove sia possibile entro il limite della eccessiva onerosità. La magistratura di merito dovrebbe pertanto respingere la domanda sottoposta al suo scrutinio qualora l'alienante non disponga dell'organizzazione necessaria allo scopo di garantire il servizio di manutenzione dei beni distribuiti alla generalità dei clienti”.

una pluralità di ipotesi per le quali varrebbe. Ad esempio, per le vendite concluse direttamente dal fabbricante della cosa l'azione volta ad ottenere la riparazione sarebbe esperibile attesa la configurabilità di un'obbligazione di fare in capo al venditore-costruttore⁶¹.

Ai sensi del primo comma dell'art. 1492 c.c. il compratore può liberamente⁶² scegliere tra l'azione di risoluzione del contratto e quella di riduzione del prezzo (salvo che gli usi ne escludano la risoluzione). L'articolo dispone l'alternatività dei due rimedi e l'irrevocabilità della scelta del rimedio quando avviene con domanda giudiziale⁶³.

Indagando la *ratio* della disposizione, si nota la scelta ben precisa operata dal legislatore: da un lato tutela l'acquirente affinché non perda il diritto alla risoluzione per motivi legati alla responsabilità del venditore, dall'altro lato tutela il venditore disponendo l'irrevocabilità della scelta del rimedio⁶⁴ e il solo rimedio della riduzione

61 RENDE, F.: "La garanzia per i vizi nella vendita di diritto comune. Parte seconda: i rimedi", *Contratti*, 2016, VII, p. 695.

62 Fatta eccezione per la deroga normata al terzo comma dell'art. 1492 c.c., secondo cui, in caso di perimento della cosa consegnata se quest'ultima è perita in conseguenza dei vizi il compratore ha diritto alla risoluzione del contratto; invece, il compratore è obbligato a scegliere solo il rimedio della riduzione del prezzo se la cosa è perita per sua colpa o per caso fortuito, o in seguito alla sua alienazione o trasformazione ad opera del compratore stesso. Sul punto, la Suprema Corte ha ricercato la *ratio* dalla preclusione dell'azione di risoluzione per il caso di alienazione o di trasformazione della cosa venduta e ha affermato che risiede "nella oggettiva rilevanza della utilizzazione della cosa viziata, della quale l'acquirente ha usufruito", *ex multis*, Cass., 25 maggio 2006, n. 12382.

63 Sul punto, *ex multis*, Cass., 27 gennaio 2004, n. 1434, in *Dejure online*: "Come, infatti, hanno stabilito le S.U. 2565/88 di questa Corte, la cui decisione questo collegio condivide, l'irrevocabilità della scelta della azione effettuata con la domanda giudiziale, trova il suo fondamento nel fatto che il riferimento ai vizi di cui all'art. 1490 c.c., contenuto nell'art. 1492 c.c., non distingue fra vizi più gravi legittimanti la risoluzione del contratto, e vizi meno gravi legittimanti la riduzione del prezzo, cosicché in presenza di identiche condizioni di accoglibilità delle due azioni, le decisioni relative ad entrambe non possono che essere interdipendenti. In altri termini, la scelta, della domanda di risoluzione in via principale preclude l'esperibilità della domanda di riduzione del prezzo in via subordinata, perché disattesa l'azione di risoluzione per inesistenza dei vizi di cui all'art. 1490 c.c. non è accoglibile la domanda di riduzione del prezzo proposta in via subordinata per l'inesistenza degli stessi vizi". Ancora, Cass., 26 agosto 2015, n. 17138, in *Dejure online*, in ordine all'alternatività dei due rimedi e alla scelta irrevocabile la S.C. si esprime in questi termini: "questo Collegio ritiene di aderire convintamente al consolidato orientamento di legittimità che afferma che in tema di garanzia per vizi della cosa venduta, e per il caso in cui l'azione di riduzione del prezzo sia accordata al compratore non in via esclusiva (art. 1492 terzo comma cod. civ.), ma in via concorrente con l'azione di risoluzione (art. 1492, primo comma), deve negarsi l'ammissibilità della domanda di riduzione in modo subordinato, rispetto alla proposizione a titolo principale dell'azione di risoluzione, atteso che entrambe le azioni si ricollegano ai medesimi presupposti, cioè la sussistenza di vizi con le caratteristiche fissate dall'art. 1490 cod. civ. (il quale detta una disciplina della materia completa e non integrabile con le regole dell'art. 1455 cod. civ. sull'importanza dell'inadempimento), restando radicalmente esclusa la configurabilità di un rapporto di subordinazione fra le rispettive domande, sicché il compratore deve scegliere fra l'una o l'altra. Si tratta di un orientamento che risale al primo arresto delle Sezioni unite del 1988 (la n. 2565), [...] orientamento che ha trovato successive conferme, tra le altre, in Cass. 1996 n. 3299, Cass. 1996 n. 3398, Cass. 2004 n. 22415".

64 TOMMASI, S.: "L'azione di risoluzione del contratto di vendita e la «quantis minoris» tra identità di vizi e diversità di presupposti", *Giur. it.*, 2005, che, nel commentare Cass., 27 gennaio 2004, n. 1434, in particolare per quanto concerne l'irrevocabilità del rimedio, l'a. osserva che "tale effetto preclusivo è posto a salvaguardia dell'affidamento del venditore su quanto manifestato dal compratore già al momento della domanda giudiziale. La irrevocabilità della scelta sta a significare che l'affidamento del venditore deve prevalere sulla capricciosa volontà del compratore, ma non può comportare che l'attore sia costretto a valutare già al momento della domanda alcuni fatti, quali l'esistenza dei presupposti della risoluzione, se agisce proprio per chiedere al giudice di accertare se tali presupposti ricorrano concretamente. L'immodificabilità

del prezzo quando la risoluzione o è esclusa dagli usi, o quando la cosa è perita per caso fortuito o per colpa del compratore, o quando è stata alienata o trasformata da quest'ultimo. Appare evidente come il legislatore, operando le suddette scelte, abbia attuato un ragionevole contemperamento degli interessi (opposti) in gioco e un'adeguata ripartizione dei rischi.

Gli effetti della risoluzione del contratto sono previsti all'art. 1493 c.c., il quale dispone la restituzione, da parte del venditore, di ogni pagamento che il compratore ha effettuato per la vendita e quest'ultimo deve restituire la cosa (a patto che non sia impossibile a causa del suo perimento, in conseguenza dei vizi). D'altra parte, è pacifico che la funzione propria dell'*actio quanti minoris* è quella di ripristinare l'equilibrio sinallagmatico "rotto"⁶⁵ a causa del vizio della cosa venduta. La riduzione del prezzo procede in modo proporzionale, al fine di salvaguardare il nesso di equivalenza soggettiva posto dalle parti: occorre accertare non quale valore abbia il bene viziato ma in quale misura percentuale il difetto incida sul valore del bene integro (il prezzo deve allora essere diminuito in ragione della stessa percentuale)⁶⁶.

A questo punto, tenuto conto della tripartizione in relazione all'anomalia materiale del bene (vizio redibitorio, mancanza di qualità e *aliud pro alio*), c'è da chiedersi se il sistema rimediale sopraesposto sia valevole anche in ipotesi di mancanza di qualità e di *aliud pro alio datum*.

Per quanto riguarda la mancanza di qualità, l'art. 1497 c.c. menziona solo la possibilità di esperire il rimedio della risoluzione del contratto (a condizione che il difetto di qualità ecceda i limiti di tolleranza stabiliti dagli usi). Dalla lettera della disposizione, una parte di giurisprudenza e di dottrina ha desunto la non applicabilità del rimedio della riduzione del prezzo, ma attualmente è consolidato, e si condivide questo approdo, l'orientamento che ritiene perfettamente equiparabili le ipotesi di vizi e le ipotesi di mancanza di qualità. Nello specifico si è osservato che, in relazione all'ipotesi di mancanza di qualità, con l'estensione (testuale, ex art. 1497 c.c.) dell'onere di denuncia e dei termini di decadenza e prescrizione previsti per i vizi, si è implicitamente ammessa l'insussistenza di una distinzione ontologica tra

della richiesta non vuole essere una sanzione per l'erronea individuazione dell'azione esperibile nel caso concreto, ma solo uno strumento di contemperamento tra la tutela accordata al compratore e l'interesse del venditore a conoscere tempestivamente la sorte del contratto".

65 *Ex multis*, Cass., 8 marzo 2001, n. 3425, in *Dejure online*; con riguardo alla finalità delle due diverse azioni, rispettivamente quella di riduzione del prezzo e quella per il risarcimento del danno: "sono entrambe finalizzate a ristabilire il rapporto di corrispettività fra prestazione e controprestazione, nonché a porre il compratore medesimo nella situazione economica in cui si sarebbe trovato se il bene fosse stato immune da vizi. Esse tuttavia sono diverse perché la prima consente al compratore di ristabilire il rapporto di corrispettività fra prestazione e controprestazione, solo con riguardo al minor valore della cosa venduta, mentre la seconda gli dà la possibilità di ristabilire tale rapporto con riguardo alla ridotta utilizzabilità di quest'ultima (Cassazione civile, sez. II, 21 luglio 1984 n. 4278)".

66 BIANCA, C.M.: *La vendita e la permuta*, cit., pp. 850-851; esempio chiarificatore sul punto: se si accerta che il difetto riduce di un terzo il valore di mercato della merce, deve diminuirsi di un terzo il prezzo originario.

le due figure. Inoltre, vi è da considerare anche la profonda somiglianza fra le due tipologie di anomalie in relazione al loro profilo funzionale, dato che entrambe determinano il verificarsi di un'inesatta attuazione del risultato traslativo⁶⁷. Anche per quanto riguarda l'azione estimatoria, la dottrina estende la sua applicabilità alle ipotesi di mancanza di qualità secondo un criterio di ordine logico: la riduzione del prezzo è un rimedio meno radicale rispetto a quello della risoluzione del contratto e delle volte risulta essere anche l'unico esperibile⁶⁸.

Siffatte riflessioni inducono a parificare la regolamentazione delle due fattispecie mediante l'individuazione, anche in caso di mancanza di qualità, di rimedi sostanzialmente equivalenti a quelli di cui alla garanzia per vizi oppure inquadrando il tema della garanzia nell'ambito dell'inadempimento contrattuale e considerando le cc.dd. azioni edilizie come "espressioni di rimedi generali a tutela del contraente" con conseguente rilettura delle relative disposizioni normative⁶⁹. Ne consegue che anche l'aspetto soggettivo, da sempre discusso, possa risolversi in armonia con questa equiparazione tra le due fattispecie: anche senza colpa del venditore, la mancanza di qualità dà ugualmente origine ai suddetti rimedi a tutela del compratore.

Alle azioni sopraesposte, si affianca l'azione, a tutela dell'acquirente e da lui esperibile anche in via autonoma (senza, cioè, che sia stata previamente chiesta la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo), ex articolo 1494 c.c. ("Risarcimento del danno"). Secondo il tenore di tale disposizione, il venditore è tenuto al risarcimento del danno e al risarcimento dei danni derivanti dai vizi della cosa, purché abbia ignorato i vizi della cosa con colpa. Tanto il riferimento normativo che impone al venditore di risarcire il danno quanto lo specifico riferimento alla colpa del venditore (che si esprime nell'omissione dello sforzo diligente normalmente necessario ad accertare e prevenire l'inesattezza dell'attribuzione) sono conformi al sistema generale e il richiamo ai principi generali permette di ribadire il normale contenuto del danno risarcibile⁷⁰.

67 AGOSTINIS, B.: "La garanzia per i vizi della cosa venduta", cit., p. 221.

68 BIANCA, C.M.: *La vendita e la permuta*, cit., p. 850.

69 RENDE, F.: "La garanzia per i vizi nella vendita di diritto comune", cit., p. 701.

70 BIANCA, C.M.: *La vendita e la permuta*, cit., pp. 872-873. In particolare, alle pp. 873-874, l'a. specifica: "Se la cosa è viziata o priva delle qualità dovute il risarcimento tende alla reintegrazione dell'interesse positivo, cioè dell'interesse che il compratore aveva all'esatto adempimento del contratto. Criterio di determinazione è quello comune del danno emergente e del lucro cessante (art. 1223 c.c.). Il lucro cessante è dato fondamentalmente dalla differenza tra il valore della prestazione spettante al compratore e il prezzo pattuito. Se il compratore chiede la riduzione del prezzo, ai fini del lucro cessante deve aversi riguardo alla differenza tra ciò che il compratore avrebbe guadagnato se la prestazione fosse stata integra e ciò che è il suo guadagno a seguito della riduzione del prezzo. Per la determinazione di questo danno, più precisamente, si procede detraendo anzitutto l'ammontare del prezzo originario da quello che sarebbe stato il valore effettivo del bene integro. Poi si detrae dall'ammontare del valore effettivo del bene quello che è il prezzo ridotto. La differenza tra il primo e il secondo risultato indica appunto l'entità del minor guadagno che il compratore realizza dalla vendita". Cfr. TRAMONTANO, L.: *Codici Civili e Penale. Annotati con la giurisprudenza*, Cedam, Padova, 2015, p. 1064, in particolare con riferimento alla consistenza del risarcimento del danno Cass., 29 ottobre 2013, n. 26852 e Cass., 27 febbraio 2015, n. 4003.

Per completare il “quadro tripartito”, con riferimento alla diversa ipotesi di *aliud pro alio*, tenuto conto della particolarità di tale figura e dei suoi presupposti, bisogna fare alcune precisazioni.

Tale istituto legittima il compratore all'esercizio dell'azione di risoluzione (e di esatto adempimento) secondo il termine di prescrizione ordinaria⁷¹, fermo in ogni caso il risarcimento dei danni⁷². In questo caso la giurisprudenza costante⁷³ riconosce, quale rimedio a tutela del compratore, l'azione generale di risoluzione del contratto (a condizione che l'inadempimento non sia di scarsa importanza ex 1455 c.c.) o di esatto adempimento. Sulla falsariga di quanto già detto per la mancanza di qualità, sotto il profilo soggettivo, non appare condivisibile quanto sostenuto dalla giurisprudenza che richiede la colpa del venditore per la risoluzione del contratto. La differenza tra inadempimento colpevole e incolpevole rileva solo sul piano del risarcimento del danno (solo se il debitore è in colpa dovrà risarcire il danno, in contrario all'acquirente spetteranno solo gli altri suddetti rimedi in sua tutela) e in questo senso sembra deporre anche la lettera dell'art. 1453 c.c., che recita che in caso di inadempimento (senza far cenno al requisito soggettivo) il creditore può chiedere la risoluzione salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno, ove è chiaro che il risarcimento può essere richiesto solo se sussista un danno e se tale danno possa essere imputato al debitore⁷⁴.

La Convenzione di Vienna del 1980 sembra accogliere una responsabilità oggettiva temperata o attenuata, alla luce, in particolare, dell'art. 79 che prevede un'ipotesi di esonero da responsabilità quando l'inadempiente provi che l'inadempimento si sia verificato a causa di circostanze estranee alla sua sfera di controllo (caso fortuito, causa di forza maggiore) che egli non era in

71 Per giurisprudenza costante è pacifico che la consegna di *aliud pro alio* dia luogo all'azione contrattuale di risoluzione o di adempimento ex art. 1453 c.c., svincolata dai termini di decadenza e di prescrizione previsti ex art. 1495 c.c.; cfr. ex multis Cass., 16 gennaio 2006, n. 686.

72 TIMPANO, V.: “Garanzia per vizi ed effetti del loro riconoscimento dell'impegno del venditore ad eliminarli”, *Contratti*, 2018, V, p. 572.

73 Cass., 3 febbraio 1998, n. 1038, con commento di PURICELLI, S.: “Vizi redibitori, mancanza di qualità e consegna di *aliud pro alio*: distinzione”, *Contratti*, 1999, II, pp. 146-153, in particolare la Corte ha statuito che: “mentre dà luogo ai rimedi di cui all'art. 1492 Codice civile la presenza dei vizi redibitori e cioè di quei difetti che rendano la cosa inidonea all'uso o ne diminuiscano apprezzabilmente il valore, se tempestivamente denunciati, la consegna di *aliud pro alio* attribuisce all'acquirente il diritto potestativo alla risoluzione del contratto ex art. 1453 Codice civile, svincolato pertanto dai termini di decadenza e prescrizione previsti per la prima della due ipotesi”. Più di recente, Cass., 21 novembre 2012, n. 20557, in *Dejure online*: “secondo questa S.C., la vendita di *aliud pro alio* configura una ipotesi di inadempimento contrattuale, diversamente dalle ipotesi di vendita di cosa affetta da vizi o mancante delle qualità promesse, che integrano la fattispecie dell'inesatto adempimento; nel primo caso al compratore spetta l'azione generale di risoluzione contrattuale per inadempimento, svincolata dai termini di decadenza e prescrizione previsti dall'art. 1495 c.c. (Cass. n. 7561 del 30/03/2006; Sez. 2, Sentenza n. 686 del 16/01/2006)”.

74 Cfr. autorevole dottrina in argomento, GIORGIANNI, M.: *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, 3a ed., Giuffrè, Milano, 1975, pp. 58 e ss.; sul punto, in particolare p. 60: “La ‘colpa’ del debitore avrà rilevanza esclusivamente ai fini del risarcimento dei danni che il creditore derivano dal ritardo o dall'inadempimento definitivo, a seconda che il debitore abbia o meno effettuato una (nuova) esatta prestazione”.

grado di prevedere ragionevolmente⁷⁵. Il sistema dei rimedi è comune tanto agli inadempimenti del venditore (Capitolo II della terza parte della CISG) quanto a quelli dell'acquirente (Capitolo III della terza parte della CISG). Il principio generale che sembra potersi desumere dal sistema dei rimedi è quello della conservazione del contratto: la risoluzione è circoscritta a ipotesi precise e dettagliate, e assai circostanziate (vista come *extrema ratio*); si consente alle parti inadempienti, entro certi limiti, di riparare la violazione contrattuale, o, come detto da qualche commentatore⁷⁶, di «curare» l'esecuzione salvando il contratto, e non è ammessa la risoluzione automatica.

Come già specificato, il compratore potrà ricorrere⁷⁷ ai rimedi della CISG per difetti dei beni compravenduti soltanto se avrà effettuato una denuncia tempestiva e specifica di tali difetti; altrimenti, in mancanza di una siffatta denuncia, il compratore perderebbe ogni diritto.

Nello specifico, la Convenzione di Vienna del 1980, principalmente al suo art. 46, offre una molteplicità di rimedi oltre alla richiesta di adempimento: la sostituzione o la riparazione del bene compravenduto, la risoluzione del contratto, la riduzione del prezzo e il risarcimento del danno.

Quanto alla risoluzione del contratto (preferita all'azione redibitoria ed è questa una soluzione che rafforza la posizione del compratore, potendo questi esperire l'azione di risoluzione nei termini ordinari, piuttosto che in quelli abbreviati), nello specifico su dichiarazione unilaterale del compratore, occorre rifarsi a quanto disposto dall'art. 49. Affinché si possa configurare tale rimedio l'inadempimento deve essere essenziale (*fundamental*) con riguardo a una qualsiasi obbligazione del venditore (combinato disposto degli artt. 25 e della lett. a) del primo comma dell'art. 49).

Ancora, la Convenzione prevede l'ulteriore rimedio, sconosciuto per lo più ai Paesi di *common law*, della riduzione del prezzo. È l'art. 50 a prevedere il diritto

75 LUMINOSO, A.: *La compravendita*, cit., p. 417. Sul punto cfr. ALPA, G., BESSONE, M.: "Inadempimento, rimedi, effetti della risoluzione nella vendita internazionale di cose mobili (Convenzione di Vienna, marzo 1980)", *Foro it.*, 1980, vol. 103, pp. 239 e ss.; in particolare, p. 242: "Nel rispetto della *mens* dei redattori [...] si dovrebbe concludere che il sistema adottato dalla nuova convenzione è un sistema di responsabilità oggettiva attenuata dal sistema delle esenzioni e dal parametro della ragionevolezza. D'altra parte, è un dato di fatto inequivoco che, in presenza di un sistema fondato sulla colpa, per ragioni pratiche, si moltiplicano le ipotesi di presunzione, e in un sistema fondato sul rischio si ampliano le cause di esenzione. Ma allora perché lasciare nel dubbio gli interpreti, e non dire esplicitamente che la responsabilità contrattuale è fondata sul rischio?"

76 ALPA, G., BESSONE, M.: "Inadempimento, rimedi, effetti della risoluzione", cit., p. 243.

77 L. 11 dicembre 1985, n. 765, cit., art. 45: "Se il venditore non ha eseguito uno qualsiasi degli obblighi che gli derivano dal contratto di vendita o dalla presente Convenzione, l'acquirente può: a) esercitare i diritti previsti agli articoli da 46 a 52; b) richiedere i danni-interessi previsti agli articoli da 74 a 77. L'acquirente non perde il diritto a richiedere danni-interessi qualora eserciti il suo diritto di ricorrere ad un altro mezzo. Nessun termine di grazia può essere concesso al venditore da un giudice o da un arbitro qualora l'acquirente si avvalga di uno dei mezzi di cui dispone in caso di inosservanza del contratto".

dell'acquirente di ridurre il prezzo (già versato o ancora da versare) dei beni risultati difformi al contratto.

La riduzione del prezzo va considerata, al pari della riparazione e della sostituzione, come un rimedio principe, perché assicura la conservazione del contratto⁷⁸. Dal momento che sia la risoluzione del contratto sia l'esatto adempimento sono subordinati a determinati presupposti (in aggiunta a quello della mancanza di conformità) e sono soggetti a dei limiti temporali, è evidente la vantaggiosità della riduzione del prezzo, che è subordinata solo al presupposto della mancanza di conformità senza nessun limite temporale⁷⁹.

Al rimedio del risarcimento del danno è dedicata l'intera sezione II del Capitolo V della Convenzione di Vienna che ne fissa i principi cardine e i criteri per la quantificazione del danno. Dalla lettera dell'art. 74 viene subito chiarito che il risarcimento del danno comprende e copre tanto il danno emergente quanto il lucro cessante. La regola fondamentale in tema di risarcimento è che la parte non inadempiente può ottenerlo, in alternativa o comunque in aggiunta agli altri rimedi o azioni previsti dalla Convenzione, purché si tratti di danni "prevedibili" (art. 74) e che ella non poteva evitare (art. 75).

In questa sede, anticipando il tema che sarà trattato diffusamente nel successivo paragrafo, appare opportuno precisare solo un particolare aspetto correlato al tema del risarcimento del danno, ovvero: a chi spetta l'onere di provare i presupposti oggettivi del diritto al risarcimento? Per rispondere a quest'ultimo interrogativo si riporta quanto deciso dal Tribunale di Vigevano, che a sua volta richiamava una decisione svizzera: "il contraente che asserisce l'inadempimento della controparte, e chiede su tale presupposto il risarcimento del danno subito, deve provare sia l'inadempimento sia il danno, così come deve provare il nesso causale tra il primo ed il secondo accadimento, ed anche che il danno rientra tra quelli risarcibili ex art. 74 della Convenzione (v. HG Zürich, 26 aprile 1995, in Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht, 1996, 51 ss.)"⁸⁰. Dunque, suddetto onere incombe sul danneggiato sulla scia della regola generale della ripartizione dell'onere della prova; infatti con argomentazioni a contrario si può condividere che la Convenzione "implicitamente riconosce che, viceversa, la prova dell'inadempimento, cioè della difettosa od irregolare

78 AA.VV.: *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili* (commentario coordinato da C.M. BIANCA), cit., p. 235.

79 Ivi, p. 241. Tanto premesso, accade spesso che, in mancanza dei presupposti specifici per gli altri rimedi, la riduzione del prezzo sia l'unico rimedio concretamente praticabile. Secondo l'a. maggiori problemi crea il rapporto tra la riduzione del prezzo e il risarcimento del danno: la riduzione del prezzo è praticabile anche in casi in cui non è possibile ottenere il risarcimento del danno perché per il venditore sussistono delle cause di esonero da responsabilità (si vedano gli artt. 79-80).

80 Trib. Vigevano, 12 luglio 2000, in *Dejure online*.

esecuzione della prestazione, è a carico della controparte, cioè del contraente che l'ha ricevuta”⁸¹.

Dal versante del codice del consumo, quando il bene compravenduto e consegnato al consumatore non risulta conforme al contratto, il professionista è chiamato a risponderne. In caso di difetto di conformità del bene, a norma dell'art. 135-bis (e a norma dell'art. 135-septies-decies quando si tratta della mancata fornitura di contenuto o servizio digitale), il consumatore ha diritto al ripristino della conformità, o a ricevere una riduzione proporzionale del prezzo, o alla risoluzione del contratto. In ordine ai rimedi da esperire, l'acquirente, in realtà, non ha la piena libertà di scelta. Invero, tra i rimedi volti al ripristino della conformità (riparazione e sostituzione) e i rimedi “tradizionali” vi è un vero e proprio rapporto di gerarchia⁸²: è opportuno, allora, che il consumatore esperisca innanzitutto il rimedio della riparazione o quello della sostituzione per non vedere pregiudicato, anche in sede di contenzioso, il proprio diritto alla tutela paralizzabile con l'eccezione di inammissibilità.

Sicuramente la riparazione o la sostituzione del bene difforme costituiscono l'oggetto del diritto primario attribuito al consumatore insoddisfatto; partendo da tale assunto parte della dottrina si è interrogata se questi due rimedi possano essere anche oggetto di un diritto del venditore. Lo erano nel sistema della Convenzione di Vienna, che (agli artt. 37 e 48) disegnava una duplice ipotesi (distinta, a seconda del momento dell'avvenuta consegna) di diritto del debitore alla conformazione della prestazione inesatta; ma c'è da dire che i limiti all'esercizio del *right to cure* del venditore dipendevano dal rapporto con gli altri rimedi a disposizione dell'acquirente: e così, in quasi tutti i casi previsti, esso finiva per essere subordinato, o variamente condizionato, all'attivazione da parte di questi della tutela risolutoria⁸³. Stante l'evidente gerarchia dei rimedi tale per cui la sostituzione e la riparazione si pongono come rimedi “primari”, che il consumatore può e deve esercitare in via preferenziale e prioritaria, mentre la riduzione del prezzo e la risoluzione del contratto si configurano come rimedi “secondari” o

81 *Ibidem*.

82 In giurisprudenza, *ex multis*, sintetizza bene Cass., 7 febbraio 2022, n. 3695, in *One Legale*: “in tema di vendita di beni di consumo affetti da vizio di conformità, ove l'acquirente abbia inizialmente richiesto la riparazione del bene, non è preclusa la possibilità di agire successivamente per la risoluzione del contratto quando sia scaduto il termine ritenuto congruo per la riparazione, senza che il venditore vi abbia tempestivamente provveduto [...] [n]ella disciplina consumeristica esiste, pertanto, una gerarchia dei rimedi a tutela del consumatore, distinti tra rimedi primari e rimedi secondari, ed è imposto al consumatore di attenersi a tale gerarchizzazione, pur essendo libero di scegliere il rimedio per lui più conveniente, una volta rispettato l'ordine dei rimedi in via progressiva. Come emerge innanzitutto dal dato normativo, e come pacificamente si afferma in dottrina, nel caso di non conformità del bene al contratto, il consumatore è tenuto a chiedere in un primo momento la sostituzione ovvero la riparazione del bene, e solo qualora ciò non sia possibile, ovvero sia manifestamente oneroso, è legittimato ad avvalersi dei cd. rimedi secondari. D'altra parte, che la scelta di un rimedio non comporti la preclusione per il consumatore ad avvalersi successivamente degli altri si ricava agevolmente dalla lettura della norma”.

83 AMADIO, G.: “Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche”, cit., p. 906.

“sussidiari”, esperibili soltanto nell’ipotesi in cui sia esclusa a priori la possibilità stessa di pretendere la riparazione o la sostituzione, ovvero nelle ipotesi in cui, richiesta la riparazione o la sostituzione da parte del consumatore, il professionista non l’abbia effettuata tempestivamente ovvero, nel provvedervi, abbia arrecato “notevoli inconvenienti” al consumatore⁸⁴, in realtà l’eventuale pretesa del venditore di procedere in prima istanza al ripristino della conformità, trova una prima e forte forma di protezione proprio nel carattere sussidiario della risoluzione⁸⁵. Il venditore, infatti, può avere tutto l’interesse a intervenire preventivamente per la regolarizzazione del rapporto contrattuale: anche solo per non perdere la fiducia del consumatore o il suo buon nome, ad esempio.

I rimedi, operando con il solo verificarsi della non conformità del bene consegnato rispetto a quello dovuto, non richiedono lo stato soggettivo (di consapevolezza o meno della non conformità) del venditore; ferma restando la disciplina di maggiore favore prevista nel caso in cui il venditore abbia occultato (dolosamente) i difetti.

I. La prescrizione e gli oneri probatori nella garanzia per vizi.

Ricordando il tenore di cui all’art. 1495 c.c., generalmente il compratore decade dal diritto alla garanzia se non denuncia al venditore i vizi entro otto giorni dalla scoperta e le azioni redibitorie in ogni caso si prescrivono in un anno dalla consegna, pare assodato che, con la formulazione legislativa del 1942, l’istituto della prescrizione ex art. 1495 c.c., nonostante il suo carattere speciale dovuto alla brevità del termine e al compimento dell’onere di denuncia, sia riconducibile nell’alveo della più generale disciplina della prescrizione con la conseguente applicazione delle normali cause di sospensione e di interruzione.

Di contraltare, la disciplina del riparto dell’onere della prova è stata spesso oggetto di accesi dibattiti giurisprudenziali, finché non sono intervenute le Sezioni Unite per dirimere il contrasto. La questione di diritto affrontata verte sull’interrogativo se il compratore che ha esercitato l’azione redibitoria o l’azione

84 DE CRISTOFARO, G.: “Vendita di beni di consumo”, 2006, URL del contributo: https://www.tb.camcom.gov.it/uploads/CCIAA/Corsi/Atti/2006_12_15/De_Cristofaro.pdf, pp. 17-18, e ivi ulteriori riferimenti bibliografici. Già prima dell’attuale formulazione di cui al codice del consumo, l’a. richiama la dottrina che ha assunto una posizione contraria alla “gerarchizzazione” dei rimedi, secondo la quale sarebbe stato preferibile porre sul medesimo piano i diritti spettanti al consumatore; ma, l’a. ribatte che non pare che la subordinazione della possibilità di ottenere la risoluzione del contratto (o la riduzione del prezzo) alla previa concessione al professionista di una seconda chance per regolarizzare il bene compravenduto comporti un significativo peggioramento della posizione del consumatore, soprattutto se si tiene conto del fatto che nel nostro sistema questo è il principio sul quale è imperniata la disciplina generale (art. 1454 c.c.) della risoluzione stragiudiziale del contratto a prestazioni corrispettive e che le controversie relative a rapporti contrattuali intercorrenti fra consumatori e professionisti assai raramente sfociano nell’instaurazione di una lite davanti all’autorità giudiziaria. Sull’apparato rimediale delineato dalla direttiva 2019/771/UE, invece, DE CRISTOFARO, G.: “Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari B-To-C: l’attuazione della dir. UE 2019/771”, *Riv. dir. civ.*, 2021, II, pp. 205 ss.

85 AMADIO, G.: “Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche”, cit., p. 906.

estimatoria sia o meno gravato dall'onere di offrire la prova dell'esistenza dei vizi (o della mancanza di qualità) o se li debba solo allegare.

L'orientamento tradizionale⁸⁶ individuava nel compratore la parte onerata della prova della sussistenza del vizio del bene compravenduto. Detto orientamento è stato però messo radicalmente in discussione, in particolare, da una pronuncia della Suprema Corte (la n. 20110/2013) che lo ha ritenuto non più sostenibile dopo che le Sezioni Unite, con la sentenza n. 13533 del 2001, avevano statuito che il compratore in giudizio dovesse provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto e il relativo termine di scadenza limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte⁸⁷. In particolare, la sentenza n. 20110 del 2013 della Suprema Corte, con l'obiettivo di corroborare quanto già sostenuto nel 2001, statuisce che in tema di compravendita, l'obbligazione a carico del venditore è di risultato e ne consegue che all'acquirente (creditore) sarà sufficiente allegare l'inesatto adempimento ovvero denunciare la presenza di vizi o di difetti che rendano la cosa inidonea all'uso alla quale è destinata o che ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore, essendo a carico del venditore (debitore), in virtù del principio della riferibilità o vicinanza della prova, l'onere di dimostrare, anche attraverso presunzioni, di avere consegnato la cosa per come pattuita⁸⁸.

86 In giurisprudenza cfr. Cass. nn. 1035 del 1968, 2841 del 1974, 7986 del 1991, 8533 del 1994, 8963 del 1998, 13695 del 2007, 18125 del 2013. In dottrina BIANCA, C.M.: *La vendita e la permuta*, cit., pp. da 924 a 928; in particolare p. 924: "L'onere di provare il vizio e la mancanza di qualità dovute incombe al compratore: ciò in conformità del principio secondo il quale chi fa valere una pretesa deve provare i fatti su cui la pretesa è fondata (chi agisce per avvalersi dei rimedi contro l'inadempimento deve provare il fatto di inadempimento su cui è basata la sua domanda)".

87 Cass., SS.UU., 13 ottobre 2001, n. 13533, in *Dejure online*. Si riporta, di seguito, integralmente la massima: "In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento".

88 Cass., 2 settembre 2013, n. 20110, in *www.diritto.it*, così massimata: "In tema di inadempimento del contratto di compravendita, è sufficiente che il compratore alleggi l'inesatto adempimento, ovvero denunci la presenza di vizi che rendano la cosa inidonea all'uso al quale è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore, mentre è a carico del venditore, quale debitore di un'obbligazione di risultato ed in forza del principio della riferibilità o vicinanza della prova, l'onere di dimostrare, anche attraverso presunzioni, di aver consegnato una cosa conforme alle caratteristiche del tipo ordinariamente prodotto, ovvero la regolarità del processo di fabbricazione o di realizzazione del bene; ne consegue che, ove detta prova sia stata fornita, spetta al compratore di dimostrare l'esistenza di un vizio o di un difetto intrinseco della cosa ascrivibile al venditore".

La sentenza sopraesposta ha segnato un punto di non ritorno nella giurisprudenza del giudice di legittimità: ad esempio, essa è stata propugnata dalla pronuncia n. 24731/2016, mentre nel solco dell'impostazione tradizionale vanno segnalate le pronunce n. 21949/2013 e n. 3042/2015.

È in siffatto contesto che intervengono le Sezioni Unite Civili della Corte di cassazione nel 2019, su sollecitazione della seconda sezione con l'ordinanza interlocutoria n. 23015/2018.

Al fine di dirimere il contrasto circa il riparto dell'onere probatorio del vizio redibitorio, la Corte, in prima battuta, si occupa della natura della garanzia per i vizi e qualifica la responsabilità che essa pone in capo al venditore come una responsabilità contrattuale speciale interamente disciplinata dalle norme dettate sulla vendita. Una volta affermata anche "l'accentuata specialità delle azioni edilizie rispetto ai rimedi generali all'inadempimento costituiti dalla risoluzione e dal risarcimento del danno"⁸⁹ e, conseguentemente, una volta "sottratta la disciplina di tali azioni [edilizie] all'ambito concettuale dell'inadempimento delle obbligazioni"⁹⁰, risulta agevole per la Suprema Corte concludere che l'orientamento espresso nella sentenza n. 13533/2001 (e nelle sentenze successive, ad essa conformi) non può essere accolto in quanto si basa su presupposti errati.

Come correttamente osservato in dottrina⁹¹, il giudice di legittimità sceglie di procedere all'esame puntuale dei principi enunciati nella sentenza n. 13533/2001 dal momento che l'argomentazione fondata sulla speciale natura della garanzia per vizi non è da sola sufficiente a negare l'ambito applicativo del regime probatorio come delineato nel 2001. In particolare, la Suprema Corte richiama il principio di vicinanza della prova e il canone *negativa non sunt probanda*, riprende gli argomenti addotti dal Collegio nel 2001 e dimostra come, in realtà, con riferimento a questi due principi, il "soggetto qualificato" risulterebbe proprio il compratore. Dunque,

89 Cass., SS.UU., 3 maggio 2019, n.11748, in CED online.

90 *Ibidem*. Cfr. il commento alla sent. Cass., SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533, di MARICONDA, V.: "Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro", *Corr. giur.*, 2001, XII, pp. 1565-1581. Pare interessante, riportare una "visione profetica" di Giuggioli (è riportata alla nota n. 32, p. 1581) che ha commentato in questi termini la sentenza n. 13533/2001 e la sua ricostruzione in ordine al riparto dell'onere probatorio: "si prefiguri lo scenario che potrebbe verificarsi qualora prendesse consistenza il principio enunciato dalle Sezioni Unite: in quel caso l'opponente al decreto ingiuntivo si è potuto giovare della qualificazione della prestazione effettivamente conseguita come «altra» rispetto a quella dovuta dal venditore ed ha potuto così ottenere la revoca del decreto ingiuntivo, non avendo il venditore provato la conformità dei beni consegnati a quelli commissionati dal cliente. Potrà pertanto accadere che i venditori-creditori del prezzo, ottenuto il decreto ingiuntivo, subiranno opposizioni con le quali il compratore-debitore lamenterà vizi e/o mancanza di qualità (magari dopo averne denunciato l'esistenza ai fini dell'art. 1495 c.c.), e, a questo punto, il creditore opposto avrà l'onere della prova della inesistenza dei vizi o della presenza delle qualità promesse e, a rigore, non potrà neppure ottenere la provvisoria esecuzione del decreto dal momento che il proprio credito non è provato per iscritto, emergendo dai documenti scritti solo il credito condizionato all'esatto adempimento".

91 A commento della sentenza in questione, MAGLIULO, M.: "Garanzia per vizi, inesatto adempimento ed onere della prova: l'intervento delle sezioni unite e la rilettura del principio di vicinanza alla fonte di prova", *Foro it.*, 2019, IX, pp. 2737 e ss.

nell'ambito specifico della garanzia per i vizi, anche in accordo con la lettera dell'articolo 2697 c.c., è il compratore colui che deve essere gravato dall'onere probatorio.

In conclusione, le Sezioni Unite Civili della Corte di cassazione risolvono il contrasto giurisprudenziale segnalato nell'ordinanza di rimessione, confermando l'orientamento tradizionale ed enucleando il seguente principio di diritto: "In materia di garanzia per i vizi della cosa venduta di cui all'articolo 1490 c.c., il compratore che esercita le azioni di risoluzione del contratto o di riduzione del prezzo di cui all'articolo 1492 c.c. è gravato dell'onere di offrire la prova dell'esistenza dei vizi"⁹².

Tenuto conto dell'onere che incombe sull'acquirente in relazione alla prova dell'esistenza del vizio o della mancanza di qualità, d'altra parte è pacifico che il compratore non debba fornire anche la prova della mancata conoscenza del vizio o che lo stesso non era facilmente riconoscibile. Sarà piuttosto compito del venditore dimostrare, ad esempio, che il compratore fosse a conoscenza del vizio o che questo fosse facilmente riconoscibile al momento della conclusione del contratto, tenuto conto che il giudizio sulla conoscibilità del vizio costituisce poi un apprezzamento di fatto rimesso al giudice di merito (*ex multis*, Cass. n. 24726/2017).

Per favorire la posizione del consumatore, la disciplina dettata dal codice del consumo prevede un termine di prescrizione di ventisei mesi *ex art.* 133.

Nella stessa ottica, l'art. 135 ("Onere della prova") contempla una presunzione *ius tantum*⁹³, per cui i difetti di conformità che si manifestano entro un anno dalla

92 Cass., SS.UU., 3 maggio 2019, n. 11748, in *CED online*. Si veda la nota a tale sentenza di DALLA MASSARA, T.: "L'onere della prova dei vizi del bene venduto al vaglio delle Sezioni Unite: resistenza e resilienza del modello della garanzia", *Contratti*, 2019, IV; e quella di CALVO, R.: "Luci e ombre nella cornice del congedo dalla garanzia edilizia", *Giur. it.*, 2019, VII, pp. 1532 e ss. Da ultima, Cass., 20 giugno 2024, n. 17074, in *One Legale*, ricorda e specifica che "[l]a prova della preesistenza dei vizi al momento del contratto grava sul compratore, in coerenza con il principio per cui l'obbligo di garanzia dà luogo ad una responsabilità speciale interamente disciplinata dalle norme sulla vendita, che pone il venditore in situazione non tanto di obbligazione, quanto di soggezione, esponendolo all'iniziativa del compratore, intesa alla modificazione del contratto od alla sua caducazione mediante l'esperimento, rispettivamente, della *actio quanti minoris* o della *actio redibitoria*. Ne consegue che, essendo dette azioni fondate sul solo dato obiettivo dell'esistenza dei vizi, indipendentemente da ogni giudizio di colpevolezza, l'onere della relativa prova grava sul compratore". In dottrina, solleva criticità dinanzi al problema che tale riparto probatorio pone in ordine al momento genetico del vizio, sul presupposto che interpretazioni irragionevoli sull'allocatione della prova finiscano con il vanificare l'effettività dei diritti fondamentali di azione e di difesa, MAZZARIOL, R.: "L'onere della prova nella garanzia per vizi della vendita: il problema irrisolto del riparto probatorio del momento genetico del vizio", *Riv. dir. civ.*, 2020.

93 Presunzione già contemplata prima delle modifiche intervenute col recepimento delle direttive nn. 770 e 771 del 2019, con la differenza che la precedente previsione la estendeva a sei mesi e non a un anno. Ancora attuale il *dictum* della Corte giust., 4 giugno 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357: "Questo alleggerimento dell'onere della prova a favore del consumatore è fondato sulla constatazione che, qualora il difetto di conformità emerga solo successivamente alla data di consegna del bene, fornire la prova che tale difetto esisteva già a tale data può rivelarsi "un ostacolo insormontabile per il consumatore", mentre di solito è molto più facile per il professionista dimostrare che il difetto di conformità non era presente al momento della consegna e che esso risulta, per esempio, da un cattivo uso del bene fatto dal consumatore". Nel caso di specie (caso *Faber*) il problema irrisolto attiene alle ipotesi in cui il venditore è al corrente del

consegna del bene è come se esistessero sin dalla consegna stessa (tranne se tale ipotesi risulti incompatibile con la natura del bene o con la natura del difetto di conformità). Stante tale previsione, i difetti che si manifestano dopo un anno dalla consegna comportano l'onere del consumatore di provare la loro esistenza al momento della consegna⁹⁴.

Dunque, il consumatore ha l'onere, nei termini suddetti, di denunciare al venditore il difetto di conformità del bene di consumo e di avvalersi (anche tramite un atto stragiudiziale) dei diritti di cui è diventato titolare. Dal momento in cui il consumatore fornisce la prova dell'esistenza del difetto di conformità e il difetto si è manifestato, ossia si è palesato concretamente, entro il termine di un anno dalla consegna del bene, non è tenuto a dimostrare né la causa di tale difetto né la sua imputabilità al venditore (quest'ultimo può però sempre fornire la prova contraria). Infatti, risulterebbe troppo oneroso per il consumatore l'assolvimento dell'onere probatorio mediante l'allegazione del vizio specifico del bene in quanto ciò richiede competenze tecniche o l'accesso a dati tecnici del prodotto, che invece sono nella più agevole disponibilità del venditore.

Con riferimento, invece, alla *ratio* sottesa alla presunzione *iuris tantum*, il manifestarsi di tale difetto nel breve periodo di un anno consente di supporre che, per quanto esso si sia rivelato solo successivamente alla consegna del bene, fosse già presente sebbene a uno "stato embrionale". Chiaramente, superato tale termine annuale, si applicherà la disciplina generale posta in materia di onere della prova dall'art. 2697 c.c.: "ciò implica che il consumatore che agisce in giudizio sia

manifestarsi del difetto di conformità, ma il consumatore non ha soddisfatto il relativo onere di denuncia e, ove il consumatore non sia a conoscenza di tale onere, la norma rischia di precludere la possibilità di esercitare i diritti riconosciuti dalla direttiva, PATTI, F.P.: "Tutela effettiva del consumatore nella vendita: il caso 'Faber' ", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, pp. 13 e ss. Più di recente, Cass., 7 febbraio 2022, n. 3695, in *One Legale*: "Il Codice del Consumo prevede una presunzione a favore del consumatore [...] si tratta di una presunzione *iuris tantum*, superabile attraverso una prova contraria, finalizzata ad agevolare la posizione del consumatore: ove il difetto si manifesti entro tale termine, il consumatore gode di un'agevolazione probatoria, dovendo semplicemente allegare la sussistenza del vizio mentre grava sulla controparte l'onere di provare la conformità del bene consegnato rispetto al contratto di vendita. Superato il suddetto termine, trova nuovamente applicazione la disciplina generale posta in materia di onere della prova posta dall'art. 2697 c.c.: ciò implica che il consumatore che agisce in giudizio sia tenuto a fornire la prova che il difetto fosse presente ad origine nel bene, poiché il vizio ben potrebbe qualificarsi come sopravvenuto e dipendere conseguentemente da cause del tutto indipendenti dalla non conformità del prodotto".

94 Lo stesso dicasi per i beni con elementi digitali, con la specificazione (effettuata per mezzo dell'esplicito rinvio al disposto di cui al secondo comma dell'art. 133 cod. cons.) che quando il contratto di vendita prevede la fornitura continuativa del contenuto digitale o del servizio digitale per più di due anni, il venditore risponde di qualsiasi difetto di conformità che si verifica o si manifesta nel periodo di tempo durante il quale il contenuto digitale o il servizio digitale deve essere fornito a norma del contratto di vendita. Sul versante dell'ordinamento spagnolo, puntualmente e ampiamente, BUENO BIOT, Á.: *El contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: un estudio a raíz de la directiva 2019/770 y su transposición al TRLGDCU*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 126: "la atribución al empresario de la carga de la prueba sobre la conformidad durante un plazo de 2 años cuando el contrato prevea el suministro en un único acto o en una serie de actos individuales (art. 121.1 TRLGDCU); la atribución al empresario de la carga de la prueba sobre la conformidad durante todo el periodo de tiempo en el que deban suministrarse los contenidos o servicios digitales, cuando el contrato prevea un suministro continuo (art. 121.2 TRLGDCU)". L'a. nelle note nn. 170 e 171 specifica le diverse durate della garanzia legale e della presunzione prevista per agevolare il consumatore dall'onere della prova, a seconda del contratto che si è stipulato.

tenuto a fornire la prova che il difetto fosse presente *ab origine* nel bene, poiché il vizio può ben qualificarsi come sopravvenuto e dipendere conseguentemente da cause del tutto indipendenti dalla non conformità del prodotto”⁹⁵.

III. SPUNTI DI INDAGINE CONCLUSIVI. NUOVI REQUISITI DI CONFORMITÀ DEL BENE AL CONTRATTO (ECOLOGICO)?

Dal vigente quadro normativo di derivazione europea emerge, con specifico riferimento alla difformità del bene al contratto, un nuovo requisito: quello della “durabilità” del bene.

Negli ultimi decenni, si sono alternate diverse definizioni di “durabilità”, fra le ultime quella prevista dalla direttiva 2019/771/UE: “durabilità: la capacità dei beni di mantenere le loro funzioni e prestazioni richieste attraverso un uso normale”. Così definita, la nozione di durabilità appare come la proiezione dinamica di quella nozione di “funzionalità”, definita dalla direttiva (al par. 9 dell'art. 2) come la capacità del bene di svolgere tutte le funzioni in considerazione del suo scopo⁹⁶. Come precisato al *considerando* 32 della direttiva 2019/771/UE, è essenziale impedire l'accesso al mercato dell'Unione ai beni non conformi e per essere conformi i beni dovrebbero possedere la durabilità considerata normale per beni del medesimo tipo e che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi; non solo: assicurare una maggiore durabilità dei beni è importante per raggiungere modelli di consumo più sostenibili e un'economia circolare.

Tale deriva “ecologica” non deve sorprendere. Infatti, in chiave sistematica, non è affatto nuova la propensione allo “sviluppo sostenibile”⁹⁷, dal momento

⁹⁵ Così, Cass., 30 giugno 2020, n. 13148, in *CED online*.

⁹⁶ In questo senso si è espresso già SIMONINI, G.F.: “Verso una nozione allargata di difetto di conformità: sarà rilevante anche la “durabilità” del bene?”, *Danno resp.*, 2019, IV, p. 471 alla nota n. 2.

⁹⁷ Sostenibile deriva dalla parola latina *sustinere* e racchiude un duplice significato: da un lato, supportare e sorreggere, dall'altro, dare prova di resistenza; in questi termini, MARRONE, A., RAIMO, N.: *Sostenibilità e digitalizzazione. Un approccio economico-aziendale*, Giuffrè, Milano, 2021, spec. p. 32; sulle diverse posizioni assunte dalla dottrina si rinvia alla sistematica ricognizione ad opera di MIGNONE, C.: “Diritti e sostenibilità. Una ricostruzione per immagini”, in *La differenza e l'ostacolo. Scritti in onore di Raffaele De Giorgi* (a cura di L. NUZZO, S. TOMMASI), Il, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, spec. pp. 639-641. Sulla definizione di sostenibilità, quale espressione sociale del valore esistenziale, v. soprattutto CATERINI, E.: *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, spec. p. 149; nonché, PERLINGIERI, G.: “«Sostenibilità», ordinamento giuridico e «retorica dei diritti»”. A margine di un recente libro”, *Foro nap.*, 2020, I, p. 101 ss. In quest'ordine di ragioni, le ultime novità normative che vedono i prodotti sostenibili diventare sempre più regola e sempre meno eccezione (in virtù dell'Obiettivo 12 dell'Agenda 2030, che promuove modelli di produzione e consumo sostenibile finalizzati alla riduzione dell'impronta ecologica dei sistemi socioeconomici, al contrasto della povertà, al miglioramento degli standard di vita e dello sviluppo economico) rappresentano uno snodo importante, che, oltre a promuovere una domanda-offerta di beni più sostenibili nonché “aspetti circolari” (vedi la durabilità), e a meglio regolare “marchi di sostenibilità” e “asserzioni ambientali”, mettono bene a sistema due binomi: quello informazione-responsabilizzazione e quello concorrenza ecosostenibile-contrasto alle pratiche sleali. Di talché, si auspica (e pare si promuova) la conformazione del contratto all'ecologia, affinché lo strumento contrattuale sia funzionale a innescare un circolo virtuoso e diventi il volano e lo strumento migliore per indirizzare il mercato verso obiettivi sociali, sostenibili, ambientali, anche nel rispetto di quanto disposto dall'attuale art. 41 Cost. e già dall'art. 3, par. 3 TUE. In argomento, per tutti e non esaustivamente, LANZA,

che è un principio normativo positivizzato (artt. 3 TUE, II TFUE e 37 CEDU) e che l'Unione Europea deve adoperarsi per conseguirlo in tutti i settori di sua competenza secondo il principio di integrazione. Assicurare una più lunga durata dei beni di consumo è cruciale al fine di stimolare comportamenti più sostenibili, una riduzione dei rifiuti (soprattutto si pensi a quelli tecnologici causati dall'obsolescenza programmata) e una migliore protezione dell'ambiente⁹⁸. In tal senso, un altro riferimento significativo è rappresentato da quanto previsto al *considerando* 48 della direttiva 2019/771/UE, che considera il rimedio della riparazione come un incoraggiamento rivolto al consumatore verso un consumo sostenibile e una maggiore durabilità dei prodotti⁹⁹. Questa "responsabilizzazione

A.: *Lo sviluppo sostenibile*, Il Mulino, Bologna, 2006; CUSA, E.: "Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche", *Orizzonti del diritto commerciale*, 2020, I; MICKLITZ, H.W.: "Squaring the circle? Reconciling consumer law and the circular economy", *Journal of European Consumer and Market Law*, 2019, vol. VIII, 6; AA.VV.: *Comunicazione, marketing e sostenibilità ambientale* (a cura di M. TAVELLA), G. Giappichelli Editore, Torino, 2022; PERILLO, T.: "Dal consumatore «debole» al consumatore «attivo»", in *Trattato breve di diritto dello sviluppo sostenibile* (a cura di A. BUONFRATE, A. URICCHIO), Cedam, Milano, 2023; AA.VV.: *Sustainable Legal Infrastructures: Comparative Responses Across Cultures and Systems* (a cura di L. RUGGERI, L. VICENTE, S. ZUCCARINO), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2024; FADDA, R.: *La sostenibilità tra disciplina del contratto e tutela del consumatore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2024.

98 DE FRANCESCHI, A.: *La vendita di beni con elementi digitali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, p. 174. Lo stesso a., nello specifico a p. 18, nel trattare il fenomeno dell'obsolescenza programmata afferma che "[t]ale fenomeno interroga dalle basi il diritto dei consumatori, mettendo in discussione l'effettività delle norme che lo compongono [...] si pone il quesito se la disciplina a tutela dei consumatori sia, nella sua attuale formulazione, idonea a fare fronte al fenomeno dell'obsolescenza programmata". In argomento, sia concesso il rinvio a TOMASI, A.: "Rivoluzione verde e transizione ecologica. Obsolescenza programmata e sua 'insostenibilità'", *LUISS Law Review*, 2023, II, in particolare ove vengono trattati i rischi legati al fenomeno, in particolare si veda il riferimento ai RAEE, pp. 373-376. Fenomeno, quello dell'obsolescenza programmata, preso in considerazione dalla direttiva (UE) 2024/825 del 28 febbraio 2024, che modifica le direttive 2005/29/CE e 2011/83/UE per quanto riguarda la responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde mediante il miglioramento della tutela dalle pratiche sleali e dell'informazione, ove al *considerando* n. 16 si legge che le pratiche di obsolescenza precoce programmata sono intese "come una politica commerciale che comporta la pianificazione o la progettazione deliberata di un prodotto con una durata di vita limitata, affinché giunga prematuramente ad obsolescenza o smetta di funzionare dopo un determinato periodo o dopo un'intensità d'uso predeterminata" e che queste pratiche di obsolescenza precoce ledono i consumatori e "incidono complessivamente in modo negativo sull'ambiente, dato che determinano un aumento dei rifiuti e un maggiore utilizzo di energia e di materiali". Sul requisito di durabilità e sul fenomeno dell'obsolescenza programmata, dalla prospettiva dell'ordinamento spagnolo, MUÑOZ RODRIGO, G.: *La falta de conformidad como incumplimiento del vendedor*, cit., pp. 468-473. L'a. sottolinea le conseguenze che tale fenomeno genera minando l'efficacia dei rimedi e il riparto dell'onere della prova, evidenziando su quest'ultimo aspetto che: "debería ser el empresario quién acreditase que el defecto que presenta el bien se debe simplemente a su deterioro natural o uso indebido por parte del consumidor; habida cuenta de que sería sumamente difícil para el consumidor poder demostrar que el bien había sido diseñado para durar menos de lo debido".

99 Sul concetto di "conformità sociale" del prodotto e sulle criticità circa la libertà di scelta lasciata al consumatore tra riparazione e sostituzione, cfr. CAPOBIANCO, E.: "The new deal for consumers", *Juscivile*, 2023, III, in particolare pp. 653-654, e ivi ulteriori riferimenti bibliografici. Ancora, in questa stessa ottica "sostenibile", hanno sollevato critiche circa la mancata gerarchizzazione esplicita tra le tutele ripristinatorie (con propensione a favore, chiaramente, della riparazione piuttosto che della sostituzione del bene), ex multis, TERRY, E.: "A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law", *Eur. rev. priv. law*, 2019, vol. 27, IV, pp. 851 ss.; TUCCARI, E.: "Verso una disciplina consumeristica 'sostenibile' del settore automotive?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2023, n. 18, in particolare pp. 133 e ss.; FANTINI, A.: "Sostenibilità e regime rimediale nella vendita dei beni di consumo", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2023, n. 18, in particolare pp. 149 e ss. Se è vero che la riparazione risulta il rimedio più in linea con le esigenze ambientali, è vero anche che il rimedio della sostituzione è incentivato da fattori quali la maggiore attrattività del prodotto nuovo, la diffidenza nei confronti del riparatore, etc., così, MATERA, D.M.: "Difetto di conformità, gerarchia dei rimedi e sostenibilità ambientale nel nuovo art. 135-bis cod. cons. e nella Dir. 771/2019", *Riv. dir. priv.*, 2022, III, nello spec. pp. 462-472, conclude, per mezzo dell'interessante argomentazione del "divieto di arrecare 'notevoli inconvenienti' al consumatore in sede di ripristino della conformità", affermando che una ricostruzione gerarchica dei rimedi per difetto di conformità nella quale la

del consumatore" per attuare uno sviluppo sostenibile e svolgere un ruolo attivo nella transizione verde è al centro di molte iniziative (anche legislative) europee. In questi anni si è però visto come tali previsioni non sono bastate: le maggiori criticità si sono rilevate in ordine all'immissione sul mercato di prodotti tecnologici a media obsolescenza che hanno spesso mostrato l'impossibilità, per antieconomicità, della riparazione a causa degli elevati costi, rendendo preferibile sostituire il prodotto difforme con un altro nuovo.

L'Unione europea preso atto che i consumatori mostravano la tendenza a rinunciare alla riparazione dei beni difformi (sia nell'ambito della garanzia legale che al di fuori di questa) ha emanato una recentissima direttiva, la 2024/1799/UE, che spinge maggiormente sulla promozione di un consumo più sostenibile introducendo un vero e proprio "obbligo di riparazione"¹⁰⁰. Nei fatti diverse paiono le criticità dell'atto legislativo e il timore che nemmeno questa direttiva faccia sortire grandi effetti pare più che fondato. Tra le diverse criticità e ragioni tecniche che militano in tal senso (fra tutte il ristrettissimo ambito applicativo), puntualmente analizzate dalla dottrina cui si fa integrale rinvio¹⁰¹, in questa sede si vuole solo evidenziare il tono sommerso della direttiva in questione (che emerge dall'adozione di determinate scelte lessicali e tempi verbali) in contrapposizione al livello di armonizzazione (massimo) che propone, ex multis: "i riparatori possono fornire al consumatore il modulo europeo di informazioni sulla riparazione"; "le informazioni nel modulo europeo di informazioni sulla riparazione dovrebbero essere fornite ai consumatori in modo chiaro e comprensibile e in linea con i requisiti di accessibilità"; "gli Stati membri dovrebbero adottare almeno una misura volta a promuovere la riparazione".

In attesa di vedere come l'Italia recepirà la suddetta direttiva, da tutto il quadro che si è delineato, a ben vedere, pare che la vera spinta europea sia nel senso di responsabilizzare *ab origine* tutti gli operatori del mercato. Invero, anche ricorrendo al rimedio della riparazione non si azzerano gli impatti negativi sull'ambiente: si pensi, banalmente, al trasporto per la riparazione del bene difforme, per il quale non può bastare il timido incoraggiamento previsto dal *considerando* 17 della direttiva 2024/1799/UE, testualmente: "[s]arebbe utile che la riparazione fosse effettuata il più vicino possibile al consumatore per evitare costi di spedizione

riparazione è il rimedio primario può essere configurata solo nella misura in cui l'interesse del consumatore ad ottenere beni conformi sia realizzabile in modo equivalente sia con la riparazione che con la sostituzione del bene.

100 Sull'analisi delle disposizioni introdotte dalla direttiva in questione, si rinvia a LIBRIZZI, F.: "Verso uno sviluppo sostenibile? L'impatto della dir. 2024/1799/UE relativa a norme comuni che promuovono la riparazione di beni sui rapporti tra consumatore, fabbricante e venditore", *Rev. Boliv. de Derecho*, 2025, n. 39, pp. 306-329.

101 DE CRISTOFARO, G.: "L'«obbligo» di riparare i «difetti» dei beni mobili acquistati da consumatori, imposto ai fabbricanti dall'art. 5 della direttiva (UE) 2024/1799", *Riv. dir. civ.*, 2025, II; DE CRISTOFARO, G.: "Le incongruenze e le ipocrisie del diritto europeo green e il rimedio contrattuale della riparazione del bene non conforme al contratto di vendita: le innovazioni apportate alla disciplina UE delle vendite mobiliari b-to-c dalle Direttive 2024/825/UE e 2024/1799/UE", *Nuove leggi civili commentate*, 2025, II.

ed emissioni inutili". Proprio per queste ragioni, le misure normative adottate puntano a far progettare beni quanto più conformi, funzionali, duraturi, sostenibili, per evitare l'esperimento di qualsiasi rimedio postumo.

Un'ultima riflessione, nella stessa ottica, pare necessaria con riferimento alle disposizioni di cui al codice civile. Se si è già dato atto¹⁰² di una possibile apertura interpretativa in ordine alla configurabilità dell'azione di esatto adempimento (senza che, però, si snaturi la natura speciale della garanzia per i vizi) in determinate ipotesi di vendita, la questione sembra oggi, più che mai, attuale. In particolare, dopo la novella degli artt. 9 e 41 della Costituzione italiana, per mezzo della legge costituzionale n. 1/2022, l'ecologia assume a canone generale dei rapporti giuridici: il contratto ne esce così "conformato" dato che dovrebbe porsi anche a protezione dei diritti delle generazioni future e realizzare il principio di sostenibilità ambientale e assicurare un approccio green all'economia (circolare) e ai consumi.

In definitiva, alla luce di un "sentire ecologico" (normato) pare che debba ripensarsi l'intero sistema rimediale: non più leggibile nell'ottica di tutela della sola figura dell'acquirente¹⁰³, ma anche nell'interesse delle generazioni future. In questo senso, potrebbe svilupparsi anche per i rapporti regolati dal codice civile il diritto all'esperire in prima battuta il rimedio della riparazione in virtù della sua accordata funzione sociale.

¹⁰² Si rinvia al contenuto delle note nn. 60 e 61.

¹⁰³ Nel senso, che si condivide, ricordato da COPPINI, P.: "La garanzia per i vizi nella vendita: attualità di un dibattito dottrinale mai sopito", *Juscivile*, 2019, VI, in particolare p. 692 ove specifica che ciò che si verifica è una "perturbazione dell'apparato causale", della causa concreta, e afferma che "la sussistenza dei vizi non incide sulla commerciabilità giuridica dei beni difettosi, bensì sulla loro commerciabilità economica: il contratto di compravendita non sarà pertanto squilibrato a priori per la sussistenza dei vizi, ma solo ove i medesimi alterino gli equilibri economici prefigurati dalle parti. Ove entri in gioco la commerciabilità economica del bene, una prospettiva "atomistica" delle singole fasi contrattuali non può essere soddisfacente: i vizi si considerano infatti rilevanti ove sussista una difformità tra quanto voluto e quanto realizzato, vale a dire quando il contratto non raggiunga pienamente il risultato traslativo prefissato da entrambe le parti".

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *Comunicazione, marketing e sostenibilità ambientale* (a cura di M. TAVELLA), G. Giappichelli Editore, Torino, 2022.

AA.VV.: *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili* (commentario coordinato da C.M. BIANCA), Cedam, Padova, 1992.

AA.VV.: *La vendita di beni di consumo* (a cura di R. ALESSI), Giuffrè, Milano, 2005.

AA.VV.: *Sustainable Legal Infrastructures: Comparative Responses Across Cultures and Systems* (a cura di L. RUGGERI, L. VICENTE, S. ZUCCARINO), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2024.

AGOSTINIS, B.: "La garanzia per i vizi della cosa venduta. Le obbligazioni del compratore artt. 1490-1499", in *Il Codice Civile Commentario* (fondato da P. SCHLESINGER diretto da F.D. BUSNELLI), Giuffrè, Milano, 2012.

ALIJARDE GONZÁLEZ, M.: "De los vicios ocultos a la falta de conformidad", *Derecho Privado: Boletín de derecho Privado de la asociación Judicial Francisco de vitoria*, 2024, n. 4.

ALPA, G., BESSONE, M.: "Inadempimento, rimedi, effetti della risoluzione nella vendita internazionale di cose mobili (Convenzione di Vienna, marzo 1980)", *Foro it.*, 1980, vol. 103.

AMADIO, G.: "Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche", *Riv. dir. civ.*, 2001.

BIANCA, C.M.: *La vendita e la permuta*, Utet, Torino, 1972.

BIN, M.: "Per un dialogo con il futuro legislatore dell'attuazione: ripensare l'intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria", *Contr. impr./Eur.*, 2000.

BUENO BIOT, Á.: *El contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: un estudio a raíz de la directiva 2019/770 y su transposición al TRLGDCU*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

CALVO, R.: "Luci e ombre nella cornice del congedo dalla garanzia edilizia", *Giur. it.*, 2019, VII.

CALVO, R.: "Vendita ed esatto adempimento: luci e ombre del nuovo indirizzo delle Sezioni unite", *Giur. it.*, 2013.

CAPOBIANCO, E.: "The new deal for consumers", *Juscivile*, 2023, III.

CATERINI, E.: *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018.

COPPINI, P.: "La garanzia per i vizi nella vendita: attualità di un dibattito dottrinale mai sopito", *Juscivile*, 2019, VI.

CORAPI, D.: "La direttiva 99/44/CE e la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: verso un nuovo diritto comune della vendita?", *Eur. dir. priv.*, 2002.

CUSA, E.: "Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche", *Orizzonti del diritto commerciale*, 2020, I.

DALLA MASSARA, T.: "L'onere della prova dei vizi del bene venduto al vaglio delle Sezioni Unite: resistenza e resilienza del modello della garanzia", *Contratti*, 2019, IV.

DE CRISTOFARO, G.: "L'«obbligo» di riparare i «difetti» dei beni mobili acquistati da consumatori, imposto ai fabbricanti dall'art. 5 della direttiva (UE) 2024/1799", *Riv. dir. civ.*, 2025, II.

DE CRISTOFARO, G.: "Le incongruenze e le ipocrisie del diritto europeo green e il rimedio contrattuale della riparazione del bene non conforme al contratto di vendita: le innovazioni apportate alla disciplina UE delle vendite mobiliari b-to-c dalle Direttive 2024/825/UE e 2024/1799/UE", *Nuove leggi civili commentate*, 2025, II.

DE CRISTOFARO, G.: "Vendita di beni di consumo", https://www.tb.camcom.gov.it/uploads/CCIAA/Corsi/Atti/2006_12_15/De_Cristofaro.pdf, 2006.

DE CRISTOFARO, G.: "Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari B-To-C: l'attuazione della dir. UE 2019/771", *Riv. dir. civ.*, 2021, II.

DE FRANCESCHI, A.: *La vendita di beni con elementi digitali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019.

DE NOVA, G.: "La recezione della Direttiva sulle garanzie nella vendita di beni di consumo: vincoli, ambito di applicazione, difetto di conformità", *Riv. dir. priv.*, 2001, IV.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., MUÑOZ RODRIGO, G.: "Dónde dije digo, digo Diego. De la Propuesta de Directiva, 31 octubre 2017 (PDirCOM), a la Directiva 2019/771, 20 mayo 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa

de bienes", in AA.VV., *Seguridad y conformidad en el Derecho de Consumo. Reflexiones actuales* (coord. E.M. ISLER SOTO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Compraventa y permuta", in AA.VV.: *Derecho civil II (Obligaciones y contratos)* (coord. J.R. DE VERDA y BEAMONTE), 6a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Del saneamiento por vicios ocultos al deber de conformidad: un examen de la cuestión en el derecho comunitario a la luz de las recientes propuestas de Directiva en materia de consumo", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, n. 770.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *Saneamiento por vicios ocultos: Las acciones edilicias*, 2a ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

DURÁN RIVACOBA, R.: *Evicción y saneamiento*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

FADDA, R.: *La sostenibilità tra disciplina del contratto e tutela del consumatore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2024.

FANTINI, A.: "Sostenibilità e regime rimediabile nella vendita dei beni di consumo", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2023, n. 18.

FENOY PICÓN, N.: *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996.

FERRANTE, E.: "Homeward trend o interpretazioni autonome? Un bilancio della giurisprudenza italiana sulla Convenzione di Vienna", *Contr. impr./Eur.*, 2016, II.

FERRARI, F.: "Problematiche tipiche della Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili risolte in una prospettiva uniforme", *Giur. It.*, 2001, II.

FERRARI, F.: *La vendita internazionale: applicabilità ed applicazioni della Convenzione di Vienna del 1980*, Cedam, Padova, 1997.

GALGANO, F.: *Trattato di diritto civile*, vol. 2, 2a ed., Cedam, Padova, 2010.

GIORGIANNI, M.: *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, 3a ed., Giuffrè, Milano, 1975.

GORLA, G.: "Azione redibitoria", *Encicl. dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1959.

GRASSI, U.: *I sistemi di protezione dell'acquirente*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015.

LANZA, A.: *Lo sviluppo sostenibile*, Il Mulino, Bologna, 2006.

LIBRIZZI, F.: "Verso uno sviluppo sostenibile? L'impatto della dir. 2024/1799/UE relativa a norme comuni che promuovono la riparazione di beni sui rapporti tra consumatore, fabbricante e venditore", *Rev. Boliv. de Derecho*, 2025, n. 39.

LLACER MATA CÁS, M.R.: *El saneamiento por vicios ocultos en el Código civil: su naturaleza jurídica*, Bosch, Barcellona, 1992.

LLAMAS POMBO, E.: "La falta de conformidad en la venta de consumo", in AA.VV.: *Seguridad y conformidad en el Derecho de Consumo. Reflexiones actuales* (coord. E.M. ISLER SOTO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

LODOLINI, P.R.: "La direttiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo: prime osservazioni", *Eur. dir. priv.*, 1999, IV.

LOMBARDI, E.M.: *Garanzia e responsabilità nella vendita dei beni di consumo*, Giuffrè, Milano, 2010.

LUMINOSO, A.: "La compravendita: dal codice ai nuovi assetti normativi", *Contr. impr.*, 2003, III.

LUMINOSO, A.: *La compravendita*, 3a ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 2003.

MAGLIULO, M.: "Garanzia per vizi, inesatto adempimento ed onere della prova: l'intervento delle sezioni unite e la rilettura del principio di vicinanza alla fonte di prova", *Foro it.*, 2019, IX.

MANTOVANI, M.P.: "I vizi redibitori nel contratto di compravendita", *Rass. dir. civ.*, 2009, I.

MARICONDA, V.: "Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro", *Corr. giur.*, 2001, XII.

MARRONE, A., RAIMO, N.: *Sostenibilità e digitalizzazione. Un approccio economico-aziendale*, Giuffrè, Milano, 2021.

MASTRO RILLI, A.: *La garanzia per vizi nella vendita. Disciplina del codice civile e del codice di consumo*, 2a ed., Giuffrè, Milano, 2009.

MATERA, D.M.: "Difetto di conformità, gerarchia dei rimedi e sostenibilità ambientale nel nuovo art. 135-bis cod. cons. e nella Dir. 771/2019", *Riv. dir. priv.*, 2022, III.

MAZZARIOL, R.: "L'onere della prova nella garanzia per vizi della vendita: il problema irrisolto del riparto probatorio del momento genetico del vizio", *Riv. dir. civ.*, 2020.

MENGONI, L.: "Profili per una revisione della teoria della garanzia per i vizi nella vendita", *Riv. dir. comm.*, 1953, I.

MICKLITZ, H.W.: "Squaring the circle? Reconciling consumer law and the circular economy", *Journal of European Consumer and Market Law*, 2019, vol. VIII, 6.

MIGNONE, C.: "Diritti e sostenibilità. Una ricostruzione per immagini", in *La differenza e l'ostacolo. Scritti in onore di Raffaele De Giorgi* (a cura di L. NUZZO, S. TOMMASI), II, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021.

MONGILLO, R.: "Sub art. 129 (Conformità al contratto)", in *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, (a cura di E. CAPOBIANCO, L. MEZZASOMA, G. PERLINGIERI), 2a ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019.

MONGILLO, R.: *Il difetto di conformità nella vendita di beni di consumo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.

MUÑOZ RODRIGO, G.: *La falta de conformidad como incumplimiento del vendedor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

PARDOLESI, P.: "Osservazioni a Cass. 12 maggio 2000, n. 6089", *Foro it.*, 2000, I.

PATTI, F.P.: "Tutela effettiva del consumatore nella vendita: il caso 'Faber' ", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I.

PELLEGRINO, S.: "Vendita internazionale e garanzia per vizi della cosa", *Obbligazioni e Contratti*, 2012, IV.

PERILLO, T.: "Dal consumatore «debole» al consumatore «attivo»", in *Trattato breve di diritto dello sviluppo sostenibile* (a cura di A. BUONFRATE, A. URICCHIO), Cedam, Milano, 2023.

PERLINGIERI, G.: "«Sostenibilità», ordinamento giuridico e «retorica dei diritti». A margine di un recente libro", *Foro nap.*, 2020, I.

PERLINGIERI, P.: "Quella di Hugh Collins sul «codice civile europeo» non è la via da seguire", *Rass. dir. civ.*, 2014, IV.

PURICELLI, S.: "Vizi redibitori, mancanza di qualità e consegna di 'aliud pro alio': distinzione", *Contratti*, 1999, II.

REINSTADLER, A.: "Vendita internazionale di merci - Affidamento ed onere di prova nella Convenzione di Vienna (CISG)", *Giur. It.*, 2019, 12.

RENDE, F.: "La garanzia per i vizi nella vendita di diritto comune. Parte seconda: i rimedi", *Contratti*, 2016, VII.

REPRESA POLO, M.P.: "La regulación de la garantía comercial en la venta de bienes de consumo en España", in AA.VV.: *Seguridad y conformidad en el Derecho de Consumo. Reflexiones actuales* (coord. E.M. ISLER SOTO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

RESCIGNO, P.: *Presentazione* a E. GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa*, Jovene, Napoli, 1987.

REYES LÓPEZ, M.J.: "La idea de conformidad en el ordenamiento jurídico español tras la entrada en vigor de la directiva 1999/44/CE", in AA.VV.: *Derecho patrimonial europeo* (coord. L. PRATS ALBENTOSA, G. PALAO MORENO, M.J. REYES LÓPEZ), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

ROMEO, C.: "Consegna di cosa usata e responsabilità del compratore", *Contratti*, 2002, II.

ROTT, P.: "La disciplina tedesca della compravendita dopo l'attuazione della direttiva 1999/44/CE", in *La vendita di beni di consumo* (a cura di R. ALESSI), Giuffrè, Milano, 2005.

RUBINO, D.: *La compravendita*, Giuffrè, Milano, 1971.

SCHLESINGER, P.: "Le garanzie nella vendita di beni di consumo", *Corr. giur.*, 2002, V.

SIMONINI, G.F.: "Verso una nozione allargata di difetto di conformità: sarà rilevante anche la "durabilità" del bene?", *Danno resp.*, 2019, IV.

TERRY, E.: "A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law", *Eur. rev. priv. law*, 2019, vol. 27, IV.

TIMPANO, V.: "Garanzia per vizi ed effetti del loro riconoscimento dell'impegno del venditore ad eliminarli", *Contratti*, 2018, V.

TOMASI, A.: "Rivoluzione verde e transizione ecologica. Obsolescenza programmata e sua 'insostenibilità' ", *LUISS Law Review*, 2023, II.

TOMMASI, S.: "L'azione di risoluzione del contratto di vendita e la «quantum minoris» tra identità di vizi e diversità di presupposti", *Giur. it.*, 2005.

TRAMONTANO, L.: *Codici Civili e Penale. Annotati con la giurisprudenza*, Cedam, Padova, 2015.

TUCCARI, E.: "Verso una disciplina consumeristica 'sostenibile' del settore automotive?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2023, n. 18.

TYBOUT, A.M., ARTZ, N.: "Consumer Psychology", *Annual Review of Psychology*, 1994.

VENEZIANO, A.: "Mancanza di conformità delle merci ed onere della prova nella vendita internazionale: un esempio di interpretazione autonoma del diritto uniforme alla luce dei precedenti stranieri", *Dir. comm. internaz.*, 2001, II.

**PRESCRIPCIÓN DE HONORARIOS DE ABOGADO: ENTRE
LA PRESCRIPCIÓN TRIENAL Y LA CADUCIDAD DE LAS
COSTAS PROCESALES***

***ATTORNEY'S FEE PRESCRIPTION: NAVIGATING THE THREE-YEAR
PRESCRIPTION AND THE EXPIRY OF PROCEDURAL COSTS***

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 574-603

* Este trabajo ha sido confeccionado en el marco de un contrato adscrito al Proyecto de Investigación "El contrato de prestación de servicios en el actual entorno tecnológico y social" (PID2021 – 122619OB-I00) financiado por MCIN/AEI, con DOI 10.13039/501100011033 y por FEDER Una manera de hacer Europa, del que es Investigadora Principal María Dolores Cervilla Garzón.



Mario
NEUPAVERT
ALZOLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de abril de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

RESUMEN: Los servicios jurídicos son prestados por los abogados a cambio de una contraprestación: los honorarios. En el presente estudio se analiza el estado actual tanto de la prescripción trienal como de la caducidad del derecho a percibir las costas procesales, que tanta relación tienen en el marco del precio de los servicios jurídicos. Ambas figuras son analizadas en extenso en el marco de los arts. 1.967 del Código Civil y 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respectivamente.

PALABRAS CLAVE: Servicios jurídicos; prescripción trienal; honorarios de abogado; caducidad de las costas procesales.

ABSTRACT: *Legal services are rendered by attorneys in exchange for remuneration: fees. This study analyzes the current state of both the three-year prescription and the expiry period concerning the right to receive procedural costs, which are significantly related within the context of the price of legal services. Both legal concepts are extensively examined within the framework of Article 1967 of the Civil Code and Article 518 of the Law of Civil Procedure, respectively.*

KEY WORDS: *Legal services; three-year prescription; attorney's fees; expiry of procedural costs.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- EL DERECHO AL COBRO DE HONORARIOS Y LA DESIDIA EN SU RECLAMO.- II. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO DEL PRECIO.- I. Aspectos introductorios de la prescripción trienal.- 2. La determinación del *dies a quo*.- 3. Servicios jurídicos, asistencia jurídica gratuita y prescripción.- 4. La discusión sobre la aplicación de la regla final del art. 1967 CC.- 5. Interrupción de la prescripción trienal.- III. LA CADUCIDAD DEL DERECHO AL COBRO DE LAS COSTAS.- I. El régimen de caducidad aplicable a la acción ejecutiva fundada en el pronunciamiento en costas.- 2. La óptica del Tribunal Supremo en cuanto a la posible acción declarativa para reclamar el cobro de las costas.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN. EL DERECHO AL COBRO DE HONORARIOS Y LA DESIDIA EN SU RECLAMO.

La profesión de abogado, y todas las profesiones liberales, son intrínsecamente retribuidas¹. La onerosidad en la prestación de los servicios jurídicos es un aspecto fundamental para poder comprender la relación contractual; el abogado presta sus servicios, mayoritariamente, con ánimo de lucro.

El Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (en adelante, EGAE), recoge en sus arts. 25 y siguientes el derecho al cobro de honorarios y la libre fijación de estos con respeto a las normas deontológicas y sobre defensa de la competencia y competencia desleal². La condición de profesional se vincula al carácter lucrativo en normativas como la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, excluyendo a quienes realicen prestaciones a título gratuito³.

- 1 CERVILLA GARZÓN, M. D.: *La prestación de servicios profesionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p. 51.
- 2 Esta mención que hace el EGAE a la normativa de competencia debe ponerse en el contexto de la prohibición de recomendaciones sobre honorarios contenida en el art. 14 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, tras la trasposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior mediante la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. A día de hoy, según la Disposición adicional cuarta de la Ley de Colegios Profesionales, "los Colegios podrán elaborar criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados. Dichos criterios serán igualmente válidos para el cálculo de honorarios y derechos que corresponden a los efectos de tasación de costas en asistencia jurídica gratuita". Sobre el pulso entre la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia y los Ilustres Colegios de Abogados, Vid. RODRÍGUEZ RODRIGO, J.: "Elaboración, por los colegios de abogados, de criterios orientativos para determinar los honorarios de los profesionales: práctica calificada de anticompetitiva", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, núm. 1, 2024, pp. 564-577, así como AIDO VÁZQUEZ, A. M.: "La regulación de los honorarios por los Colegios de la Abogacía desde la óptica del Derecho *antitrust*: un análisis a la luz de la jurisprudencia nacional y comunitaria", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 34, enero 2024, pp. 1-23.
- 3 ORTEGA REINOSO, G.: *Ejercicio colectivo de la profesión de Abogado*, Grupo Editorial Universitario, Granada, 2006, p. 25. No obstante, en el ámbito de la normativa de consumidores, el carácter de profesional va unido a la tipología de los servicios prestados y no a la remuneración de éstos, siguiendo el art. 5 TRLCU. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R.: "Comentario al artículo 4", en AA.VV., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General*

• Mario Neupavert Alzola

Investigador Posdoctoral FPI en Derecho Civil, Universidad de Cádiz. Correo electrónico: Mario.neupavert@gu.uca.es ORCID: 0000-0001-5351-4791

Ya en el origen histórico de la abogacía en la antigua Roma, las profesiones liberales recibían tal nombre justo porque se llevaban a cabo por simple liberalidad: no se percibía ninguna retribución, sino que esto repugnaba que pudiera exigirse por cuanto el mero pecunio rebajaría una ocupación tan elevada como la actividad intelectual, si bien era frecuente que el profesional fuera, en cierta medida, retribuido en forma de *honorarium*, en agradecimiento a su servicio⁴. Ulpiano, sobre las *operae liberales*, escribió un fragmento que fue insertado en el Título XIII del Libro L del Digesto, dedicado a supuestos de prestación de servicios ejecutados por los que se dedicaban a este tipo de profesiones⁵. En el Libro 50, Título XIII, art. I, apartado décimo, se citaba:

“§. 10. In honorariis advocatorum ita versari iudex debet, ut pro modo litis, proque advocati facundia, et fori consuetudine, et iudicii, in quo erat acturus, aestimationem adhibeat, dummodo licitum honorarium quantitas non agrediat; ita enim Rescripto Imperatoris nostri et patria eius continentur; verba Rescripti ita se habent: Si Iulius Maternus, quem patronum causae tuae esse voluisti, fidem susceptam exhibere paratus est, eam duntaxat pecuniam, quae modum legitimum agressa est, repetere debes”⁶.

A día de hoy, la doctrina es unánime en cuanto a referir que la actividad profesional debe ser remunerada⁷, aunque sí que se vino debatiendo la forma en la que el precio se abonaría, habiéndose vedado siglos atrás la posibilidad del pago en especie como ocurría en las Partidas, o existiendo la posibilidad de que tal precio sea remunerado mediante la normativa laboral⁸. Y es que carece de sentido que una persona dedicada profesionalmente a prestar unos servicios, constituidos como su medio de vida, no sea retribuida⁹.

La onerosidad es una de las características principales del contrato de arrendamiento de servicios, y la existencia de precio cierto constituye elemento

para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007) (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Cizur Menor, 2.ª edición, 2015, p. 74.

- 4 Cfr. CERVILLA GARZÓN, M. D.: *La prestación de servicios profesionales*, cit., p. 51, especialmente la nota al pie núm. 72.
- 5 TOBÍO FERNÁNDEZ, J.: “Operae Liberales: Consideración social y aspectos jurídicos relevantes de las profesiones liberales en la Roma antigua”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 24, 2019, p. 413.
- 6 En cuanto a los salarios de los abogados debe proceder el Juez de modo que los estime según el pleito, la sabiduría del abogado, la costumbre del tribunal, y el pleito que había de defender: con tal que la cantidad no exceda del salario lícito, según se expresa en un rescripto de nuestro Emperador y de su padre. Las palabras del rescripto son las siguientes: si Julio Materno, que quisiste que defendiese tu causa, estuvo pronto a defenderla, solo debes repetir la cantidad que excedió de lo que está determinado por derecho. Vid. GÓMEZ MARÍN, M., GIL Y GÓMEZ, P.: *Digesto, Código, Novelas e Instituta de Justiniano*, en castellano y latín, Tomo III, Madrid, 1874, p. 800.
- 7 CERVILLA GARZÓN, M. D.: *La prestación de servicios profesionales*, cit., p. 52.
- 8 EGUSQUIZA BALMASEDA, M. Á.: “La prestación de servicios del Abogado: perspectiva jurisprudencial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil vol. I*, 1996, BIB 1996\55, pp. 3 y ss.
- 9 VELASCO PERDIGONES, J. C.: *La responsabilidad civil del Compliance Officer*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 67.

estructural de la relación contractual¹⁰. Este precio servirá no solo para retribuir al letrado, sino que puede incluso emplearse para poder decidir dentro de las posibilidades del contratante (puede suponerse que no serán los mismos honorarios los que devengará un veterano de la toga o un maestro de Derecho que un bisoño abogado¹¹).

Una vez queda fuera de toda duda el derecho al cobro de estos honorarios, pretendemos analizar en este trabajo qué ocurre ante la situación desidiosa por la que el titular de ese derecho deja transcurrir un plazo sin ejercitar la acción para el cumplimiento de la obligación de pago del precio. Ello nos conduce a abordar el impacto de dos instituciones, prescripción y caducidad, sobre las que se articulan las consecuencias jurídicas que se generan del hecho de no ejercitar los derechos. Y a raíz de tales, los conflictos jurídicos que dimanen de tales.

La prescripción, por un lado, constituye una institución que posee una gran hondura y trascendencia tanto teórica como práctica¹², y que ha vivido diversas reformas tanto en el panorama nacional¹³ como en el panorama foral¹⁴. Mediante ella, como indica el art. 1930 CC, se adquieren el dominio y demás derechos reales, y se extinguen del propio modo los derechos y acciones, cualesquiera sea su clase. En el presente trabajo nos centraremos en la prescripción extintiva de la acción¹⁵ sometida a un plazo de tres años. La caducidad, por otro lado, constituye una limitación específica a derechos concretos, y se establece caso por caso.

En ambos supuestos nos hallamos ante instituciones en las que el transcurso del tiempo es fundamental. Pero entre las diferencias más significativas¹⁶, nos encontramos que la prescripción no cabe apreciarla de oficio sino a instancia de parte, mientras que la caducidad puede apreciarse incluso si se desprende de su existencia en la relación fáctica de las partes. Y, por otro lado, toda vez su

10 STS 28 septiembre 2010 (ECLI: ES:TS:2010:5165) FJ 2°.

11 STS 19 diciembre 2001 (ECLI: ES:TS:2001:10050) FJ 3°. “Los Letrados en relación con sus clientes no están sujetos a ningún tipo de Arancel, y la praxis enseña que no cobra lo mismo un veterano de la toga o un maestro de Derecho que un bisoño Abogado”.

12 DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: “En torno al concepto de la prescripción”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 16, núm. 4, 1963, p. 969.

13 Aunque a través de una reforma originalmente pensada para la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, Disposición final primera, de reforma del art. 1964 CC. Al respecto de esta reforma puesta en contexto con el resto de la regulación de la prescripción, Vid. CAÑIZARES LASO, A.: “Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el *dies a quo*”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 4, 2018, pp. 89-138.

14 El ordenamiento foral navarro se ha actualizado recientemente en cuanto a prescripción extintiva y caducidad. Vid. ARCOS VIEIRA, M. L.: “Las claves de la reforma del Derecho civil navarro en materia de prescripción extintiva y caducidad”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXVII, fasc. III, 2024, pp. 1021-1117.

15 Pues, como veremos, lo que prescribe es la acción para el cumplimiento de la obligación de pago del precio. Sorprende que hay quienes hablen de la prescripción de los documentos, como bien critica BONMATI MARTÍNEZ, J.: “La prescripción, la caducidad y la preclusión”, *Revista Cont4bl3*, núm. 68, 2018, pp. 24-25.

16 Ampliamente en cuanto al estudio de las diferencias, Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., TORIBIOS FUENTES, F.: *La prescripción extintiva en Derecho de obligaciones. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2024, pp. 112-208.

conexión con el plazo para invocar la facultad o potestad, en la caducidad no existe la interrupción, sino únicamente la suspensión.

II. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO DEL PRECIO.

I. Aspectos introductorios de la prescripción trienal.

Los derechos nacen, viven y, en ocasiones, también mueren¹⁷. La prescripción extintiva, que afecta a los honorarios de los abogados, es la más genuina expresión de un efecto negativo que el transcurso del tiempo depara para una relación jurídica¹⁸. El letrado persigue, mediante la prestación de sus servicios, múltiples fines de acuerdo a su función social, pero uno de ellos es la recepción de honorarios, perdiendo parte de sentido si no ha reclamado el precio y la acción para demandarlo ha prescrito.

La prescripción extintiva de las acciones está recogida en el último de los capítulos insertos en nuestro Código Civil, a los arts. 1961 y siguientes. En relación al primero de éstos, señalaba BUSTOS PUECHE¹⁹ que “no es fácil encontrar precepto más lapidario que el 1961 del CC”, que dispone que las acciones prescriben por el mero lapso del tiempo fijado por la ley. Concretamente con respecto a lo que nos ocupa establece el art. 1967 CC que “por el transcurso de tres años prescriben las acciones para el cumplimiento de las obligaciones siguientes: I.ª La de pagar a los Jueces, Abogados, Registradores, Notarios, Escribanos, peritos, agentes y curiales sus honorarios y derechos, y los gastos y desembolsos que hubiesen realizado en el desempeño de sus cargos u oficios en los asuntos a que las obligaciones se refieran”. El tenor literal del artículo, en cuanto al segundo de los colectivos que menciona, que aquí nos interesa, deja poco margen a la interpretación, pero no lo elimina, como puede extraerse de la profusa jurisprudencia que ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la prescripción de esta obligación de pago, como en este apartado observaremos.

La prescripción del artículo, denominada en atención a su duración como “prescripción trienal” o “trianual”, tiene sus raíces en nuestro Derecho histórico, encontrándose ya establecida por una ley de la Novísima Recopilación, y goza de

17 DOMÍNGUEZ LUELMO, A., TORIBIOS FUENTES, F.: *La prescripción extintiva en Derecho de obligaciones. Aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 29.

18 VEIGA COPO, A. B.: “La prescripción extintiva en un contexto de reformas. Vigencias y desfases”, *Cuadernos de Deusto*, núm. 61, 2019, p. 164.

19 BUSTOS PUECHE, J. E.: “Acerca de la naturaleza de la prescripción extintiva”, *Revista de Derecho*, núm. 11, 2005, p. 11.

una amplia acogida en el Derecho comparado²⁰. En cuanto a su fundamento jurídico, recoge la STS 14 febrero 2021²¹ que “el fundamento jurídico del acortamiento de los plazos de prescripción de las acciones a que se refiere el artículo 1967 CC está en la circunstancia de que se trata de obligaciones de las que derivan créditos cuyo pago es habitual que se haga de una manera inmediata o muy rápida, de forma que la inactividad respecto a estos créditos conduce al olvido. La norma les da el impulso que deriva de su cotidianeidad”. De hecho, en el caso de los honorarios de letrados, hablamos de profesionales cuya labor es precisamente dirigirse a los Tribunales, por lo que podemos presuponer de estos que tienen el conocimiento necesario tanto de las herramientas para la reclamación, de los plazos de prescripción, como de los métodos de interrupción de la prescripción de la obligación de pago de honorarios.

El artículo no solo establece la prescripción del precio de los servicios jurídicos (“sus honorarios”), sino de otro tipo de cuantías a las que el profesional de la abogacía tendría derecho y que se encuentran sometidas al mismo régimen de prescripción que el precio, principalmente los suplidos a los que hace frente el abogado en nombre del cliente²², habiéndose defendido incluso que serían insertas aquí las cuantías por impartición de cursos o conferencias²³. El núcleo esencial del supuesto de hecho de la norma, como indica Cañizares Laso, radica en la condición del acreedor y no en la naturaleza del contrato o de las prestaciones que derivan del contrato en cuestión, defendiendo la autora que el precepto se ha entendido en el marco de la persona física, mas nada impediría su aplicación a las personas jurídicas²⁴.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la prescripción trienal aplicada al colectivo de los abogados incluso con carácter previo a nuestro Código Civil. Lo hizo siglos atrás en la Sentencia de 21 de diciembre de 1885 -comentada por Díez-Picazo-, que enjuició el nombramiento como abogado consultor de una empresa con un sueldo anual de cinco mil pesetas, en la que concluyó el Tribunal que se

20 DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *La prescripción extintiva*, Thomsom Civitas, Madrid, 2003, p. 227. En idéntico sentido en DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: “La prescripción trienal”, *Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas)*, Aranzadi, BIB\2007\3316, 2007, p. 1. Sobre su inclusión en la Novísima Recopilación (X, II, 10), también REGLERO CAMPOS, L. F.: “Artículo 1967 CC”, en AAVV. Tomo XXV vol. 2, Arts. 1961 al final del Código Civil, Madrid, 2005, p. 3. [Consultado a través de Vlex].

21 STS 14 febrero 2011 (ECLI: ES:TS:2011:542).

22 Aunque normalmente los suplidos los realiza el procurador, como cabe extraerse del art. 34 LEC, que reza “Artículo 34. Cuenta del procurador. 1. Cuando un procurador tenga que exigir de su poderdante moroso las cantidades que éste le adeude por los derechos y gastos que hubiere suplido para el asunto, podrá presentar ante el letrado de la Administración de Justicia del lugar en que éste radicare cuenta detallada y justificada, manifestando que le son debidas y no satisfechas las cantidades que de ella resulten y reclame”. La cursiva es nuestra.

23 REGLERO CAMPOS, L. F.: “Artículo 1967 CC”, cit., p. 7.

24 CAÑIZARES LASO, A.: “Artículo 1967 CC”, en AAVV. *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 8719, quien indica que “se trata de prestaciones profesionales conectadas a una dedicación profesional del acreedor, en el sentido de habitualidad, por lo que se considera que debe ser más diligente en la reclamación de sus créditos”.

trató de un arrendamiento de industria según Las Partidas, con prescripción de veinte años, lo que el autor consideraba ya dudoso incluso con la legislación previa a nuestro Código Civil, y posteriormente impensable²⁵.

Lo cierto es que, si bien pudo existir un debate sobre los abonos fijos a abogados desde el punto de vista de la naturaleza jurídica²⁶, actualmente está fuera de duda que el contrato de prestación de servicios jurídicos con pago establecido mediante iguala debe también acogerse al régimen de prescripción trienal²⁷. Por tanto, si el abogado está sujeto a un contrato civil de iguala, se observará si se establece un único pago o distintos pagos durante el año natural, con inicio del *dies a quo* de la prescripción en el momento de vencimiento de cada uno de estos pagos. Y si está sujeto a la legislación laboral, tendrá el plazo de prescripción de un año recogido en el art. 59 ET²⁸, encontrándonos ante un supuesto ajeno al contrato de prestación de servicios jurídicos.

Podría debatirse sobre si debe aplicarse la prescripción trienal a los honorarios de quienes no sean profesionales. La STS 25 noviembre 2004²⁹, explicaba que “el referido precepto en sus cuatro primeros números se refiere a los percibos a los que tienen derecho los profesionales que enumera y no es de aplicación cuando los servicios prestados por quien no es profesional, que acepta llevar a cabo un encargo concreto”, en un supuesto donde quien reclamaba la remuneración había hecho determinadas gestiones sobre recalificación urbanística de unos terrenos sin tener la condición de profesional.

Por añadidura, si pudiera considerarse como actuación no profesional la del abogado que asesora o defiende en un asunto *pro bono*³⁰ o a título de amistad, benevolencia o buena vecindad, entendemos que podrían excluirse los suplidos

25 DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *La prescripción extintiva*, cit., p. 230. Puede revisarse la sentencia en la misma obra, p. 263.

26 Vid. REGLERO CAMPOS, L. F.: “Artículo 1967 CC”, cit., p. 7. CAVANILLAS MÚGICA, S.: “Artículo 1967 CC”, en AA. VV. *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 13321.

27 Esta tesis es defendida por autores como CAVANILLAS MÚGICA, quien se inclina a pensar que “el artículo 1967 constituye norma especial, basada en una profesionalidad que falta en el artículo 1966, y, por ello, debe prevalecer”. CAVANILLAS MÚGICA, S.: “Artículo 1967 CC”, cit., p. 13321.

28 La STS 30 mayo 1998 (ECLI: ES:TS:1998:3558) defendió que “el citado precepto opera cuando se trata de honorarios devengados por prestaciones concertadas como autónomas e individualizadas, que generan minutas singulares en razón a cada cometido encargado y no en los supuestos en los que el abogado se integra en la empresa, al estar remunerado con retribuciones periódicas constantes y quedar obligado por un contrato de ejecución permanente y sucesiva”.

29 STS 25 noviembre 2004 (ECLI: ES:TS:2004:7675). “Al tratarse aquí de un contrato complejo y no tener por tanto plazo de prescripción señalado, la trienal no es de aplicación y sí el general de los quince años que contempla el artículo 1964”. Este plazo, tras la entrada en vigor de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, pasó a ser cinco años.

30 Sobre los servicios jurídicos *pro bono*, Vid. NEUPAVERT ALZOLA, M.: “Servicios jurídicos *pro bono* y asistencia jurídica gratuita. Diferencias en el marco de la ausencia de precio”, en AA.VV. *Nuevos debates acerca del sistema de justicia civil* (dir. por C. ALONSO SALGADO, A. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. VALIÑO CES, coord. por M. NEUPAVERT ALZOLA, A. SANTOS CURBELO, L. FERNÁNDEZ RAMÍREZ) Dykinson, Madrid, 2025, pp. 34-42.

de la prescripción trienal (pues en estos asuntos rara vez se minutan honorarios). Indicaba DÍEZ-PICAZO³¹ que “en el Código el cariz diferencial lo da el carácter profesional del acreedor y la pertenencia de los servicios de donde el crédito dimana al círculo de este profesional, lo que puede encontrar su fundamento en la idea de que profesional es o debe ser más diligente –se presume que lo es para comprender retribuciones–, de manera que la justificación de la prescripción más rápida radica en esta exigencia legal de una diligencia mayor”, por lo que estos casos, que justamente escapan al círculo del profesional, podrían acogerse a nuestro parecer al plazo ordinario.

2. LA DETERMINACIÓN DEL *DIES A QUO*.

Como no podía ser de otra manera, la cuestión más disputada y comentada en la prescripción de la acción respecto al precio de los servicios jurídicos es la determinación del *dies a quo*, tanto desde la óptica de si los servicios constituyen un todo o generan sus plazos independientemente, como al respecto de la aplicación de las distintas normas de determinación del *dies a quo* recogidas en nuestro Código Civil. Dispone el art. 1969 CC de manera general que el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones -cuando no haya disposición especial que otra cosa determine-, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse. Amén de lo anterior, se debatió ampliamente la aplicación del inciso final del art. 1967 CC, sobre lo que nos pronunciaremos posteriormente.

El más reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo, la STS 3 febrero 2022³², expuso con cita a su copiosa línea jurisprudencial³³, que “los servicios profesionales de los abogados y procuradores en un determinado asunto deben considerarse como un todo”.

De esta manera, el *dies a quo* será el día en el que concluya la relación abogado-cliente para el asunto concreto³⁴, lo que supone una lógica respuesta al problema, pues nulo sentido³⁵ tendría que el abogado asuma la defensa de un asunto, luego

31 DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: “La prescripción trienal”, cit. p. 2.

32 STS 3 febrero 2022 (ECLI: ES:TS:2022:496).

33 Vid. STS 30 junio 2017 (ECLI: ES:TS:2017:2789), STS 4 mayo 2017 (ECLI: ES:TS:2017:1651) y STS 13 junio 2014 (ECLI: ES:TS:2014:2468).

34 Si se encargare a un abogado la defensa penal de un robo, el *dies a quo* será el día en que una de las partes decida poner fin a la relación, o bien el día en que concluya el asunto, pero entendido como un todo, por lo que, si el abogado pasa a hacerse cargo del recurso, seguimos hablando de la misma relación, y si posteriormente gestiona la ejecutoria, también.

35 Cfr. SAP Ourense 30 septiembre 2020 (ECLI: ES:APOU:2020:560), confirmada por inadmisión de los recursos de casación mediante ATS, Sala de lo Civil, 19 abril 2023 (ECLI: ES:TS:2023:4477A). “Tan anormal sería que se obligase al abogado a reclamar el pago por cada una de las tantas actuaciones judiciales que debe realizar en un pleito en defensa de su cliente, como que se le permita minutar de forma global los honorarios devengados por todas las actuaciones que realizó para su cliente durante el período de tiempo, más o menos largo, que dure la colaboración profesional” (en el citado caso, veinte años).

el recurso, y después la ejecución, y durante ese *iter* procesal fuesen prescribiendo las obligaciones de pago de los honorarios de un asunto que todavía perdura³⁶; y menos sentido tendría en los casos de cuota litis donde el letrado espera obtener réditos a través del pronunciamiento.

Continúa la citada sentencia indicando que se toman en consideración “el conjunto de los trabajos desarrollados para la defensa del asunto, y no de forma aislada respecto de cada una de sus actuaciones; salvo que por voluntad de las partes proceda fragmentar y dividir el cobro de cada una de las actuaciones del profesional, como si se tratara de encargos diferentes, aunque versen sobre un mismo asunto”.

Además de lo anterior, si existen tres hojas de encargo, una para la defensa del asunto, otra para el recurso, y otra para la ejecución -puesto que nos encontramos ante encargos diferentes-, una vez concluye la defensa del asunto en primera instancia y es momento de redactar el recurso, el primer trabajo está concluido, y debe ser abonado, y comienza el plazo para la prescripción.

Difícilmente el abogado verá prescritos sus honorarios en este tipo de relaciones profesionales, porque el cliente sigue confiando en él para el desarrollo de la prestación realizando nuevos y sucesivos encargos con relación al encargo anterior, y para que el abogado confíe también en el cliente, éste habrá de demostrar que el profesional puede confiar en que abonará la cuantía. De esta manera, la hoja de encargo a través de la que se obliga al abogado, por ejemplo, a recurrir la sentencia, puede acordar un calendario de pagos de la deuda ya exigibles junto a los nuevos honorarios.

En la STS 4 mayo 2017³⁷, la Sala establecía que “en casos de diversas gestiones o actuaciones en relación con un mismo asunto de un cliente, el momento en que «dejaron de prestarse los respectivos servicios» es el de la terminación del asunto, de modo que no empieza a correr el plazo de prescripción hasta su finalización. En particular, cuando la intervención profesional comprende la dirección y defensa de los intereses del cliente en un litigio, el plazo de prescripción no empieza a correr hasta que no finalizan las actuaciones procesales conectadas con el asunto encomendado, salvo que por voluntad de las partes proceda fragmentar y dividir el cobro de cada una de las actuaciones del profesional, como si se tratara de encargos diferentes aunque versen sobre un mismo asunto”.

36 Vid. STS 8 abril 1997 (ECLI: ES:TS:1997:2435). “Sería anormal que el abogado reclamase el pago por cada una de tantas actuaciones judiciales como realice en un pleito en defensa de su cliente, pues esas actuaciones están íntimamente encadenadas hacia la consecución del objetivo perseguido por éste, que es el triunfo de su tesis”.

37 STS 4 mayo 2017 (ECLI: ES:TS:2017:1651).

En suma, lo verdaderamente importante es la comprobación de si los servicios han resultado concatenados durante la prestación o si por el contrario plantean una independencia que permita declarar que existe un plazo de tres años para la prescripción de la acción de reclamación del precio de cada uno de esos servicios.

Un aspecto muy discutido acostumbra a ser la identificación del momento de entrega de la venia como *dies a quo*. En la actualidad, la sustitución del profesional se incluye en el art. 60 EGAE, que establece que “el profesional de la Abogacía a quien se encargue la dirección profesional de un asunto encomendado a otro compañero deberá comunicárselo a este en alguna forma que permita la constancia de la recepción, acreditando haber recibido el encargo del cliente”. Esta comunicación, desde un punto de vista objetivo, constituye la puesta en conocimiento del letrado de que el cliente ha decidido prescindir de sus servicios encomendándole el encargo a un nuevo abogado. Además, el art. 8 del Código Deontológico de la Abogacía Española declara la imposibilidad de denegar la venia, lo que en el caso de la prescripción podría emplearse para alargar los plazos.

De este modo, el abogado que entrega la venia, que se desentiende ya de la relación de prestación de servicios, tiene ahora un mayor motivo para reclamar el pago, pues en el marco de tal vínculo la exigencia constante de los pagos puede contribuir negativamente a la relación, y tal vínculo ahora ya ha desaparecido. En esta línea, la STS 13 junio 2014, confirma la sentencia recurrida, y desestima el recurso del abogado, que buscaba vincular el *dies a quo* al momento en que el otro abogado le solicita la venia. Y es que esta identificación se refiere únicamente a los procedimientos vivos, no a los concluidos: en los vivos, puesto que la relación de prestación de servicios está vigente, sí que puede asemejarse, pero en aquellos procedimientos que están terminados, el *dies a quo* se corresponde con el último acto vinculado a la prestación de tales servicios. En la citada sentencia el último acto procesal se remontaba al 10 de enero de 2006, y se presentaría jura de cuentas el 16 de julio de 2009, aludiendo a que el 30 de junio de 2009 le pidieron la venia, pero ya en el momento de la venia la acción para la reclamación se encontraba prescrita.

En último lugar, resulta interesante el pronunciamiento contenido en la STS 7 noviembre 2002³⁸, que casó una sentencia de la Audiencia Provincial de Coruña en la que, en un supuesto de honorarios de arquitectos, se pretendía vincular el *dies a quo* al día de emisión de la factura de honorarios. Con buen criterio, el Alto Tribunal declaró que aceptar esta postura daría lugar “con esa postura la inseguridad del cómputo y exigencia de la reclamación tempestiva de la acción dependería en todo caso del tiempo en que “el interesado presentara al cobro sus honorarios”, lo que, claro es, subordinaría a la mayor o menor diligencia de

38 STS 7 noviembre 2002 (ECLI: ES:TS:2002:7392).

ese cobro, el transcurso del plazo de susodicha prescripción, mientras que el *dies a quo* preceptivo habrá de fijarse desde que «dejaron de prestarse los respectivos servicios», como de modo expreso, impone el citado art. 1967 *in fine*³⁹.

3. Servicios jurídicos, asistencia jurídica gratuita y prescripción.

Debemos recordar que los servicios jurídicos, habitualmente prestados mediante un contrato de prestación de servicios jurídicos que vincule a abogado con su cliente a cambio de unos honorarios, también pueden ser realizados en el marco de una relación no consensual, sino de origen legal, que queda subsumida en las normas de aplicación al contrato de prestación de servicios jurídicos⁴⁰.

Hablamos del régimen de la prestación acogida a la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (en adelante, LAJG), donde sería posible que se devenguen honorarios o no. La intervención de la LAJG en la prestación está llamada a tener relevancia cuando de la prescripción de la acción para el cumplimiento de la obligación de pago de honorarios se refiere.

De esta manera, son particulares algunas formas de determinación del *dies a quo* en relación con la intervención del régimen de la LAJG. Así, es especialmente interesante la SAP Ciudad Real 7 octubre 2021⁴¹, confirmada por inadmisión de los recursos de casación mediante el ATS 11 octubre 2023⁴², que indica que el *dies a quo* de los procedimientos vivos empezará a contar desde el día en que el cliente solicite asistencia jurídica gratuita, pues en este supuesto se revoca el poder para pleitos mediante la solicitud de nombramiento de un abogado conforme al régimen acogido en la LAJG.

Por otro lado, el art. 36 LAJG prevé que, en casos de condena en costas al beneficiario de justicia gratuita, éste queda obligado a pagar las costas causadas en su defensa y las de la parte contraria si viniere a mejor fortuna. Lo especial de esta disposición es que deja meridianamente claro que la prescripción del art. 1967 CC queda interrumpida hasta tal declaración, estableciéndose así el *dies a quo*⁴³. La norma de justicia gratuita también prevé qué ingresos dan lugar a la situación

39 Ibidem, FJ 3º *in fine*.

40 SERRA RODRIGUEZ, A.: *La responsabilidad civil del abogado*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 155; CRESPO MORA, M. C.: *La prestación de servicios jurídicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 34-36, y especialmente nota al pie núm. 15.

41 SAP Ciudad Real 7 octubre 2021 (ECLI: ES:APCR:2021:1102).

42 ATS, Sala de lo Civil, 11 octubre 2023 (ECLI: ES:TS:2023:13375A).

43 Art. 36.2 LAJG. "2. Cuando en la resolución que ponga fin al proceso fuera condenado en costas quien hubiera obtenido el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita o quien lo tuviera legalmente reconocido, éste quedará obligado a pagar las causadas en su defensa y las de la parte contraria, si dentro de los tres años siguientes a la terminación del proceso viniere a mejor fortuna, quedando mientras tanto interrumpida la prescripción del artículo 1.967 del Código Civil".

de mejor fortuna⁴⁴ y quién debe declarar tal situación: a la Comisión siguiendo las normas de los arts. 19 y 20⁴⁵.

Es importante reseñar qué debe entenderse por mejor fortuna y quién resolverá sobre esta cuestión, pues la fecha de firmeza de la resolución de declaración de mejor fortuna constituirá el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción: tres años desde que se declaró tal situación, y, por tanto, tres años desde que nace la obligación de pago de honorarios. En algún supuesto se ha cuestionado si ese *dies a quo* en justicia gratuita se debe identificar con la fecha de reconocimiento del beneficio, negándose con rotundidad⁴⁶.

Después de analizar la prescripción de los honorarios suscritos por contrato, y la reclamación de los honorarios tras venir a mejor fortuna, debe realizarse un último comentario sobre la prescripción referente a una demanda que incluye ambas tipologías de servicios, provenientes de dos relaciones contractuales que obedecen a regímenes distintos, como ocurriría en la SAP Segovia 23 noviembre 2021⁴⁷.

La tesis del abogado reclamante partía de considerar “que la relación contractual con su cliente no habría concluido, siendo indiferente que se desarrollase como letrado particular o de oficio, al poder reclamarle los honorarios derivados del turno de oficio”. Sin embargo, la Audiencia Provincial confirma el pronunciamiento de primera instancia entendiendo que existió una relación contractual voluntaria y libre entre abogado y cliente que finaliza el 10 de diciembre de 2014, y desde ese momento surge una nueva relación entre ambos con base en la obligación legal, que asumió voluntariamente el abogado al inscribirse en el turno de oficio:

44 Art. 36.2 LAJG *in fine*. “Cuando los ingresos y recursos económicos por todos los conceptos superen el doble del módulo previsto en el artículo 3, o si se hubieran alterado sustancialmente las circunstancias y condiciones tenidas en cuenta para reconocer el derecho conforme a la presente ley”.

45 No siempre fue así, pues hasta la entrada en vigor de la Ley 42/2015, era competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, como puede extraerse de lo dispuesto en la STS, Sala Especial, 26 noviembre 2018 (ECLI: ES:TS:2018:4352), en un supuesto en el que el beneficio fue concedido en 2011, pero la solicitud de que se declarase que la beneficiaria había venido a mejor fortuna era posterior a la entrada en vigor de la citada norma, fallándose que en cuanto a los reconocimientos previos a esta norma, la competencia es de tal jurisdicción y no de la Comisión colegial correspondiente.

46 FONT DE MORA RULLAN, J.: “Análisis del procedimiento del artículo 36.2 de la LAJG para la revisión del beneficio de justicia gratuita por venir su titular a mejor fortuna y su impacto en las costas”, 20 de julio de 2018. [Consultado online: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/13291-analisis-del-procedimiento-del-articulo-36-2-de-la-lajg-para-la-revision-del-beneficio-de-justicia-gratuita-por-venir-su-titular-a-mejor-fortuna-y-su-impacto-en-las-costas/>, última revisión 13 de abril de 2025], con cita al AAP Madrid 20 junio 2012 (ECLI ES:APM:2012:8716A).

47 SAP Segovia 23 noviembre 2021 (ECLI: ES:APSG:2021:420). La misma es firme tras el dictado del ATS 8 noviembre 2023 (ECLI: ES:TS:2023:15086A), quien en su FJ 3º indicó que “la recurrente obvia en su argumentación que no hubo continuidad en la prestación de servicios por parte del letrado ya que este dejó de estar vinculado al contrato de prestación de servicios cuando el cliente solicitó la designación de oficio de letrado, sin que obste a lo anterior que fuese el mismo letrado el que fuera designado por el turno de oficio. Por tanto rota la continuidad contractual no es aplicable la jurisprudencia invocada prevista para computar el conjunto de actuaciones profesionales hasta llegar al final pero no para el caso en que el letrado presta sus servicios, primero, en virtud de contrato de prestación de servicios profesionales y luego con base en la designación efectuada por el turno de oficio, tras gozar del beneficio de justicia gratuita”.

“que el letrado designado en dicho turno pueda ser el mismo que hasta entonces lleva el asunto de forma particular; no modifica la existencia de dos relaciones completamente diferentes desde el punto de vista jurídico, sin que se considere que este solo hecho deba suponer reproche deontológico o moral alguno”.

Refuta también la Audiencia Provincial el argumento de la unidad de relación puesto que no incidió en los distintos títulos de pedir que conllevaban la reclamación: en primer lugar, una relación con base en la libertad contractual entre cliente y profesional, y en segundo lugar, otra con fundamento en la normativa legal que regula el derecho del ciudadano a la asistencia jurídica gratuita y la correlativa obligación del Estado, indicando que en esta segunda situación “el letrado no actúa por tanto como un profesional liberal que contrata libremente con el cliente sino cumpliendo una función pública, como garante de una obligación del Estado que éste sufraga (aunque sea de forma magra) con cargo a las asignaciones del turno de oficio, sin perjuicio de la posibilidad añadida de ese cobro de honorarios de venir a mejor fortuna”.

La obligación de pago de honorarios también se prevé, de modo comedido, en el art. 36.3 LAJG, para los casos en los que el beneficiario de justicia gratuita venza en el pleito, pero no exista expreso pronunciamiento en costas, previendo que deberá pagar las costas causadas en su defensa siempre que no excedan de la tercera parte. De esta manera, la prescripción que opera sigue siendo la trienal del art. 1967 CC, como se indicó en la SAP A Coruña 7 mayo 2012⁴⁸, que enjuició el debate sobre la reclamación de honorarios proveniente del art. 36.3 LAJG.

4. La discusión sobre la aplicación de la regla final del art. 1967 CC.

Un debate que ha sido soslayado hasta ahora es la posible aplicación del inciso final del art. 1967 CC a los honorarios y suplidos de abogados. La letra del art. 1967 CC es la siguiente “Por el transcurso de tres años prescriben las acciones para el cumplimiento de las obligaciones siguientes: 1.^a La de pagar a los Jueces, Abogados, Registradores, Notarios, Escribanos, peritos, agentes y curiales sus honorarios y derechos, y los gastos y desembolsos que hubiesen realizado en el desempeño de sus cargos u oficios en los asuntos a que las obligaciones se refieran. 2.^a (...). 3.^a (...). 4.^a La de abonar a los posaderos la comida y habitación, y a los mercaderes el precio de los géneros vendidos a otros que no lo sean, o que siéndolo se dediquen a distinto tráfico. El tiempo para la prescripción de las acciones a que se

48 SAP A Coruña 7 mayo 2012 (ECLI: ES:APC:2012:1521). “La relación está modalizada, en este caso, por la solicitud de asistencia jurídica gratuita por parte de quien desea instar la división judicial de la herencia de su madre y la posterior designación de abogado de oficio, previos los trámites legales pertinentes, lo que podría significar, en varias circunstancias, que no debiera abonar tales honorarios. Sin embargo, de reclamarse, por concurrir los presupuestos en que la Ley de Asistencia Jurídica así lo contempla, el plazo de prescripción es el de tres años del art. 1967.1º CC y los problemas de determinación del *dies a quo* los ordinarios en la relación abogado-cliente”.

refieren los tres párrafos anteriores se contará desde que dejaron de prestarse los respectivos servicios”. Esta cuestión suscitó una discusión doctrinal de la que debemos destacar dos grandes soluciones⁴⁹.

La primera, mediante la interpretación literal del precepto, opta por entender que los tres párrafos anteriores son los numerales dos, tres y cuatro, dejando fuera el supuesto primero de la regla especial. En la jurisprudencia se narran supuestos como el de la STS 16 febrero 1899⁵⁰, que aludió al contexto de este precepto, legal, recta y naturalmente entendido, para inaplicar el primero de los incisos. Ello nos redirige a la regla general del art. 1969 CC, que indica que el plazo comienza desde que pudo interponerse la acción⁵¹.

La segunda opta por aplicar tal inciso a todo el artículo. DÍEZ-PICAZO⁵² interpretaba el inciso como anexo al numeral cuarto, por lo que, al hablar de los tres párrafos anteriores, queda aplicable a los números uno, dos y tres. También DE CASTRO Y BRAVO⁵³ se inclinaba por esta opción ya que no se ven razones intrínsecas para preferir la eliminación del párrafo primero o la del cuarto, mientras que existen motivos para permitir que los jueces valoren el normal término de los servicios, porque no es usual en las buenas relaciones sociales exigir el pago antes de que terminen los servicios.

En la jurisprudencia más cercana a nuestro tiempo se ha optado por resolver el problema aplicando a los honorarios de abogados lo dispuesto en el inciso final del art. 1967 CC, como bien señala Reglero Campos⁵⁴. En consonancia, la STS 12 febrero 1990⁵⁵ condensa la posición del Tribunal Supremo actual, rechazando un recurso de casación pues, aunque la cuestión nunca ha sido pacífica⁵⁶, puesto que se valora la prescripción de una multitud de trabajos profesionales de realización continuada, “no es posible aplicar el módulo restrictivo del lapso prescriptorio a

49 Como señalaba DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Temas de Derecho Civil*, reimpresión de la 2ª ed., 1972, Madrid, pp. 158 y ss., realmente existen tres soluciones. Aquí reseñamos únicamente las dos más importantes para la doctrina.

50 STS 16 febrero 1899. Citada en REGLERO CAMPOS, L.F.: “Artículo 1967 CC”, cit., y DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *La prescripción extintiva*, cit., pp. 272 y ss.

51 Esta postura se hallaba aceptada por ALAS, L., DE BUEN, D., RAMOS, E.: *De la prescripción extintiva*, Maestre, 1918, p. 314. NAVARRO AMANDI, M.: *Cuestionario del Código civil reformado en virtud de la Ley de 26 de mayo de 1889*, Tomo III, Madrid, 1890, p. 457, y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, vol. I, Madrid, 1956, p. 754, nota al pie 350.

52 DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *La prescripción extintiva*, cit., pp. 237 y ss.

53 DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Temas de Derecho Civil*, cit., pp. 158 y ss.

54 REGLERO CAMPOS, L. F.: “Artículo 1967 CC”, cit. p. 51, quien también menciona la STS de 8 de febrero de 1949, interesante pues enjuiciaba una relación de servicios entre médico de cabecera y paciente continua, lo que implicaba la necesidad de adecuar el *dies a quo* al final del tratamiento.

55 STS 12 febrero 1990 (ECLI: ES:TS:1990:14460).

56 *Ibidem*, FJ 2º, primer motivo, la cual indica que “como acierta el Tribunal *a quo*, existen textos oficiales que acogiendo el supuesto error la redacción inicial de nuestro Código Civil, ofrecen la fórmula más razonable de «cuatro párrafos anteriores», como ocurre en la versión oficial del Código Civil según la edición del «B. O. E.», en su divulgación por el Ministerio de Justicia del año 1975, página 551 de su texto”.

una etapa o porción de los mismos”, indicando que al acreditarse y reconocerse que los honorarios no se han dividido, sino que han sido continuados, únicamente al término de la relación contractual es cuando había de iniciarse el *dies a quo*.

Ya en nuestro siglo, la STS 25 noviembre 2004⁵⁷, ha defendido que “el referido precepto en sus cuatro primeros números se refiere a los percibos a los que tienen derecho los profesionales que enumera”, lo que nos hace pensar que, si el motivo de recogerlos sujetos a la prescripción trienal es el de constituir pagos debidos por servicios profesionales, no tendría sentido que no se vieran afectos los abonos de los servicios del art. 1967.1º CC. Esta postura es, a su vez, coherente con la práctica jurisprudencial que por un lado es restrictiva en la aplicación del precepto, pero es extensiva en cuanto a la determinación del *dies a quo*⁵⁸.

5. Interrupción de la prescripción trienal.

La prescripción, a diferencia de la caducidad, puede ser interrumpida y, con ello, el plazo se reinicia; “el contador se pone de nuevo a cero”⁵⁹. El art. 1973 CC establece que la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor. Es esperable que quien goza del derecho y se plantea reclamar su cumplimiento busque restablecer el plazo, máxime si su labor es precisamente la de dirigirse a los tribunales.

El primero de los supuestos que recoge el art. 1973 CC es el del ejercicio ante los Tribunales. En el caso de los profesionales de la abogacía, la actuación en defensa del cobro de sus honorarios puede revestir múltiples formas, por lo que si bien la doctrina acostumbra a vincular el ejercicio con la demanda por ser el medio característico de ejercicio de acciones ante los Tribunales⁶⁰, en este caso también debe atribuirse efecto interruptor a la solicitud de jura de cuentas.

Lo verdaderamente importante a la hora de determinar el efecto de interrupción es el contenido de la demanda -o de la solicitud de jura de cuentas-. Señalaba con total acierto Díez-Picazo⁶¹ que el Código Civil no es especialmente expresivo en este punto, suponiendo no sólo que la demanda incorpora una

57 STS 25 noviembre 2004 (ECLI: ES:TS:2004:7675).

58 UREÑA MARTÍNEZ, M.: “La prescripción trienal del art. 1967 CC (LEG 1889, 27)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. III, Sección Doctrina, 1999, p. 7.

59 MARÍN LÓPEZ, M. J.: “El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil” en AA.VV. *La prescripción extintiva: XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 35.

60 CORDÓN, F.: “La interrupción de la prescripción por el ejercicio de la acción de los Tribunales”, *La Ley*, núm. I, 1983, pp. 1161 y ss. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *La prescripción extintiva*, cit., p. 163. CAVANILLAS MÚGICA, S.: “Artículo 1973 CC”, en AA. VV. *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 13363.

61 Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *La prescripción extintiva*, cit., pp. 163 y ss.

acción sino que existe identidad entre la acción que con dicha demanda se ejercita y la acción que se encuentra en trance de prescripción.

Deben entenderse dentro de esta causa de interrupción las producidas por la prejudicialidad penal, puesto que se impide el ejercicio de la acción al estar un órgano penal dirimiendo sobre tales hechos, en el sentido del art. 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁶². La jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶³ sobre este artículo en conexión con el régimen de establecimiento del *dies a quo* ha entendido que la tramitación penal retrasa el inicio “al constituir un impedimento u obstáculo legal a su ejercicio”.

En el caso concreto, el problema es determinar si los hechos presuntamente delictivos quedan dentro de la aplicación de esta doctrina, por ejemplo, en los procesos penales por apropiación del letrado de cuantías en nombre del cliente, independientemente del resultado. Así, la SAP Oviedo 15 diciembre 2021⁶⁴, aplicó tal doctrina a la reclamación de honorarios de abogados declarando que la demanda de juicio monitorio se encontraba en plazo por mor de la prejudicialidad penal. No así la SAP Las Palmas 2 julio 2018⁶⁵, en la que entendieron que la reclamación monitoria había excedido el plazo de tres años ya que “por más que exista conexión refleja entre ambos, los hechos son distintos; en el penal: la apropiación del dinero percibido en los procesos civiles dirigidos por el letrado finalmente condenado y en el civil: la existencia de una relación de abogado y la reclamación de la contraprestación lícitamente generada por la prestación regular de los servicios profesionales”. En nuestra opinión, la prejudicialidad penal debe interrumpir la prescripción si de las cuantías presuntamente apropiadas el letrado disponía de la capacidad para poder detraer sus honorarios, mediante acuerdo en el sentido del art. 19 del Código Deontológico de la Abogacía Española, que estipula que “los fondos recibidos no se podrán retener más tiempo que el estrictamente necesario incluso si adeudan honorarios profesionales, quedando prohibida la compensación y autoliquidación”.

También interrumpen la prescripción las reclamaciones extrajudiciales de la obligación de pago del precio⁶⁶, bastando en este caso los actos que rompen el silencio de la relación jurídica, contrarios a la dejación o abandono del derecho⁶⁷.

62 Art. 114 LECRIM. “Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal. No será necesario para el ejercicio de la acción penal que haya precedido el de la civil originada del mismo delito o falta. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el capítulo II, título I de este libro, respecto a las cuestiones prejudiciales”.

63 Concentrada en la STS 22 febrero 2021 (ECLI: ES:TS:2021:626), FJ 2°.

64 SAP Oviedo 15 diciembre 2021 (ECLI: ES:APO:2021:4082).

65 SAP Las Palmas 2 julio 2018 (ECLI: ES:APGC:2018:1895).

66 Y no por ejemplo de las reclamaciones de pago de provisión de fondos, como se extrapola de la SAP Vitoria 25 junio 2020 (ECLI: ES:APVI:2020:1174), FJ 3°.

67 Cfr. DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *La prescripción extintiva*, cit., pp. 184 y ss.

Lo fundamental es el carácter recepticio⁶⁸ de la reclamación⁶⁹. La jurisprudencia sobre la interrupción extrajudicial recoge tres aspectos importantes: la libertad de forma, la práctica de prueba sobre la reclamación, y que se trata de una cuestión de hecho que compete a la sala de instancia⁷⁰.

Son especialmente relevantes, a día de hoy, los intentos de acudir a los medios adecuados de solución de controversias que a día de hoy suponen un requisito de procedibilidad (nuevo art. 403.2 LEC). La reforma operada por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, da lugar a que nos encontremos con una interrupción de la prescripción que se prolongará hasta la fecha de firma de acuerdo, de terminación del mecanismo alternativo, o de no existir primera reunión, de quince o treinta días (art. 7 LO 1/2025⁷¹ y nuevo art. 4 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁷²). Esta diferencia de plazo, entendemos, se debe a la distinción entre procesos en los que interviene un tercero y en los que no, justificándose que el plazo de interrupción sea mayor en aquellos en los que no hay un tercero. Es interesante resaltar que el intento de acudir a un medio adecuado de solución de

68 Vid. STS 29 mayo 2009 (ECLI: ES:TS:2009:3303). “En segundo lugar, este plazo no se ha interrumpido por reclamación extrajudicial del acreedor. La eficacia de la interrupción depende de una declaración de voluntad recepticia por parte del acreedor, que, además de la actuación objetivamente considerada, impone que la misma haya llegado a conocimiento del deudor.

69 De forma flexible, según CAVANILLAS MÚGICA, S.: “Artículo 1973 CC”, cit., p. 13369.

70 STS 21 julio 2008 (ECLI: ES:TS:2008:4332), FJ 5º.

71 Art. 7 LO 1/2025. “1. La solicitud de una de las partes dirigida a la otra para iniciar un procedimiento de negociación a través de un medio adecuado de solución de controversias, en la que se defina adecuadamente el objeto de la negociación, interrumpirá la prescripción o suspenderá la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste el intento de comunicación de dicha solicitud a la otra parte en el domicilio personal o lugar de trabajo que le conste a la persona solicitante, o bien a través del medio de comunicación electrónico empleado por las partes en sus relaciones previas. La interrupción o la suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo o de la terminación del proceso de negociación sin acuerdo. El cómputo de los plazos se reiniciará o reanudará respectivamente en el caso de que no se mantenga la primera reunión dirigida a alcanzar un acuerdo o no se obtenga respuesta por escrito en el plazo de treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de la solicitud de negociación por la parte a la que se dirige, o desde la fecha del intento de comunicación, si dicha recepción no se produce. En el caso de que alguna propuesta concreta de acuerdo no tenga respuesta por la contraparte en el plazo de treinta días naturales desde la fecha de recepción, se reiniciará o reanudará respectivamente el cómputo de plazos”.

72 Art. 4 Ley 5/2012. “La solicitud de inicio de la mediación conforme al artículo 16 interrumpirá la prescripción o suspenderá la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador o el depósito ante la institución de mediación en su caso, reiniciándose o reanudándose respectivamente el cómputo de los plazos en el caso de que en el plazo de quince días naturales desde la fecha de la recepción de la solicitud por el mediador o institución mediadora no se hubiera intentado por estos la comunicación con la otra parte, así como en el caso de que en el plazo de quince días naturales desde la recepción de la propuesta por la parte requerida, o desde la fecha de intento de la comunicación si dicha recepción no se produce, no se mantenga la primera reunión dirigida a alcanzar un acuerdo o no se obtenga respuesta por escrito. En caso de que se abra la mediación, la interrupción o la suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, la firma del acta final, o cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en esta ley”. Es interesante que el preámbulo, a diferencia del artículo, habla abiertamente de suspensión de la prescripción. “El marco flexible que procura la Ley pretende ser un aliciente más para favorecer el recurso a la mediación, de tal forma que no tenga repercusión en costes procesales posteriores ni se permita su planteamiento como una estrategia dilatoria del cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes. Así se manifiesta en la opción de la suspensión de la prescripción cuando tenga lugar el inicio del procedimiento frente a la regla general de su interrupción, con el propósito de eliminar posibles desincentivos y evitar que la mediación pueda producir efectos jurídicos no deseados”.

conflictos, siguiendo el art. 7.3 LO 1/2025, será válido durante un año, pero nada se dice sobre la posibilidad de incoar una nueva solicitud de resolución extrajudicial que sirva como requisito de procedibilidad. Por tanto, la acción no estará prescrita; simplemente es necesario acreditar un nuevo intento de solución.

Por último, la prescripción queda interrumpida por cualquier acto de reconocimiento de deuda por el deudor. El Tribunal Supremo atribuyó al reconocimiento de deuda “la voluntad propia de un negocio jurídico de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente, la jurisprudencia le anuda el efecto material de obligar al cumplimiento por razón de la obligación cuya deuda ha sido reconocida, y el efecto procesal de dispensar de la prueba de la relación jurídica obligacional preexistente”⁷³. A diferencia del anterior, aquí no es necesario el carácter recepticio⁷⁴, y habrán de diferenciarse los meros reconocimientos⁷⁵ de aquellos supuestos en los que exista un “auténtico negocio con eficacia novatoria extintiva o de transacción”⁷⁶. En estos últimos, dejamos de hablar de la prescripción trienal y nos movemos ahora en el ámbito del plazo general del art. 1964.2 CC.

En el supuesto que nos ocupa, nos resulta especialmente interesante el valor que pueden adquirir las hojas de encargos para nuevos servicios contratados, desde la óptica de la interrupción de la prescripción. Si en la nueva hoja se acogen los nuevos servicios así como el calendario de pagos de lo que restaba por abonar de anteriores prestaciones, unido a los nuevos honorarios adeudados, nos encontraremos ante un supuesto en el que el cliente, deudor del precio, asume que debe las cuantías, y, por consiguiente, se encuentra interrumpida la prescripción. Se estaría así produciendo un reconocimiento de deuda dentro del mismo contrato donde se encarga el nuevo asunto o la continuación del mismo. Y en el marco de esta relación nada obsta para que se vaya interrumpiendo la prescripción mediante notificaciones realizadas en el propio despacho profesional mientras se informa del devenir del nuevo asunto.

La interrupción será evaluada si es realmente necesaria para poder declarar que la acción no está prescrita. Así, el ATS 26 mayo 2021⁷⁷, que inadmitió el recurso

73 STS 17 noviembre 2006 (ECLI: ES:TS:2006:7799), así como STS 16 abril 2008 (ECLI: ES:TS:2008:4598).

74 CAVANILLAS MÚGICA, S.: “Artículo 1973 CC”, cit., p. 13369.

75 Vid., a título de ejemplo, la SAP Málaga 27 noviembre 2023 (ECLI: ES:APMA:2023:3880), FJ 2º, en la que existieron tanto comunicaciones por correo electrónico como solicitudes de hoja de encargo que detallaran los honorarios para posteriormente debatirlos entre los socios, lo que refleja la existencia de esa deuda. “Se reconoce en el email remitido por don Luis Carlos remitido al letrado “Alfonso” con fecha 22 de mayo de 2015 y denominado “minutas pendientes” Que le debía la minuta del juicio verbal al que se ha hecho referencias y respecto a “Residencia Tamisa SL” que lo había hablado con Carlos Francisco reclamando hoja de encargo con detalle de sus honorarios para que los socios lo podamos comentar y tomar decisiones pertinentes”.

76 CAVANILLAS MÚGICA, S.: “Artículo 1973 CC”, cit., p. 13369.

77 El ATS, Sala de lo Civil, 26 mayo 2021 (ECLI: ES:TS:2021:7038A) inadmitió un recurso alegando prescripción en el que se realizó un reconocimiento de deuda por parte del cliente. En este asunto se concedió venia de

y confirmaría que la acción no había prescrito, determinó el *dies a quo* en un procedimiento en proceso de prestación, en el día en el que el letrado le concedió la venia a otro compañero y entregó minuta al cliente (5 de junio de 2015); si bien posteriormente se firmó un reconocimiento de deuda (29 de febrero de 2016) y se abonaron cien euros meses más tarde (6 de octubre de 2016). Aquí el Alto Tribunal, confirmando la Sentencia de la Audiencia Provincial, no se complica y toma como *dies a quo* el día en que el abogado fue sustituido, pues toda vez que la demanda se presentaría en el año siguiente, la acción no está prescrita y no era realmente necesario entrar a valorar lo relativo al reconocimiento⁷⁸.

Y, por otro lado, el reconocimiento de la deuda tendrá el efecto de interrumpir la prescripción, mas nunca el de resucitar la obligación ya prescrita, como se apreció en la SAP Baleares 7 noviembre 2022⁷⁹, en la que el deudor reconoció adeudar los honorarios en el seno de un procedimiento penal contra el letrado que se celebró seis años después del inicio del plazo de prescripción.

Para concluir, la pregunta que nos surge es en qué campo de las anteriores sería posible incluir la interrupción de la prescripción recogida en el art. 36.2 LAJG, o si es independiente. En nuestra opinión, podría entenderse que cuando una persona solicita abogado de oficio, y le es reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, está aceptando que habrá de abonar los honorarios de su letrado para el caso en que venga a mejor fortuna. Por tanto, se está reconociendo, mediante la asunción del régimen de la designación de abogado de la LAJG, que adeudará tales honorarios. El fundamento de la interrupción es claro, porque si la ley reconoce un plazo de tres años en los que estaría obligado a hacer frente a los abonos del proceso de venir a mejor fortuna, carecería de sentido que el plazo de prescripción de los honorarios esté transcurriendo al mismo tiempo.

III. EL DERECHO AL COBRO DE LAS COSTAS: LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN EJECUTIVA.

I. El régimen de caducidad aplicable a la acción ejecutiva fundada en el pronunciamiento en costas.

Una vez ha sido analizada la figura de la prescripción trienal, debemos trasladarnos ahora a otro ámbito de relevancia para el precio de los servicios jurídicos: el derecho al cobro de las costas que el vencedor posee sobre el vencido en un procedimiento judicial en atención a lo dispuesto en los arts. 394 y ss.

un abogado a otro en 2015 con respecto a un solo conjunto de prestaciones de servicios, y se interpuso la acción en 2016.

78 Ibidem, FJ 3º, apartado 3º. "Como la venia fue concedida el 5 de junio de 2015 y la demanda origen de las presentes actuaciones se interpuso en el año 2016, la acción no está prescrita".

79 SAP Baleares 7 noviembre 2022 (ECLI: ES:APIB:2022:2806).

de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Los créditos provenientes de las condenas en costas no están comprendidos en el régimen de la prescripción trienal, por más que dentro se incluyan cuantías económicas que corresponden a honorarios de abogado. Las costas nacen de la sentencia y no de una relación contractual con los citados profesionales, como ocurre en la prescripción trienal⁸⁰.

Es innegable que las costas presentan una relación más que amplia con los honorarios de abogado. Las costas son “no un crédito de los profesionales que asumieron su representación y defensa”, pues estas no constituyen unos honorarios profesionales a pagar por el cliente sino “un crédito del litigante vencedor contra el litigante vencido y condenado a su pago por la sentencia judicial”⁸¹. La jurisprudencia deja meridianamente clara esta cuestión al indicar que “la excepción de prescripción alegada no puede ser acogida, ya que es doctrina de esta Sala la de que el derecho a ser resarcido de las costas es propio y específico de la parte recurrida frente a la recurrente a la cual se le ha desestimado el recurso de casación que interpuso, no del Abogado y Procurador de aquélla. Estos profesionales tendrán acción para cobrar sus honorarios y derechos de quien contrató sus servicios, y a esa acción le es aplicable la prescripción del art. 1.967.1º. Pero aquí no se trata de este supuesto sino el de la ejecución de una sentencia de condena de una parte del recurso frente a la otra”⁸². Queda más que separada de esta manera la prescripción trienal del régimen específico que aplica al crédito de costas.

Este crédito debe ser reclamado mediante una acción ejecutiva, pues nos encontramos ante un derecho de crédito ya reconocido en sentencia, tanto desde la perspectiva de reclamar que las costas sean tasadas, como desde el prisma de demandar que tal cuantía sea efectivamente ejecutada. En atención a estos extremos, debe estarse a lo expuesto en el art. 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que recoge la caducidad de la acción ejecutiva fundada en sentencia judicial, o resolución arbitral o acuerdo de mediación, estableciendo que “la acción ejecutiva

80 Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La caducidad de la acción ejecutiva fundada en títulos procesales o asimilados”, en AA.VV.: *La prescripción extintiva: XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 458.

81 Amplísima doctrina del Tribunal Supremo refuerza esta afirmación: ATS 2 marzo 2021 (ECLI: ES:TS:2021:2503A), y la jurisprudencia que en éste se cita, STS 27 marzo 1999 (ECLI: ES:TS:1999:2150), STS 6 junio 2001 (ECLI: ES:TS:2001:4771), STS 20 diciembre 2002 (ECLI: ES:TS:2002:8732) y ATS 14 junio 2011 (ECLI: ES:TS:2011:8980A).

82 STS 27 marzo 1999 (ECLI: ES:TS:1999:2150), ya citada. En un sentido similar se ha pronunciado el Tribunal Supremo posteriormente, pudiendo observarse lo dispuesto en la STS 29 noviembre 2023 (ECLI: ES:TS:2023:5200), que indica que “Esta sala tuvo la oportunidad de pronunciarse, en los incidentes de impugnación de la tasación de costas, en el sentido de que el derecho a ser resarcido con su importe es propio de la parte vencedora en juicio frente a la condenada al pago, y, por ello, no procede la aplicación del plazo de prescripción de tres años, previsto en el art. 1967.1 CC para la reclamación de los honorarios del letrado y de los derechos arancelarios del procurador por dichos profesionales a sus clientes, sino el establecido en el art. 1964 del mismo texto legal”, con cita esta vez a la STS 14 enero 2005 (ECLI: ES:TS:2005:52), si bien por aquel entonces esta cuestión revestía una importancia distinta porque el plazo del art. 1964.2 CC ascendía a quince años.

fundada en sentencia, en resolución del tribunal o del Letrado de la Administración de Justicia que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso, en resolución arbitral o en acuerdo de mediación caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución”⁸³. Por tanto, hablamos de dos plazos de cinco años: la acción caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia (o la resolución que corresponda) que declara la condena en costas, como indica el art. 518 LEC, lo que conducirá a que se proceda conforme a los arts. 242 y siguientes LEC, que regulan el procedimiento de tasación de costas.

Una vez resuelta la tasación de costas, tras el pronunciamiento bien del Letrado de la Administración de Justicia, bien del Juez, nos hallaremos ante un crédito líquido, vencido y exigible⁸⁴. Y aquí está la principal distinción entre la prescripción de la obligación de pago del 1967 CC y la prescripción de la obligación de pago de lo tasado en costas: esta última prescribirá a los cinco años, por estar sometida al régimen dispuesto en el art. 1964.2 CC, pero su ejecutividad caducará a los cinco años, al amparo del ya mencionado art. 518 LEC. Y por supuesto, tal plazo de caducidad habrá de ser apreciado de oficio⁸⁵.

Esta interpretación del art. 518 LEC responde al Acuerdo gubernativo del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2009, titulado “7. Tasación de costas. Aplicabilidad del artículo 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en el que la Sala acordó “aplicar a la solicitud de tasación de costas, en coherencia con el espíritu de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, el plazo de caducidad previsto en el art. 518 LEC, entendiéndola como acto preparatorio de la ejecución, ya que completa el título de crédito -sentencia- y crea el de ejecución -auto liquidando costas-. Además, una vez tasadas las costas y firme al auto, la parte dispondrá de un nuevo plazo de cinco años para ejecutar tal tasación, con lo que se mantiene el carácter privilegiado del que goza la condena en costas”. Se zanjó de esta manera la disparidad de criterios que el Tribunal Supremo había

83 Si bien los tres grupos de resoluciones han de entenderse en sentido amplio, aplicándose “a la totalidad de las resoluciones procesales, bien sean judiciales o secretariales, e igualmente a los laudos”. Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., TORIBIOS FUENTES, F.: *La prescripción extintiva en Derecho de obligaciones. Aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 175.

84 STS 29 noviembre (ECLI: ES:TS:2023:5200), mediante interpretación del art. 244.3 LEC.

85 Vid. AAP Valencia 10 mayo 2017 (ECLI: ES:APV:2017:1414A). “De otro lado, y al tratarse ahora de caducidad, que no de prescripción, la misma habrá de ser apreciada de oficio por el Tribunal, al contrario que en el sistema antecedente, en que era preciso la invocación de la prescripción por las partes, en orden a su posible acogimiento judicial”.

mantenido en algunas resoluciones⁸⁶, como señala Yuste Bonillo⁸⁷. De esta manera, el plazo de prescripción de la acción ejecutiva carece de utilidad práctica, pues la caducidad, a diferencia de la prescripción, no puede interrumpirse, por lo que, aunque la prescripción se hubiere visto interrumpida, la acción ya no se podría interponer⁸⁸.

Concluimos indicando que el posicionamiento del Alto Tribunal no fue apoyado unánimemente. En la doctrina, voces como Domínguez Luelmo⁸⁹ defendían que para solicitar la tasación de costas debería regir inicialmente el plazo de prescripción de las acciones personales, como ocurría antes de entrar en vigor la LEC 2000. Ello es relevante, desde esta óptica, porque este primer plazo para solicitar la tasación (ahora de cinco años en atención al tenor actual del art. 1964.2 CC) puede ser interrumpido una y otra vez, así como tener un mayor papel en el proceso por cuanto cabe ser apreciado de oficio⁹⁰. Parte el autor de que el prisma jurisprudencial es el de la sentencia de condena con una condena en costas, pero que carece de sentido en supuestos de absolución, donde el demandado debería tener un plazo de quince años para pedir la tasación de las costas, puesto que éste, que era demandado, no está ejecutando un acto preparatorio de ejecución alguno.

2. La óptica del Tribunal Supremo en cuanto a la posible acción declarativa para reclamar el cobro de las costas.

Ya hemos indicado que el Tribunal Supremo aplica al derecho al cobro de las costas el plazo establecido en el art. 1964.2 CC así como el contenido en el art. 518 LEC. La duda aquí reside en si se puede interponer una acción declarativa para poder proceder al cobro de las costas, lo que el Alto Tribunal ha resuelto indicando que “reconocido su derecho de crédito en una sentencia firme, que condena a la contraparte a satisfacerle las costas procesales, deviene improcedente promover

86 El propio Alto Tribunal alude a la inexistencia de criterio pacífico en la citada STS 29 noviembre 2023 (ECLI: ES:TS:2023:5200), que con cita del ATS 11 septiembre 2012 indicó que “según se ha declarado por esta Sala (AATS de 23 de febrero de 2010, RC n.º 3398/1998, 1 de junio de 2010, RC n.º 2674/2001, 11 de noviembre de 2011, RC n.º 1948/1998), con anterioridad al Acuerdo de Pleno gubernativo de esta Sala 1.ª, de 21 de julio de 2009, no había un criterio pacífico, y en algunas resoluciones se mantuvo la aplicación del plazo de prescripción de quince años para la solicitud de tasación de costas”.

87 Vid. Acuerdo gubernativo del Pleno de la Sala Civil de 21 de julio de 2009 sobre “Tasación de costas. Aplicabilidad del artículo 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Este zanjó la disparidad de criterios mantenida por el Tribunal Supremo primero en la STS 16 marzo 2009 y luego en el ATS 23 febrero 2010, según YUSTE BONILLO, A.: “Fin al uso «redundante» de la acción declarativa para la reclamación de las costas Procesales Comentario de las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2023 (1683/2023)”, en AA. VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: Civil y Mercantil* (dir. por M. YZQUIERDO TOLSADA), vol. 15, 2023, p. 81.

88 YUSTE BONILLO, A.: “Fin al uso redundante”, cit., p. 86, pone de relieve esta cuestión como una de las consecuencias de la citada sentencia a la que hay que prestar atención.

89 DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La caducidad de la acción ejecutiva fundada en títulos procesales o asimilados”, cit., pp. 458 y ss.

90 DOMÍNGUEZ LUELMO, A., TORIBIOS FUENTES, F.: *La prescripción extintiva en Derecho de obligaciones. Aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 168.

un juicio declarativo ulterior para obtener el reconocimiento de un crédito contra el demandado ya declarado previamente como debido en un pronunciamiento de condena de una sentencia firme, y cuantificado, además, su importe, con intervención de las partes, mediante la oportuna tasación de costas. En definitiva, lo que pretende el actor es obtener un redundante, como improcedente, título ejecutivo”.

Verdad es que se está esquivando procesalmente la caducidad, pero en la citada sentencia el Tribunal Supremo no se aprecia fraude de ley⁹¹; y cierto es también que no queda exactamente claro a qué criterio se acoge para rechazar la acción, habiendo sido posible haber apreciado de oficio la cosa juzgada como mecanismo para desestimar el recurso⁹². A pesar de ello, quienes han comentado esta sentencia están de acuerdo con que debía desestimarse el recurso para impedir que un nuevo procedimiento superfluo permita vulnerar el plazo de caducidad⁹³.

Por todo ello, debe entenderse que el derecho de crédito de costas opera con plazos mucho más amplios, pero de distinta naturaleza: la obligación de pagarlas existe desde que la resolución judicial lo establece, pero goza de un primer plazo de caducidad de la acción ejecutiva para tasarlas, de cinco años; y ya posteriormente de un nuevo plazo de caducidad de la acción ejecutiva de cinco años una vez tasadas.

- 91 Lo que sí apreció la Audiencia, Vid. SAP Madrid 19 marzo 2019 (ECLI: ES:APM:2019:4964), FJ 7°. “La cuestión de si, el crédito derivado de la condena al pago de las costas procesales que ha sido cuantificado mediante la tasación de las costas procesales, puede hacerse valer a través de una acción de condena deducida en un juicio declarativo (verbal u ordinario), prescindiendo de la acción ejecutiva ejercitada en un proceso de ejecución, debe ser resuelto en sentido afirmativo. Pero si, a esta cuestión, le añadimos el dato de que, al presentarse la demanda promoviendo el juicio declarativo (verbal u ordinario), ya estaba caducada la acción ejecutiva, entra en juego la posibilidad de un fraude de ley previsto en el apartado 4 del artículo 6 del Código Civil . Fraude de ley que debe apreciarse en el presente caso, ya que el demandante lo que persigue, con ejercitar su acción de condena en un juicio declarativo, es salvar la caducidad de la acción ejecutiva. Y aunque actúa al amparo del texto legal lo que pretende es un resultado contrario al ordenamiento jurídica. En consecuencia, la pretensión deducida a la demanda tiene que ser desestimada, para impedir, con ello, que logre el demandante ese resultado contrario a la ley”.
- 92 En este sentido, Vid. TORIBIOS FUENTES, F.: “La caducidad de la acción ejecutiva del crédito de costas. Comentario a la STS 1683/2023, de 29 noviembre (JUR 2023, 439446)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 125, 2024, pp. 255-256, quien añade que “se despliega una actividad jurisdiccional para declarar lo ya declarado, condenar a lo ya condenado, juzgar lo ya juzgado. Ello entrañaría un riesgo palmario: que un Juez distinto del que creó el título ejecutivo analice un derecho para volver a declararlo, constituyendo un nuevo e innecesario título”.
- 93 DE LA FUENTE, J.: “El Tribunal Supremo aborda el plazo y el procedimiento para el cobro forzoso de las costas procesales”, Garrigues, 27 de diciembre de 2023. [Consultado online: [https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/tribunal-supremo-aborda-plazo-procedimiento-cobro-forzoso-costas-procesales#:~:text=Desde%20que%20la%20condena%20al,la%20correspondiente%20tasaci%C3%B3n%20de%20costas](https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/tribunal-supremo-aborda-plazo-procedimiento-cobro-forzoso-costas-procesales#:~:text=Desde%20que%20la%20condena%20al,la%20correspondiente%20tasaci%C3%B3n%20de%20costas,), última revisión 13 de abril de 2025]. HERNÁNDEZ MANZANARES, A.: “Reclamación de las costas tasadas en ulterior juicio declarativo”, *Diario La Ley*, núm. 10457, Sección Tribunal, 1 de marzo de 2024, *in fine*, quien también defiende que, tras la caducidad, solo cabría esperar el pago espontáneo de la cuantía. CORDÓN, F.: “Caducidad de la ejecución del pronunciamiento de condena en costas”, *Gómez-Acebo & Pombo*, 5 de enero de 2024. [Consultado online: <https://ga-p.com/publicaciones/caducidad-de-la-ejecucion-del-pronunciamiento-de-condena-en-costas/>, última revisión 13 de abril de 2025].

IV. CONCLUSIONES.

De lo anteriormente expuesto, se extraen diversas conclusiones en el marco de las dos figuras. En cuanto a la prescripción trienal, su fundamento permanece justificado, puesto que los tres años para el ejercicio de la acción son más que suficientes dado que nos encontramos ante una reclamación que se formula en el marco de una relación de confianza y ante créditos que habitualmente son demandados casi coetáneamente a su prestación. Máxime cuando los mismos pueden ser requeridos, además, a través de un procedimiento sumario especial que está enfocado en simplificar el trámite procesal: la jura de cuentas recogida en el art. 35 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Más complejidad arroja el establecimiento del *dies a quo*, puesto que aquí sí que existen problemas que son consustanciales a la concreta prestación de servicios que genera el precio. En cuanto a la relación de la venia y el *dies a quo*, debe entenderse que el plazo de prescripción comienza al recibirse la venia si el asunto encomendado se encontraba ejecutándose; si el asunto ya había concluido, este plazo comienza el día de la fecha del último de los actos. Distinta es la posibilidad de que este *dies a quo* pueda quedar establecido ante el fin de la relación de prestación de servicios y el subsiguiente inicio de la misma a través de la prestación de servicios *ex lege*, como ocurre en el sistema de asistencia jurídica gratuita. En nuestra opinión, lo verdaderamente importante es desde cuándo se pudo reclamar el precio del servicio ya prestado, y, por tanto, ante el cambio de relación, coincidimos en que éste es el momento desde el que debe contarse el plazo, en el sentido del fallo comentado.

Por otro lado, y concluyendo lo relativo a la prescripción trienal, en nuestra opinión debe aplicársele al art. 1967.I CC el inciso final del art. 1967 CC, “el tiempo para la prescripción de las acciones a que se refieren los tres párrafos anteriores se contará desde que dejaron de prestarse los respectivos servicios”, por las razones señaladas.

Por lo que respecta a la caducidad del derecho al cobro de las costas, este se encuentra sometido a un doble plazo de caducidad de cinco años, que es al que debe prestársele atención, de conformidad con el Acuerdo gubernativo de la Sala de lo Civil de 2009. De este se extrae que en atención al art. 518 LEC, existe un primer plazo de cinco años tras la firmeza del pronunciamiento favorable en costas para solicitar que tales costas sean tasadas. Y tras la firmeza de la tasación, existe un segundo plazo de cinco años para solicitar que esta cuantía sea ejecutada y transferida.

De haber caducado cualquiera de estos dos plazos, el Tribunal Supremo, de forma no totalmente satisfactoria en nuestra opinión y en la de la doctrina,

ha concluido que no cabe solicitar el cobro de esta cuantía mediante un nuevo procedimiento declarativo *ad hoc*.

BIBLIOGRAFÍA

AIDO VÁZQUEZ, A. M.: "La regulación de los honorarios por los Colegios de la Abogacía desde la óptica del Derecho *antitrust*: un análisis a la luz de la jurisprudencia nacional y comunitaria", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 34, enero 2024.

ALAS, L., DE BUEN, D., RAMOS, E.: *De la prescripción extintiva*, Maestre, 1918.

ARCOS VIEIRA, M. L.: "Las claves de la reforma del Derecho civil navarro en materia de prescripción extintiva y caducidad", *Anuario de Derecho Civil*, 2024, tomo LXXVII, fasc. III, pp. 1021-1117.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Comentario al artículo 4", en AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2015.

BONMATI MARTÍNEZ, J.: "La prescripción, la caducidad y la preclusión", *Revista Cont4bl3*, núm. 68, 2018.

BUSTOS PUECHE, J. E.: "Acerca de la naturaleza de la prescripción extintiva", *Revista de Derecho*, núm. 11, 2005.

CAÑIZARES LASO, A.: "Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el *dies a quo*", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 4, 2018.

CAÑIZARES LASO, A.: "Artículo 1967 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

CAVANILLAS MÚGICA, S.: "Artículo 1967 CC", en AA. VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

CAVANILLAS MÚGICA, S.: "Artículo 1973 CC", en AA. VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

CERVILLA GARZÓN, M^a. D.: *La prestación de servicios profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

CORDÓN, F.: "Caducidad de la ejecución del pronunciamiento de condena en costas", *Gómez-Acebo & Pombo*, 5 de enero de 2024.

CORDÓN, F.: "La interrupción de la prescripción por el ejercicio de la acción de los Tribunales", *La Ley*, núm. 1, 1983.

CRESPO MORA, M^a. C.: *La prestación de servicios jurídicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Temas de Derecho Civil*, reimpresión de la 2^a ed., Madrid, 1972.

DE LA FUENTE, J.: "El Tribunal Supremo aborda el plazo y el procedimiento para el cobro forzoso de las costas procesales", Garrigues, 27 de diciembre de 2023.

DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: "En torno al concepto de la prescripción", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 16, núm. 4, 1963.

DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *La prescripción extintiva*, Thomsom Civitas, Madrid, 2003.

DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: "La prescripción trienal", *Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas)*, Aranzadi, BIB\2007\3316, 2007.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "La caducidad de la acción ejecutiva fundada en títulos procesales o asimilados", en AA.VV.: *La prescripción extintiva: XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., TORIBIOS FUENTES, F.: *La prescripción extintiva en Derecho de obligaciones. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2024.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. Á.: "La prestación de servicios del Abogado: perspectiva jurisprudencial", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil vol. I*, 1996.

FONT DE MORA RULLÁN, J.: "Análisis del procedimiento del artículo 36.2 de la LAJG para la revisión del beneficio de justicia gratuita por venir su titular a mejor fortuna y su impacto en las costas", 20 de julio de 2018.

GÓMEZ MARÍN, M., GIL Y GÓMEZ, P.: *Digesto, Código, Novelas e Instituta de Justiniano*, en castellano y latín, Tomo III, Madrid, 1874.

HERNÁNDEZ MANZANARES, A.: "Reclamación de las costas tasadas en ulterior juicio declarativo", *Diario La Ley*, núm. 10457, Sección Tribunal, I de marzo de 2024.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: "El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil" en AA.VV.: *La prescripción extintiva: XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

NAVARRO AMANDI, M.: *Cuestionario del Código civil reformado en virtud de la Ley de 26 de mayo de 1889*, Tomo III, Madrid, 1890.

NEUPAVERT ALZOLA, M.: "Servicios jurídicos pro bono y asistencia jurídica gratuita. Diferencias en el marco de la ausencia de precio", en AA.VV.: *Nuevos debates acerca del sistema de justicia civil* (dir. por C. ALONSO SALGADO, A. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. VALIÑO CES, coord. por M. NEUPAVERT ALZOLA, A. SANTOS CURBELO, L. FERNÁNDEZ RAMÍREZ) Dykinson, Madrid, 2025.

ORTEGA REINOSO, G.: *Ejercicio colectivo de la profesión de Abogado*, Grupo Editorial Universitario, Granada, 2006.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, vol. I, Madrid, 1956.

REGLERO CAMPOS, L. F.: "Artículo 1967 CC", en AA.VV., Tomo XXV vol. 2, Artículos 1961 al final del Código Civil, Madrid, 2005. [Consultado a través de Vlex].

RODRÍGUEZ RODRIGO, J.: "Elaboración, por los colegios de abogados, de criterios orientativos para determinar los honorarios de los profesionales: práctica calificada de anticompetitiva", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, núm. 1, 2024.

SERRA RODRÍGUEZ, A.: *La responsabilidad civil del abogado*, Aranzadi, Navarra, 2001.

TOBÍO FERNÁNDEZ, J.: "Operae Liberales: Consideración social y aspectos jurídicos relevantes de las profesiones liberales en la Roma antigua", *Revista de Derecho UNED*, núm. 24, 2019.

TORIBIOS FUENTES, F.: "La caducidad de la acción ejecutiva del crédito de costas. Comentario a la STS 1683\2023, de 29 noviembre (JUR 2023, 439446)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 125, 2024.

UREÑA MARTÍNEZ, M.: "La prescripción trienal del art. 1967 CC (LEG 1889, 27)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. III, Sección Doctrina, 1999.

VEIGA COPO, A. B.: "La prescripción extintiva en un contexto de reformas. Vigencias y desfases", *Cuadernos de Deusto*, núm. 61, 2019.

VELASCO PERDIGONES, J. C.: *La responsabilidad civil del Compliance Officer*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

YUSTE BONILLO, A.: "Fin al uso «redundante» de la acción declarativa para la reclamación de las costas Procesales Comentario de las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2023 (1683/2023)", en AA. VV. *Comentarios*

a las sentencias de unificación de doctrina: Civil y Mercantil (dir. por M. YZQUIERDO TOLSADA), vol. 15, 2023.

SUI LIMITI DEL RIMEDIO RISARCITORIO. DIRITTO
ALL'EDUCAZIONE E ALL'ISTRUZIONE DEL MINORE CON
DISABILITÀ E SUA TUTELA

*ON THE LIMITS OF THE COMPENSATORY REMEDY. THE RIGHT
TO EDUCATION OF CHILDREN WITH DISABILITIES AND ITS
IMPLEMENTATION*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 604-635



Stefano CORSO

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de marzo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

RESUMEN: Il diritto all'educazione e all'istruzione, sancito tanto a livello internazionale quanto a livello sovranazionale e nazionale, ha una speciale importanza per il minore. Particolare significato assume il riconoscimento di tale diritto nei confronti della persona con disabilità e soprattutto per il minore con disabilità. L'ordinamento italiano garantisce il diritto all'educazione e all'istruzione del minore con disabilità attraverso lo strumento del Piano educativo individualizzato (PEI). Una mancata o inadeguata attuazione del PEI si risolve in un pregiudizio per il soggetto e la tradizionale tutela che vi appresta il diritto civile è costituita dal rimedio risarcitorio. Ai limiti intrinseci alla responsabilità civile può sopperire una considerazione complessiva del sistema ordinamentale e dei suoi valori, che, dall'interazione fra pedagogia e diritto, possa guidare verso l'inclusione della scuola e l'inclusività nella scuola.

PALABRAS CLAVE: Minore d'età; disabilità; diritto all'istruzione e all'educazione; risarcimento del danno; diritto e pedagogia.

ABSTRACT: *The right to education, which is enshrined at the international, supranational and national levels, is of paramount importance for the child. The recognition of this right in relation to persons with disabilities, and especially children with disabilities, is of particular significance. In the Italian legal framework, the right to education for children with disabilities is guaranteed through the instrument of the Individualised Educational Plan (PEI). In the event that the PEI is non-implemented or inadequately implemented, this constitutes a form of prejudice for the subject, and the traditional protection provided by civil law is the remedy of compensation. The intrinsic limits of civil liability can be offset by an overall consideration of the legal system and its values, which, from the interaction between pedagogy and law, can guide towards the inclusion of the school and inclusiveness in the school.*

KEY WORDS: *Minors; disability; right to education; damages; law and pedagogy.*

SUMARIO.- I. SUL DIRITTO ALL'ISTRUZIONE E ALL'EDUCAZIONE. UNA PREMESSA.- II. IL DIRITTO ALL'EDUCAZIONE E ALL'ISTRUZIONE DEL BAMBINO CON DISABILITÀ.- III. EDUCAZIONE E ISTRUZIONE DEL MINORE NEL D.LGS. N. 62 DEL 2024.- IV. IL PIANO EDUCATIVO INDIVIDUALIZZATO (PEI).- V. IL RISARCIMENTO DEL DANNO. APPLICAZIONI DEL RIMEDIO E SUO RUOLO .-VI. TUTELA DEI DIRITTI DEL MINORE CON DISABILITÀ. INCLUSIONE DELLA SCUOLA E INCLUSIVITÀ NELLA SCUOLA

I. SUL DIRITTO ALL'EDUCAZIONE E ALL'ISTRUZIONE. UNA PREMESSA.

La scuola è aperta a tutti. Così esordisce l'art. 34 della Costituzione, riconoscendo nell'ordinamento italiano il diritto all'istruzione¹. Le declinazioni e applicazioni di questo diritto operate nel tempo dal legislatore hanno caratterizzato l'ordinamento scolastico italiano, com'è oggi conosciuto². Un significato particolare assume con riguardo ai diritti della persona di minore età³.

Con l'approvazione nel 1989 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e il passaggio della considerazione giuridica del minore da oggetto di diritti a soggetto di diritti, si è espressamente sancita a livello internazionale la titolarità di diritti fondamentali in capo al minorenni⁴. Tra questi, oltre ai *participation rights*, quali il diritto all'ascolto, alla libertà di espressione, alla libertà di pensiero, di coscienza, di religione, alla libertà di associazione e di riunione, al rispetto della vita privata (rispettivamente enunciati agli artt. da 12 a 16), si annoverano i c.d. *provision rights*, come il diritto alla salute (art. 24), il diritto

1 PERLINGIERI, P.: "La libertà di educazione", *Rass. dir. civ.*, 1987, pp. 674 ss., e Id.: "Diritto allo studio uguale per tutti. A margine della sentenza n. 454 del 1994 della Corte costituzionale", *Rass. dir. civ.*, 1995, pp. 386 ss.; entrambi ora in Id.: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, pp. 205 ss. e pp. 547 ss.; Id.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, 4ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, spec. pp. 166 ss.

2 POTOTSCHNIG, U.: voce "Istruzione (diritto alla)", in *Enc. del dir.*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 96 ss.; POGGI, A. nel *Commentario alla Costituzione*, a cura di BIFULCO, R., CELOTTO, A. e OLIVETTI, M., Utet, Torino, 2006, agg. 2024, in *OneLegale*, sub art. 34 Cost.

3 SANDULLI, A.: "Aspetti giuspubblicistici della posizione dei minori", in AA.Vv.: *Diritto di famiglia. Raccolta di scritti di colleghi della facoltà giuridica di Roma e di allievi in onore di Rosario Nicolò*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 283 ss. Cfr. GIARDINA, F.: *La condizione giuridica del minore*, Jovene, Napoli, 1984; PALMERI, G.: *Diritti senza poteri. La condizione giuridica dei minori*, Jovene, Napoli, 1994; STANZIONE, P.: voce "Minori (condizione giuridica dei)", in *Enc. del dir.*, Annali IV, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 725 ss.; SENIGAGLIA, R. (a cura di): *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritti minorile*, Pacini, Pisa, 2019.

4 L'Italia ha dato esecuzione alla Convenzione con l. 27 maggio 1991 n. 176. DOGLIOTTI, M.: "I diritti del minore e la convenzione dell'ONU", *Dir. fam. e pers.*, 1992, pp. 301 ss.; FOCARELLI, C.: "La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child»", *Riv. dir. int.*, 2010, pp. 981 ss. Per uno studio complessivo e trasversale della Convenzione si v. il volume pubblicato dall'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, in occasione del trentennale della sua adozione, AA.Vv.: *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, in www.garanteinfanzia.org.

• Stefano Corso

Assegnista di ricerca in diritto privato, Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali (SPGI), Università degli Studi di Padova. E-mail: stefano.corso1@unipd.it

all'assistenza, alla sicurezza e previdenza sociale (art. 26), il diritto all'istruzione (art. 28)⁵.

In particolare, il diritto all'istruzione è stato da più tempo garantito, a livello internazionale, alla persona. Così, già la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, nel 1948, sancì, all'art. 26, il diritto all'istruzione di ogni individuo. Allo stesso modo, il Protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmato a Parigi, il 20 marzo 1952, all'art. 2, e il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, all'art. 13⁶. La Carta sociale europea lo include, all'art. 17, nel diritto dei bambini e degli adolescenti ad una tutela sociale, giuridica ed economica, ascrivendolo direttamente alla persona minore d'età⁷.

In ambito sovranazionale, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclama il diritto all'istruzione all'art. 14. Del resto, come enunciato all'art. 9 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana. Lo sviluppo di una dimensione europea dell'istruzione rientra tra gli scopi dell'azione dell'Unione, ai sensi dell'art. 165 TFUE (ex art. 149 TCE), per cui essa pure “contribuisce allo sviluppo di un'istruzione di qualità incentivando la cooperazione tra Stati membri e, se necessario, sostenendo ed integrando la loro azione nel pieno rispetto della responsabilità degli Stati membri per quanto riguarda il contenuto dell'insegnamento e l'organizzazione del sistema di istruzione, nonché delle loro diversità culturali e linguistiche”⁸.

- 5 Educazione e istruzione si presentano al diritto come nozioni tra loro interconnesse, là dove la prima abbraccia la seconda, la seconda integra la prima ed entrambe connotano il concetto di insegnamento. “Non è da disconoscere la distinzione tra i concetti di insegnamento, di istruzione e di educazione, comprendendo nel primo l'attività del docente diretta ad impartire cognizioni ai discenti nei vari rami del sapere, nel secondo l'effetto intellettuale di tale attività e nel terzo l'effetto finale complessivo e formativo della persona in tutti i suoi aspetti. Ma tale distinzione, pur rispecchiando nel suo aspetto concettuale una posizione di progressività graduale, procedente da premessa a risultati, non può avere incidenza decisiva [in ogni caso concreto]”. Corte cost., 4.2.1967, n. 7, in *www.cortecostituzionale.it*. ROSSI E. - ADDIS P. - BIONDI DAL MONTE F.: “La libertà di insegnamento e il diritto all'istruzione nella Costituzione italiana”, *Osservatorio AIC*, 2016, fasc. I. Sui diritti dei minori di età, anche in chiave storica e pedagogica, THIENE, A.: “La Grammatica dei diritti dei bambini e dei genitori nel pensiero di Gianni Rodari”, in M. BENETTON (a cura di): *Il cielo è di tutti la terra è di tutti. Gianni Rodari, l'educazione e i diritti dell'infanzia*, 2020, ETS, Pisa, pp. 93 ss., e sulla Convenzione di New York spec. pp. 107 ss.
- 6 Anche l'istruzione si annovera nel percorso di affermazione dei diritti dell'uomo. BOBBIO, N.: *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990. Cfr. PARIOTTI, E.: *I diritti umani. Concetto, teoria, evoluzione*, Cedam, Padova, 2013.
- 7 La Carta sociale europea è un trattato del Consiglio d'Europa, adottato a Torino nel 1961 e rivisto a Strasburgo nel 1996. Nella forma riveduta, è entrata in vigore nel 1999. Sul ruolo di questo documento nell'orizzonte normativo europeo v. BIAGI, M. - SALOMONE, R.: “L'Europa sociale e il diritto al lavoro: il ruolo della *European Social Charter*, *Lav. nella giur.*, 2000, pp. 414 ss. Cfr., con riferimento al testo nella sua prima versione, NATOLI, U.: “La protezione dei diritti dell'uomo e la Carta Sociale Europea”, *Dem. e dir.*, 1967, I, pp. 56 ss., e *Rev. dr. contemp.*, 1968, pp. I ss., ora in *Diritti fondamentali e categorie generali. Scritti di Ugo Natoli*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 397 ss.
- 8 Cfr. SILVA, C. (a cura di): *Educazione e cura dell'infanzia nell'Unione Europea*, ETS, Pisa, 2016; LOSANA, C.: “Il diritto all'educazione nel sistema europeo”, *Minori giustizia*, 2012, fasc. 3, pp. 75 ss.

Se si considera che nel periodo che va dal 1° novembre 1993, quando entrò in vigore il Trattato di Maastricht, al 1° luglio 2014, si possono rinvenire pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale ben 428 documenti elaborati dalle Istituzioni europee in tema di educazione, formazione e istruzione, e che tuttora il diritto eurounitario continua ad evolversi e strutturarsi anche in questa direzione, si può comprendere come l'opera dell'Unione europea sia stata intensa e di grande rilevanza per gli Stati membri, a partire dal Libro verde del 1993 sino ad oggi⁹.

Nella strategia Europa 2020, avviata nel 2010, di cui alla Comunicazione della Commissione del 3 marzo 2020, l'Unione ha focalizzato l'attenzione sui giovani, ponendo fra i suoi obiettivi la riduzione dell'abbandono scolastico, l'aumento della percentuale di persone di età compresa tra i 30 e i 34 anni che hanno completato l'istruzione terziaria e lo sviluppo di un pacchetto completo di misure a favore dell'istruzione e dell'occupazione¹⁰. Il Consiglio ha poi adottato, il 26 novembre 2018, una risoluzione sulla nuova strategia dell'UE per la gioventù 2019-2027, tra i cui obiettivi generali rientra quello di "migliorare le decisioni strategiche per quanto riguarda gli effetti che hanno sui giovani in tutti i settori, in particolare l'occupazione, l'istruzione, la salute e l'inclusione sociale".

La Commissione, con la Comunicazione del 30 settembre 2020, ha delineato uno "spazio europeo dell'istruzione", articolato in sei dimensioni: qualità dell'istruzione e della formazione, inclusione, transizione verde e digitale, insegnanti e formatori, istruzione superiore, dimensione geopolitica. Si afferma qui chiaramente che "l'istruzione, che è al centro dello stile di vita europeo, rafforza l'economia sociale di mercato e la democrazia grazie ai principi di libertà, diversità, diritti umani e giustizia sociale". L'educazione e la cura della prima infanzia e l'istruzione svolgono un ruolo fondamentale nelle politiche incentrate sulle persone, le quali "devono sviluppare un approccio olistico all'istruzione e alla formazione e riconoscerne il valore intrinseco fornendo una base globale per garantire il massimo contributo e la partecipazione alla società"¹¹. Il ruolo centrale dell'istruzione, nel percorso di affermazione dei diritti sociali, è ribadito nella Comunicazione del 1° luglio 2020, *Un'agenda per le competenze per l'Europa per la competitività sostenibile, l'equità sociale e la resilienza*.

Secondo il principio I del Pilastro europeo dei diritti sociali, "ogni persona ha diritto a un'istruzione, a una formazione e a un apprendimento permanente di qualità e inclusivi, al fine di mantenere e acquisire competenze che consentono

9 CASELLI, P.: *Le emanazioni dell'Unione Europea sull'ECEC: dal Libro Verde del 1993 alla Strategia "Europa 2020"*, in SILVA C. (a cura di): *Educazione e cura*, cit., pp. 95 ss.

10 Comunicazione della Commissione, *Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, 3 marzo 2020, COM(2010)2020 final. Cfr. CASELLI, P.: *Le emanazioni dell'Unione Europea*, cit., pp. 95 ss.

11 Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *sulla realizzazione dello spazio europeo dell'istruzione entro il 2025*, 30 settembre 2020, COM(2020) 625 final.

di partecipare pienamente alla società e di gestire con successo le transizioni nel mercato del lavoro". Mentre il principio II, lett. a, proclama che "i bambini hanno diritto all'educazione e cura della prima infanzia a costi sostenibili e di buona qualità". Con la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Piano d'azione sul pilastro europeo dei diritti sociali*, del 4 marzo 2021, si è cercato di tradurre i principi del Pilastro in traguardi da raggiungere e previsioni attuative¹².

Non solo il diritto all'istruzione quindi, ma anche il diritto all'educazione e alla cura della prima infanzia è preso in considerazione e tutelato dalle Istituzioni europee. Così il Consiglio dell'Unione europea, nella Raccomandazione del 22 maggio 2019, *relativa ai sistemi di educazione e cura di alta qualità della prima infanzia*, ha raccomandato agli Stati membri "di adoperarsi per assicurare che i servizi di educazione e cura della prima infanzia siano accessibili, a costi sostenibili e inclusivi" e "di migliorare l'accessibilità ai sistemi di educazione e cura di alta qualità della prima infanzia"¹³. L'implementazione di tale diritto rientra fra le iniziative per rafforzare la dimensione inclusiva nello *spazio europeo dell'istruzione*.

Il diritto all'istruzione, riconosciuto e promosso a più livelli, da quello internazionale e sovranazionale a quello interno, si annovera dunque tra i diritti fondamentali della persona¹⁴, specificamente fra i diritti sociali di cui gode il minore¹⁵. Per poter acquisire una effettività ed essere realmente garantito esso necessita, sin dal principio, dell'intervento dello Stato, che deve tradurre la sua enunciazione in azioni, provvedimenti e misure concrete. Tale garanzia, nel rispetto del principio di eguaglianza sostanziale, implica che anche per questo diritto, se a situazioni uguali corrisponde un uguale trattamento, trattamenti diversi devono valere in situazioni diverse. È compito della Repubblica, infatti, rimuovere gli ostacoli che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana.

12 Il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione hanno proclamato nel 2017, al Gothenburg Summit, il Pilastro europeo dei diritti sociali, i cui contenuti sono stati riaffermati a maggio 2021, nel Porto Social Summit. La Presidente della Commissione, Ursula Von der Leyen, dichiarò: "So as we overcome the pandemic, as we prepare necessary reforms and as we speed up the twin green and digital transitions, I believe it is time to also adapt the social rulebook. A rulebook, which ensures solidarity between the generations. A rulebook that rewards the entrepreneurs who take care of their employees. Which focuses on jobs and opens up opportunities. Which puts skills, innovation and social protection on an equal footing". *Speech at the European Parliament Plenary on the presentation of the programme of activities of the Portuguese Presidency of the Council of the EU*, 20 gennaio 2021, in www.ec.europa.eu.

13 TOGNETTI, G.: *I servizi educativi per l'infanzia*, in SILVA, C. (a cura di), *Educazione e cura*, cit., pp. 281 ss.

14 Con riferimento alla giurisprudenza, internazionale e costituzionale, v. MACCABIANI, N.: "La multidimensionalità sociale del diritto all'istruzione nella giurisprudenza delle Corti europee e della Corte costituzionale italiana", *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, fasc. VI, pp. 1 ss.

15 BARONE, G. - VECCHIO, G.: *Il diritto all'istruzione come «diritto sociale». Oltre il paradigma economicistico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012. Più in generale, per un inquadramento teorico e sistematico, MAZZIOTTI DI CELSO, M.: voce "Diritto. VII – Diritti soggettivi: e) Diritti sociali", in *Enc. del dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 802 ss.; BALDASSARRE, A.: voce "Diritti sociali", in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XI, 1989, Roma, pp. 772 ss.; BENVENUTI, M.: voce "Diritti sociali, nel Digesto, Disc. pubbl., Agg., Utet, Torino, 2012, pp. 220 ss. Cfr. CASADEI, T.: *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, Firenze University Press, 2012.

L'istruzione, così come l'educazione nell'infanzia, è rivolta a tutti e ognuno deve poter godere, in egual misura, di questo diritto. Un'attuazione inadeguata del diritto all'istruzione e all'educazione può risolversi in un pregiudizio nei confronti della persona, che, per i peculiari profili di vulnerabilità¹⁶, può presentarsi con gravità maggiore per il minore con disabilità¹⁷. Per questa problematica, la risposta del diritto civile si è tradizionalmente attestata sul rimedio risarcitorio¹⁸.

II. IL DIRITTO ALL'EDUCAZIONE E ALL'ISTRUZIONE DEL BAMBINO CON DISABILITÀ.

Il 13 dicembre 2006 l'Assemblea generale delle Nazioni unite ha approvato la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, dall'Italia ratificata il 15 maggio 2009. Essa rappresenta un traguardo nel percorso internazionale per il riconoscimento dei diritti delle persone con disabilità, cominciato con l'adozione di atti quali la Dichiarazione dei diritti del disabile mentale del 1971, la Dichiarazione dei diritti delle persone disabili del 1975 e le Regole standard sulle pari opportunità delle persone con disabilità del 1993¹⁹.

- 16 GIOVA, S.: "Minori in condizione di particolare vulnerabilità", *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2022, fasc. 3, pp. 167 ss. Sul concetto in ambito teorico giuridico, fra tanti, PASTORE, B.: *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Giappichelli, Torino, 2021; PARIOTTI, E.: "Vulnerabilità ontologica e linguaggio dei diritti", *Ars interpretandi*, 2019, fasc. 2, pp. 155 ss., nonché gli altri contributi nel medesimo fascicolo dedicato a vulnerabilità e diritto; ZANETTI, G.: *Filosofia della vulnerabilità. Percezione, discriminazione, diritto*, Carocci, Roma, 2019; GIOLO, O. – PASTORE, B. (a cura di): *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2018; CASADEI, T. (a cura di): *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, Giappichelli, Torino, 2012. V. anche LORUBBIO, V. – BERNARDINI, M.G. (a cura di): *Diritti umani e condizioni di vulnerabilità*, Erickson, Trento, 2023. Con riferimento al diritto civile, v. FUSARO, AR.: *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Jovene, Napoli, 2019.
- 17 "Ciascun disabile è coinvolto in un processo di riabilitazione finalizzato ad un suo completo inserimento nella società; processo all'interno del quale l'istruzione e l'integrazione scolastica rivestono un ruolo di primo piano". Corte cost., 26.2.2010, n. 80, in *Giur. cost.*, 2010, p. 879. Nella prospettiva del diritto civile minorile, CORDIANO, A.: "Minori in condizione di disagio o di particolare vulnerabilità", in CORDIANO, A. e SENIGAGLIA, R. (a cura di): *Diritto civile minorile*, 2ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2024, pp. 263 ss., spec. p. 281. Sia consentito il rinvio a CORSO, S.: "Diritto all'educazione e all'istruzione del bambino con disabilità e strumenti di tutela. Il Piano educativo individualizzato (PEI)", *Pampaedia (Bollettino As.Pe.I.)*, 2021, n. 191, pp. 56 ss.
- 18 VALLE, L. - VITAGLIANO, C.: "Il diritto all'inclusione e il diritto alla non discriminazione in ambito scolastico, il loro riconoscimento e le responsabilità in caso di mancata o incompleta attuazione", *www.rivistafamiglia.it*, 13 novembre 2024.
- 19 SAULLE, M.R.: *Lezioni di organizzazione internazionale*, II, *Le organizzazioni internazionali e i diritti umani*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, pp. 395 ss.; EAD.: voce "Norme standard", in *Enc. del dir.*, agg. II, 1998, Giuffrè, Milano, pp. 591 ss.; EAD.: "Diritti umani, familiari e sociali: principi giuridici fondamentali", *Dir. fam. e pers.*, 1995, pp. 1117 ss.; EAD.: *Minori, bioetica e norme standard nel diritto internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995. Cfr. VENCHIARUTTI, A.: "I diritti delle persone disabili", in CANESTRARI, S. et al. (a cura di): *Il governo del corpo, nel Trattato di biodiritto diretto da RODOTÀ, S. e ZATTI, P.*, I, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 173 ss.; QUADRATO, M.E.: *Il soggetto disabile tra capacità e discriminazione. L'illusione della normalità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022. Con riferimento, nello specifico, al profilo della capacità, ex multis, VENCHIARUTTI, A.: "La Convenzione di New York e l'esercizio della capacità legale da parte delle persone con disabilità", in AA.Vv.: *Liber Amicorum per Paolo Zatti*, Jovene, Napoli, 2023, pp. 1371 ss.; BARBA, V.: "Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano", *Rass. dir. civ.*, 2021, pp. 419 ss., spec. p. 446 s.; ID.: "La protección de las personas con discapacidad en el derecho civil italiano a la luz del art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Revista cubana de derecho*, 2021, n. 1, pp. 274 ss.; PICCINNI, M.: "Gli adulti privi in tutto o in parte di autonomia", in MAZZONI, C.M. - PICCINNI, M.: *La persona fisica*, nel *Trattato ludica - Zatti*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 471 ss., spec. pp. 473 ss.

Scopo della Convenzione è la promozione, la protezione e la garanzia del pieno ed uguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità e la promozione del rispetto per la loro intrinseca dignità, intendendo per persone con disabilità “coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri” (art. 1). Tra i principi generali di questa Convenzione, oltre al rispetto per la dignità intrinseca, l'autonomia individuale e l'indipendenza delle persone, la non discriminazione e la piena ed effettiva partecipazione e inclusione nella società, si annovera specificamente “il rispetto dello sviluppo delle capacità dei minori con disabilità e il rispetto del diritto dei minori con disabilità a preservare la propria identità” (art. 3, lett. h). Già nel preambolo, alla lett. r, essa riconosce che i minori con disabilità dovrebbero poter godere pienamente di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali su base di uguaglianza rispetto agli altri minori e richiama gli obblighi assunti a tal fine dagli Stati Parti alla Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989. Ai minorenni con disabilità è espressamente dedicato l'art. 7, che impegna gli Stati ad adottare ogni misura necessaria a garantire il pieno godimento di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali da parte loro, su base di uguaglianza con gli altri minori, e a garantire loro, sempre nel rispetto del principio di eguaglianza, il diritto di esprimere liberamente le proprie opinioni su tutte le questioni che li riguardano e che le loro opinioni siano debitamente prese in considerazione, tenendo conto della loro età e grado di maturità, assicurando che sia fornita adeguata assistenza in relazione alla disabilità e all'età, allo scopo di realizzare tale diritto²⁰. “In tutte le azioni concernenti i minori con disabilità – sancisce il par. 2 dell'art. 7 – il superiore interesse del minore costituisce la considerazione preminente”²¹.

Il diritto all'istruzione è esplicitamente riconosciuto alle persone con disabilità dall'art. 24 della Convenzione, che richiede agli Stati Parti di garantire un sistema di istruzione inclusivo a tutti i livelli. Essi, in particolare, devono assicurare che i minori con disabilità non vengano esclusi, in ragione della disabilità, da un'istruzione primaria gratuita libera ed obbligatoria o dall'istruzione secondaria. Gli Stati devono inoltre adottare misure adeguate affinché i minori con disabilità possano partecipare, secondo eguaglianza, alle attività ludiche, ricreative, agli svaghi ed allo sport, incluse le attività previste dal sistema scolastico (art. 30, par. 5, lett. d).

Coniugare il diritto all'istruzione e il diritto all'educazione e alla cura della prima infanzia con la protezione delle persone con disabilità è un compito impegnativo ma necessario, di cui anche le Istituzioni europee si sono fatte sostenitrici.

20 Sulla posizione del minore con disabilità, per una rilettura degli istituti privatistici a partire dalla Convenzione del 2006, CORDIANO, A.: “Disabilità e intersezionalità, rileggendo la Convenzione di New York sui diritti delle persone disabili”, *Fam. e dir.*, 2024, pp. 293 ss., spec. pp. 297 ss.

21 Cfr. BIANCA, M. (a cura di): *The best interest of the child*, Sapienza Università, Roma, 2021.

Il principio 17 del Pilastro europeo dei diritti sociali, “Inclusione delle persone con disabilità”, sancisce il diritto delle persone con disabilità a un sostegno al reddito che garantisca una vita dignitosa, a servizi che consentano loro di partecipare al mercato del lavoro e alla società e a un ambiente di lavoro adeguato alle loro esigenze. Nel *Piano d'azione sul pilastro europeo dei diritti sociali*, la Commissione ha evidenziato che “le persone con disabilità incontrano notevoli ostacoli nel campo dell'istruzione”, ma non solo. A tal proposito essa ha adottato una nuova strategia in materia di diritti delle persone con disabilità per il periodo 2021-2030, con la Comunicazione del 3 marzo 2021²².

Nel febbraio 2021, il Consiglio dell'Unione europea ha adottato la Risoluzione *su un quadro strategico per la cooperazione europea nel settore dell'istruzione e della formazione verso uno spazio europeo dell'istruzione e oltre (2021-2030)*, per la cui priorità strategica, tra l'altro, vanno incoraggiate le “azioni finalizzate a una maggiore inclusione”, per esempio quelle volte a sostenere l'accesso a un'istruzione inclusiva di qualità per le persone con disabilità e “le persone con bisogni specifici di apprendimento”.

Nella citata Raccomandazione del 2019, al punto 3, il Consiglio dell'Unione europea, tenendo conto dell'importanza della formazione degli educatori, ha appunto raccomandato agli Stati membri di sostenere la professionalizzazione del personale addetto all'educazione e alla cura della prima infanzia, compreso il personale dirigente, suggerendo quale misura potenzialmente efficace, in funzione del livello esistente di qualifica professionale e delle condizioni lavorative, quella di “mirare a dotare il personale delle competenze necessarie per rispondere ai bisogni individuali dei bambini provenienti da contesti differenti e con bisogni educativi speciali, comprese le disabilità, preparando il personale a gestire gruppi diversificati” (lett. d). Del resto, come si può leggere al considerando 14 di tale Raccomandazione, la partecipazione alle attività di educazione e cura della prima infanzia può essere uno strumento efficace per garantire l'equità educativa a bambini provenienti da contesti svantaggiati, come anche i bambini con bisogni educativi speciali, comprese le disabilità.

Nell'ordinamento italiano²³ un ruolo fondamentale nella tutela delle persone con disabilità è svolto dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104. Tra le finalità della legge, ai sensi dell'art. 1, rientra la promozione della piena integrazione della persona con disabilità non solo nella famiglia, nel lavoro e nella società, ma anche nella scuola (lett. a)²⁴. Il bambino con disabilità versa in una condizione di particolare

22 Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Un'Unione dell'uguaglianza: strategia per i diritti delle persone con disabilità 2021-2030*, 3 marzo 2021, COM(2021) 101 final.

23 Il riferimento nella Costituzione è all'art. 38, in cui è espresso anche il corrispondente diritto all'educazione.

24 V. Corte cost., 29.10.1992, n. 406, in *Dir. e giur.*, 1992, p. 910, con nota di COCORULLO.

vulnerabilità, che necessita, per le sue peculiari esigenze, di un trattamento differenziato, di una tutela speciale e dedicata, in modo che, anche con riguardo al suo diritto all'istruzione, sia sostenuto dal sistema con gli strumenti più idonei affinché la sua posizione riceva la giusta considerazione e la sua persona possa trovare pieno sviluppo²⁵. La legge n. 104 del 1992 garantisce il diritto all'educazione e all'istruzione del minore con disabilità principalmente con le disposizioni di cui all'art. 12²⁶.

Al bimbo con disabilità, fino ai tre anni di età, è garantito l'inserimento negli asili nido. Più in generale, alla persona con disabilità viene garantito il diritto all'educazione e all'istruzione nelle sezioni di scuola materna, nelle classi comuni delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado e nelle istituzioni universitarie. Lo sviluppo delle sue potenzialità nell'apprendimento, nella comunicazione, nelle relazioni e nella socializzazione è l'obiettivo dell'integrazione scolastica. Né difficoltà di apprendimento né altre difficoltà connesse alla disabilità possono impedire l'esercizio del diritto all'educazione e all'istruzione²⁷.

25 SERRAO, E., "I diritti del minore con disabilità", *Giur. merito*, 2012, pp. 757 ss.

26 La partecipazione della persona con disabilità "al processo educativo con insegnanti e compagni normodotati costituisce, infatti, un rilevante fattore di socializzazione e può contribuire in modo decisivo a stimolare le potenzialità dello svantaggiato". Corte cost., 8.6.1987, n. 215, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 354. La previsione di docenti specializzati a tal fine è funzionale all'adempimento delle forme di integrazione e di sostegno, che hanno anche rilievo costituzionale. Corte cost., 15.2.2000, n. 52, in *Giur. cost.*, 2000, p. 413.

27 Ai minorenni con *handicap* soggetti all'obbligo scolastico, che siano impediti temporaneamente per motivi di salute a frequentare la scuola, l'educazione e l'istruzione scolastica sono comunque garantite. Dispone il comma 9° dell'art. 12 che a tal fine "il provveditore agli studi, d'intesa con le unità sanitarie locali e i centri di recupero e di riabilitazione, pubblici e privati, convenzionati con i Ministeri della sanità e del lavoro e della previdenza sociale, provvede alla istituzione, per i minori ricoverati, di classi ordinarie quali sezioni staccate della scuola statale. A tali classi possono essere ammessi anche i minori ricoverati nei centri di degenza, che non versino in situazioni di *handicap* e per i quali sia accertata l'impossibilità della frequenza della scuola dell'obbligo per un periodo non inferiore a trenta giorni di lezione. La frequenza di tali classi, attestata dall'autorità scolastica mediante una relazione sulle attività svolte dai docenti in servizio presso il centro di degenza, è equiparata ad ogni effetto alla frequenza delle classi alle quali i minori sono iscritti". Per il perseguimento degli obiettivi di cui a tale articolo, negli ospedali, nelle cliniche e nelle divisioni pediatriche può adoperarsi il personale in possesso di specifica formazione psico-pedagogica, con un'esperienza acquisita presso i nosocomi o seguendo un periodo di tirocinio di un anno sotto la guida di personale esperto. È appena il caso di evidenziare che, a seguito degli interventi per prevenire e contrastare la diffusione del coronavirus (SARS-CoV-2) e la gestione dell'emergenza sanitaria, l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, come riportato nel comunicato stampa dell'11 marzo 2021 pubblicato online nel sito istituzionale della stessa Autorità, ha richiesto al Governo, e in particolare al Ministro per le disabilità, di porre rimedio alle esclusioni prodotte dalla didattica a distanza. Secondo la Garante nazionale, Carla Garlatti, la Dad, "stando a quanto ci dicono gli studi, ha lasciato indietro un alunno con disabilità su quattro, vale a dire il 23%, con maggiori tassi di esclusione nelle regioni del Sud. Se è vero che agli studenti disabili è stato consentito di frequentare le lezioni in classe, le scuole andrebbero sollecitate a farlo e soprattutto a perseguire l'obiettivo della socializzazione e dell'inclusione. Andrebbe assicurata la presenza in classe e la partecipazione di un gruppo di compagni". Cfr. CALABRÒ, M.- TUCCILLO, S.: "Diritto all'istruzione e social diversity in Italia nel periodo pandemico", *Ambienteditto.it*, 2022, XXII, pp. 243 ss. Sull'emergenza pandemica, su tutti e per una lettura globale, v. THIENE, G. (a cura di): *La peste Covid-19: non solo un problema scientifico e sanitario*, Accademia Olimpica Vicenza, 2022. Peraltro, proprio con una pronuncia resa in relazione alla chiusura delle scuole durante il periodo di emergenza sanitaria – la sentenza del 19 novembre 2021 – la Corte costituzionale tedesca ha riconosciuto l'esistenza di un diritto fondamentale del minore a che sia sostenuto, supportato e promosso il suo sviluppo e la sua crescita, in funzione dell'acquisizione di una personalità responsabile con l'educazione scolastica. Il diritto così delineato è un diritto della persona di minore età nei confronti dello Stato, che assume quindi i contorni di un diritto sociale. NETTESHEIM, M.: "Das Grundrecht auf Unterstützung und Förderung der jugendlichen Persönlichkeitsentwicklung", *Juristen Zeitung*, 11, 2022, pp. 525 ss.

Il comma 5, in particolare, ridefinito dal legislatore, prevede ora che, su richiesta dei genitori o di chi esercita la responsabilità genitoriale, le commissioni mediche accertino la condizione di disabilità in età evolutiva ai fini dell'inclusione scolastica. Tale accertamento è propedeutico alla redazione del profilo di funzionamento ai fini della formulazione del Piano educativo individualizzato (PEI)²⁸.

Lo strumento con cui si attua quindi il diritto all'educazione e all'istruzione del minore con disabilità nel sistema italiano è il Piano educativo individualizzato. Ma disposizioni ulteriori, di portata sistematica, e quindi relative anche all'educazione e all'istruzione di minori con disabilità sono dettate dal d. lgs. 3 maggio 2024, n. 62, recante "Definizione della condizione di disabilità, della valutazione di base, di accomodamento ragionevole, della valutazione multidimensionale per l'elaborazione e attuazione del progetto di vita individuale personalizzato e partecipato".

III. EDUCAZIONE E ISTRUZIONE DEL MINORE NEL D.LGS. N. 62 DEL 2024.

Il d.lgs. n. 62 del 2024 interviene integrando e modificando l'assetto normativo in materia di tutela della persona con disabilità, a partire dalle scelte di terminologia giuridica²⁹. Nel dare attuazione alla l. n. 227 del 2021³⁰, al fine di assicurare alla persona il riconoscimento della propria condizione di disabilità, rimuovere gli ostacoli e attivare i sostegni utili al pieno esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, delle libertà e dei diritti civili e sociali nei vari contesti di vita, liberamente scelti, il d.lgs. n. 62 del 2024 mira a garantire "l'effettivo e pieno accesso al sistema dei servizi, delle prestazioni, dei supporti, dei benefici e delle agevolazioni, anche attraverso il ricorso all'accomodamento ragionevole e al progetto di vita individuale, personalizzato e partecipato secondo i principi di autodeterminazione e non discriminazione", in coerenza con la Convenzione delle Nazioni Unite del 2006 sui diritti delle persone con disabilità³¹. La dimensione scolastica e la considerazione della minore età emergono, nella trama di queste disposizioni, conferendo rilievo ai profili dell'educazione e dell'istruzione.

Così, varie disposizioni attinenti alla valutazione di base – cioè al procedimento diretto a riconoscere la condizione di disabilità e che si applica anche ai minori³²

28 In relazione alla normativa più risalente, cfr. SCORRETTI, C.: "Il cambiamento in atto nello stato assistenziale. Aspetti medico-legali", *Riv. it. med. leg.*, 1999, pp. 815 ss.

29 V. l'art. 4.

30 In particolare l'art. 1, comma 5, lettere a), b), c), d) e h), della l. 22 dicembre 2021, n. 227. Cfr. DE FALCO, M.: "Ragionando attorno alla legge delega in materia di disabilità: una prospettiva giuslavoristica", *Resp. civ. e prev.*, 2022, pp. 1738 ss.

31 Così l'art. 1 del d.lgs. n. 62 del 2024.

32 Art. 5, comma 2. Per il minore, ai sensi dell'art. 6, il procedimento si attiva su richiesta dell'esercente la responsabilità genitoriale con la trasmissione del certificato medico e si conclude in un tempo più breve, cioè entro trenta giorni dalla ricezione del certificato. Secondo l'art. 4 della legge 104 del 1992, così

– si riferiscono alla dimensione scolastica, in particolare, l'art. 5 prevede che tale valutazione includa l'accertamento della condizione di disabilità in età evolutiva ai fini dell'inclusione scolastica, ex art. 5 d.lgs. n. 66 del 2017, e che, nel dare priorità alla tutela per le disabilità che presentano necessità di sostegno intensivo e delle correlate prestazioni, si tenga conto anche dell'inclusione scolastica³³. Secondo l'art. 10, in tale procedimento è compresa la valutazione della ricaduta delle compromissioni funzionali e strutturali in termini di capacità anche nei domini dell'apprendimento e, per il minore, espressamente pure l'apprendimento scolastico³⁴.

L'accomodamento ragionevole, ai sensi dell'art. 5 bis della l. n. 104 del 1992, introdotto dall'art. 17 del d.lgs. n. 62 del 2024, può essere richiesto anche per il minore con disabilità da parte dell'esercente la responsabilità genitoriale.

Tra i diversi ambiti in cui il progetto di vita, ex art. 18, promuove l'inclusione e la partecipazione della persona con disabilità sono annoverati, al comma 2, anche quelli scolastici e della formazione superiore. Il progetto di vita è elaborato dall'unità di valutazione multidimensionale che si compone, ai sensi dell'art. 24, comma 2, anche dell'esercente la responsabilità genitoriale, in caso di minore, e di un rappresentante dell'istituzione scolastica, nei casi di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 66 del 2017. L'art. 25, comma 3, prevede che, nel caso di minori, la valutazione multidimensionale consideri anche il profilo di funzionamento redatto ai fini scolastici, secondo quanto disposto dall'art. 5, comma 4, del d.lgs. n. 66 del 2017.

Definito dall'art. 2, lett. n, del d.lgs. n. 62 del 2024 come il “progetto individuale, personalizzato e partecipato della persona con disabilità che, partendo dai suoi desideri e dalle sue aspettative e preferenze, è diretto ad individuare, in una

come modificato dall'art. 9 del d.lgs. n. 62 del 2024, nel caso di minori, le unità di valutazione di base “si compongono di due medici nominati dall'INPS, del componente individuato ai sensi del comma 4 e di una sola figura professionale appartenente alle aree psicologiche e sociali. Le commissioni sono presiedute da un medico dell'INPS specializzato in medicina legale. Nel caso non sia disponibile un medico di medicina legale, l'INPS nomina, come presidente, un medico con altra specializzazione che abbia svolto attività per almeno tre anni in organi di accertamento dell'INPS in materia assistenziale o previdenziale. In ogni caso, almeno uno dei medici nominati dall'INPS è in possesso di specializzazione in pediatria, in neuropsichiatria infantile o equipollenti o affini o di specializzazione nella patologia che connota la condizione di salute della persona”.

- 33 L'art. 12 del d.lgs. n. 62 del 2024 dispone che il Ministro della salute emani un decreto con cui aggiornare le definizioni, i criteri e le modalità di accertamento dell'invalidità civile, della cecità civile, della sordità civile e della sordocecità civile previsti dal decreto del Ministro della sanità 5 febbraio 1992 e individuare, ai fini dell'art. 5, ulteriori elementi attinenti alle definizioni, ai criteri e alle modalità di accertamento, tra cui “il complesso di codici ICF con cui verificare in che misura le compromissioni strutturali e funzionali ostacolano, in termini di capacità, l'attività e la partecipazione, inclusi i domini relativi al lavoro e alla formazione superiore per gli adulti e all'apprendimento, anche scolastico, per i minori” (lett. h). Con lo stesso decreto saranno stabilite le modalità per ricondurre l'accertamento della condizione di disabilità in età evolutiva ai fini scolastici di cui all'art. 5 d.lgs. n. 66 del 2017, all'interno del procedimento per la valutazione di base.
- 34 La disciplina relativa ai disturbi specifici dell'apprendimento in ambito scolastico è dettata dalla l. 8 ottobre 2010 n. 170. Cfr. PERUGINO, L. - PIEROTTI, S.: “Linee di indirizzo per la valutazione medico-legale dei disturbi specifici dell'apprendimento (DSAP) nel minore in ambito assistenziale sociale”, *Riv. it. med. leg.*, 2021, pp. 31 ss.

visione esistenziale unitaria, i sostegni, formali e informali, per consentire alla persona stessa di migliorare la qualità della propria vita, di sviluppare tutte le sue potenzialità, di poter scegliere i contesti di vita e partecipare in condizioni di pari opportunità rispetto agli altri”, il progetto di vita si basa sulla valutazione multidimensionale, che delinea il suo profilo di funzionamento.

E la definizione di “profilo di funzionamento”, dettata dall’art. 2, lett. f, include la finalità scolastica, contestualizzando la nozione in un orizzonte che può comprendere la condizione del minore.

IV. IL PIANO EDUCATIVO INDIVIDUALIZZATO (PEI).

Il Piano educativo individualizzato (PEI) si distingue dal Piano assistenziale individualizzato, che è un documento di sintesi multidisciplinare e generale per l’assistenza anche sanitaria alla persona, e dal Piano didattico personalizzato, che invece è il documento di programmazione contenente le azioni della scuola per gli alunni con esigenze didattiche particolari ma non riconducibili alla disabilità. Il PEI partecipa al progetto di vita individuale, la cui elaborazione può essere richiesta dalla persona con disabilità, ai sensi dell’art. 14 della l. n. 328 del 2000, così come modificato dal d.lgs. n. 62 del 2024³⁵. Il progetto di vita, che “è diretto a realizzare gli obiettivi della persona con disabilità per migliorare le condizioni personali e di salute nei diversi ambiti di vita, facilitandone l’inclusione sociale e la partecipazione nei diversi contesti di vita su base di uguaglianza con gli altri”³⁶, implica una visione unitaria e di insieme delle varie situazioni della persona con disabilità e quindi entra in rapporto con il PEI – che attiene nello specifico alla programmazione educativa e didattica – traendo da questo e a questo conferendo possibilità di soluzioni per le esigenze specifiche del soggetto, in una circolarità virtuosa che contribuisce a garantire i diritti della persona.

Il PEI, previsto dall’art. 12, comma 5, della l. n. 104 del 1992, è disciplinato all’art. 7 del d.lgs. n. 66 del 2017³⁷. In particolare, ai sensi dell’art. 7, comma 2, il PEI è elaborato e approvato dal Gruppo di lavoro operativo per l’inclusione di cui all’art. 9, comma 10, d.lgs. 66/2017, viene redatto ogni anno, in via definitiva non oltre il mese di ottobre, a partire dalla scuola dell’infanzia, è aggiornato in presenza di nuove e sopravvenute condizioni di funzionamento della persona ed è soggetto a

35 Cfr. MASONI, R.: “Le rinnovate funzioni tutelari del terzo millennio”, *Dir. fam. e pers.*, 2020, pp. 329 ss., spec. p. 337.

36 Art. 18, comma 1, d.lgs. n. 62 del 2024.

37 L’art. 7 del d.lgs. n. 66 del 2017 – decreto che è stato adottato sulla scorta dell’art. 1, commi 180 e 181, l. n. 107 del 2015, la c.d. “Buona scuola”, e che ha soppresso il d.P.R. 24 febbraio 1994 – così come anche l’art. 6, necessita di un coordinamento interpretativo con la l. n. 328 del 2000, a seguito dei cambiamenti apportati dal d.lgs. n. 62 del 2024, specialmente per i rinvii alle disposizioni modificate, sostituite o abrogate. Sulle disposizioni dei decreti attuativi della l. n. 107 del 2015, incluso il d.lgs. n. 66 del 2017, v. COCCONI, M.: “Il compimento del cantiere della c.d. Buona scuola”, *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, pp. 461 ss.

verifiche periodiche nel corso dell'anno³⁸. Individua obiettivi educativi e didattici, strumenti, strategie e modalità per realizzare un ambiente di apprendimento nelle dimensioni della relazione, della socializzazione, della comunicazione, dell'interazione, dell'orientamento e delle autonomie. Inoltre esplicita le modalità di sostegno didattico, compresa la proposta del numero di ore di sostegno alla classe, le modalità di verifica, i criteri di valutazione, gli interventi di inclusione svolti dal personale docente nell'ambito della classe e in progetti specifici, la valutazione in relazione alla programmazione individualizzata, nonché gli interventi di assistenza igienica e di base, svolti dal personale ausiliario nell'ambito del plesso scolastico e la proposta delle risorse professionali da destinare all'assistenza, all'autonomia e alla comunicazione.

Il Ministro dell'istruzione di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, con il decreto interministeriale n. 182 del 29 dicembre 2020, ha adottato, ai sensi dell'art. 7, comma 2 *ter*, d.lgs. 66/2017, un modello nazionale di PEI e le correlate linee guida, nonché modalità di assegnazione delle misure di sostegno agli alunni con disabilità³⁹. Tale decreto e i relativi allegati sono poi stati aggiornati e corretti con il decreto interministeriale n. 153 del 1° agosto 2023, che, nel dettaglio, è intervenuto sull'attività del Gruppo di lavoro operativo per l'inclusione, le azioni, i modelli e le linee guida.

Come emerge proprio dalle linee guida⁴⁰, è essenziale la collaborazione fra tutti coloro che contribuiscono all'educazione ed è definita come 'elemento di progresso democratico' la partecipazione al Gruppo di lavoro dei genitori dell'alunno e, ancor più, dello studente della scuola secondaria di secondo grado. Per la costruzione e la riuscita del PEI assume centralità il ruolo della famiglia⁴¹.

38 Nel passaggio tra i gradi di istruzione, è assicurata l'interlocuzione tra i docenti della scuola di provenienza e quelli della scuola di destinazione, mentre in caso di trasferimento di iscrizione va garantita l'interlocuzione tra le istituzioni scolastiche interessate e il PEI è ridefinito sulla base delle eventuali diverse condizioni contestuali della scuola di destinazione.

39 Il TAR Lazio, con sentenza n. 9795 del 2021, dispose l'annullamento del d.i. 182/2020, ritenendo che fosse stato emanato in violazione delle norme procedurali dettate dalla l. n. 400 del 1988 e che avesse un contenuto contrastante con i principi delineati dalle norme nazionali ed internazionali, in materia di inclusione di soggetti con disabilità, e con la delega di cui all'art. 7, comma 2 *ter*, d.lgs. n. 66 del 2017. Pertanto il Ministero dell'istruzione fornì nel frattempo le indicazioni operative per la redazione del PEI. Con la sentenza del 26 aprile 2022, n. 3196, il Consiglio di Stato riformò la pronuncia del TAR Lazio, respingendo il ricorso originario. T.A.R. Lazio, sez. III bis, 14.9.2021, n. 9795, unitamente a T.A.R. Lazio, sez. III bis, 10.6.2021, n. 6920, si trova commentata in *Fam. e dir.*, 2022, pp. 177 ss., con nota di GELLI, R., "Piano educativo individualizzato e sostegno all'alunno disabile".

40 Allegato B: *Linee Guida concernenti la definizione delle modalità, anche tenuto conto dell'accertamento di cui all'articolo 4 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, per l'assegnazione delle misure di sostegno di cui all'articolo 7 del D.lgs 66/2017 e il modello di PEI, da adottare da parte delle istituzioni scolastiche.*

41 V. p. 4 s. delle linee guida. Sul rapporto tra scuola e famiglia, MARESCOTTI, E. – THIENE, A. (a cura di): *La relazione tra Scuola e Famiglia nel segno del superiore interesse del minore. La responsabilità genitoriale tra diritti e doveri, sostegno e formazione alla genitorialità, interazioni con le istituzioni educative, Annali online della didattica e della formazione docente*, vol. 10, n. 15-16, 2018.

Ma una particolare attenzione, nelle linee guida, è riservata alla proposta del numero di ore di sostegno, che, nel riquadro del modello di PEI, si chiede di esplicitare con opportune motivazioni. Tale proposta “costituisce un pronunciamento importante che, avendo anche considerevoli ricadute sugli impegni di spesa della pubblica amministrazione, deve necessariamente rispettare rigorosi principi di correttezza, equità e responsabilità”⁴². Si chiarisce così che le ore di sostegno, pur essendo assegnate alla classe, sono vincolate al progetto educativo personalizzato per lo studente con disabilità e non è possibile richiedere personale di sostegno per coprire esigenze di mera assistenza o di accompagnamento, dovendo peraltro esserci piena coerenza tra le risorse richieste e il loro effettivo utilizzo.

L'art. 15, comma 2, del d.l. n. 182 del 2020, prevede che la proposta, adeguatamente motivata, del fabbisogno di ore di sostegno per l'anno scolastico successivo da parte del Gruppo di lavoro avvenga a partire dall'organizzazione delle attività di sostegno didattico e dalle osservazioni sistematiche svolte, tenuto conto del profilo di funzionamento e del suo eventuale aggiornamento, oltretutto dei risultati raggiunti, nonché di eventuali difficoltà emerse durante l'anno.

V. IL RISARCIMENTO DEL DANNO. APPLICAZIONI DEL RIMEDIO E SUO RUOLO.

Oggetto di un contenzioso inerente alla tutela del diritto all'istruzione del minore con disabilità è la mancata assegnazione del personale docente specializzato, per il quantitativo di ore stabilito nel PEI per il sostegno scolastico. Il rilievo evidenzia come una delle parti più delicate del PEI sia proprio quella relativa all'individuazione delle ore di sostegno e della conseguente esecuzione del piano⁴³.

Di questo aspetto si sono occupate specialmente dottrina e giurisprudenza amministrative⁴⁴. Uno degli aspetti più discussi riguarda il criterio per distinguere

42 Così le linee guida, a p. 56.

43 T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 22.4.2025, n. 3324, in *Dir. e giust.*, 29 maggio 2025, con nota di LAPERTA, L., definisce ‘azione *contra legem*, e quindi illegittima’, l'attribuzione, da parte dell'istituto scolastico, di un numero di ore di sostegno inferiori a quelle previste dal PEI, al pari della mancata redazione del PEI; dell'attribuzione nel PEI di un numero di ore di sostegno inferiore a quanto previsto dal Gruppo di lavoro operativo o la mancata quantificazione delle stesse; e dell'attribuzione nel PEI di un numero di ore di sostegno senza la proposta del Gruppo di lavoro operativo.

44 Cfr. VALLE, L. - VITAGLIANO, C.: “Il diritto all'inclusione”, cit.; RAMAJOLI, M.: “Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità”, *Dir. proc. amm.*, 2020, pp. 275 ss.; COCCONI, M.: “La giurisprudenza sulla scuola”, *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, p. 528 ss., spec. pp. 530 ss.; DIOTALLEVI, L.: “La giurisdizione sui diritti ‘fondamentali’ alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di processo amministrativo”, *Giur. cost.*, 2015, p. 275, spec. p. 290 s.; SERRAO, E.: “I diritti del minore”, cit., p. 765 s.; LOTTINI, M.: “Scuola e disabilità. I riflessi della sentenza 80 del 2010 della Corte costituzionale sulla giurisprudenza del giudice amministrativo”, *Foro amm. TAR*, 2011, pp. 2403 ss. V. T.A.R. Molise, sez. I, 19.6.2020, n. 174, in *Foro amm.*, 2020, fasc. 4, pp. 646 ss., con nota di APERIO BELLA, F.: “Sul difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e sulla giurisdizione ordinaria in ordine a una controversia riguardante la mancata erogazione delle ore di sostegno scolastico approvate nel Piano Educativo Individualizzato (PEI)”; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III bis, 15.6.2013, n. 6011, in *Corr. mer.*, 2013, pp. 1216 ss., con nota di ZAMPETTI, E.: “Disabilità ed istruzione. La questione delle ore di sostegno”; T.A.R. Sardegna, 16.11.2012, n. 991, in *Danno e resp.*, 2013, p. 82, con nota di GIOIA, G.: “Alunno disabile

la giurisdizione del giudice amministrativo da quella del giudice ordinario. Secondo l'orientamento delle Sezioni unite della Cassazione, espresso nella sentenza n. 25011 del 2014 – ma non sempre condiviso, specie dai giudici amministrativi, che non abbandonano il più risalente indirizzo per cui ogni controversia in materia è devoluta alla giurisdizione amministrativa⁴⁵ –, alla prima spettano le liti relative alla fase antecedente la formalizzazione del PEI, mentre alla seconda si attribuiscono le liti sorte dopo la sua adozione e relative alla sua concreta attuazione. Tale soluzione poggia sull'assunto per cui, seppur tutti godano del diritto fondamentale all'educazione e all'istruzione, il diritto allo specifico servizio di sostegno nasce in capo all'alunno solo in seguito alla definitiva redazione del PEI, mentre prima di questo momento la sua situazione giuridica corrisponderebbe a un mero interesse legittimo, trovando invece spazio l'esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione⁴⁶.

Dunque, se a seguito della definitiva elaborazione del PEI l'amministrazione scolastica viene meno all'obbligo di apprestare adeguatamente gli interventi corrispondenti alle esigenze rilevate, il diritto del soggetto con disabilità ad avere pari opportunità nel fruire del servizio scolastico può dirsi leso e, non essendoci una corrispondente contrazione dell'offerta formativa per gli studenti privi di disabilità, può prospettarsi una discriminazione indiretta, con competenza devoluta al giudice ordinario⁴⁷.

Fra i rimedi che l'ordinamento appresta contro le discriminazioni, rientrano gli strumenti predisposti dall'art. 28 d.lgs. n. 150 del 2011. È previsto che il giudice possa "ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole, adottando, anche nei confronti della pubblica

e numero di ore di sostegno inferiore al dovuto". Cfr., seppur per questioni in parte differenti, Cons. Stato, 21.4.2010, n. 2231, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 1827 ss., con nota di MADEO, F.: "Insegnante di sostegno: possibile la presenza per tutte le ore di frequenza scolastica dello studente disabile grave"; Trib. S. Angelo d. Lombardi, 22.2.2004, in *Dir. fam. e pers.*, 2006, pp. 127 ss., con nota di VARONE, S.: "Il diritto all'integrazione scolastica degli alunni disabili fra vincoli normativi e criteri di riparto della giurisdizione". In relazione invece al Piano assistenziale individualizzato, v. Cons. giust. amm. Sicilia, 15.1.2020, n. 114, in *Foro amm.*, 2019, pp. 1938 ss., con nota di POSTERARO, N.: "Sulla giurisdizione del Giudice Amministrativo nel caso di controversia avente a oggetto la contestazione dei provvedimenti riguardanti l'attuazione del Piano assistenziale individualizzato (PAI) in favore di persona diversamente abile".

45 V. T.A.R. Sicilia, 3.12.2014, in *Dir. civ. cont.*, 17 dicembre 2014, che ha affermato la giurisdizione amministrativa in tema di diritto al sostegno scolastico del disabile. PLAIA, A.: "Il TAR Sicilia e il TAR Toscana smentiscono il «revirement» delle Sezioni Unite e ribadiscono la giurisdizione amministrativa in tema di diritto al sostegno scolastico del disabile", *ivi*. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4.1.2016, n. 7, in *Dejure*.

46 Cass., sez. un., 25.11.2014, n. 25011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, pp. 361 ss., con nota di VENCHIARUTTI, A.: "Incertezze sulla giurisdizione in tema di tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazione"; in *Giur. cost.*, 2015, p. 1475, con nota di GIRELLI, F.: "Quale giudice per gli alunni con disabilità?"; in *Foro it.*, 2015, I, pp. 951 ss., con nota di PALMIERI A. e commento di SCODITTI, E.: "I diritti fondamentali fra giudice ordinario e giudice amministrativo". Cfr. GALLI, L.: "Diritti fondamentali e giudice amministrativo: uno sguardo oltre confine", *Dir. proc. amm.*, 2018, pp. 978 ss., spec. p. 1023 s.; SCOCA, F.G.: "Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo", *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 847 ss., spec. pp. 858 ss. Sulla tutela delle situazioni giuridiche proprie delle persone con disabilità nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione si v. già PACE, A.: "Diritti degli handicappati e inadempienze della pubblica amministrazione", *Giust. civ.*, 1980, I, pp. 1995 ss.

47 In senso conforme Cass., sez. un., 28.2.2017, n. 5060, in *Foro it.*, 2017, I, p. 1229.

amministrazione, ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti. A ciò si aggiunge l'azione di risarcimento del danno, anche non patrimoniale⁴⁸, che potrà essere esperita, in caso di minore d'età, dagli esercenti la responsabilità genitoriale⁴⁹.

Del resto, ogniquale volta risulti leso un diritto inviolabile della persona, potrà trovarsi ristoro del pregiudizio subito avente natura non patrimoniale, in conformità al disposto dell'art. 2059 c.c., secondo l'interpretazione costituzionalmente orientata⁵⁰. Trattasi ancora una volta della *vis* espansiva del rimedio risarcitorio, pronto a raccogliere istanze sempre nuove e a rimodellarsi di continuo sulle innovazioni che apportano al sistema i mutamenti della società⁵¹.

Il risarcimento però, pur avendo in parte una funzione deterrente, è un rimedio che interviene solo a seguito del verificarsi dell'evento dannoso. Nella polifunzionalità che è tipica della responsabilità civile⁵², il risarcimento presenta il limite che gli è proprio⁵³: non solo non raggiunge da sé l'obiettivo della precauzione e della prevenzione effettiva, ma pure resta estraneo al soddisfacimento in senso

48 Particolarmente notevole in questi casi è la risarcibilità del danno esistenziale, che si sostanzia in "un danno da perdita della possibilità di "promozione della persona", che consegue tanto alla lesione dei diritti del minore disabile nei confronti della famiglia quanto alla lesione dei diritti del minore disabile nei confronti dell'istituzione scolastica e sanitaria". SERRAO, E.: "I diritti del minore", cit., p. 767.

49 Con riferimento alla posizione della scuola privata paritaria, v. Cass., sez. un., 20.4.2017, n. 9966, in *Fam. e dir.*, 2017, pp. 1081 ss., con nota di GELLI, R.: "Sostegno all'alunno portatore di handicap nella scuola privata paritaria". Quella della mancata esecuzione del PEI non è del resto l'unica ipotesi per cui si prospetta l'applicazione del rimedio risarcitorio. Si è ritenuto risarcibile anche il danno derivante dal ritardo nella predisposizione del progetto di vita per il minore disabile, cagionato in questo caso dalla pubblica amministrazione tanto sotto il profilo patrimoniale, come pregiudizio consistente nelle spese sostenute dai genitori nelle more per provvedere agli interventi di cura e assistenza del figlio, quanto sotto quello non patrimoniale, come danno esistenziale per il peggioramento della qualità di vita della famiglia. Cons. Stato, 12.2.2024, n. 1373, in *Fam. e dir.*, 2024, pp. 899 ss., con nota di GELLI, R.: "Progetto di vita del minore disabile: il ritardo dell'ente è fonte di responsabilità civile"; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 5.10.2023, n. 748, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2024, p. 113 ss., con nota di BOMBARDELLI, M.: "Il progetto individuale per le persone disabili e il danno da ritardo nella sua adozione". Fa riferimento a tal proposito all'"abbandono istituzionale" SERRAO, E.: "I diritti del minore", cit., pp. 760 ss.

50 Corte cost., 11.7.2003, n. 233, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, pp. 13 ss., con nota di THIENE, A.: "L'inesorabile declino della regola restrittiva in tema di danni non patrimoniali"; in *Resp. civ. e prev.*, 2003, pp. 1036 ss., con nota di ZIVIZ, P.: "Il nuovo volto dell'art. 2059 c.c."; in *Giur. it.*, 2003, pp. 1777 ss., con nota di CENDON P. - ZIVIZ, P.: "Vincitori e vinti (... dopo la sentenza n. 233/2003 della Corte costituzionale)"; in *Corr. giur.*, 2003, pp. 1028 ss., con nota di FRANZONI, M.: "Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona"; in *Danno e resp.*, 2003, pp. 939 ss., con note di BONA, M.: "Il danno esistenziale bussa alla porta e la corte costituzionale apre (verso il "nuovo" art. 2059 c.c.)", di CRICENTI, G.: "Una diversa lettura dell'art. 2059 c.c."; di PONZANELLI, G.: "La Corte costituzionale si allinea con la Corte di cassazione", di PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A.: "Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 233/03", di TROIANO, O.: "L'irresistibile ascesa del danno non patrimoniale".

51 RODOTÀ, S.: *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964. Cfr. PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, 4ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, pp. 305 ss. Offre una ricostruzione storico-evolutiva, anche sul piano socio-economico, FRANZONI, M.: "La responsabilità civile una lunga storia ancora da scrivere", *Contr. e impr.*, 2021, pp. 1103 ss.

52 Per tutti ALPA, G.: "Ingegneria sociale e amministrazione del danno, quindici anni di dottrina della responsabilità civile", in *La responsabilità civile*, I, diretta da ALPA, G. e BESSONE, M., Utet, Torino, 1987, pp. 6 ss.

53 Cfr. SALVI, C.: *La responsabilità civile*, 3ª ed., nel *Trattato Iudica - Zatti*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 313 ss.

stretto degli interessi sottesi al diritto violato⁵⁴. La tutela offerta da questo rimedio copre uno spettro che va dal ristoro, in ottica compensativa, alla punizione, là dove si possa discorrere di danni punitivi⁵⁵, ma non arretra verso la realizzazione del diritto in sé. Redistribuisce – e forse anche sanziona – ma non fa ottenere al titolare quel che il diritto leso gli avrebbe riconosciuto. Essa si dispiega, invece, proprio nella mancata realizzazione del diritto, nell'insuccesso delle altre regole, nel fallimento della cooperazione, nelle insufficienze originate dal sistema. L'osservazione prende corpo qui in relazione al diritto all'educazione e all'istruzione del minore con disabilità, ma può ugualmente valere con riguardo ad altre situazioni soggettive, corrispondenti ai diritti della persona. Dalla salute all'autodeterminazione terapeutica⁵⁶, dalla riservatezza alla protezione dei dati⁵⁷.

In altri termini, il rimedio risarcitorio non solo non garantisce il diritto all'educazione e all'istruzione e non lo implementa direttamente, ma anche non è in grado di impedire che non sia attuato o che lo sia in modo inadeguato⁵⁸. In parte diversamente si può dire per altre tipologie di strumenti di tutela, nella varietà dei provvedimenti giudiziali che possono essere adottati, come l'ordine di cessazione della condotta discriminatoria, ma anche queste forme di protezione, di carattere giurisdizionale, accedono generalmente a una garanzia del diritto *ex post* e non evitano la lesione in sé. Perché ciò non avvenga, in tali circostanze, è necessaria l'opera di una buona amministrazione, che abbia risorse e che le impieghi a dovere, tenendo sempre presente quanto sia fondamentale il ruolo dei diritti dei minori, bisognosi ancor più di tutela e protezione per la loro condizione di disabilità. Assicurare effettivamente il diritto all'educazione e all'istruzione dei bambini con disabilità è un modo per prendersi cura della fragilità della persona⁵⁹.

VI. TUTELA DEI DIRITTI DEL MINORE CON DISABILITÀ. INCLUSIONE DELLA SCUOLA E INCLUSIVITÀ NELLA SCUOLA.

Allontanando lo sguardo dalla lesione del diritto e dalla necessità di una riparazione e allargando il campo alle potenzialità di tutela offerte dal sistema,

54 Cfr. PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, cit., pp. 318 ss. Sul piano comparatistico, *ex multis*, ACETO DI CAPRIGLIA, S. - DE LUCA, F.: *Percorsi evolutivi della responsabilità civile nel sistema ordinamentale italo-europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021.

55 GRONDONA, M.: *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui «risarcimenti punitivi»*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017; MALOMO, A.: *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017.

56 Cfr. THIENE, A.: "La salute dei bambini tra diritto e medicina", in ZACCHELLO, F., PERILONGO, G. e SILVANO, G. (a cura di): *La pediatria a Padova. Una storia secolare*, Laterza, Roma-Bari, 2021, pp. 189 ss.; PICCINNI, M.: *Il consenso al trattamento medico del minore*, Cedam, Padova, 2007.

57 Cfr. IRTI, C.: "Persona minore di età e libertà di autodeterminazione", *Giust. civ.*, 2019, pp. 617 ss.; THIENE, A.: "Riservatezza e autodeterminazione del minore nelle scelte esistenziali", *Fam. e dir.*, 2017, pp. 172 ss.

58 VALLE, L. - VITAGLIANO, C.: "Il diritto all'inclusione", cit.

59 CENDON, P.: *I diritti dei più fragili. Storie per curare e riparare i danni esistenziali*, Rizzoli, Milano, 2018.

attraverso la complessità e la dinamicità, nella sua unitarietà⁶⁰, si può cogliere l'interazione virtuosa fra giuridico e metagiuridico. Anche il diritto all'educazione e all'istruzione accede così a un panorama più ampio, che fa del dialogo fra diritto e pedagogia una risorsa esemplare⁶¹.

In questa prospettiva, il diritto all'educazione e all'istruzione del minore con disabilità trova garanzia in una scuola inclusiva e al contempo nell'educazione all'inclusività che la scuola stessa può offrire⁶². È questo un modo di intendere l'educazione e l'istruzione, nell'orizzonte della tutela dei diritti delle persone, in armonia con le disposizioni del diritto internazionale ed eurounitario e con gli indirizzi offerti nei menzionati atti di *soft law*, tesi all'effettività e all'attuazione delle garanzie espresse nei vari sistemi giuridici nazionali.

Dalla lezione deweyana si è appreso che la scuola può essere – come auspicabilmente è – democratica⁶³. Molto della democrazia della scuola sta nella libertà dell'educando, nella sua responsabilizzazione e partecipazione. Il metodo democratico nell'insegnamento e nel modo di fare educazione riveste, allora, una posizione preminente sulla strada per l'inclusione⁶⁴. La valorizzazione delle differenze e delle diversità è l'espressione del pluralismo proprio della democrazia.

60 PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, 4ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, spec. pp. 59 ss.

61 Cfr. THIENE, A.: "Dalla parte delle famiglie per un diritto minorile gentile", *Dir. fam. e pers.*, 2023, pp. 1315 ss.

62 Sia consentito il rinvio a CORSO, S.: "Sui diritti della persona minore di età nella scuola. Il ruolo dell'educazione inclusiva", *Pampaedia (Bollettino As.Pe.I.)*, 2022, n. 193, pp. 55 ss.

63 DEWEY, J.: *Democracy and education*, 1916, Macmillan, New York. Cfr. BELLATALLA, L.: *Il mio Dewey. Riflessioni sull'eredità deweyana*, Anicia, Roma, 2016.

64 ULIVIERI, S. et al. (a cura di): *Scuola Democrazia Educazione. Formare ad una nuova società della conoscenza e della solidarietà*, Pensa multimedia, Lecce, 2018.

Si può intendere in questo contesto l'importanza dell'educazione civica⁶⁵ e il suo fondarsi sulla Costituzione⁶⁶.

I principi della Costituzione, che illuminano l'ordinamento giuridico italiano, si riverberano nella struttura della scuola. Così, il principio democratico, il principio personalista, il principio di eguaglianza, il principio di laicità, tutti i principi fondamentali contribuiscono ad edificare una scuola inclusiva⁶⁷. “La scuola 'costituzionale' che ispira l'educazione alla cittadinanza, proprio perché dà centralità alla persona dello studente, deve sempre favorire l'inclusione, a iniziare dagli studenti con disabilità”⁶⁸.

La relazione educativa, che si contraddistingue nella pratica di continua messa in discussione di sé per crescere, nell'imparare e nel fare imparare, nella reciprocità dell'educazione, può condurre così all'inclusività⁶⁹. Ciò è vero, soprattutto, quando si coglie l'educazione come modo per prendersi cura della persona⁷⁰. L'esempio

65 L'educazione civica è stata formalmente istituita nei curricula scolastici con la l. n. 92 del 2019, come insegnamento avente ad oggetto, in sintesi, lo studio della Costituzione della Repubblica italiana, lo sviluppo sostenibile e la cittadinanza digitale. È un insegnamento che sviluppa la conoscenza e la comprensione delle strutture e dei profili sociali, economici, giuridici, civici e ambientali della società (art. 2). PANIZZA, S.: “La reintroduzione dell'insegnamento scolastico dell'educazione civica da parte della legge n. 92/2019, con a fondamento la conoscenza della Costituzione. Tra buone intenzioni e false partenze”, *dirittifondamentali.it*, 2019, fasc. 2. Come specificato nelle linee guida allegate al decreto del Ministero dell'istruzione e del merito del 7 settembre 2024 – che sostituiscono le linee guida fornite con decreto del Ministro dell'istruzione n. 35 del 22 giugno 2020 (v. PANIZZA, S.: “Le Linee guida ministeriali per l'insegnamento dell'educazione civica a partire dall'anno scolastico 2020/2021”, *dirittifondamentali.it*, 2020, fasc. 2) – “la conoscenza della Costituzione – nelle sue dimensioni storiche, giuridiche, valoriali – rappresenta il fondamento del curriculum di educazione civica”. Concretamente, le istituzioni scolastiche, ai sensi dell'art. 2, comma 3°, l. n. 92/2019, specificano, per ciascun anno di corso, le ore dedicate, non meno di trentatré annue, da svolgersi tra il monte orario obbligatorio previsto dagli ordinamenti vigenti. È ai docenti abilitati all'insegnamento delle discipline giuridiche ed economiche, là dove disponibili nell'organico, che l'educazione civica, nelle scuole del secondo ciclo, viene affidata. È prevista, infine, la valutazione in decimi. L'inclusione è espressamente menzionata dalle linee guida negli obiettivi di apprendimento dell'educazione civica. L'insegnamento non si limita al carattere nozionistico, ma si caratterizza per la natura diffusa e per il concreto rilievo metodologico dei principi costituzionali. Come si può leggere nelle linee guida, “Il tema della Costituzione, primario e fondante, non può esaurirsi [...] nella conoscenza, pure necessaria e imprescindibile, dell'ordinamento e dell'organizzazione dello Stato [...]. Lo sviluppo di autentiche e stabili abilità e competenze civiche si consegue in un ambiente di apprendimento dove prima di tutto gli adulti sono modelli coerenti di comportamento”.

66 BERGONZINI, C.: *Con la Costituzione sul banco. Istruzioni per l'uso della Costituzione nelle scuole*, FrancoAngeli, Milano, 2020.

67 Una menzione particolare merita proprio il principio di laicità, in quanto contribuisce a garantire il rispetto dell'identità di ognuno. Nel contesto della scuola, esso comporta la conformazione di una comunità dialogante e accogliente, che possa favorire la crescita del minore e, scambievolmente, l'arricchimento di ciascuno e l'interculturalità. Laicità non intesa come disposizione neutralizzante, ma come assenza di ideologismi e apertura all'altro da sé. MARTINELLI, E.: “Una sentenza sul crocifisso: verso un nuovo modello di laicità?”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, pp. 121 ss. Cfr. ROTONDO, V.: “Símbolos religiosos y escuela pública. La razonable composición de intereses del Tribunal de casación italiano”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2024, pp. 206 ss.

68 Così le linee guida per l'insegnamento dell'educazione civica, a p. 2.

69 Cfr. MILAN, G.: “L'«interculturalità interna» come dimora antropologica e sfida pedagogica”, *Studium Educationis*, 2016, XVII, n. 1, pp. 11 ss.

70 MONTANI, R.: “Introduzione”, in PERTILE, G.: *Giulia verso la vita indipendente*, Cleup, Padova, 2015; EAD.: “Essere grandi come i piccoli”, in CALDIN, R. (a cura di): *Emarginazione, povertà e giustizia sociale*, Cleup, Padova, 2012; EAD.: “Fare il ‘possibile’”, in CALDIN, R. e FRISO, V. (a cura di): *Pensare, Fare, Diffondere Cultura Inclusiva*, Padova University press, 2012.

più evidente può essere forse quello del bambino che necessita di un sostegno, per la sua condizione personale, come avviene per il minore con disabilità. Si rivela qui il portato non solo giuridico, ma anche pedagogico del PEI⁷¹.

È imprescindibile che nella scuola non vi siano discriminazioni di alcuna sorta. Non solo, quindi, discriminazioni legate alla disabilità, ma anche alle altre condizioni che possono rilevare in tal senso, e tanto nel mondo fisico quello in quello virtuale, proprio delle tecnologie più nuove⁷². Che non si discrimini è necessario, però non basta, occorre altro, bisogna attivarsi per promuovere la personalità di ognuno. Inclusione è anche e soprattutto questo, quindi non mera integrazione o inserimento nel gruppo, ma rendere partecipi, condividere e mettere a disposizione di tutti ciò che permetta a ciascuno di esprimere al meglio le proprie capacità, con approccio corale⁷³.

La corallità implica che la scuola non è sola, ma si integra e si giova della collaborazione della famiglia, in modo speciale nel processo di alfabetizzazione relazionale ed affettiva. Ai sensi dell'art. 7, l. 92/2019, per valorizzare l'insegnamento trasversale dell'educazione civica e sensibilizzare gli studenti alla cittadinanza responsabile, la scuola rafforza la collaborazione con le famiglie⁷⁴.

Il ritorno al diritto civile si fa qui approdo al diritto di famiglia⁷⁵. I diritti della persona con disabilità si accrescono nella famiglia, formazione sociale in cui viene a svolgersi la sua personalità, in considerazione dello stato di figlio⁷⁶. Eliminata l'antica distinzione tra figli legittimi e figli naturali e sancita l'unicità dello *status filiationis*⁷⁷ – espressione dell'unicità della personalità umana nell'ordinamento giuridico⁷⁸ –

71 ZAPPATERRA, T. – FANTOZZI, D. – SANNIPOLI, M. (a cura di): *Formare insegnanti ed educatori inclusivi. I curricula formativi per la disabilità nello scenario attuale*, in *Annali online della didattica e della formazione docente*, vol. 15, n. 25, 2023.

72 THIENE, A. – MARESCOTTI E. (a cura di): *La scuola al tempo dei social network*, in *Annali online della didattica e della formazione docente*, vol. 9, n. 13, 2017.

73 ZAPPATERRA, T.: *Progettare attività didattiche inclusive. Strumenti, tecnologie e ambienti formativi universali*, Guerini e associati, Milano, 2022; EAD.: "Il diritto all'istruzione e alla formazione dei bambini con DSA", in BASTIANONI, P. (a cura di): *Tutela, diritti e protezione dei minori. Una lettura psico-socio-giuridica*, Junior, Bergamo, 2021, pp. 423 ss.

74 Sulla relazione fra minori, scuola e famiglia, con approccio pratico e interdisciplinare, CERATO, M. – TURLON, F. (a cura di): *Scuola famiglia e minori. Profili normativi e psicologici*, Pacini, Pisa, 2018, e, con riferimento alla situazione del minore con disabilità, CROSETTA, C.: "Il diritto all'istruzione e all'integrazione dei minori disabili a scuola: diritto effettivo o «paper right»?", *ivi*, p. 32 ss. Cfr. CHIUSAROLI, D.: "L'alleanza co-educativa tra scuola e famiglia per un sistema inclusivo", in ZAPPATERRA, T. – FANTOZZI, D. – SANNIPOLI, M. (a cura di): *Formare insegnanti*, cit., pp. 132 ss.

75 Cfr. DI ROSA, G.: "I termini giuridici della funzione educativa nell'attuale quadro delle relazioni tra genitori e figli", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, pp. 806 ss.

76 PERLINGIERI, P.: "I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare", *Rass. dir. civ.*, 1982, pp. 72 ss., ora in ID.: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, pp. 425 ss. Cfr. SENIGAGLIA, R.: *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Jovene, Napoli, 2013.

77 BIANCA, C.M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 1 ss.

78 PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1972. Cfr. CARAPEZZA FIGLIA, G. – FREZZA, G. – VIRGADAMO, P. (a cura di): *«La personalità umana nell'ordinamento giuridico» di Pietro Perlingieri, cinquant'anni dopo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2023.

la l. n. 219 del 2012 introduce nel Codice civile uno statuto dei diritti del figlio, all'art. 315 *bis*. Oltre al mantenimento, egli ha diritto all'educazione, all'istruzione e all'assistenza morale da parte dei genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni⁷⁹.

Una tutela più effettiva dei diritti della persona con disabilità, incluso il suo diritto all'educazione e all'istruzione, si può forse ottenere con il concorso dell'istituzione pubblica⁸⁰, attraverso il dialogo e il sostegno alla famiglia⁸¹, a realizzare questo diritto all'assistenza morale. O, per usare le parole di Cesare Massimo Bianca, diritto all'amore⁸².

79 MANTOVANI, M.: *Lo stato di figlio. Artt. 231 -249*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2022. Con riferimento ai diritti del minore in relazione alla categoria della responsabilità genitoriale, v. SENIGAGLIA, R.: "La semantica giuridica della responsabilità genitoriale", in MARESCOTTI, E. – THIENE, A. (a cura di): *La relazione tra Scuola e Famiglia*, cit., pp. 6 ss.

80 Cfr. ZATTI, P.: "Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia", in FERRANDO, G., FORTINO, M. e RUSCELLO, F. (a cura di): *Famiglia e matrimonio*, I, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI, P., 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2011, pp. 3 ss., spec. pp. 29 ss.; ID.: "Familia, familiae - declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia", *Familia*, 2002, pp. 9 ss., spec. pp. 36 ss. V. anche LENTI, L.: "L'intervento sociale pubblico per la famiglia: note introduttive", in ID. (a cura di): *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI, P., 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2011, pp. 677 ss.

81 THIENE, A.: *Il sostegno alla genitorialità. La sfida europea per la protezione dei legami familiari*, Giappichelli, Torino, 2025.

82 BIANCA, C.M.: *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 775.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, in www.garanteinfanzia.org.

ACETO DI CAPRIGLIA, S. - DE LUCA, F.: *Percorsi evolutivi della responsabilità civile nel sistema ordinamentale italo-europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021.

ALPA, G.: "Ingegneria sociale e amministrazione del danno, quindici anni di dottrina della responsabilità civile", in *La responsabilità civile*, I, diretta da ALPA, G. e BESSONE, M., Utet, Torino, 1987, pp. 6 ss.

BALDASSARRE, A.: voce "Diritti sociali", in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XI, 1989, Roma, pp. 772 ss.

BARBA, V.: "Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano", *Rass. dir. civ.*, 2021, pp. 419 ss.

BARBA, V.: "La protección de las personas con discapacidad en el derecho civil italiano a la luz del art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Revista cubana de derecho*, 2021, n. 1, pp. 274 ss.

BARONE, G. - VECCHIO, G.: *Il diritto all'istruzione come «diritto sociale». Oltre il paradigma economicistico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

BELLATALLA, L.: *Il mio Dewey. Riflessioni sull'eredità deweyana*, Anicia, Roma, 2016.

BENVENUTI, M.: voce "Diritti sociali", nel *Digesto, Disc. pubbl.*, Agg., Utet, Torino, 2012, pp. 220 ss.

BERGONZINI, C.: *Con la Costituzione sul banco. Istruzioni per l'uso della Costituzione nelle scuole*, FrancoAngeli, Milano, 2020.

BIAGI, M. - SALOMONE, R.: "L'Europa sociale e il diritto al lavoro: il ruolo della «European Social Charter»", *Lav. nella giur.*, 2000, pp. 414 ss.

BIANCA, C.M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 1 ss.

BIANCA, C.M.: *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2014.

BIANCA, M. (a cura di): *The best interest of the child*, Sapienza Università, Roma, 2021.

BOBBIO, N.: *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990.

CALABRÒ, M. - TUCCILLO, S.: "Diritto all'istruzione e social diversity in Italia nel periodo pandemico", *Ambientediritto.it*, 2022, XXII, pp. 243 ss.

CARAPEZZA FIGLIA, G. - FREZZA, G. - VIRGADAMO, P. (a cura di): «*La personalità umana nell'ordinamento giuridico*» di Pietro Perlingieri, cinquant'anni dopo, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2023.

CASADEI, T.: *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, Firenze University Press, 2012.

CASADEI, T. (a cura di): *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, Giappichelli, Torino, 2012.

CASELLI, P., "Le emanazioni dell'Unione Europea sull'ECEC: dal Libro Verde del 1993 alla Strategia «Europa 2020»", in SILVA, C. (a cura di): *Educazione e cura dell'infanzia nell'Unione Europea*, ETS, Pisa, 2016, pp. 95 ss.

CENDON, P.: *I diritti dei più fragili. Storie per curare e riparare i danni esistenziali*, Rizzoli, Milano, 2018.

CERATO, M. – TURLON, F. (a cura di): *Scuola famiglia e minori. Profili normativi e psicologici*, Pacini, Pisa, 2018.

CHIUSAROLI, D.: "L'alleanza co-educativa tra scuola e famiglia per un sistema inclusivo", in ZAPPATERRA, T. – FANTOZZI, D. – SANNIPOLI, M. (a cura di): *Formare insegnanti ed educatori inclusivi. I curricoli formativi per la disabilità nello scenario attuale*, in *Annali online della didattica e della formazione docente*, v. 15, n. 25, 2023, pp. 132 ss.

COCCONI, M.: "Il compimento del cantiere della c.d. Buona scuola", *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, pp. 461 ss.

COCCONI, M.: "La giurisprudenza sulla scuola", *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, pp. 528 ss.

CORDIANO, A.: "Disabilità e intersezionalità, rileggendo la Convenzione di New York sui diritti delle persone disabili", *Fam. e dir.*, 2024, pp. 293 ss.

CORDIANO, A.: "Minori in condizione di disagio o di particolare vulnerabilità", in CORDIANO, A. E SENIGAGLIA, R. (a cura di): *Diritto civile minorile*, 2^a ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2024, pp. 263 ss.

CORSO, S.: "Diritto all'educazione e all'istruzione del bambino con disabilità e strumenti di tutela. Il Piano educativo individualizzato (PEI)", *Pampaedia (Bollettino As.Pe.I.)*, 2021, n. 191, pp. 56 ss.

CORSO, S.: "Sui diritti della persona minore di età nella scuola. Il ruolo dell'educazione inclusiva", *Pampaedia (Bollettino As.Pe.I.)*, 2022, n. 193, pp. 55 ss.

CROCETTA, C.: "Il diritto all'istruzione e all'integrazione dei minori disabili a scuola: diritto effettivo o «paper right»?", in CERATO, M. – TURLON, F. (a cura di), *Scuola famiglia e minori. Profili normativi e psicologici*, Pacini, Pisa, 2018, pp. 32 ss.

DEWEY, J.: *Democracy and education*, 1916, Macmillan, New York.

DE FALCO, M.: "Ragionando attorno alla legge delega in materia di disabilità: una prospettiva giuslavoristica", *Resp. civ. e prev.*, 2022, pp. 1738 ss.

DIOTALLEVI, L.: "La giurisdizione sui diritti "fondamentali" alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di processo amministrativo", *Giur. cost.*, 2015, pp. 275 ss.

DI ROSA, G.: "I termini giuridici della funzione educativa nell'attuale quadro delle relazioni tra genitori e figli", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, pp. 806 ss.

DOGLIOTTI, M.: "I diritti del minore e la convenzione dell'ONU", *Dir. fam. e pers.*, 1992, pp. 301 ss.

FOCARELLI, C.: "La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child»", *Riv. dir. int.*, 2010, pp. 981 ss.

FRANZONI, M.: "La responsabilità civile una lunga storia ancora da scrivere", *Contr. e impr.*, 2021, pp. 1103 ss.

FUSARO, AR.: *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Jovene, Napoli, 2019.

GALLI, L.: "Diritti fondamentali e giudice amministrativo: uno sguardo oltre confine", *Dir. proc. amm.*, 2018, pp. 978 ss.

GIARDINA, F.: *La condizione giuridica del minore*, Jovene, Napoli, 1984.

GIOLO, O. – PASTORE, B. (a cura di): *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2018.

GIOVA, S.: "Minori in condizione di particolare vulnerabilità", *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2022, n. 3, pp. 167 ss.

GRONDONA, M.: *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui «risarcimenti punitivi»*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017.

IRTI, C.: "Persona minore di età e libertà di autodeterminazione", *Giust. civ.*, 2019, pp. 617 ss.

LENTI, L.: "L'intervento sociale pubblico per la famiglia: note introduttive", in ID. (a cura di): *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2011, pp. 677 ss.

LORUBBIO, V. – BERNARDINI, M.G. (a cura di), *Diritti umani e condizioni di vulnerabilità*, Erickson, Trento, 2023.

LOSANA, C.: "Il diritto all'educazione nel sistema europeo", *Minori giustizia*, 2012, fasc. 3, pp. 75 ss.

LOTTINI, M.: "Scuola e disabilità. I riflessi della sentenza 80 del 2010 della Corte costituzionale sulla giurisprudenza del giudice amministrativo", *Foro amm. TAR*, 2011, pp. 2403 ss.

MACCABIANI, N.: "La multidimensionalità sociale del diritto all'istruzione nella giurisprudenza delle Corti europee e della Corte costituzionale italiana", *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, fasc. 6, pp. 1 ss.

MALOMO, A.: *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017.

MANTOVANI, M.: *Lo stato di figlio. Artt. 231 -249*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2022.

MARESCOTTI, E. – THIENE, A. (a cura di): *La relazione tra Scuola e Famiglia nel segno del superiore interesse del minore. La responsabilità genitoriale tra diritti e doveri, sostegno e formazione alla genitorialità, interazioni con le istituzioni educative*, in *Annali online della didattica e della formazione docente*, vol. 10, n. 15-16, 2018.

MARTINELLI, E.: "Una sentenza sul crocifisso: verso un nuovo modello di laicità?", *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, pp. 121 ss.

MASONI, R.: "Le rinnovate funzioni tutelari del terzo millennio", *Dir. fam. e pers.*, 2020, pp. 329 ss.

MAZZIOTTI DI CELSO, M.: voce "Diritto. VII – Diritti soggettivi: e) Diritti sociali", in *Enc. del dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 802 ss.

MILAN, G.: "L'intercultura interna» come dimora antropologica e sfida pedagogica", *Studium Educationis*, 2016, XVII, n. 1, pp. 11 ss.

MONTANI, R.: "Introduzione", in PERTILE, G.: *Giulia verso la vita indipendente*, Cleup, Padova, 2015.

MONTANI, R.: "Essere grandi come i piccoli", in CALDIN R. (a cura di): *Emarginazione, povertà e giustizia sociale*, Cleup, Padova, 2012.

MONTANI, R.: "Fare il "possibile"", in CALDIN, R. e FRISO, V. (a cura di): *Pensare, Fare, Diffondere Cultura Inclusiva*, Padova University press, 2012.

NATOLI, U.: "La protezione dei diritti dell'uomo e la Carta Sociale Europea", *Dem. e dir.*, 1967, I, pp. 56 ss., e *Rev. dr. contemp.*, 1968, pp. I ss., ora in *Diritti fondamentali e categorie generali. Scritti di Ugo Natoli*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 397 ss.

NETTESHEIM, M.: "Das Grundrecht auf Unterstützung und Förderung der jugendlichen Persönlichkeitsentwicklung", *Juristen Zeitung*, II, 2022, pp. 525 ss.

PACE, A.: "Diritti degli handicappati e inadempienze della pubblica amministrazione", *Giust. civ.*, 1980, I, pp. 1995 ss.

PALMERI, G.: *Diritti senza poteri. La condizione giuridica dei minori*, Jovene, Napoli, 1994.

PANIZZA, S.: "La reintroduzione dell'insegnamento scolastico dell'educazione civica da parte della legge n. 92/2019, con a fondamento la conoscenza della Costituzione. Tra buone intenzioni e false partenze", *dirittifondamentali.it*, 2019, fasc. 2.

PANIZZA, S.: "Le Linee guida ministeriali per l'insegnamento dell'educazione civica a partire dall'anno scolastico 2020/2021", *dirittifondamentali.it*, 2020, fasc. 2.

PARIOTTI, E.: *I diritti umani. Concetto, teoria, evoluzione*, Cedam, Padova, 2013.

PARIOTTI, E.: "Vulnerabilità ontologica e linguaggio dei diritti", *Ars interpretandi*, 2019, fasc. 2, pp. 155 ss.

PASTORE, B.: *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Giappichelli, Torino, 2021.

PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1972.

PERLINGIERI, P.: "I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare", *Rass. dir. civ.*, 1982, pp. 72 ss., ora in *Id.*, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, pp. 425 ss.

PERLINGIERI, P.: "La libertà di educazione", *Rass. dir. civ.*, 1987, pp. 674 ss., ora in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, pp. 205 ss.

PERLINGIERI, P.: "Diritto allo studio uguale per tutti. A margine della sentenza n. 454 del 1994 della Corte costituzionale", *Rass. dir. civ.*, 1995, pp. 386 ss., ora in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, pp. 547 ss.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

PERUGINO, L. - PIEROTTI, S.: "Linee di indirizzo per la valutazione medico-legale dei disturbi specifici dell'apprendimento (DSAP) nel minore in ambito assistenziale sociale", *Riv. it. med. leg.*, 2021, pp. 31 ss.

PICCINNI, M.: *Il consenso al trattamento medico del minore*, Cedam, Padova, 2007.

PICCINNI, M.: "Gli adulti privi in tutto o in parte di autonomia", in MAZZONI, C.M. e PICCINNI, M.: *La persona fisica*, nel *Trattato Iudica - Zatti*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 471 ss.

PLAIA, A.: "Il TAR Sicilia e il TAR Toscana smentiscono il «revirement» delle Sezioni Unite e ribadiscono la giurisdizione amministrativa in tema di diritto al sostegno scolastico del disabile", *Dir. civ. cont.*, 17 dicembre 2014.

POTOTSCHNIG, U.: voce "Istruzione (diritto alla)", in *Enc. del dir.*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 96 ss.

POGGI, A. nel *Commentario alla Costituzione*, a cura di BIFULCO, R., CELOTTO A. e OLIVETTI, M., Utet, Torino, 2006, agg. 2024 in *OneLegale*, sub art. 34 Cost.

QUADRATO, M.E.: *Il soggetto disabile tra capacità e discriminazione. L'illusione della normalità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022.

RAMAJOLI, M.: "Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità", *Dir. proc. amm.*, 2020, pp. 275 ss.

RODOTÀ, S.: *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964.

ROSSI, E. — ADDIS, P. - BIONDI DAL MONTE, F.: "La libertà di insegnamento e il diritto all'istruzione nella Costituzione italiana", *Osservatorio AIC*, 2016, fasc. I.

ROTONDO, V.: "Símbolos religiosos y escuela pública. La razonable composición de intereses del Tribunal de casación italiano", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2024, pp. 206 ss.

SALVI, C.: *La responsabilità civile*, 3ª ed., nel *Trattato Iudica - Zatti*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 313 ss.

SANDULLI, A.: "Aspetti giuspubblicistici della posizione dei minori", in AA.VV., *Diritto di famiglia. Raccolta di scritti di colleghi della facoltà giuridica di Roma e di allievi in onore di Rosario Nicolò*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 283 ss.

SAULLE, M.R.: "Diritti umani, familiari e sociali: principi giuridici fondamentali", *Dir. fam. e pers.*, 1995, pp. 1117 ss.

SAULLE, M.R.: *Minori, bioetica e norme standard nel diritto internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995.

SAULLE, M.R.: voce "Norme standard", in *Enc. del dir.*, agg. II, 1998, Giuffrè, Milano, pp. 591 ss.

SAULLE, M.R.: *Lezioni di organizzazione internazionale*, II, *Le organizzazioni internazionali e i diritti umani*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003.

SCOCA, F.G.: "Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo", *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 847 ss.

SCORRETTI, C.: "Il cambiamento in atto nello stato assistenziale. Aspetti medico-legali", *Riv. it. med. leg.*, 1999, pp. 815 ss.

SENIGAGLIA, R.: *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Jovene, Napoli, 2013.

SENIGAGLIA, R.: "La semantica giuridica della responsabilità genitoriale", in MARESCOTTI, E. – THIENE, A. (a cura di): *La relazione tra Scuola e Famiglia nel segno del superiore interesse del minore*, vol. 10, n. 15-16, 2018, pp. 6 ss.

SENIGAGLIA, R. (a cura di): *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritti minorile*, Pacini, Pisa, 2019.

SERRAO, E.: "I diritti del minore con disabilità", *Giur. merito*, 2012, pp. 757 ss.

SILVA, C. (a cura di): *Educazione e cura dell'infanzia nell'Unione Europea*, ETS, Pisa, 2016.

STANZIONE, P.: voce "Minori (condizione giuridica dei)", in *Enc. del dir.*, Annali IV, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 725 ss.

THIENE, G. (a cura di): *La peste Covid-19: non solo un problema scientifico e sanitario*, Accademia Olimpica Vicenza, 2022.

THIENE, A. – MARESCOTTI, E. (a cura di), *La scuola al tempo dei social network*, in *Annali online della didattica e della formazione docente*, v. 9, n. 13, 2017.

THIENE, A.: "Riservatezza e autodeterminazione del minore nelle scelte esistenziali", *Fam. e dir.*, 2017, pp. 172 ss.

THIENE, A.: "La Grammatica dei diritti dei bambini e dei genitori nel pensiero di Gianni Rodari", in BENETTON, M. (a cura di): *Il cielo è di tutti la terra è di tutti. Gianni Rodari, l'educazione e i diritti dell'infanzia*, 2020, ETS, Pisa, pp. 93 ss.

THIENE, A.: "La salute dei bambini tra diritto e medicina", in ZACCHELLO, F., PERILONGO, G. e SILVANO, G. (a cura di): *La pediatria a Padova. Una storia secolare*, Laterza, Roma-Bari, 2021, pp. 189 ss.

THIENE, A.: "Dalla parte delle famiglie per un diritto minorile gentile", *Dir. fam. e pers.*, 2023, pp. 1315 ss.

THIENE, A.: *Il sostegno alla genitorialità. La sfida europea per la protezione dei legami familiari*, Giappichelli, Torino, 2025;

TOGNETTI, G.: "I servizi educativi per l'infanzia", in SILVA, C. (a cura di): *Educazione e cura dell'infanzia nell'Unione Europea*, ETS, Pisa, 2016, pp. 281 ss.

ULIVIERI, S. et al. (a cura di): *Scuola Democrazia Educazione. Formare ad una nuova società della conoscenza e della solidarietà*, Pensa multimedia, Lecce, 2018.

VALLE, L. - VITAGLIANO, C.: "Il diritto all'inclusione e il diritto alla non discriminazione in ambito scolastico, il loro riconoscimento e le responsabilità in caso di mancata o incompleta attuazione", *www.rivistafamiglia.it*, 13 novembre 2024.

VENCHIARUTTI, A.: "I diritti delle persone disabili", in CANESTRARI, S. et al. (a cura di): *Il governo del corpo*, nel *Trattato di biodiritto* diretto da RODOTÀ, S. e ZATTI, P., I, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 173 ss.

VENCHIARUTTI, A.: "La Convenzione di New York e l'esercizio della capacità legale da parte delle persone con disabilità", in AA.Vv., *Liber Amicorum per Paolo Zatti*, Jovene, Napoli, 2023, pp. 1371 ss.

ZANETTI, G.: *Filosofia della vulnerabilità. Percezione, discriminazione, diritto*, Carocci, Roma, 2019.

ZAPPATERRA, T.: "Il diritto all'istruzione e alla formazione dei bambini con DSA", in BASTIANONI, P. (a cura di): *Tutela, diritti e protezione dei minori. Una lettura psico-socio-giuridica*, Junior, Bergamo, 2021, pp. 423 ss.

ZAPPATERRA, T.: *Progettare attività didattiche inclusive. Strumenti, tecnologie e ambienti formativi universali*, Guerini e associati, Milano, 2022.

ZAPPATERRA, T. – FANTOZZI, D. – SANNIPOLI, M. (a cura di): *Formare insegnanti ed educatori inclusivi. I curricoli formativi per la disabilità nello scenario attuale*, in *Annali online della didattica e della formazione docente*, v. 15, n. 25, 2023.

ZATTI, P.: "*Familia, familiae* - declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia", *Familia*, 2002, pp. 9 ss.

ZATTI, P.: "Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia", in FERRANDO, G., FORTINO, M. e RUSCELLO, F. (a cura di): *Famiglia e matrimonio*, I, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI, P., 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2011, pp. 3 ss.



EL ROL DE LA HIPOTECA INVERSA COMO INSTRUMENTO
FINANCIERO PARA LAS PERSONAS MAYORES

*THE ROLE OF REVERSE MORTGAGE AS A FINANCIAL
INSTRUMENT FOR THE ELDERLY*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 636-669

M^a Mercedes
ALBERRUCHE
DÍAZ-FLORES

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

RESUMEN: La hipoteca inversa constituye un instrumento idóneo para mejorar la capacidad económica de las personas mayores transformando en renta el ahorro invertido en una vivienda y actuando como un complemento del sistema público de prestaciones. Esta figura tiene ante sí un amplio margen de mejora y expansión en nuestro país. Para lograrlo, será necesario despojarla del aura de complejidad e inseguridad que todavía la rodea, y presentarla como lo que realmente puede ser: una opción financiera digna, flexible y ajustada a las necesidades de quienes, tras toda una vida de esfuerzo, desean vivir su vejez con independencia y sin privaciones económicas. Lograr este objetivo no solo reforzaría la libertad patrimonial de las personas mayores, sino que contribuiría a construir un modelo más sostenible y justo de envejecimiento en nuestra sociedad.

PALABRAS CLAVE: Hipoteca inversa; planificación financiera; patrimonio inmobiliario; liquidez; propiedad; envejecimiento; dignidad; sostenibilidad.

ABSTRACT: *The reverse mortgage is an ideal instrument for improving the economic capacity of the elderly by transforming the savings invested in a home into income and acting as a complement to the public benefits system. Undoubtedly, the reverse mortgage has ample room for improvement and expansion in Spain. To achieve this, it will be necessary to strip it of the aura of complexity and insecurity that still surrounds it, and to present this figure as what it really can be: a dignified, flexible financial option tailored to the needs of those who, after a lifetime of effort, wish to live their old age independently and without economic deprivation. Achieving this objective would not only reinforce the patrimonial freedom of the elderly but would also contribute to building a more sustainable and fairer model of aging in our society.*

KEY WORDS: Reverse mortgage; financial planning; real estate; liquidity; property; aging; dignity; sustainability.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ANÁLISIS ECONÓMICO-FINANCIERO DE LA HIPOTECA INVERSA.- 1. Beneficios, costes y riesgos.- 2. Implicaciones sociales y desconfianza.- III. COMPARATIVA CON OTRAS FIGURAS AFINES: VENTA DE LA NUDA PROPIEDAD, RENTA VITALICIA Y PLANES DE PENSIONES.- IV. MARCO JURÍDICO DE LA HIPOTECA INVERSA EN ESPAÑA.- 1. Concepto legal.- 2. Naturaleza jurídica.- 3. Panorama jurisprudencial y normativo actual.- V. LA HIPOTECA INVERSA COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA PÚBLICA.- 1. Experiencia comparada: Estados Unidos, Reino Unido, Alemania, Chile y Colombia.- 2. Propuestas de *lege ferenda* y políticas de fomento en España.- VI. EL COLIVING PARA PERSONAS MAYORES: UNA ALTERNATIVA RESIDENCIAL Y FINANCIERA EMERGENTE.- I. Características de esta figura.- 2. Dimensión jurídica del modelo cooperativo.- 3. Valoración económica y social.- 4. Experiencias prácticas y expansión del modelo.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La prolongación de la esperanza de vida y el envejecimiento de la población plantean importantes retos económicos y sociales en España. Más de un 20% de los españoles supera ya los 65 años y este porcentaje seguirá creciendo en las próximas décadas. Sin embargo, muchos jubilados carecen de ahorro suficiente más allá de la pensión pública. Según datos del INE, el 70% de los españoles no logra ahorrar de cara a su jubilación ni planificar financieramente su retiro. Esta situación ha generado preocupación sobre la sostenibilidad de los ingresos en la tercera edad y el mantenimiento del nivel de vida tras su jubilación. En este contexto, la hipoteca inversa ha emergido como un instrumento financiero innovador para complementar la jubilación, permitiendo a las personas mayores obtener liquidez a partir del valor acumulado en su vivienda sin perder su uso ni su propiedad inmediata.

La hipoteca inversa, en términos sencillos, es un préstamo hipotecario “a la inversa” de los tradicionales: la entidad financiera paga al propietario una renta periódica (o un capital único, si lo prefiere) garantizada por su vivienda, y la deuda solo se exigirá al fallecimiento del propietario o al abandonar esta la vivienda¹. A diferencia de una hipoteca convencional, el propietario no amortiza la deuda mes a mes, sino que la misma se acumula con intereses y normalmente se cancela, bien mediante la venta del inmueble tras su fallecimiento, bien por reembolso de los herederos que deseen conservar la vivienda. De este modo, el producto permite convertir el patrimonio inmobiliario (generalmente la vivienda habitual, a

¹ Véase PEREA GONZÁLEZ, A.: “Autoatención y mercado hipotecario: la hipoteca inversa protegida”, *Actualidad Civil*, núm. 9, 2020, pp. 46-62; y también *Guía de Acceso a la Hipoteca Inversa*. Banco de España, segunda edición, 2017.

• **M^a Mercedes Alberruche Díaz-Flores**

Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad Rey Juan Carlos. Correo electrónico: mariamercedes.alberruche@urjc.es

menudo el principal activo de los mayores) en ingresos para la vejez, manteniendo el derecho a residir en la casa de por vida².

España es un país de altos niveles de propiedad de vivienda entre las personas mayores (casi el 90% de los mayores de 65 años son propietarios de su vivienda) y con pensiones públicas modestas. Este contexto teórico haría de la hipoteca inversa una herramienta atractiva para mejorar la solvencia de los mayores. De hecho, la figura se reguló explícitamente en España en 2007 mediante la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que introdujo por primera vez su definición legal y ciertas garantías. No obstante, su acogida real ha sido muy limitada durante más casi dos décadas, debido a factores culturales (p. ej., el deseo de dejar la vivienda en herencia), falta de conocimiento del producto e incluso algunos problemas reputacionales iniciales en su comercialización. En los últimos años, sin embargo, ha habido un renovado interés por este instrumento en España – auspiciado por la entrada de nuevas entidades (incluyendo aseguradoras) y por la mayor necesidad de complementar las pensiones – lo que invita a reexaminar su papel potencial en la planificación financiera de la tercera edad.

La complejidad jurídica del producto no ayuda a su popularidad generando inseguridad incluso en perfiles jurídicamente formados. Aunque la figura está respaldada por un marco legal sólido, la ausencia de una regulación específica y unificada dificulta su comprensión, y exige un asesoramiento técnico que no siempre está garantizado. Todo ello ha contribuido a que la hipoteca inversa se perciba con recelo, incluso cuando podría representar una solución adecuada para miles de hogares³.

II. ANÁLISIS ECONÓMICO-FINANCIERO DE LA HIPOTECA INVERSA Y SUS IMPLICACIONES SOCIALES.

I. Beneficios, costes y riesgos.

La hipoteca inversa, como figura jurídica y financiera, representa una de las herramientas más prometedoras para abordar el desafío del envejecimiento desde una perspectiva de autonomía, dignidad y sostenibilidad⁴. Aunque su implantación en el mercado español ha sido escasa y rodeada de desconfianza, un análisis sereno

2 En este sentido se manifiesta PEREÑA VICENTE, M.: “La protección de la vivienda habitual en los supuestos de sobreendeudamiento y dependencia”, *Actualidad Civil*, núm. 16, 2008, pp. 1-19.

3 Superar estas barreras exige una estrategia decidida y multidisciplinar, en la que confluyan las Administraciones Públicas, las entidades financieras, el notariado y los propios colectivos de mayores. Por ejemplo, diseñar campañas de educación financiera accesibles con ejemplos reales que expliquen qué es una hipoteca inversa, cómo se contrata y cuáles son sus efectos para el titular y su familia.

4 Véase MARTÍN PÉREZ, J.A.: “La hipoteca inversa: la vivienda como instrumento de protección económica de personas mayores o dependientes (especial referencia a la responsabilidad hipotecaria)”, *LANDAS, International Journal of Land Law and Agricultural Science*, núm. 5, 2011, pp. 26-33.

de sus características permite reconocer su valor como alternativa viable para muchas personas mayores que, habiendo acumulado un patrimonio inmobiliario durante su vida laboral, carecen ahora de ingresos suficientes para mantener un nivel de vida adecuado o cubrir los costes crecientes de la dependencia.

Desde una perspectiva económico-financiera, la hipoteca inversa permite a los propietarios mayores desinvertir parcialmente en su vivienda de forma gradual, obteniendo liquidez sin tener que venderla ni abandonar su uso. El mecanismo básico consiste en que una entidad financiera concede un préstamo garantizado con la vivienda (generalmente la vivienda habitual) y entrega al propietario los fondos en forma de pagos periódicos (renta mensual) o como disposición única. El importe que puede recibir el solicitante depende de diversos factores: principalmente el valor de tasación de la vivienda, la edad del solicitante (y del cónyuge/beneficiarios, si los hay) y el tipo de interés aplicable. Cuanto mayor es la edad del solicitante, mayor puede ser la renta que obtiene por un mismo valor de vivienda, ya que estadísticamente el plazo de pago esperado es menor (no olvidemos que la duración del préstamo está vinculada a la esperanza de vida).

Una de las características financieras clave es que la deuda está retrasada en el tiempo: mientras el titular viva en la casa, no tiene que devolver el préstamo ni pagar intereses (estos se capitalizan y se acumulan al saldo vivo de la deuda). La deuda solo se exigirá al producirse el evento previsto contractual o legalmente, típicamente el fallecimiento del prestatario (o del último beneficiario designado). En ese momento, los herederos pueden optar por cancelar la deuda (abonando al acreedor el total adeudado más intereses acumulados) y así recuperar la plena propiedad libre de cargas, o bien no pagar y permitir que la entidad financiera ejecute la garantía hipotecaria, generalmente mediante la venta del inmueble. La legislación española introduce aquí una importante protección: el crédito es de tipo *non-recourse* (sin recurso más allá de la garantía) para los herederos, de modo que, si el valor del inmueble no cubre toda la deuda, el banco no puede reclamar la diferencia contra el resto del patrimonio de la herencia ni contra los herederos. Esta cláusula – similar a la *no negative equity guarantee* de otros países – protege a las familias de deudas residuales si se produce una depreciación del bien o una longevidad muy superior a la prevista, garantizando que nunca deberán más que el valor de la vivienda.

Desde el punto de vista del beneficiario, la hipoteca inversa aporta el beneficio inmediato de una renta adicional para su sustento. Constituye, de hecho, una manera de monetizar el ahorro acumulado en vivienda, algo especialmente útil en España donde la vivienda en propiedad suele representar la mayor parte de la riqueza de las familias mayores. Permite así a muchos *house-rich, cash-poor* (rico en casa, pero con liquidez escasa) mejorar su calidad de vida en la vejez,

afrontar gastos imprevistos, pagar cuidados de dependencia o complementar una pensión insuficiente. Además, a diferencia de vender la casa, el esquema le permite seguir viviendo en su hogar hasta el final de sus días, algo de enorme valor social y emocional. Otra ventaja financiera en España es el trato fiscal favorable: los importes recibidos por hipoteca inversa están exentos del Impuesto sobre la Renta (no tributan como renta imponible al ser considerados disposición de un préstamo) y la operación goza de beneficios fiscales y arancelarios (exención de Actos Jurídicos Documentados y reducciones en aranceles notariales y registrales) según la Ley 41/2007, lo que reduce sus costes iniciales.

Pese a todas las ventajas indicadas anteriormente, la hipoteca inversa también conlleva costes y riesgos económicos que deben valorarse. En primer lugar, el coste financiero: los tipos de interés aplicados suelen ser relativamente elevados, y al acumularse sobre el principal pueden consumir una parte importante del valor de la vivienda a largo plazo. La carga financiera que se genera puede resultar significativa cuando fallece el deudor, especialmente si la vida se prolonga mucho más de lo estimado inicialmente (la deuda crece con cada mensualidad entregada y sus intereses). Aunque los herederos nunca tendrán que pagar más allá de lo que valga la vivienda, es posible que encuentren que el patrimonio neto que esperaban heredar (vivienda libre de cargas) se ha reducido o incluso quedado prácticamente agotado por la deuda acumulada⁵.

En otras palabras, el coste recae sobre la herencia, esto es, los herederos deberán decidir si desean liquidar la deuda (por ejemplo, con ahorros propios o solicitando un préstamo) para conservar la vivienda familiar, o si permiten que se venda el inmueble y, en tal caso, probablemente reciban poco remanente tras saldar el préstamo. Esta situación puede generar tensiones familiares o contrariar la intención tradicional de muchos mayores de dejar en herencia la propiedad a sus hijos. Desde un prisma social, algunos críticos señalan a los herederos como los “grandes perjudicados” de las hipotecas inversas, si bien es un perjuicio relativo puesto que los herederos sólo ven disminuida la herencia potencial, pero el prestatario pudo disfrutar de ese valor en vida para su bienestar, que es precisamente la finalidad legítima del producto.

Otro riesgo que debemos tener en cuenta es el riesgo de longevidad e inflación. Si la hipoteca inversa se estructura como una renta mensual de duración limitada (por ejemplo, durante X años o hasta alcanzar un importe máximo), existe el peligro de que el mayor consuma todo el crédito antes de fallecer y se quede luego sin esa renta, debiendo buscar otras fuentes de ingresos. Este escenario

5 Sobre algunos de los “puntos oscuros” que puede plantear la hipoteca inversa, véase MIGUEL SILVESTRE, J.A.: “Hipoteca inversa: algunas hipótesis de conflicto”, *Diario La Ley*, núm. 6924, 2008, pp. 1920-1922; y QUESADA SÁNCHEZ, A.J.: “La hipoteca inversa: ¿una opción realmente atractiva?”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 81, 2009, pp. 135-147.

ocurrió en algunos contratos en España de forma dramática: personas mayores que pensaban que la renta era vitalicia descubrieron que estaba pactada solo por unos años, agotándose el crédito y quedándose sin pagos mientras aún necesitaban la vivienda y liquidez. Para mitigar este riesgo, se recomienda contratar la modalidad vitalicia (posiblemente complementada con un seguro de renta vitalicia diferida, como veremos posteriormente). Normalmente se combina la hipoteca inversa con un seguro de renta vitalicia ofrecido por una aseguradora, de esta forma, el banco concede un capital que se usa en parte para contratar una renta vitalicia que comenzará cuando se agote el periodo inicial, garantizando ingresos de por vida.⁶ De este modo, se soluciona el problema de quedarse sin renta en edades muy avanzadas. Por otro lado, si la renta es fija nominal (como suele ser), la inflación puede erosionar su poder adquisitivo a lo largo de los años. En épocas de IPC alto, el jubilado seguirá cobrando la misma cantidad, que en términos reales cada vez cunde menos, a menos que el contrato prevea alguna revalorización (lo cual no es habitual). La planificación debe tener en cuenta este efecto para no generar una falsa sensación de seguridad económica al comienzo.

2. Implicaciones sociales y desconfianza.

En cuanto a las implicaciones sociales, la hipoteca inversa plantea un cambio de paradigma: movilizar el patrimonio inmobiliario de las personas mayores para financiar su propio bienestar. Esto puede tener efectos positivos en la reducción de situaciones de pobreza en la vejez o de dependencia de ayudas públicas, dado que muchos mayores “empobrecidos” cuentan sin embargo con una vivienda en propiedad. También puede permitir un envejecimiento más activo y digno, al dar los medios para costear atención domiciliaria, servicios, reformas en la vivienda para adaptarla, etc., retrasando o evitando la institucionalización en residencias. Desde la óptica de políticas públicas, se ve a veces como una herramienta para aliviar la carga sobre los sistemas de pensiones y dependencia, potenciando la autoprotección financiera de los ancianos con recursos inmobiliarios aprovechando el alto índice de vivienda en propiedad de las personas mayores en España⁷.

Pese a sus ventajas, la hipoteca inversa no ha logrado aún consolidarse como un producto financiero común en nuestro país. Son varios los factores que explican esta reticencia o desconfianza hacia esta figura. En primer lugar, el desconocimiento generalizado por parte de la población, unido a una falta de

6 Según MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M^a.: “El contrato de renta vitalicia”, en AA.VV.: *Derecho Civil II. Obligaciones y Contratos* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 568 “el contrato de renta vitalicia presenta grandes ventajas frente a otras figuras jurídicas, como el contrato de alimentos que se configura, exclusivamente, como una figura asistencial, mientras que, el contrato de renta vitalicia también constituye un mecanismo de ahorro y previsión no vinculado a las necesidades del rentista”.

7 Véase ROCA GUILLAMÓN, J.: “La hipoteca inversa como medio de protección de los mayores”, en AA.VV.: *La familia en el derecho de sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro* (coord. por A.L. REBOLLEDO VARELA), Dykinson, S.L., Madrid, 2010, pp. 657-694.

cultura financiera entre las personas mayores, que temen no entender bien el contrato o, lo que es peor, “perder su casa” en la última etapa de su vida. En segundo lugar, la fuerte carga simbólica que sigue teniendo en España la vivienda como bien familiar y hereditario, especialmente en generaciones que consideran que legar el inmueble a los hijos es una forma de protección intergeneracional. A esto se añade una profunda desconfianza hacia el sistema financiero, alimentada por episodios recientes como la comercialización de productos complejos sin la debida información o el escándalo de las participaciones preferentes⁸.

Todo ello ha generado un problema reputacional para las hipotecas inversas desde sus inicios en España y, en consecuencia, durante muchos años el mercado ha sido prácticamente testimonial, con muy pocas operaciones. La confianza del consumidor es un factor crítico puesto que no podemos olvidar que se trata de un colectivo vulnerable (mayores que muchas veces no tienen experiencia financiera y pueden tener mermadas sus facultades) de ahí que nazca el deber social de extremar la protección y asegurarse de que estas operaciones se realizan con pleno conocimiento, en beneficio real del mayor, y no bajo prácticas abusivas.

III. COMPARATIVA CON OTRAS FIGURAS AFINES: VENTA DE LA NUDA PROPIEDAD, RENTA VITALICIA Y PLANES DE PENSIONES.

La hipoteca inversa comparte objetivo con otros productos o estrategias financieras que buscan proporcionar liquidez o ingresos adicionales a las personas mayores aprovechando su patrimonio⁹. Entre las alternativas más destacadas para complementar la jubilación se encuentran la venta de la nuda propiedad de la vivienda (con reserva de usufructo vitalicio), la renta vitalicia, así como los planes de pensiones u otros productos de ahorro previsional. Cada opción presenta un diferente equilibrio de ventajas e inconvenientes en términos de propiedad de la vivienda, nivel de ingresos asegurados, riesgos y efectos para los herederos. Realizaremos en las siguientes líneas un estudio comparativo de las características fundamentales de estas figuras, resaltando sus similitudes y diferencias frente a la hipoteca inversa.

Para estructurar la comparación, nos centraremos en tres instrumentos basados en la vivienda (hipoteca inversa, nuda propiedad y renta vitalicia inmobiliaria) y en la alternativa de ahorro financiero (planes/seguros de pensiones). A continuación,

8 Para un estudio más detallado de la problemática planteada entorno a esta figura, véase BERNAL ALCOVER, J. F.: “Las participaciones preferentes”, en AA.VV.: *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura* (dir. por C. CASTILLO MARTÍNEZ) Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 989-1008.

9 Para un análisis de este abanico de productos, véase BERROCAL LANZAROT, A.I.: “La renta vitalicia como instrumento económico de protección para las personas mayores y discapacitadas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 802, 2024, pp. 981-1068.

resumiremos algunos aspectos clave de las primeras tres opciones mencionadas, todas ellas dirigidas a propietarios mayores que buscan obtener liquidez de su vivienda:

1º) Respecto a la *propiedad de la vivienda*:

a) En la hipoteca inversa (préstamo hipotecario), la propiedad se mantiene en el prestatario (no la transmite, solo grava la vivienda)

b) En la venta de la nuda propiedad (usufructo vitalicio), se transmite la nuda propiedad al comprador, reservándose el vendedor el usufructo de por vida sobre la vivienda.

c) En la renta vitalicia inmobiliaria (venta con renta vitalicia), se transmite la propiedad plena a la entidad (banco/aseguradora), pero suele pactarse contractualmente el derecho de uso y habitación de por vida para el vendedor (usufructo o arrendamiento vitalicio)

2º) Respecto al *pago/ingreso* que recibe:

a) En la hipoteca inversa, se trata de un préstamo en forma de renta periódica (mensual, trimestral, etc.) durante un período determinado o de por vida, o bien de una disposición única de capital (según modalidad pactada). La renta vitalicia exigiría contratar un seguro complementario.

b) En la venta de la nuda propiedad, recibe el precio de venta, normalmente en pago único o en forma de renta vitalicia (puede pactarse que el precio se pague mediante una pensión hasta el fallecimiento) Si el vendedor fallece pronto, el comprador obtiene la vivienda a bajo coste; si vive muchos años, el comprador habrá pagado más.

c) En la renta vitalicia inmobiliaria, recibe una renta (mensual) asegurada de por vida y pagada por una compañía de seguros o entidad compradora, a cambio de la entrega inmediata de la vivienda. A veces combina un pago inicial único más una renta mensual de por vida. El monto de la renta depende del valor del inmueble y edad del rentista.

3º) Respecto al *derecho a habitar la vivienda*:

a) En la hipoteca inversa, este derecho está garantizado mientras viva el propietario (sigue siendo dueño y ocupante; la hipoteca no le desaloja). Podría incluso alquilarla a terceros si lo desea, al no haber transmitido la propiedad.

b) En la venta de la nuda propiedad, este derecho está garantizado por el usufructo vitalicio: el vendedor-usufructuario puede vivir en la vivienda hasta su fallecimiento (o el de su cónyuge, si se estipula).

c) En la renta vitalicia inmobiliaria, este derecho está garantizado por contrato: suele constituirse un usufructo vitalicio a favor del vendedor o estipularse en la póliza que el rentista mantiene el uso y goce de la vivienda de por vida.

4º) Respecto a la *deuda u obligaciones posteriores*:

a) En la hipoteca inversa, al ser un préstamo, la deuda se incrementa con intereses. El deudor hipotecario no paga cuotas, pero debe asumir los gastos de mantenimiento, seguro e impuestos del inmueble. No hay obligación de reembolso hasta fallecimiento, salvo que venda la casa antes (lo que implicaría cancelar la hipoteca)

b) En la venta de la nuda propiedad, no hay deuda, se trata de una venta irrevocable. El vendedor deja de ser propietario, por tanto, no debe devolver nada. Tampoco suele asumir ya gastos mayores de la vivienda (más allá de los de usufructo, como suministros, puesto que los impuestos principales pasan al nudo propietario).

c) En la renta vitalicia inmobiliaria, no hay deuda financiera, se trata de una venta definitiva a cambio de una renta. Sin embargo, el contrato puede obligar al rentista a ciertos cuidados del inmueble. La aseguradora asume pago de la renta de por vida, y el rentista solo debe pagar, en su caso, los gastos de mantenimiento ordinario durante el usufructo.

5º) Respecto a la *situación de los herederos*:

a) En la hipoteca inversa, heredan la vivienda gravada con la hipoteca. Pueden cancelar la deuda en un plazo (en España, mínimo 6-12 meses por contrato) sin penalización y conservar la casa, o dejar que el banco la venda. Si la venden ellos, tras pagar lo debido, conservan cualquier sobrante. Nunca deben más deuda que el valor de la vivienda (limitación de responsabilidad).

b) En la venta de la nuda propiedad, heredan solo el usufructo, si el usufructuario aún vivía (poco probable si era el padre/madre), o nada relativo a la vivienda, si ya falleció el usufructuario, pues la propiedad plena ya pertenece al comprador. En algunos contratos con renta vitalicia asociada, si el vendedor muere pronto, puede haberse previsto alguna compensación a herederos, pero no es lo común. En esencia, la vivienda ya no forma parte del caudal hereditario.

c) En la renta vitalicia inmobiliaria, no heredan la vivienda (ya ha sido vendida); sin embargo, algunas modalidades contemplan garantía de pago mínimo, por ejemplo, en Colombia, si el rentista fallece antes de cierto plazo garantizado, la aseguradora paga a sus herederos las rentas pendientes de ese período pactado. En la mayoría de los casos, si la muerte es temprana, el beneficio queda para la entidad que adquirió la casa; si es tardía, el mayor habrá “cobrado de más” respecto al valor de la vivienda (asunción del riesgo por la aseguradora).

De todo lo anterior podemos extraer las *ventajas e inconvenientes* de cada una de estas figuras:

Hipoteca inversa:

- Ventajas: Liquidez inmediata manteniendo la propiedad y el control del inmueble. Flexibilidad en la forma de cobro. Beneficios fiscales (exención de IRPF y AJD). El propietario decide si al final la vivienda se vende o se mantiene (vía herederos).

- Inconvenientes: La deuda e intereses pueden consumir gran parte del valor de la vivienda, reduciendo o eliminando la herencia para los hijos. Costes iniciales (tasación, notaría, comisión), aunque reducidos por Ley. Producto complejo de entender. Riesgo de contratar renta temporal y sobrevivir a ella (si no se pactó vitalicia).

Venta de la nuda propiedad:

- Ventajas: Seguridad absoluta de poder disfrutar de la vivienda hasta el fallecimiento (derecho real de usufructo). Permite obtener un importe mayor al ser venta (especialmente si es en renta vitalicia con aseguradora, que asume riesgo de longevidad). Es una operación sencilla jurídicamente (compraventa) y sin endeudamiento.

- Inconvenientes: Se pierde la propiedad de la vivienda desde el inicio, renunciando a cualquier plusvalía futura y al legado a los hijos. Riesgo de contraparte si el comprador particular quiebra o no puede seguir pagando la renta convenida (en caso de pago aplazado). Mercado poco transparente: compradores particulares pueden buscar gangas pagando muy por debajo del valor real (especialmente si tratan con personas vulnerables).

Renta vitalicia inmobiliaria:

- Ventajas: Ingreso garantizado de por vida, típicamente con respaldo asegurador (el riesgo de que el dinero se acabe lo asume la compañía de seguros).

El rentista se despreocupa de gestiones financieras; recibe su pensión periódica pase lo que pase. Se asegura el derecho de uso vitalicio, combinando así ventajas de la hipoteca inversa (uso de la casa) y de la renta vitalicia (cobro de por vida).

- Inconvenientes: Se renuncia definitivamente a la propiedad (misma desventaja que la nuda propiedad). Criterios estrictos de admisión: las entidades suelen exigir viviendas de alto valor y en zonas urbanas para ofrecer este producto. Es relativamente nuevo en algunos países (como Colombia), con poca competencia y posibles costes altos (ej. comisiones) implícitos. En caso de problemas legales, interviene tanto legislación de seguros como de vivienda, lo que puede complejizar reclamaciones.

Por último, cabe comparar estas fórmulas con los planes de pensiones privados u otros instrumentos de ahorro para la jubilación (p. ej., planes de previsión asegurados, fondos de inversión sistemáticos, etc.). A diferencia de las anteriores, que implican movilizar la vivienda para obtener ingresos, los planes de pensiones consisten en acumular un capital financiero a lo largo de la vida laboral para consumirlo en la jubilación. Su ventaja es que no comprometen la vivienda ni la herencia inmobiliaria, ya que se basan en ahorro previo. Además, permiten diversificar el patrimonio (no depender solo del ladrillo) y gozan de incentivos fiscales durante la fase de aportación. Cuando llega la jubilación, el partícipe puede rescatar el dinero acumulado ya sea en forma de capital único, en forma de renta periódica o combinaciones. Un plan de pensiones bien constituido puede proporcionar una renta adicional importante sin necesidad de hipotecar ni vender la casa.

No obstante, en la práctica, la repercusión de los planes de pensiones privados ha sido limitada y los saldos suelen ser bajos. Son muchos los ciudadanos que no han ahorrado lo suficiente y, por ello, para una persona mayor que llega a la jubilación con escaso ahorro financiero, pero con una vivienda en propiedad, opciones como la hipoteca inversa o la venta de la nuda propiedad pueden resultar más realistas para obtener ingresos. En última instancia, lo ideal sería combinar estrategias, por ejemplo, quienes hayan acumulado ahorros en un plan de pensiones quizás no necesiten recurrir a la vivienda, mientras que quienes no hayan podido ahorrar disponen de su inmueble como “tablón de salvamento”. Existe también la posibilidad de utilizar la vivienda de otras formas, por ejemplo, alquilar habitaciones o parte de la vivienda (*coliving* intergeneracional), o vender y mudarse a una vivienda más pequeña (liberando capital). Estas opciones, sin embargo, escapan del ámbito financiero estricto y dependen más de circunstancias personales y del mercado inmobiliario.

De todo lo expuesto podemos deducir que la hipoteca inversa, frente a otras alternativas presenta un juego de *trade-offs*: mantener propiedad *versus*

liquidez inmediata, herencia versus consumo en vida, sencillez versus complejidad contractual y riesgo asumido por el particular versus por la entidad. La hipoteca inversa ofrece un punto intermedio atractivo, aunque con la carga de la deuda creciente. La venta de la nuda propiedad y la renta vitalicia inmobiliaria garantizan más certeza (no hay deuda, la renta puede ser vitalicia asegurada) a costa de desprenderse definitivamente del inmueble. Los planes de pensiones, por su parte, son una solución *ex ante* (preventiva) que sería preferible en muchos casos, pero la realidad es que una gran parte de la población llega a la jubilación sin ahorros suficientes por lo que, como ya hemos dicho, se ven obligados a recurrir a su patrimonio inmobiliario. Cada instrumento tiene su público y sus condiciones idóneas de uso; no son excluyentes y, de hecho, pueden complementarse. Por ejemplo, alguien podría combinar un plan de pensiones modesto con una hipoteca inversa que le complete ingresos, o podría preferir vender la nuda propiedad de una segunda vivienda y, en la vivienda habitual, contratar una hipoteca inversa. Lo importante es que exista asesoramiento independiente que ayude al interesado a elegir la opción que mejor se adapte a su perfil de riesgo, necesidades económicas y deseos respecto a su patrimonio.

IV. MARCO JURÍDICO DE LA HIPOTECA INVERSA EN ESPAÑA.

I. Concepto legal.

La hipoteca inversa en España tiene un marco jurídico específico desde 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 tributaria¹⁰. Dicha Ley 41/2007 introdujo, en su Disposición Adicional Primera, una definición formal de “hipoteca inversa” y estableció condiciones particulares para este producto, con el objetivo de dotarlo de seguridad jurídica y fomentar su uso responsable¹¹.

La Disposición Adicional I^a.I de la Ley 41/2007 define la hipoteca inversa como “el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante”, cumpliéndose, eso sí, ciertos requisitos, a saber:

10 Por su parte, la Ley 5/2019, de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI) en su artículo 2.4 f) excluiría de su ámbito de aplicación a los contratos de préstamo con hipoteca inversa. A su vez, el régimen específico de protección para la hipoteca inversa quedaría recogido en el capítulo II bis del título III de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre (arts. 32 septies a 32 terdecies).

11 Para un estudio detallado de esta ley, véase ANGUITA RÍOS, R.M.: “Regulación relativa a la hipoteca inversa según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre”, *El Consultor Inmobiliario*, 87, 2008, pp. 3-20; y *Diario La Ley*, 2008-I, pp. 1589-1607; PARRA LUJÁN, M^a A.: “Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 711, 2009, pp. 261-349.

a) que el solicitante (y eventuales beneficiarios designados) tenga edad igual o superior a 65 años, o bien que sean personas en situación de dependencia¹² o con grado de discapacidad igual o superior al 33% (con independencia, en este caso, de su edad).

b) que el importe del préstamo se ponga a disposición del deudor mediante disposiciones periódicas o únicas (es decir, en forma de renta temporal, vitalicia, o en un solo pago) de ahí que, como señala Berrocal Lanzarot¹³, podemos distinguir dos tipos de hipotecas inversas que se comercializan en el mercado español: a) la hipoteca inversa de importe único (denominada *lump sum* en los mercados anglosajones, y a la que haremos referencia posteriormente) en la que el cliente solicita una cuantía máxima que recibe en el momento de la firma sin disponer de más cantidades a lo largo de su vida; y b) la hipoteca inversa de mensualidades en la que el prestatario obtiene ingresos mensuales, ya sea por un cierto periodo de tiempo, ya sea de forma vitalicia¹⁴.

c) que la deuda solo sea exigible por el acreedor cuando fallezca el prestatario (o el último beneficiario sobreviviente, si se hubiera designado más de uno); y

d) que la vivienda hipotecada haya sido tasada previamente y asegurada contra daños para garantizar así que el inmueble tiene un valor cierto y protegido. Para comprender este carácter preceptivo de la tasación, es preciso recordar que, la entidad financiera o de crédito, a la hora de conceder la hipoteca, no va a tener sólo en cuenta la edad y la esperanza de vida del titular sino también el valor del inmueble. Este valor de tasación, que se tiene en cuenta para calcular la cantidad a prestar, es el de la vivienda en el momento en el que se solicita la constitución de la hipoteca inversa, si bien, algunos autores, consideran que “lo ideal sería que se realizase obligatoriamente una revisión periódica de la tasación del inmueble”¹⁵.

Teniendo en cuenta los requisitos anteriormente expuestos, podemos afirmar que la ley española circunscribe la hipoteca inversa “típica” a las personas mayores o dependientes, sobre su vivienda habitual¹⁶, con un esquema de devolución diferida

12 En un principio, la Ley contemplaba a las personas que padecían una “dependencia severa” o “gran dependencia”, pero la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, en su artículo 5, lo sustituye por el término genérico “dependencia”.

13 BERROCAL LANZAROT, A.I.: “La venta de la nuda propiedad y la hipoteca inversa como instrumentos al servicio de las personas mayores”, en AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables* (dirigido por M^a D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN), Aranzadi, Pamplona, 2022, p. 406.

14 En el primer caso, esto es, cuando se ha pactado por un determinado número de años, se corre el riesgo de que el interesado sobreviva a la edad establecida en la operación y deje de percibir ingresos complementarios, como ya advertíamos en epígrafes anteriores.

15 FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S.: “La nueva oportunidad de la hipoteca inversa”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 31, 2021, p. 189.

16 Cuando se formaliza una hipoteca inversa que no cumple con los requisitos mencionados -no es vivienda habitual, por ejemplo- la doctrina habla de “hipoteca inversa atípica” a la que no se le aplican los mismos

al fallecimiento. La ley, además, establece que solo pueden conceder hipotecas inversas ciertas entidades autorizadas, concretamente, entidades de crédito, establecimientos financieros de crédito (entidades especializadas) y entidades aseguradoras habilitadas para operar en España. Esto permite que no solo bancos, sino también compañías de seguros (que pueden integrar el producto con rentas vitalicias) ofrezcan hipotecas inversas, sujetándose eso sí a sus normas sectoriales y a la supervisión correspondiente. Asimismo, se habilitó al Ministerio de Economía para determinar el régimen de transparencia y comercialización específico de la hipoteca inversa, imponiendo la obligación de suministrar “asesoramiento independiente” a los solicitantes, dada la complejidad y trascendencia de este producto¹⁷.

Debemos hacer hincapié en este punto puesto que, la Ley 41/2007, consciente de la vulnerabilidad del colectivo destinatario, exige que el oferente provea asesoramiento imparcial (por medios a definir reglamentariamente) evaluando la situación financiera del cliente y los riesgos económicos del contrato. En la práctica, esta exigencia se articuló posteriormente vía normativa de transparencia bancaria (Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios)¹⁸, implicando generalmente que el cliente reciba orientación de terceros o de unidades separadas antes de la firma.

Otras disposiciones protectoras contenidas en la Ley 41/2007 incluyen el ya mencionado derecho de los herederos a cancelar la deuda sin penalización tras el fallecimiento, en un plazo que se estipule, pagando lo adeudado y sus intereses, pero sin comisión alguna por cancelación anticipada. Igualmente se prevé que, si el deudor vende voluntariamente la vivienda durante su vida, el acreedor podrá dar por vencido anticipadamente el préstamo salvo que se sustituya la garantía

beneficios fiscales, notariales y registrales de los que sí gozan las “típicas”. Así lo establece la D.A.1ª.10 de la Ley 41/2007 “Podrán, asimismo, instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante. A estas hipotecas inversas no les serán de aplicación los apartados anteriores de esta disposición”.

En este sentido, véase, entre otros, ARNAIZ, R.: “El principio de transparencia material y el control de su cumplimiento en las hipotecas inversas. Deficiencias regulatorias y propuestas de mejora”, en AA.VV.: *Cuestiones hipotecarias e instrumentos de previsión. El impacto del Derecho de la Unión Europea* (dirigido por A. APARICIO SANZ), Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 195-216; BERROCAL LANZAROT, A.I.: “La venta”, cit., p. 405; GARCÍA RODRÍGUEZ, J.M.ª.: “Los retos jurídicos de la hipoteca inversa”, *CEFLegal Revista Práctica de Derecho*, núm. 266, 2023, p. 45 (<https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.18593> consultada el 24 de mayo de 2025); BENITO OSMÁ, F.: “La Hipoteca Inversa vinculada a Seguros”, *Rev.Ibero-Latinoam. Seguros*, vol. 33 (61) 2024, pp. 99-118 (<https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris61.hivs> consultada el 1 de junio de 2025) y MANZANO FERNÁNDEZ, Mª. M.: “La hipoteca inversa en el marco de la ley de regulación del mercado hipotecario”, en AA.VV.: *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, tomo II (coord. por J. GÓMEZ GÁLIGO), Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 1201-1231.

17 La STS 168/2020, 11 marzo 2020, aunque no trata la hipoteca inversa como objeto principal del litigio, analiza los límites del principio de transparencia en contratos con consumidores y es relevante para valorar la transparencia en la comercialización de hipotecas inversas a personas mayores, dado que suele haber un fuerte componente de asimetría informativa.

18 Véase también, en este sentido, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

por otra suficiente -para impedir que se eluda el reembolso vendiendo la casa a un tercero. Por otro lado, se reafirma por ley el carácter de no responsabilidad personal ilimitada: si al liquidar la deuda tras el fallecimiento, los herederos deciden no pagar, “el acreedor solo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia” (D.A.I^a.6) no siéndoles de aplicación las reglas generales de responsabilidad universal del deudor. Esto, como ya se explicó, garantiza la ausencia de deudas adicionales a la herencia.

En cuanto a costes, la ley otorga, como ya adelantábamos, incentivos fiscales y arancelarios, entre otros: la exención de la cuota gradual de AJD en la escritura de constitución, subrogación, novación o cancelación de la hipoteca inversa; reducción del arancel notarial (tratándola como documento sin cuantía) y una reducción del 90% en los aranceles registrales por la inscripción y cancelación. Todo ello se hizo para abaratar la formalización de estas operaciones y hacerlas más atractivas al consumidor.

2. Naturaleza jurídica.

Desde el punto de vista jurídico, la hipoteca inversa se articula generalmente mediante un contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria, sujeto a las reglas generales de las obligaciones y de los derechos reales de hipoteca, con las particularidades introducidas por la ley especial. La doctrina la suele calificar como una modalidad de hipoteca de máximo o hipoteca abierta en garantía de cuenta de crédito¹⁹. En efecto, en la práctica, muchas escrituras de hipoteca inversa se formalizan indicando que es una “hipoteca en garantía de una cuenta de crédito” hasta una cantidad máxima (que equivale al capital más intereses posibles hasta determinada edad máxima). Esto permite ir disponiendo poco a poco del dinero (la “cuenta de crédito” es la que el banco va abonando periódicamente hasta el límite pactado).

La cuestión de su naturaleza jurídica también puede plantearse analizando si estamos ante un contrato unitario *sui generis* o un contrato complejo. Algunos autores apuntan que la hipoteca inversa puede ir acompañada de contratos conexos, como un seguro de rentas vitalicias o un seguro de dependencia. De hecho, la propia Ley 41/2007, en su Disposición Adicional 2^a, regula el “seguro de dependencia” incentivándolo (permite cubrir la situación de dependencia del

19 RUBIO TORRANO, E.: “De la ley que define la hipoteca inversa y regula otras muchas cosas”, *Aranzadi civil* núm. 3, 2007, pp. 2558-2561; RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M^a.G.: “Hacia la flexibilización de la hipoteca: La hipoteca flotante como nueva hipoteca de máximo”, en AA.VV.: *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, tomo II (coord. J. GÓMEZ GÁLIGO), Aranzadi, Pamplona, 2008 pp.1113-1150; VAÑO VAÑO, M^a.J.: “Aproximación al régimen jurídico de la Hipoteca Inversa”, en AA.VV.: *Estudios de derecho del mercado financiero. Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, U. de Valencia, Valencia, 2010, pp. 579-591; NIETO CAROL, U.: “Claves actuales de la denominada hipoteca inversa”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 12, 2020, p. 375.,

mayor a través de un seguro o de un plan de pensiones)²⁰. Asimismo, la Ley habla de la posibilidad de designar beneficiarios distintos del titular, por ejemplo, que el préstamo pague renta al propietario y a su cónyuge mientras vivan ambos, lo cual acerca la operación a figuras de renta vitalicia eventual. Pero, en esencia, el núcleo contractual es un préstamo hipotecario con vencimiento especial.

Otra pregunta interesante respecto a su naturaleza jurídica es si la hipoteca inversa constituye un acto de disposición patrimonial que pudiera ser cuestionable (por ejemplo, en caso de incapacidad sobrevenida del contratante, o por los herederos). Si bien es cierto que, al ser un préstamo, técnicamente, el propietario no está vendiendo el bien, solo gravándolo; sin embargo, el resultado económico final puede ser la pérdida de la vivienda si la deuda agota su valor. De ahí que, la jurisprudencia, como veremos a continuación, haya tratado la hipoteca inversa con las mismas reglas que cualquier hipoteca en cuanto a capacidad, consentimiento informado, etc.

3. Panorama jurisprudencial y normativo actual.

No se han reportado hasta la fecha sentencias específicas del Tribunal Supremo sobre la validez intrínseca de la hipoteca inversa²¹. No obstante, la jurisprudencia menor ha abordado casos de nulidad o resolución de estos contratos por vicio en el consentimiento²² o falta de transparencia²³.

El tema que, principalmente, han abordado las Audiencias Provinciales en esta materia es el de la validez de una cláusula, muy frecuente en la práctica, en la que la entidad bancaria obliga a quien contrata una hipoteca inversa temporal a suscribir, llegada la fecha del vencimiento, un seguro de renta vitalicia diferida con la aseguradora de la entidad bancaria (con la que ha firmado la hipoteca

20 Véase, en este sentido, HERAS HERNÁNDEZ, M^a M. "El seguro privado de dependencia como mecanismo de previsión voluntaria de la dependencia", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 716, 2009, págs. 2863-2909.

21 Podemos afirmar que, algunas cuestiones sí han llegado al Tribunal Supremo, pero éste ha inadmitido el recurso de casación como, por ejemplo, en su Auto (Sala 1^a) de 3 de marzo de 2021 en el que se inadmite un recurso de casación de BBVA contra la SAP de Madrid (Sección 12^a) núm. 207/2017, 30 mayo 2017.

22 La SAP de Madrid (Sección 10^a) núm. 340/2019, 28 octubre 2019, analiza un caso en que una entidad financiera ofreció una hipoteca inversa a una persona mayor que, tras varios años, falleció, y los herederos impugnaron el contrato por vicios en el consentimiento. La Audiencia desestimó la demanda y consideró que el producto fue correctamente explicado y contratado, respetando las exigencias de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

23 En la SAP de Castellón (Sección 3^a) núm. 448/2021, 24 noviembre 2021, el tribunal, tras advertir de la importancia de la información reforzada en productos complejos y recordar que las entidades deben extremar la transparencia con consumidores mayores, estimó que no había mala praxis bancaria que conllevara la anulación del contrato ya que, a juicio del tribunal no había habido falta de información esencial que pudiera generar un error excusable en la prestatia. Resulta también interesante la SAP de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 4^a) 8 febrero 2023, en la que el tribunal extiende al ámbito de la hipoteca inversa los mismos estándares de transparencia y equilibrio ya asentados en las hipotecas tradicionales indicando que, ninguna complejidad del producto justificaría apartarse de las normas de defensa del consumidor.

inversa)²⁴. En todos los casos en los que se ha cuestionado esta práctica, el tribunal juzgador ha considerado que la cláusula de seguro de vida o renta vitalicia diferida no es imprescindible para la hipoteca inversa sino que se trata de una condición impuesta por el banco (aprovechando la necesidad de liquidez de los clientes), que no se negocia individualmente, que no es transparente para el cliente ²⁵, y que, además, encarece enormemente la operación causando así un desequilibrio económico importante en perjuicio del prestatario. Todo ello es lo que ha llevado a los tribunales, hasta la fecha, a considerarla abusiva y declararla nula de pleno derecho.

En general, los tribunales han reafirmado que la hipoteca inversa es un contrato válido y útil, pero han insistido en las exigencias de información clara (se espera de la banca una diligencia especial cuando comercializa estos productos debiendo explicar con detalle las consecuencias (duración de rentas, efecto sobre herencia, etc.). También han aclarado cuestiones como la calificación registral (algunas hipotecas inversas fueron registradas como hipoteca de máximo en cuenta corriente -como permite el art. 153 LH- sin que esto cambie su naturaleza económica como instrumento para obtener renta.

Tras la Ley 41/2007, ha habido algunos ajustes legislativos. La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de protección de deudores hipotecarios, modificó levemente los requisitos, ampliando la letra a) del apartado I para incluir expresamente a personas dependientes y con discapacidad $\geq 33\%$ (posiblemente aclarando su elegibilidad). Más tarde, la Ley 5/2015 modificó quiénes pueden conceder hipoteca inversa (adaptándose a la transformación de los establecimientos financieros de crédito). Sin embargo, una gran laguna la encontramos en la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), que transpone la directiva hipotecaria europea y establece fuertes obligaciones de transparencia, y que excluyó de su ámbito expreso a las hipotecas inversas, como ya hemos indicado anteriormente.

Esto implica que, algunas protecciones que la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario brinda para préstamos hipotecarios (por ejemplo, distribución de gastos entre banco y cliente, evaluaciones de solvencia, acta notarial previa de transparencia) no se aplican automáticamente a las hipotecas inversas, creando incertidumbre. Por ejemplo, la LCCI obliga a los bancos en hipotecas normales a entregar documentación precontractual muy detallada (FEIN, FiAE) y a asumir ciertos gastos (art. 14 LCCI), pero ¿qué ocurre en la hipoteca inversa? ¿cabe aplicar

24 Sirvan como ejemplo, la SAP de Pontevedra (Sección 1^a) 626/2020, 23 noviembre 2020; la SAP de Islas Baleares (Sección 5^a) 310/2021, 15 abril 2021, y la SAP de Castellón (Sección 3^a) 448/2021, 24 noviembre 2021.

25 Normalmente, en la escritura, la obligación de suscribir el seguro aparece de forma implícita y poco clara de modo que el prestatario difícilmente puede entender que una parte importante de su préstamo se destina de inmediato al pago de una prima única no recuperable.

por analogía lo dispuesto en la LCCI cuando ella misma en su artículo 2.4. f) excluye de su ámbito de aplicación a la hipoteca inversa? En la práctica, muchas entidades ofrecen la hipoteca inversa costeada por el cliente en la mayor parte de gastos (tasación, notaría, etc.), aprovechando esa laguna, lo que podría ser considerado abusivo. Es evidente que hace falta “afinar” el marco legal para integrar plenamente la hipoteca inversa en la normativa de transparencia y protección del cliente, evitando repetir errores pasados de cláusulas abusivas.

En cuanto a referencias normativas complementarias, cabe citar que el Banco de España publicó una Guía de Acceso a la Hipoteca Inversa (2008, actualizada posteriormente) para orientar a los usuarios y a las entidades, recogiendo buenas prácticas y aclarando dudas frecuentes. Dicha guía, de carácter informativo, enfatiza la complejidad del producto, la necesidad de comparar opciones y de considerar el impacto fiscal y sucesorio. Asimismo, la DGSFP (Dirección de Seguros) ha emitido criterios con relación a la renta vitalicia inmediata contratada con la hipoteca inversa, y la Dirección General de Tributos ha aclarado el tratamiento fiscal ventajoso (consultas vinculantes confirmando la exención de IRPF). Por su parte, los tribunales económico-administrativos han tenido que resolver alguna cuestión técnica, por ejemplo, acerca de la exención del impuesto AJD cuando no se cumplen exactamente todos los requisitos legales de la hipoteca inversa aclarando que, si falta alguno, la operación pierde la exención.

V. LA HIPOTECA INVERSA COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA PÚBLICA.

Dada la presión creciente sobre los sistemas públicos de pensiones y la necesidad de soluciones para financiar la longevidad, la hipoteca inversa ha empezado a considerarse también desde la óptica de las políticas públicas. Esto implica evaluar qué rol puede jugar este producto en el conjunto de medidas para el bienestar de las personas mayores, cómo fomentar su uso responsable y qué reformas legales serían deseables (*lege ferenda*) para maximizar sus beneficios sociales minimizando sus posibles perjuicios. En este apartado abordaremos, por un lado, las experiencias y marcos comparados de otros países (EE.UU., Reino Unido, Alemania, Chile y Colombia, entre otros) que pueden ofrecer lecciones valiosas, y, por otro, propondremos algunas líneas de actuación y mejora normativa en el contexto español.

I. Experiencia comparada: Estados Unidos, Reino Unido, Alemania, Chile y Colombia.

En Estados Unidos, la *reverse mortgage* lleva funcionando desde hace décadas y constituye un pilar importante en la financiación de la vejez para muchos

hogares²⁶. El primer préstamo inverso se concedió en 1961 de forma aislada, pero fue en 1987 cuando el Congreso federal creó el programa HECM (*Home Equity Conversion Mortgage*), dotándolo de regulación y respaldo gubernamental. El HECM, administrado por la FHA (*Federal Housing Administration*), asegura las hipotecas inversas de manera que si, al liquidar la deuda, el valor de la vivienda es insuficiente, el Estado cubre la diferencia, y, si sobra valor tras pagar la deuda, el excedente corresponde a los herederos lo que propició una gran confianza al mercado. En EE.UU. pueden acceder propietarios desde los 62 años, y se exige una asesoría independiente obligatoria previa (*counseling*) por un experto certificado, antes de firmar el contrato para asegurarse de que el senior entiende la operación.

Se ofrecen múltiples modalidades: recibir pagos mensuales durante toda la vida mientras se resida en la vivienda (renta vitalicia), o durante un período fijo; disponer de una línea de crédito flexible para retirar dinero según necesidad (lo que se conoce como “*draw-down*”); tomar un pago único grande (“*lump sum*”); o combinaciones de las anteriores, otorgándose así una gran versatilidad al producto. La deuda está garantizada por la propiedad y sólo se paga al fallecer o salir de la vivienda, con la cláusula de no-recurso ya mencionada (*no debt beyond home value*). Gracias a este marco, el mercado estadounidense es el más desarrollado del mundo y, cada año, decenas de miles de mayores contratan hipotecas inversas aseguradas. No obstante, el programa no ha estado exento de problemas de política pública, así, tras la crisis de 2008, hubo preocupación por seniors que incumplían el pago de impuestos inmobiliarios o seguros de hogar (obligaciones que deben mantener para no caer en default) y se vieron en riesgo de ejecución, lo que llevó a reforzar los requisitos. Por este motivo, en la actualidad se hace un estudio de solvencia para asegurarse de que podrán pagar esos gastos a la vez que se ofrecen diferentes opciones de rescate. También se detectaron casos de prácticas abusivas y estafas a personas mayores lo que ha obligado a la CFPB (agencia de protección financiera del consumidor) y al legislador a intensificar la vigilancia.

Con todo, la experiencia estadounidense muestra que, con apoyo gubernamental y reglas claras, la hipoteca inversa puede escalar a nivel masivo como instrumento complementario de jubilación. Para muchos norteamericanos constituye, hoy en día, una valiosa fuente de fondos para gastos médicos, mejoras del hogar o simplemente mantener su nivel de vida tras la jubilación.

26 Véase FEDERAL FINANCIAL INSTITUTIONS EXAMINATION COUNCIL, *Reverse Mortgages Products: Guidance for Managing Compliance and Reputation Risks*. Docket No.2009-0001, Washington; y también CHIA, N.C. y TSUI, A.K.: *Reverse mortgages as retirement financing instrument: an option for “Asset-rich and cash-poor” Singaporeans*, SCAPE Working Papers Series No. 2005/03, 2005, pp. 23-45.

En Reino Unido, el concepto se engloba en los productos de “*equity release*” (liberación de capital inmobiliario)²⁷. Existen dos modalidades principales: el *lifetime mortgage* (hipoteca vitalicia) y el *home reversion* (reversión de vivienda). La más similar a la hipoteca inversa es la primera. Se trata de un préstamo donde el propietario recibe un capital o renta y el interés se acumula hasta el final, sin pagos durante su vida. Desde los años 90, Reino Unido ha desarrollado un mercado robusto, con regulación prudencial y creación de un código de buenas prácticas a través del *Equity Release Council*. Un elemento clave es el compromiso de *no negative equity* (no deuda superior al valor) adoptado voluntariamente por los proveedores y requisito normativo en la actualidad, que protege al cliente como en España rondando la edad mínima de los interesados los 55-60 años. Las autoridades británicas (FCA) tratan la hipoteca vitalicia como un producto regulado de crédito, con obligaciones de evaluación de idoneidad y divulgación de riesgos. Además, es común que las compañías (a menudo aseguradoras o bancos especializados) ofrezcan opciones flexibles. Por ejemplo, algunos permiten al cliente pagar voluntariamente intereses si lo desea para no acumular tanto, o contratar una garantía de herencia (que una parte del valor quede reservada para legar). También se usa la fórmula de *home reversion*, donde el propietario vende una parte o la totalidad de la propiedad a una empresa a cambio de derecho vitalicio a residir, pero esta es menos frecuente y la mayoría opta por la hipoteca vitalicia. Desde la óptica de política pública, el Gobierno británico ha visto con buenos ojos el *equity release* como forma de ayudar a financiar la asistencia a largo plazo (*long-term care*), e incluso se ha discutido integrar estos productos en esquemas de copago asistencial (aunque con cautela para no forzar a nadie). En definitiva, Reino Unido muestra un caso exitoso de desarrollo de mercado privado con autorregulación, volúmenes altos gracias a la confianza del consumidor en un entorno de seguridad jurídica²⁸.

En Alemania, la situación contrasta con los casos anteriores. A pesar de ser un país envejecido y rico, la *Umkehrhypothek* (hipoteca inversa) no ha prosperado en la práctica. No existe una ley especial ni incentivos fiscales específicos, por lo que se rige por el derecho común (contrato de préstamo con garantía hipotecaria). Hace unas décadas algunas entidades financieras alemanas exploraron el producto, observando la experiencia anglosajona, sin embargo, la demanda resultó escasa. Culturalmente, los alemanes tienden a no contemplar su vivienda como fuente de liquidez en la vejez, sino más bien a venderla para mudarse a sitios más pequeños o a residencias. Además, el sistema público de pensiones, aunque con desafíos, ha proporcionado una mejor tasa de reemplazo que en otros países, reduciendo la

27 Así lo consideran, entre otros, HANCOCK, R.: “Can housing wealth alleviate poverty among Britain’s older population?”, *Fiscal Studies*, 19(1) 1998, pp. 249-272.

28 Véase DOLING, J.: “How would housing wealth perform as a pension?”, en AA.VV.: *DEMHOW Project Demographic Change and Housing Wealth*, University of Birmingham, Brussels, 2010, pp. 3-29.

necesidad. En un primer momento, las condiciones ofrecidas no eran atractivas ya que la banca aplicaba expectativas de vida muy altas (hasta 100 años) y, por ende, las rentas resultaban muy bajas lo cual “desilusionaba” a los clientes. Actualmente, en Alemania existen alternativas como la venta con renta vitalicia (*Immobilien-Leibrente*), ofrecida por algunas empresas especializadas, y la venta parcial de la propiedad (*Teilverkauf*), donde se vende un porcentaje de la vivienda a un inversor manteniendo el resto. Estos productos han tenido un ligero auge recientemente, pero siguen sin ser muy populares. No obstante, el debate en Alemania continúa, ya que la reducción de las pensiones públicas y el aumento de propietarios mayores con bajos ingresos está poniendo el tema sobre la mesa de nuevo.

En Chile, la hipoteca inversa ha sido objeto de discusión legislativa y recientemente de iniciativas piloto, en respuesta a la problemática de bajas pensiones que afronta el país (tras décadas con un sistema de capitalización individual). En 2015 se presentó en el Congreso chileno un proyecto de ley para regular la hipoteca inversa, pero no prosperó. Posteriormente, bajo el segundo gobierno de Piñera, se impulsó la figura desde el ejecutivo y en 2021, el Ministerio de Hacienda de Chile dictó un reglamento habilitando un programa de hipoteca inversa a través del Banco Estado (banca pública) en fase experimental. Sin embargo, más que un préstamo hipotecario tradicional, el modelo chileno parece orientarse hacia un esquema de renta vitalicia inmobiliaria administrada por aseguradoras. Aún no hay una ley específica aprobada por el Congreso por lo que, hasta que se publique, se ha discutido incluir en reformas previsionales la opción de retiro de vivienda. Chile, al observar el panorama internacional en esta materia, ha mostrado interés en que las aseguradoras participen (similar a Colombia, como veremos). A falta de datos públicos de implementación, se puede decir que Chile está en la etapa de “diseño de política pública” siendo consciente de la necesidad, pero calibrando cómo introducir la hipoteca inversa en su realidad. Las expectativas son que, de implementarse bien, podría ofrecer a los pensionistas chilenos (muchos con casa propia, pero pensión baja) un alivio financiero. La cautela se centra en garantizar la protección al adulto mayor contra posibles abusos y en ajustar la mentalidad de herencia, muy arraigada también en la sociedad chilena²⁹.

En Colombia, la figura llegó bajo un nombre distinto: renta vitalicia inmobiliaria. En 2020, el gobierno colombiano expidió el Decreto 1398/2020 que modificó la normativa financiera para introducir este instrumento. El modelo colombiano optó por un enfoque de seguro de renta vitalicia de manera que las personas mayores pueden transferir la propiedad de su vivienda a una aseguradora a cambio de recibir una renta periódica de por vida y conservar el derecho a habitarla

29 Para un estudio más detallado de la hipoteca inversa en Chile, véase, QUIROZ MUÑOZ, S.A.: “La hipoteca a la inversa: la destrucción axiológica a cargo de los mercados regulatorios financieros”, *Derecho Público Iberoamericano*, núm. 24, 2024, pp. 137-151.

hasta su fallecimiento. Se trata, esencialmente, de una venta con usufructo vitalicio combinada con una póliza de renta vitalicia. Inicialmente se le llamó también “hipoteca inversa” en los medios, pero técnicamente no es un préstamo hipotecario sino una compraventa con condición vitalicia. En cualquier caso, el objetivo es el mismo, esto es, monetizar la vivienda de las personas mayores sin desalojo. La Superintendencia Financiera autorizó el primer producto de renta vitalicia inmobiliaria en enero de 2022, fruto de una alianza entre la empresa estatal CISA (Central de Inversiones) y la aseguradora Positiva. Se establecieron criterios estrictos: solo aplica a inmuebles urbanos de estrato medio-alto y relativamente nuevos asegurando que la aseguradora reciba bienes con buena liquidez. Se crearon dos modalidades en Colombia: la renta vitalicia inmobiliaria inmediata, donde el asegurador paga una mensualidad vitalicia desde el momento de la cesión de la propiedad; y la renta temporal cierta con vitalicia diferida, donde se pacta un periodo fijo de rentas y, si la persona vive más allá, continúa con renta vitalicia, pero si fallece antes de ese periodo, las rentas restantes se pagan a sus herederos en un solo pago. Esta segunda modalidad incorpora un mínimo para herederos en caso de fallecimiento prematuro. El caso colombiano es interesante como política pública porque fue presentado como parte de la estrategia de protección a la vejez, pero también recibió críticas puesto que algunos sectores lo tildaron de “mecanismo reproductor de desigualdades”, argumentando que solo beneficiaría a propietarios de cierto nivel y que, en la práctica, pocos podrían usarlo (dado los requisitos de vivienda de alto valor). Actualmente, el esquema sigue vigente, pero su alcance es modesto. La experiencia colombiana muestra un enfoque alternativo, esto es, en vez de préstamo bancario, involucrar a aseguradoras para garantizar rentas de por vida, transfiriéndoles la propiedad³⁰. De esta manera se pueden eliminar algunos riesgos (ej. el riesgo de que la renta se agote lo asume la aseguradora), pero implica la pérdida inmediata del inmueble para el propietario (aunque con uso garantizado).

2 . Propuestas de *lege ferenda* y políticas de fomento en España.

Considerando todo lo anterior, planteamos a continuación algunas propuestas de mejora legal y actuaciones de política pública que podrían potenciar el rol positivo de la hipoteca inversa en nuestro ordenamiento, fortaleciendo la confianza en el producto y protegiendo a las personas mayores:

En primer lugar, sería conveniente modificar la Ley 5/2019 (LCCI) para incluir expresamente a la hipoteca inversa dentro de su ámbito, con las adaptaciones pertinentes, consiguiendo así una integración normativa y una claridad regulatoria tan demandada por todos los sectores. Esto aseguraría que los mayores gocen

30 En este sentido, véase MARTÍNEZ CÁRDENAS, B.M. y TERNERA BARRIOS, F.: “De las garantías tradicionales a las garantías derivadas”, *Opinión Jurídica*, vol. 10, núm. 19, Medellín, Colombia, 2011, pp. 181-194.

de las mismas garantías de transparencia material que cualquier prestatario hipotecario, a saber, entrega de documentación estandarizada, período de reflexión, asesoramiento notarial previo, evaluación adecuada, etc. La analogía actualmente sugiere aplicar esa protección, pero una mención explícita eliminaría dudas. Asimismo, se debería emitir una orden ministerial específica (o actualizar la existente de 2011) que detalle el procedimiento de asesoramiento independiente previsto en Ley 41/2007, definiendo quién puede prestar ese servicio, con qué cualificación y cómo se financia (idealmente, costado por la entidad oferente para que no sea barrera para el cliente).

Desde un punto de vista fiscal, si bien la Ley 41/2007 ya introdujo las exenciones fiscales a las que hemos hecho referencia anteriormente, el legislador podría estudiar incentivos adicionales como, por ejemplo, mejorar el tratamiento fiscal de las rentas vitalicias contratadas con parte de la hipoteca inversa (actualmente las rentas vitalicias tributan solo en parte según edad del rentista, lo cual ya es ventajoso). También podría contemplarse una desgravación temporal para las entidades que concedan hipotecas inversas en ciertas condiciones sociales (por ejemplo, a personas de menor renta o viviendas de valor moderado), a fin de animar a más oferta en segmentos actualmente desatendidos. Otra idea es que el Estado o las CCAA creen convenios con bancos para cofinanciar hipotecas inversas vinculadas a finalidades de dependencia, es decir, que parte de lo obtenido se destine a pagar ayuda a domicilio o residencias, quizá aportando la administración una bonificación al interés a cambio de ese uso social. De ese modo, se alivia gasto público en dependencia movilizándolo capital privado.

Por otro lado, y siguiendo el modelo estadounidense, se podría estudiar la creación de un seguro de insolvencia público para hipotecas inversas. Pensemos, por ejemplo, en un fondo (gestionado por el ICO o similar) que garantice al banco el cobro de la posible diferencia si la venta de la vivienda no cubre la deuda, a cambio de una pequeña prima. Actualmente la ley ya limita la responsabilidad de los herederos, pero el riesgo de pérdida lo asume el banco; si el Estado lo asumiera, quizá las entidades estarían dispuestas a ofrecer mejores condiciones (ej. rentas más altas o a edades más tempranas) al descargar ese riesgo. Este esquema requeriría un análisis actuarial para asegurar su sostenibilidad, pero podría ser autofinanciable con primas y con las mismas viviendas.

Tampoco podemos olvidar, como propuesta de mejora, una campaña de información pública sobre la existencia y funcionamiento de la hipoteca inversa. Muchos mayores simplemente no conocen que tienen esta opción por ello proponemos que organismos como el Banco de España, la CNMV (a través del Plan de Educación Financiera) junto con el Consejo General del Notariado, podrían lanzar guías simplificadas, talleres y seminarios dirigidos a asociaciones

de mayores. También involucrar a trabajadores sociales y personal de servicios municipales para que, cuando vean a un mayor con dificultades económicas, pero con casa en propiedad, le informen responsablemente de esta posibilidad, entre otras. La clave es presentar el producto de forma equilibrada, esto es, ni animar a todos a hacerlo (porque no siempre conviene), ni estigmatizarlo, simplemente que esté sobre la mesa como alternativa legítima.

También proponemos incorporar un período de desistimiento más amplio específico para hipoteca inversa (por ejemplo, permitir que, tras la firma, el cliente en un plazo de 30 días pueda cancelar sin coste si se arrepiente, devolviendo lo cobrado) como una medida de protección adicional al consumidor al otorgarle un margen de maniobra en el caso de haber tomado una decisión precipitada o bajo influencia externa. También cabría exigir que, en el protocolo notarial, se haga comparecer a los posibles herederos o se les notifique la operación, para evitar futuras disputas familiares; no para que autoricen (pues el patrimonio es del titular), pero sí para que estén informados de antemano, aumentando la transparencia intrafamiliar. También supondría una medida de protección establecer un tope de edad para los cofirmantes pensando en aquellos casos en los que matrimonios de muy distinta edad contraten una renta vitalicia y al fallecer el mayor de los cónyuges, el más joven quede sin vivienda al no estar cubierta. La norma podría requerir que, si hay cónyuge más joven, se contemple su cobertura hasta cierta edad.

Las propuestas legislativas permitirían, a su vez, la aparición de variantes que otorgaran flexibilidad y se adaptaran a las circunstancias. Por ejemplo, introducir la figura de hipoteca inversa con renta vitalicia asegurada, este binomio ofrecería un marco donde conjuntamente banco y aseguradora ofrecen el producto, garantizando de inicio que la renta será de por vida (combinando préstamo y seguro). Actualmente esto se puede hacer contractualmente, pero no está estandarizado; una norma de detalle podría facilitar su estandarización, lo que daría más confianza a clientes que quieren sí o sí renta vitalicia. Igualmente, se podría habilitar legalmente la contratación de una hipoteca inversa sobre parte de la vivienda (p. ej., porcentajes indivisos) podría abrir la puerta a que alguien libere solo parte del valor y reserve otra parte para herederos.

Aprovechamos estas líneas para proponer también un seguimiento y supervisión específicos, por ejemplo, que la autoridad (Banco de España) establezca un registro anual de hipotecas inversas para monitorizar cuántas se hacen, en qué condiciones promedio (LTV, rentas) y eventuales incidencias de manera que se pudiera evaluar con todos esos datos cuál ha sido realmente el impacto social de esa figura. También sería conveniente obligar a las entidades a incluir en la información precontractual ejemplos claros de escenarios (por ejemplo, cuánto se debería si vive hasta 90, 95, 100 años; cuánto quedaría para herederos según

evolución del valor de vivienda) medida que, sin duda, mejoraría en gran medida la comprensión de la hipoteca inversa y que sería muy bien acogida por las personas mayores que estén interesadas en ella. La supervisión debería también cerciorarse de que no haya prácticas comerciales agresivas puesto que, lamentablemente, es un sector donde podrían aparecer intermediarios poco escrupulosos prometiendo maravillas. Una posibilidad es certificar asesores especializados en hipoteca inversa, con registro oficial, para asegurar calidad en el asesoramiento independiente.

En definitiva, con lo expuesto anteriormente, estamos en condiciones de afirmar que, el rol de la hipoteca inversa como instrumento de política pública en España, puede potenciarse alineando los incentivos de todos los actores. El Estado tiene interés en que los mayores tengan vidas dignas sin cargar enteramente sobre las arcas públicas; los mayores tienen interés en usar su patrimonio de forma eficiente sin poner en riesgo su casa; el sector financiero tiene interés en desarrollar un nicho de negocio rentable, pero sostenible reputacionalmente. Con ajustes normativos que refuercen la confianza (claridad, protección) y con acciones divulgativas, la hipoteca inversa podría pasar de ser una rareza a un componente más del *mix* de planificación de la jubilación. Siempre habrá quienes prefieran no tocar su vivienda, y es respetable; pero para aquellos que lo necesiten o deseen, es positivo que exista un mercado accesible y seguro para hacerlo³¹.

VI. EL COLIVING PARA PERSONAS MAYORES: UNA ALTERNATIVA RESIDENCIAL Y FINANCIERA EMERGENTE.

En los últimos años ha cobrado protagonismo una modalidad innovadora de residencia y gestión económica para personas mayores que se aleja tanto del modelo tradicional de residencias como del envejecimiento en solitario en el propio domicilio. Se trata de una fórmula híbrida, inspirada en el *coliving* —habitual entre jóvenes profesionales— pero adaptada a las necesidades de las personas mayores. Esta modalidad ofrece una solución tanto residencial como económica y asistencial, con un importante componente comunitario.

I. Características de esta figura.

Este modelo se basa en la cohabitación voluntaria de personas mayores en un edificio o complejo residencial común, de titularidad privada, cooperativa o incluso público-privada, donde los residentes comparten no solo el espacio sino también una serie de servicios asistenciales comunes: enfermería, fisioterapia, atención domiciliaria, restauración, limpieza, lavandería, y actividades de ocio adaptadas.

31 España, con su altísimo porcentaje de mayores propietarios, tiene un potencial enorme en este campo. En 2024 España representaba <1% del mercado europeo de hipotecas inversas pese a ser de los países con mayor número de propietarios seniors. Ese potencial, correctamente canalizado, puede traducirse en miles de jubilados con mejor calidad de vida gracias a este instrumento, sin menoscabar otros derechos.

Desde el punto de vista económico, existen dos fórmulas predominantes:

- Cesión de la pensión o renta vitalicia a la empresa gestora a cambio de alojamiento, manutención y cuidados, lo que opera de facto como una alternativa a la hipoteca inversa, dado que convierte los ingresos recurrentes en contraprestación por una asistencia global integral.

- Participación en una cooperativa de vivienda sénior, mediante una aportación de capital inicial (una especie de “compra de participación”) que otorga derecho de uso sobre la vivienda o unidad residencial, así como a participar en la gobernanza del centro, y donde los gastos comunes se reparten mensualmente entre todos los cooperativistas.

2. Dimensión jurídica del modelo cooperativo.

En el caso de las cooperativas de uso y servicios para mayores, el régimen jurídico está basado en la Ley de Cooperativas estatal, Ley 27/1999, de 16 de julio, o, en su caso, en la normativa autonómica correspondiente, por ejemplo, la Ley 4/1993, de Cooperativas de Cataluña. Estas entidades funcionan como cooperativas de consumo o vivienda, donde el socio no es propietario individual del inmueble, sino que goza de un derecho de uso vitalicio mientras mantenga la condición de socio.

Este derecho puede incluir cláusulas de reversión, transmisibilidad, o derecho a recuperar parte del capital aportado en caso de baja, lo que debe analizarse con detalle en los estatutos sociales. El modelo permite un mayor control democrático por parte de los usuarios sobre la gestión del complejo, lo que representa una mejora respecto al modelo clásico de residencia.

En el caso del modelo empresarial privado (entrega de la pensión) surgen toda una serie de interrogantes jurídico-financieros relevantes como el relativo a su naturaleza jurídica, esto es, si estamos ante un arrendamiento de servicios con prestaciones accesorias o se trata de una renta vitalicia atípica, o más bien debería regularse como un contrato de prestación de servicios asistenciales sujeto a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En este sentido, la falta de una regulación específica plantea riesgos de inseguridad jurídica, por lo que algunos expertos reclaman una ley marco de vivienda colaborativa sénior o, al menos, un régimen jurídico protector similar al previsto para las residencias privadas en la Ley 39/2006³².

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

3. Valoración económica y social.

Desde el punto de vista financiero, este modelo permite a muchos mayores maximizar el valor de su pensión o patrimonio sin necesidad de recurrir a la hipoteca inversa ni a la venta de su vivienda. A menudo se configura como una alternativa atractiva para personas solas, viudas o sin herederos forzosos, y promueve el envejecimiento activo y comunitario. Además, el modelo permite afrontar de forma colectiva los costes crecientes de la dependencia y los cuidados de larga duración, integrando servicios de asistencia a un coste menor que el que tendría cada persona individualmente. También se ha observado que fomenta una mejor calidad de vida, reduce el aislamiento y favorece el apoyo mutuo entre los convivientes.

4. Experiencias prácticas y expansión del modelo.

En España, proyectos como Trabensol (Madrid), Convivir (Navarra) o La Muralleta (Valencia) han sido pioneros en este tipo de fórmulas, además, algunas Comunidades Autónomas, como el País Vasco o Cataluña, han comenzado a incentivar estos modelos a través de ayudas públicas a cooperativas o reservas de suelo dotacional.

A nivel internacional, la atención al envejecimiento activo y al derecho a una vivienda digna ha dado lugar, en varios países europeos, a soluciones innovadoras que integran la cohabitación voluntaria, el cuidado comunitario y la autogestión. Estos modelos, en muchos casos, han evolucionado como respuesta tanto al alto coste de las residencias tradicionales como al aislamiento residencial que sufren muchos mayores. Alemania, Países Bajos y Dinamarca han liderado esta tendencia.

a) Alemania: el modelo de *Senioren-Wohngemeinschaften* y cooperativas asistidas.

En Alemania, existen diversas modalidades de convivencia sénior agrupadas bajo el concepto de *Wohngemeinschaften* (WG)³³, que incluye tanto residencias compartidas como cooperativas de vivienda para mayores. Como características de este modelo alemán podemos destacar las siguientes:

-Las *Senioren-WGs* son viviendas compartidas autogestionadas, en las que entre 6 y 12 personas mayores conviven compartiendo espacios comunes y contratando de forma colectiva servicios asistenciales (enfermería, fisioterapia, limpieza, etc.).

33 Sirvan como ejemplo los modelos disponibles en las siguientes páginas web (consultados el 13 de junio de 2025):
<https://www.springer-seniorenwg-online.de/hof-und-umgebung/infos-zum-bauernhof>
<https://www.korian.de/pflege-und-betreuung/wohnen-pflege/senioren-wohngemeinschaften/>

-Las fórmulas más avanzadas adoptan la forma jurídica de cooperativas de uso, en las que los socios aportan un capital inicial y gozan de un derecho de uso vitalicio no transmisible. La propiedad suele estar en manos de la cooperativa.

Las entidades locales y regionales (*Länder*) apoyan activamente estos proyectos, proporcionando subvenciones, asesoramiento técnico y acceso preferente al suelo público. En muchas ciudades (Berlín, Hamburgo, Friburgo), existen redes municipales de apoyo al *cohousing* sénior, como la plataforma *Förderprogramm Gemeinschaftliches Wohnen* - de Berlín.

Existen normas específicas que regulan la prestación de cuidados a través de servicios móviles comunitarios, adaptando el sistema sanitario y de dependencia a estos formatos. Todo ello conlleva una serie de ventajas como son: menores costes que las residencias privadas; alto grado de autonomía y participación del residente; Reducción del aislamiento social e integración urbana en barrios normales, no en periferias.

b) Países Bajos: el ejemplo de *Knarrenhof* y la cultura del *care together*.

En los Países Bajos, la política pública favorece desde hace décadas la cohabitación de personas mayores en comunidades interdependientes, promovidas tanto por el Estado como por asociaciones sin ánimo de lucro. El modelo más destacado es el *Knarrenhof* (literalmente, "el patio de los viejos")³⁴ una red de viviendas agrupadas en torno a un jardín o patio central, con espacios comunes para la vida en comunidad. Se basan en la idea de "vivir juntos, cuidarse juntos" (*samen wonen, samen zorgen*). Las viviendas se construyen con financiación cooperativa o pública, y los usuarios participan en la planificación arquitectónica desde el inicio. El gobierno central y los municipios ofrecen incentivos fiscales, subvenciones y reservas de suelo para estos proyectos.

c) Dinamarca: la legislación sobre *bofællesskaber*.

Dinamarca es el país pionero en Europa en regular los *bofællesskaber* (comunidades de convivencia), surgidos en los años 70 y desarrollados actualmente en múltiples variantes, muchas de ellas específicas para personas mayores³⁵. Estos

34 Para un análisis más detallado de esta figura, véase RUSINOVIC, K., VAN BOCHOVE, M., VAN DE SANDE SENIOR, J.: "Co-Housing in the Netherlands: Benefits and Drawbacks for Its Residents", *Int J Environ Res Public Health*, 2019 Oct 8;16(19):3776 consultado en <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/31597278/> el 13 de junio de 2025. Sirva como ejemplo el modelo disponible en la siguiente página web (consultada el 13 de junio de 2025): <https://inbo.com/en/projects/knarrenhof-zwolle-gouda/>

35 De hecho, en 1985, Charles Durrett acuñó el término *cohousing* basándose en el concepto danés de *bofællesskaber*, "-comunidades vivas"- (introducido por el arquitecto Jan Gudmand-Høyer en los años 60 y que se caracteriza por viviendas privadas agrupadas con extensión de espacios comunitarios) Tras años de investigación en Dinamarca, Charles Durrett y Kathryn McCamant, introdujeron el concepto en Estados Unidos con el influyente libro *A Contemporary Approach to Housing Ourselves* (1989). Sobre este tipo de

proyectos son impulsados por cooperativas o asociaciones vecinales con apoyo técnico del Estado danés. La legislación permite una cesión a largo plazo del derecho de uso sobre la vivienda, sin necesidad de compra directa, lo que reduce barreras de entrada. Estas comunidades cuentan con servicios compartidos asistenciales y un modelo de gobernanza comunitaria formalizado mediante estatutos. El modelo forma parte de la estrategia nacional de cuidados del envejecimiento y se considera una alternativa estructural a la institucionalización.

VII. CONCLUSIÓN.

La hipoteca inversa se perfila como un instrumento financiero-social de gran potencial en el siglo XXI, marcado por el envejecimiento poblacional. Cuando es bien utilizada – con prudencia, conocimiento y amparo legal – puede mejorar la calidad de vida de los mayores, activando recursos dormidos (la vivienda) en su beneficio, sin que ello suponga abusos ni desprotección. España cuenta con un marco legal pionero desde 2007 y una experiencia incipiente que ha ido madurando entre errores y aciertos. La próxima década será decisiva para consolidar este producto. Si se logran los ajustes normativos propuestos y se extiende la educación financiera al respecto, podríamos hablar próximamente de un crecimiento significativo de las hipotecas inversas. Esto representará, en definitiva, más hogares de personas mayores disfrutando de tranquilidad económica gracias a una herramienta que hace veinte años era desconocida en nuestro país. La combinación de prudencia jurídica, iniciativa privada y apoyo público podrá hacer de la hipoteca inversa un verdadero pilar complementario de la seguridad económica en la vejez, garantizando que nuestros mayores puedan “envejecer en casa con dignidad y con recursos suficientes”, que es el objetivo último que subyace a este instrumento.

comunidades, véase <https://www.sbst.dk/bolig/bygge-og-bofaellesskaber/bofaellesskaber/> (consultado el 13 de junio de 2025)

BIBLIOGRAFÍA

ANGUITA RÍOS, R.M.: "Regulación relativa a la hipoteca inversa según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre", *Diario La Ley*, 2008-I, pp. 1589-1607.

ARNAIZ, R.: "El principio de transparencia material y el control de su cumplimiento en las hipotecas inversas. Deficiencias regulatorias y propuestas de mejora", en AA.VV.: *Cuestiones hipotecarias e instrumentos de previsión. El impacto del Derecho de la Unión Europea* (dir. por A. APARICIO SANZ), Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 195-216.

BENITO OSMA, F.: "La Hipoteca Inversa vinculada a Seguros", *Rev.Ibero-Latinoam. Seguros*, vol 33 (61) 2024, pp. 99-118.

consultada el 1 de junio de 2025.

BERNAL ALCOVER, J.F.: "Las participaciones preferentes", en AA.VV.: *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura* (dir. por C.C. CASTILLO MARTÍNEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 989-1008.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: "La venta de la nuda propiedad y la hipoteca inversa como instrumentos al servicio de las personas mayores", en AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables*, (dir. por M^a D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN), Aranzadi, 2022, pp. 387-410.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: "La renta vitalicia como instrumento económico de protección para las personas mayores y discapacitadas", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 802, 2024, pp. 981-1068.

CHIA, N.C. Y TSUI, A.K.: "Reverse mortgages as retirement financing instrument: an option for "Asset-rich and cash-poor", *Singaporeans, SCAPE Working Papers Series*, núm. 3, 2005, pp. 23-45.

DOLING, J.: "How would housing wealth perform as a pension?", DEMHOW project *Demographic Change and Housing Wealth*, University of Birmingham, Brussels, 2010, pp 3-29.

ESTUPIÑÁN CÁCERES, R.: "La hipoteca inversa y otros productos financieros en torno a la vivienda de las personas mayores", en AA.VV.: *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, (coordinado por M^a. D. DÍAZ PALAREA y D. SANTANA VEGA), Editorial Reus, S.A. Madrid, 2008, pp. 197-211.

FEDERAL FINANCIAL INSTITUTIONS EXAMINATION COUNCIL: *Reverse Mortgages Products: Guidance for Managing Compliance and Reputation Risks*. Docket No.2009-0001. Washington.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S. "La nueva oportunidad de la hipoteca inversa", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 31, 2021, pp. 157-170.

GARCÍA RODRÍGUEZ, J.M^a.: "Los retos jurídicos de la hipoteca inversa", *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, núm. 266, 2023, pp.29-48. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.18593> ,consultado el 26 de mayo de 2025.

GÓMEZ DE LA SERNA Y VIÑAL, R. Y ALONSO-CUEVILLAS FORTUNA, I.: "Hipoteca inversa: Capitalizando la vejez", *El Consultor Inmobiliario*, núm. 100, Sección Actualidad profesional, Editorial LA LEY, 2009, pp. 123-137.

HANCOCK, R.: "Can housing wealth alleviate poverty among Britain's older population?", *Fiscal Studies*, 19(1), 1998, pp. 249-272.

HERAS HERNÁNDEZ, M^aM.: "El seguro privado de dependencia como mecanismo de previsión voluntaria de la dependencia", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 716, 2009, pp. 2863-2909.

HERRÁN GONZÁLEZ, R.: "Hipoteca inversa y figuras afines", Portal mayores, Informes núm.49, 2006

(<http://www.imsermayores.csic.es/documentos/documentos/herranzhipoteca-01.pdf>) consultado el 30 de mayo de 2025.

IÑIGO ARROYO, L.: "La hipoteca inversa (Disposiciones Adicionales 1^a y 4^a de la Ley 41/2007)", en AA.VV.: *La reforma del Mercado Hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica* (coord. por E. MUÑIZ ESPADA), Edisofer, 2009, pp. 323-356.

JIMÉNEZ CLAR, A. J.: "La hipoteca inversa como instrumento de protección social", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 113, 2009, pp. 97-142.

LA FUENTE, J.A., y SERRANO, P.: "Cómo complementar la pensión utilizando la vivienda en propiedad", McGrawhill, 2022.

MANZANO FERNÁNDEZ, M^aM.: "La hipoteca inversa en el marco de la ley de regulación del mercado hipotecario", en AA.VV.: *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, tomo II (coord. por J. GÓMEZ GÁLLIGO), Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 1201-1231.

MARTÍN PÉREZ, J.A.: “La hipoteca inversa: la vivienda como instrumento de protección económica de personas mayores o dependientes (especial referencia a la responsabilidad hipotecaria)”, *LANDAS, International Journal of Land Law and Agricultural Science*, núm.. 5, 2011, pp. 26-33.

MARTÍNEZ CÁRDENAS, B.M. y TERNERA BARRIOS, F.: “De las garantías tradicionales a las garantías derivadas”, *Opinión Jurídica*, vol. 10, núm. 19, Medellín, Colombia, 2011, pp. 181-194.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M^a.: “El contrato de renta vitalicia”, en AA.VV.: *Derecho Civil II (Obligaciones y Contratos)* (coord., por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), 6^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 568.

MIQUEL SILVESTRE, J.A.: “Hipoteca inversa: algunas hipótesis de conflicto”, *Diario La Ley*, núm. 6924, 2008, pp. 1920-1922.

NIETO CAROL, U.: “Claves actuales de la denominada hipoteca inversa”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 12, 2020, págs. 372-390.

PARRA LUJÁN, M^aA.: “Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 711, Madrid, 2009, pp. 261-349.

PEREA GONZÁLEZ, Á.: “Autoatención y mercado hipotecario: la hipoteca inversa protegida”, *Actualidad Civil*, núm. 9, 2020, pp. 45-62.

PEREÑA VICENTE, M.: “La protección de la vivienda habitual en los supuestos de sobreendeudamiento y dependencia”, *Actualidad Civil*, núm. 16, 2008, pp. 1-19.

QUESADA SÁNCHEZ, A.J.: “La hipoteca inversa: ¿una opción realmente atractiva?”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 81, 2009, pp. 135-148.

QUIROZ MUÑOZ, S. A.: “La hipoteca a la inversa: la destrucción axiológica a cargo de los mercados regulatorios financieros”, *Derecho Público Iberoamericano*, n.º 24, 2024, pp. 137-151.

ROCA GUILLAMÓN, J.: “La hipoteca inversa como medio de protección económica de los mayores”, en AA.VV.: *La familia en el derecho de sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, (coord. por A.L. REBOLLEDO VARELA), Dykinson, S.L. Madrid, 2010, pp. 657-694.

RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M^a. G.: “Hacia la flexibilización de la hipoteca: La hipoteca flotante como nueva hipoteca de máximo” en AA.VV.: *Homenaje al*

profesor Manuel Cuadrado Iglesias, tomo II (coord. por J. GÓMEZ GÁLIGO), editorial Aranzadi, Pamplona, 2008, pp.1113-1150.

RUBIO TORRANO, E.: "De la ley que define la hipoteca inversa y regula otras muchas cosas", *Aranzadi civil*, núm. 3, 2007, pp. 2558-2561.

RUSINOVIC, K., VAN BOCHOVE, M., VAN DE SANDE SENIOR, J. "Co-Housing in the Netherlands: Benefits and Drawbacks for Its Residents", *Int J Environ Res Public Health*, 2019 Oct 8;16(19):3776 consultado el 13 de junio de 2025 en <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/31597278/>

SERRANO DE NICOLÁS, A.: "Régimen jurídico de la hipoteca inversa", *Revista de Derecho Privado*, núm. 92, 2008, pp. 33-61.

VAÑO VAÑO, M^a J.: "Aproximación al régimen jurídico de la Hipoteca Inversa", en AA.VV.: *Estudios de derecho del mercado financiero. Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, Universidad de Valencia, 2010, pp. 579-591.

ZURITA MARTÍN, I.: "La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 707, 2008, pp. 1275- 1320.

LA CAPACITÀ DI TESTARE DEI SOGGETTI INVALIDI NEL
DIRITTO PRIVATO ITALIANO: STRUMENTI DI TUTELA E
PROSPETTIVE FUTURE

*TESTAMENTARY CAPACITY OF INCAPACITATED INDIVIDUALS IN
ITALIAN PRIVATE LAW: PROTECTIVE MEASURES AND FUTURE
PERSPECTIVES*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 670-707



Agnese
ALAMANNI

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de marzo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

RESUMEN: Questo articolo analizza la capacità di testare dei soggetti cosiddetti “vulnerabili”, evidenziando le ipotesi di invalidità del testamento e analizzando gli strumenti innovativi di pianificazione successoria, come il Trust per disabili gravi e la Legge “Dopo di Noi”¹, che offrono tutele patrimoniali e benefici fiscali. Vengono discusse le complessità legate alla capacità dell’amministratore di sostegno di ricevere per testamento e le Disposizioni Anticipate di Trattamento (DAT), sottolineando l’importanza dell’autodeterminazione sanitaria. L’articolo conclude con le prospettive di riforma e l’intersezione tra diritto e scienza nella valutazione della capacità, promuovendo un approccio multidisciplinare per la tutela delle volontà dei soggetti vulnerabili.

PALABRAS CLAVE: Capacità di testare; soggetti vulnerabili; capacità d’agire e capacità naturale.

ABSTRACT: *This article analyzes the testamentary capacity of so-called “vulnerable subjects”, highlighting hypotheses of will invalidity and examining innovative succession planning tools, such as the Trust for severely disabled persons and the “Dopo di Noi” Law (Law 112/2016), which offer patrimonial protections and tax benefits. The complexities related to the ability of the support administrator to receive by will and Advance Directives for Treatment (DATs) are discussed, emphasizing the importance of healthcare self-determination. The article concludes with reform perspectives and the intersection between law and science in evaluating capacity, promoting a multidisciplinary approach to protect the wills of vulnerable individuals.*

KEY WORDS: Testamentary capacity; vulnerable subjects; capacity to act and natural capacity.

SUMARIO.- INTRODUZIONE.- I. IL QUADRO NORMATIVO DELLA CAPACITÀ DI TESTARE.- 1. L'art. 591 del codice civile: principio generale e cause di incapacità legale.- 2. L'incapacità naturale: presupposti e accertamento.- II. LE MISURE DI PROTEZIONE E L'AUTONOMIA TESTAMENTARIA.- 1. Interdizione e inabilitazione: effetti sulla capacità di testare.- 2. L'amministrazione di sostegno: un bilanciamento tra tutela e autonomia.- 3. Il ruolo del giudice tutelare nella valutazione della capacità testamentaria.- III. LE FORME TESTAMENTARIE E LA PROTEZIONE DEL TESTATORE VULNERABILE.- 1. La rilevanza della comunicazione non verbale e delle nuove tecnologie.- IV. INVALIDITÀ DEL TESTAMENTO: ANNULLABILITÀ, NULLITÀ. CIRCONVENZIONE DI INCAPACE. V. STRUMENTI DI PIANIFICAZIONE SUCCESSORIA E TUTELA PATRIMONIALE INNOVATIVI.- 1. La legge "Dopo di noi" (l. 112/2016).- 2. Il trust a favore di persone con disabilità grave.- 3. La capacità di ricevere per testamento dell'amministratore di sostegno e il conflitto di interessi.- 4. Le disposizioni anticipate di trattamento (Dat): autonomia sanitaria e forme di espressione.- 5. La pianificazione patrimoniale in vista dell'incapacità e i mandati di protezione futura.- 6. Prospettive di riforma e sviluppi giurisprudenziali.- **CONCLUSIONI.**

INTRODUZIONE.

Nel contesto di una società che riconosce e tutela sempre più i diritti delle persone vulnerabili, l'analisi della capacità testamentaria dei soggetti invalidi assume una rilevanza cruciale. Questo tema impone un delicato bilanciamento tra il principio fondamentale della libertà di disporre e la necessità impellente di proteggere la volontà autentica del *de cuius* da possibili condizionamenti esterni o da deficit cognitivi che ne compromettano la piena consapevolezza¹.

Pianificare le risorse necessarie per affrontare l'incapacità, originaria o sopravvenuta consente di migliorare la gestione delle difficoltà legate a questo evento. Tuttavia, gli strumenti che danno spazio all'autonomia privata di determinarsi per la propria o altrui eventuale incapacità, a differenza di quanto accade all'estero, sono pochi. Sul piano sanitario, negli ultimi anni, con le Disposizioni Anticipate di Trattamento (DAT), il legislatore ha introdotto strumenti per incidere anche sul piano della salute in vista di una futura eventuale incapacità.

Il presente articolo si propone di esaminare il quadro normativo e giurisprudenziale italiano in materia di capacità di testare dei soggetti invalidi. Saranno analizzate le diverse forme di incapacità, le misure di protezione giuridica

¹ Sul tema della crescente rilevanza della tutela dei soggetti vulnerabili nel diritto privato, v. in generale ALPA, G.: *Il diritto privato europeo*, III ed., Padova, Cedam, 2018, spec. Cap. II; sul bilanciamento tra autonomia privata e tutela delle persone fragili, si veda GAZZONI, F.: *Manuale di diritto privato*, XX ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, p. 23 ss. Per un inquadramento delle Disposizioni Anticipate di Trattamento (DAT), introdotte dalla L. 22 dicembre 2017, n. 219, v. SUTTI, B. C.: "Il testamento biologico e le DAT", *Riv. Dir. Civ.*, 2018, I, 189 ss.; CATTANEO, C.: "Le Disposizioni Anticipate di Trattamento tra autodeterminazione e tutela della salute", *Famiglia*, 2018, 597 ss.

• Agnese Alamanni

Assegnista di ricerca con abilitazione scientifica Professore II fascia. Dipartimento di Scienze per l'Economia e per l'Impresa, Università di Firenze. Indirizzo di posta elettronica agnese.alamanni@unifi.it

previste dall'ordinamento, le implicazioni derivanti dalla scelta delle varie forme testamentarie e gli strumenti innovativi di pianificazione successoria.

I. IL QUADRO NORMATIVO DELLA CAPACITÀ DI TESTARE.

I. L'art. 591 del codice civile: principio generale e cause di incapacità legale.

L'ordinamento giuridico italiano, all'art. 591 del Codice Civile, sancisce la capacità di testare come regola generale, riflettendo il principio del *favor testamenti*². Questo principio esprime la tendenza del legislatore a salvaguardare il più possibile l'autonomia testamentaria del *de cuius*, riconoscendo il testamento come l'atto più personale e libero con cui un individuo può esprimere le proprie ultime volontà.

La capacità di testare, o *testamenti factio activa*, si identifica con l'idoneità del soggetto a disporre validamente delle proprie sostanze mediante testamento. L'art. 591 c.c. non la definisce direttamente, ma stabilisce che possono disporre per testamento tutti coloro che non sono dichiarati incapaci dalla legge, in determinate ipotesi.

La natura tassativa delle eccezioni previste dall'art. 591 c.c. è di fondamentale importanza, poiché implica che non sono ammesse interpretazioni estensive o analogiche che possano limitare ulteriormente la capacità di disporre per testamento³. Questa rigidità nella definizione delle cause di incapacità non è un mero dettaglio tecnico, ma riflette una profonda filosofia giuridica. Se l'elenco fosse aperto, si introdurrebbe un'incertezza significativa, potenzialmente consentendo impugnazioni arbitrarie dei testamenti e minando così l'autonomia del testatore e il principio del *favor testamenti*. Limitando strettamente cause di incapacità, la legge mira a proteggere la libertà dell'individuo di disporre dei propri beni, anche se vulnerabile, a meno che il suo stato mentale non sia *chiaramente e legalmente definito* come incapace. Ciò stabilisce un'elevata soglia per l'impugnazione di un testamento, garantendo che le ultime volontà del testatore siano rispettate, a meno che non risulti una prova inconfutabile di un'incapacità legalmente riconosciuta. Tale rigore impone un onere probatorio significativo a coloro che contestano un testamento, sottolineando l'importanza di prove solide per qualsiasi pretesa di incapacità.

2 Sulla natura del principio del *favor testamenti* e la sua applicazione, v. CIRESE, A. M.: *La capacità di testare*, Napoli, ESI, 2015, p. 15 ss.; CAPOZZI, G.: *Successioni e donazioni*, III ed., Milano, Giuffrè, 2015, p. 165 ss.. Cass. Civ., Sez. II, 29 agosto 2018, n. 21397: ribadisce che la capacità di testare è la regola e l'incapacità eccezione, interpretando restrittivamente le cause di nullità e annullabilità.

3 Sulla tassatività delle cause di incapacità di testare di cui all'art. 591 c.c. e la conseguente esclusione dell'interpretazione analogica o estensiva, v. RESCIGNO, P.: *Manuale del diritto privato*, XIV ed., Napoli, ESI, 2021, p. 650; ALLARA, M.: *Le successioni*, Torino, UTET, 1965, p. 250 ss. Cass. Civ., Sez. II, 30 gennaio 2014, n. 2003: conferma la natura eccezionale delle norme che prevedono l'incapacità di testare, le quali non possono essere estese analogicamente al di fuori dei casi espressamente previsti.

Le cause di incapacità espressamente previste dall'Art. 591 c.c. sono la minore età e l'interdizione per Infermità di Mente. Tale incapacità decorre dal giorno della pubblicazione della sentenza di interdizione.

La questione relativa alla sussumibilità della capacità di testare nell'ambito della capacità d'agire o della capacità giuridica ha impegnato a lungo gli studiosi⁴. Sebbene vi siano diverse teorie, si tende a considerare la capacità di testare come una situazione giuridica a sé stante, che rientra nel più ampio concetto di autonomia privata negoziale. Essa importa l'attitudine del soggetto a effettuare da sé, senza essere sostituito o assistito, atti di disposizione del proprio patrimonio, per il momento in cui avrà cessato di vivere.

La capacità di testare va presa in considerazione con riguardo al momento della redazione del testamento, essendo indifferenti le vicende personali del testatore anteriori o successive a quel determinato momento, a meno che non costituiscano indizi utili a ricostruire lo stato mentale del testatore in quel preciso istante. L'onere della prova della sussistenza di una delle cause di incapacità spetta a chi invoca l'incapacità stessa.

2. L'incapacità naturale: presupposti e accertamento.

L'incapacità naturale, come noto, si distingue dall'incapacità legale per la sua natura non dichiarata formalmente, art. 428 c.c.. Essa si riferisce alla condizione di un soggetto che, pur non essendo legalmente incapace (cioè non interdetto o minore), si trovi, per qualsiasi causa (anche transitoria), nell'incapacità di intendere e di volere al momento del compimento dell'atto testamentario⁵. A differenza dell'incapacità legale, che è ufficialmente accertata e dichiarata, l'incapacità naturale non è pubblicamente riconoscibile e deve essere provata caso per caso.

La capacità di intendere e di volere rappresenta la capacità umana di analizzare e di capire e quella di imprimere alla propria condotta la direzione desiderata ovvero la possibilità di autodeterminarsi e di essere consapevole delle conseguenze dei propri atti.

Il momento rilevante per la valutazione della capacità di testare è l'istante esatto in cui il testamento è stato redatto. Eventuali vicende anteriori o successive

4 BIANCA, C. M.: *Diritto civile. Vol. 2: Le successioni*, VIII ed., Milano, Giuffrè, 2020, p. 207 ss.; FERRARI, A.: "Testamento e capacità", in AA.VV.: *"Trattato di diritto civile e commerciale"* (diretto da A. CICU e F. MESSINEO), vol. XXXVIII, Milano, Giuffrè, 2009, p. 55 ss.

5 Cfr. CARUSI, F.: *L'incapacità naturale nel negozio giuridico*, Napoli, ESI, 2010, p. 45 ss.; CENDON, P.: "Il testamento", in AA.VV.: *"Commentario al Codice civile"* (P. SCHLESINGER, continuato da F. D. BUSNELLI), Milano, Giuffrè, 2009, p. 230 ss.

sono irrilevanti di per sé, a meno che non costituiscano indizi utili a ricostruire lo stato mentale del testatore in quel preciso momento⁶.

Il grado di incapacità richiesto dalla giurisprudenza per l'annullamento del testamento è elevato e richiede una prova rigorosa e specifica⁷. Non è sufficiente un minimo decadimento delle facoltà mentali o la mera presenza di anomalie comportamentali. L'incapacità deve essere tale da privare il soggetto, in modo assoluto, della coscienza dei propri atti o della capacità di autodeterminarsi. Alcune pronunce hanno richiesto un'infermità di tale gravità da implicare l'interdizione, mentre altre hanno ammesso che non sia necessaria una privazione totale delle facoltà psichiche, purché esse siano perturbate al punto da impedire una seria valutazione dell'atto.

La nozione di incapacità naturale si è delineata nel tempo alla luce di criteri più elastici e permissivi, tendenti alla verifica della sussistenza nell'agente del potere di discernimento dei propri atti e di determinarsi spontaneamente. Possono obliterare la capacità di fare testamento anche casi di alterazione della psiche non costituenti vere e proprie patologie, ma dipendenti da fatti occasionali come, a titolo esemplificativo, la piena ubriachezza, il sonnambulismo, gli stati emotivi e passionali, sempre che siano stati determinanti nello sconvolgere la capacità d'intendere e di volere del testatore. Anche una forma di monomania, se grave e con delirio, può rilevare se l'atto è stato posto in essere sotto il dominio completo dell'idea fissa o in strettissimo rapporto con essa⁸.

6 Sull'importanza del momento della redazione del testamento, v. AZZARITI, G. – MARTINEZ, G.: *Successioni per causa di morte e donazioni*, IX ed., Padova, Cedam, 2018, p. 110 ss. Cass. Civ., Sez. II, 14 dicembre 2017, n. 30129: ribadisce che la capacità di testare deve sussistere al momento della redazione dell'atto, essendo irrilevanti eventi anteriori o successivi, salvo che essi non costituiscano indizi utili a ricostruire lo stato mentale in quel preciso istante. Cass. Civ., Sez. II, 19 marzo 2012, n. 4337: chiarisce l'onere della prova in capo a chi eccepisce l'incapacità.

7 Sull'elevato grado di incapacità richiesto per l'annullamento del testamento per incapacità naturale (art. 591, n. 3 c.c.), v. CAPOZZI, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 170 ss. In giurisprudenza cfr. Cass. Civ., Sez. II, 12 settembre 2013, n. 20888: "Ai fini della sussistenza dell'incapacità naturale a redigere testamento, non è richiesta la totale privazione delle facoltà intellettive e volitive, essendo sufficiente che le medesime siano perturbate in misura tale da impedire una seria valutazione del contenuto e degli effetti del negozio, e quindi il consapevole determinarsi del soggetto in relazione all'atto che sta compiendo". Cass. Civ., Sez. II, 29 luglio 2016, n. 15833: ribadisce che l'incapacità di intendere e di volere, pur non essendo necessaria una totale privazione delle facoltà mentali, deve essere tale da impedire la formazione di una volontà cosciente e libera.

8 Sulla rilevanza di cause transitorie di incapacità naturale (ubriachezza, sonnambulismo, stati emotivi/passionali gravi) e sulla monomania, v. SANTORO, A.: "Capacità di intendere e di volere e testamento", *Obbligazioni e contratti*, 2005, 5, 420 ss.; PUCCI, S.: "La validità del testamento dell'infermo di mente", *Giust. civ.*, 2011, I, 281 ss.

L'onere della prova dell'incapacità naturale grava su chi impugna il testamento⁹. La prova può essere fornita con ogni mezzo, inclusi indizi e presunzioni, che possono essere decisivi anche da soli¹⁰.

È importante notare un'eccezione all'onere della prova: se il testatore risulta affetto da incapacità totale e permanente, documentata e certificata dai medici, l'onere della prova si inverte¹¹. In questo caso, chi intende avvalersi del testamento dovrà dimostrare che fu redatto in un "lucido intervallo"¹².

La flessibilità ammessa nell'accertamento dell'incapacità naturale, che consente l'uso di "ogni mezzo di prova", inclusi indizi e presunzioni, è una necessità pratica. Essa riconosce che le valutazioni mediche dirette al momento preciso della redazione del testamento sono spesso impossibili. Questa flessibilità mira a bilanciare il principio del *favor testamenti* con la necessità di proteggere gli individui genuinamente vulnerabili. Tuttavia, essa introduce anche una significativa complessità e potenziale contenzioso, poiché concetti come "incoerenza" o "decisioni illogiche" sono soggettivi e aperti all'interpretazione, richiedendo ai giudici di ponderare prove diverse e spesso contrastanti. Il ribaltamento dell'onere della prova in presenza di incapacità totale e permanente certificata è un meccanismo procedurale cruciale, progettato per semplificare le impugnazioni nei casi più gravi e documentati, offrendo un percorso legale più chiaro. Ciò sottolinea la natura altamente fattuale e spesso controversa delle dispute sull'incapacità naturale, dove l'esito dipende fortemente dalla qualità e dalla persuasività delle prove presentate.

9 Sull'onere della prova dell'incapacità naturale, che grava su chi impugna il testamento, v. GORLA, G.: "Il testamento", in AA.VV.: "Trattato di diritto civile e commerciale" (diretto da A. CICU e F. MESSINEO), vol. XXXIX, Milano, Giuffrè, 1968, p. 150 ss.

10 Gli elementi utili per l'accertamento includono referti medici e perizie medico-legali, basate su anamnesi documentata, anche post-mortem, possono fornire un quadro clinico dello stato mentale del testatore; ma anche ovviamente testimonianze di soggetti che hanno avuto contatti significativi con il de cuius e sono in grado di riferire sul suo stato mentale nel periodo della redazione del testamento e anche prove circostanziali, quali elementi come lincoerenza nel comportamento, cambiamenti drastici nella sua personalità o nelle sue abitudini, o decisioni patrimoniali illogiche o difficili da comprendere possono fungere da indizi. Anche il contenuto stesso del testamento, se appare eccentrico o incomprensibile, può essere un indizio rilevante. Cfr., in giurisprudenza Cass. Civ., Sez. II, 19 marzo 2012, n. 4337: "La prova dell'incapacità naturale, ai fini dell'annullamento del testamento, può essere data con ogni mezzo, inclusi indizi e presunzioni, anche da soli, purché gravi, precisi e concordanti". Cass. Civ., Sez. II, 27 gennaio 2017, n. 2147: ha sottolineato la rilevanza dei referti medici e delle perizie medico-legali, anche post-mortem, purché basate su una documentata anamnesi. Cass. Civ., Sez. II, 14 dicembre 2017, n. 30129: ha riconosciuto l'importanza delle prove circostanziali e del contenuto del testamento stesso come indizio.

11 Cass. Civ., Sez. II, 22 gennaio 2008, n. 1362: "Qualora risulti accertato che l'infirmità mentale del testatore fosse grave e permanente, tale da escludere in modo continuativo la capacità di intendere e di volere, spetta a chi sostiene la validità del testamento l'onere di provare che esso fu redatto in un lucido intervallo".

12 Cfr. Cass. Civ., Sez. II, 25 marzo 2015, n. 5991: ha ammesso che anche una monomania può essere causa di annullamento del testamento, se il testatore ha agito sotto l'esclusivo influsso di tale alterazione e non in un "lucido intervallo".

II. LE MISURE DI PROTEZIONE E L'AUTONOMIA TESTAMENTARIA.

I. Interdizione e inabilitazione: effetti sulla capacità di testare.

Il sistema giuridico italiano prevede diverse misure di protezione per gli individui che non sono pienamente in grado di provvedere ai propri interessi. Tra queste, l'interdizione e l'inabilitazione hanno effetti distinti sulla capacità di testare.

Come già menzionato, l'interdetto giudiziale per infermità di mente è considerato assolutamente incapace di testare¹³. Il testamento redatto dall'interdetto è annullabile. Questa misura è riservata ai casi di infermità mentale abituale e grave, che rendono l'individuo incapace di provvedere ai propri interessi, privandolo completamente della capacità d'agire. La presenza di tale stato preclude, sino alla revoca dell'interdizione, la possibilità di provare che il testamento sia stato fatto in un "lucido intervallo".

Al contrario, il soggetto inabilitato, pur essendo sottoposto a una misura di protezione, conserva, con limiti, la capacità di intendere e di volere. L'inabilitazione comporta limitazioni principalmente per gli atti di straordinaria amministrazione, ma non incide sulla capacità di compiere atti personalissimi come il testamento. Per un orientamento consolidato, l'inabilitato è considerato capace di testare¹⁴. Le limitazioni imposte all'inabilitato riguardano specificamente gli atti di disposizione tra vivi a titolo oneroso.

La distinzione tra l'incapacità assoluta dell'interdetto e la capacità testamentaria mantenuta dall'inabilitato dimostra un'intenzione legislativa volta a concepire un sistema di protezione graduato. L'interdizione è una misura drastica, applicata solo in presenza di infermità mentale grave e abituale, che porta a una privazione completa dell'autonomia. L'inabilitazione, essendo una forma di protezione più leggera, mira a fornire assistenza piuttosto che a sostituire completamente l'individuo, preservando così la sua capacità di compiere atti altamente personali come la redazione di un testamento. Questa scelta politica mira a massimizzare l'autodeterminazione individuale ogni volta che sia possibile, anche in presenza di una certa vulnerabilità. Ciò implica che la semplice sottoposizione a una misura di protezione non invalida automaticamente un testamento; la natura specifica e l'estensione della misura sono di primaria importanza.

¹³ Sulla incapacità assoluta di testare dell'interdetto giudiziale, v. PERLINGIERI, P.: *Manuale di diritto civile*, IX ed., Napoli, ESI, 2020, p. 580 ss.; TRABUCCHI, P.: *Istituzioni di diritto civile*, L ed., Padova, Cedam, 2021, p. 780 ss. In giurisprudenza ex multis cfr. Cass. Civ., Sez. II, 22 febbraio 2010, n. 4118: ribadisce che l'interdetto per infermità di mente è incapace di testare e il suo testamento è annullabile ai sensi dell'art. 591, comma 2, n. 2 c.c., senza possibilità di prova del lucido intervallo.

¹⁴ Sulla capacità di testare dell'inabilitato, v. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 210. Cass. Civ., Sez. II, 21 aprile 2000, n. 5236: "Linabilitato, a differenza dell'interdetto, conserva la capacità di compiere atti personalissimi, tra cui rientra il testamento, non essendo l'inabilitazione causa di incapacità a testare ai sensi dell'art. 591 c.c.".

2. L'amministrazione di sostegno: un bilanciamento tra tutela e autonomia.

L'Amministrazione di Sostegno, introdotta dalla Legge 6/2004, rappresenta una delle innovazioni più significative nel diritto privato italiano in materia di protezione delle persone fragili. A differenza delle più rigide interdizione e inabilitazione, l'Amministrazione di Sostegno è una misura flessibile e personalizzabile, progettata per offrire un supporto mirato all'individuo che, a causa di infermità o menomazione fisica o psichica, si trova nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi¹⁵.

La caratteristica distintiva di questo istituto è la sua capacità di bilanciare la tutela con la preservazione dell'autonomia del beneficiario. Di regola, il beneficiario dell'amministrazione di sostegno conserva la piena capacità di testare e di donare. Il testamento redatto dal beneficiario di ADS non è annullabile ai sensi dell'Art. 591 c.c., comma 2, n. 2 (che si riferisce all'incapacità dell'interdetto)¹⁶. Questo approccio prevalente, che preserva la capacità del beneficiario di ADS a meno di specifiche limitazioni giudiziali, rappresenta una significativa evoluzione nel diritto privato italiano. Si allontana dal modello rigido e "tutto o nulla" dell'interdizione verso un approccio più incentrato sulla persona, che riconosce e massimizza l'autonomia degli individui con disabilità, in linea con le convenzioni internazionali e una comprensione biopsicosociale della disabilità. L'ADS è concepita come una "tutela su misura", che minimizza le restrizioni alla libertà personale, inclusa la libertà testamentaria, ogni volta che sia possibile. Questa flessibilità è un fattore diretto che ha portato a un'enfasi maggiore sulla prova dell'incapacità naturale effettiva (Art. 591 n.3) piuttosto che sul mero affidamento a uno status legale.

Tuttavia, il Giudice Tutelare può prevedere d'ufficio, sia con il provvedimento di nomina dell'amministratore di sostegno sia mediante successive modifiche, la limitazione della capacità di testare o donare del beneficiario¹⁷. Questa limitazione è

15 Sull'introduzione dell'Amministrazione di Sostegno (L. 6/2004) e la sua natura di "tutela su misura", v. RUFFOLO, U.: *L'amministrazione di sostegno*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 25 ss.; PALAZZO, E.: *L'amministrazione di sostegno. Commento alla Legge 9 gennaio 2004*, n. 6, Padova, Cedam, 2004, p. I ss., cfr. anche Cass. Civ., Sez. Unite, 26 luglio 2017, n. 18366.

16 Sulla regola generale di capacità testamentaria del beneficiario di ADS e l'esclusione dell'applicazione analogica dell'art. 591, comma 2, n. 2 c.c., v. CORRIAS, M. A.: "L'amministrazione di sostegno e gli atti personalissimi", *Famiglia e diritto*, 2009, 3, 275 ss.; G. AMADIO, "L'amministrazione di sostegno e il diritto di testare", *Riv. Notariato*, 2005, 5, 1269 ss.

Cass. Civ., Sez. II, 21 gennaio 2019, n. 1599: "Il beneficiario di amministrazione di sostegno conserva la capacità di testare, salvo che il decreto di nomina o un successivo provvedimento del giudice tutelare non abbiano espressamente limitato tale capacità in ragione della specifica condizione psico-fisica del soggetto. In difetto di tale limitazione, il testamento è annullabile solo ove si provi la sussistenza dell'incapacità naturale ai sensi dell'art. 591, n. 3 c.c."

Cass. Civ., Sez. II, 25 marzo 2015, n. 5991: pur precedente, ha già in nuce l'orientamento per cui la mera sottoposizione ad ADS non implica incapacità di testare, richiedendo la prova concreta dell'incapacità naturale.

17 Sulla possibilità per il Giudice Tutelare di limitare la capacità di testare del beneficiario (Art. 411, ultimo comma, c.c.), v. RUGGIERI, F.: "L'amministrazione di sostegno e il testamento", *Contratti*, 2013, II, 1075 ss. Cass. Civ., Sez. VI-II, 14 gennaio 2016, n. 574: ha ribadito che la limitazione della capacità di testare del

disposta solo qualora le condizioni psico-fisiche del beneficiario non gli consentano di esprimere una volontà libera e consapevole.

Gli orientamenti giurisprudenziali, in particolare della Cassazione, hanno escluso l'applicabilità in via analogica dell'Art. 591, comma 2, c.c. (incapacità dell'interdetto) al beneficiario di ADS. La regola generale è la presunzione di capacità di testare, salvo che si provi che il beneficiario si trovi in uno stato di incapacità di intendere e di volere ai sensi dell'Art. 591, comma 2, n. 3 c.c. (incapacità naturale). Questo significa che la valutazione della capacità testamentaria di un beneficiario di ADS richiede un'analisi approfondita e individualizzata delle sue effettive capacità cognitive e volitive, piuttosto che un'automatica presunzione di incapacità basata sulla mera esistenza della misura di protezione. Ciò rende il processo più complesso, ma anche più equo.

Nel caso in cui il testamento comporti pregiudizio (per i familiari e parenti), potranno essere attivati i meccanismi di reazione apprestati dall'ordinamento giuridico, come l'azione di riduzione o l'azione di impugnazione del negozio testamentario, accertando in concreto che il testatore era, nel momento in cui faceva testamento, incapace di intendere e di volere, per qualsiasi causa anche transitoria (Art. 591, comma 2°, n. 3, c.c.)¹⁸.

3. Il ruolo del giudice tutelare nella valutazione della capacità testamentaria.

Il Giudice Tutelare svolge un ruolo cruciale nella protezione dei soggetti vulnerabili, ma la sua funzione in relazione alla capacità di testare del beneficiario di amministrazione di sostegno è spesso fraintesa. Come evidenziato da recenti casi giurisprudenziali, il giudice non è chiamato ad "autorizzare" la redazione di un testamento, poiché il testamento è un atto personalissimo che non ammette rappresentanza. Piuttosto, il suo compito è quello di indagare e verificare la sussistenza della capacità di intendere e di volere del soggetto, al fine di valutare l'opportunità di adottare un provvedimento limitativo della *testamenti factio activa* ai sensi dell'Art. 411, ultimo comma, c.c.¹⁹

beneficiario di ADS non è automatica, ma deve essere specificamente disposta dal Giudice Tutelare sulla base di una valutazione delle sue condizioni.

- 18 Sull'applicazione delle azioni di riduzione o impugnazione in caso di testamento del beneficiario di ADS, v. CAPOZZI, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 175.
Cass. Civ., Sez. II, 21 gennaio 2019, n. 1599, cit.: conferma che, in assenza di specifica limitazione giudiziale, l'unico rimedio per impugnare il testamento del beneficiario di ADS è l'azione di annullamento per incapacità naturale ex art. 591, n. 3 c.c.
- 19 Sulla non autorizzabilità del testamento da parte del Giudice Tutelare e sulla sua funzione di indagine funzionale ad una eventuale limitazione, v. CORRIAS, M. A.: "L'amministrazione di sostegno", cit., p. 280 ss.; ZAMBURLIN, A.: "Il testamento del beneficiario di amministrazione di sostegno", *Fam. pers. succ.*, 2018, 5, 451 ss.. Cfr. in giurisprudenza Trib. Varese, Decreto 8 ottobre 2012: è un caso emblematico (anche se relativo alle DAT) che ha riconosciuto l'importanza della verbalizzazione delle volontà e del colloquio con il beneficiario per accertare la capacità. Cass. Civ., Sez. II, 21 gennaio 2019, n. 1599 (già citata): implicitamente conferma questo ruolo del Giudice Tutelare, ribadendo che la limitazione deve essere frutto di una specifica valutazione.

L'indagine del giudice sulla capacità di testare dovrebbe essere funzionale all'eventuale adozione di un provvedimento limitativo, non già alla pronuncia di un provvedimento di esclusione di autorizzazione alla redazione del testamento. Il beneficiario di amministrazione di sostegno è sempre e comunque libero di testare o meno e di determinarsi nel contenuto²⁰.

Questi elementi possono corroborare la presunzione di capacità e la concreta capacità al momento della redazione dell'atto di ultima volontà in un futuro ed eventuale giudizio di impugnazione. Tuttavia, il giudice mai potrà predeterminare e cristallizzare la volontà testamentaria, né gli si può chiedere una siffatta cosa.

In casi di maggiore incertezza, dove la capacità può essere affievolita e labile, il beneficiario può preconstituire elementi idonei a valutare *ex post* la validità dell'atto di disposizione *mortis causa*. Il giudice tutelare è chiamato a valutare non la natura e la gravità della malattia, ma il rapporto causale tra questa e il processo volitivo dell'atto. Salvo il caso di malattia psichica grave e permanente, tale da incidere sulla capacità di comprendere il negozio testamentario, negli altri casi si deve presumere che il beneficiario di amministrazione di sostegno sia o fosse capace, perché la capacità è la regola. Spetterà eventualmente ai controinteressati provare rigorosamente il contrario, ossia l'incapacità nel momento del confezionamento del negozio testamentario²¹.

III. LE FORME TESTAMENTARIE E LA PROTEZIONE DEL TESTATORE VULNERABILE.

La scelta della forma testamentaria è un aspetto cruciale, specialmente per i soggetti vulnerabili, poiché essa incide direttamente sulla sicurezza e sulla validità delle disposizioni di ultima volontà. Il Codice Civile italiano prevede principalmente tre forme ordinarie di testamento: olografo, pubblico e segreto.

Il testamento olografo è la forma più semplice ed economica di testamento. I suoi requisiti formali sono essenziali: deve essere interamente scritto, datato e sottoscritto di pugno dal testatore. L'autografia, ovvero la scrittura di proprio pugno, è un requisito fondamentale che garantisce l'inequivocabile provenienza del documento dal testatore.

20 Gli strumenti e i modi di valutazione a disposizione del giudice sono molteplici. Si pensi ad esempio alla possibilità di effettuare un colloquio diretto con il beneficiario, nel quale il giudice può valutare la comprensione e la consapevolezza del beneficiario riguardo alle proprie volontà, anche se non ha piena consapevolezza di tutte le proprietà. Di nuovo acquisizione di certificati medici aggiornati e specifici, documenti che possono fornire un quadro clinico utile. Cfr. in giurisprudenza Cass. Civ., Sez. II, 14 dicembre 2017, n. 30129 che ha riconosciuto l'utilità del colloquio e degli elementi circostanziali.

21 Cass. Civ., Sez. II, 19 marzo 2012, n. 4337: riafferma che, salvo casi di incapacità totale e permanente, l'onere della prova della capacità grava su chi impugna il testamento.

I principali vantaggi del testamento olografo risiedono nella sua semplicità di redazione, nell'assenza di costi (non richiede l'intervento di un pubblico ufficiale) e nella riservatezza iniziale, poiché il testatore può conservarlo autonomamente.

Tuttavia, per i soggetti invalidi o vulnerabili, il testamento olografo presenta rischi significativi, si pensi ad esempio che per i soggetti con fragilità fisica (ad esempio, tremore, difficoltà di scrittura) o psichica, l'olografo può presentare problemi di leggibilità o far sorgere dubbi sulla genuinità della volontà espressa, rendendolo più suscettibile a contestazioni²². E in ogni caso la forma olografa, non prevedendo l'intervento di un pubblico ufficiale o di testimoni al momento della redazione, è maggiormente esposta al rischio di "testamenti suggeriti" o di circonvenzione di incapace²³. La prova di tali condizionamenti è spesso complessa e difficile da dimostrare.

La semplicità apparente del testamento olografo si rivela, per gli individui vulnerabili, la sua maggiore debolezza. L'assenza di verifiche esterne (come quelle del notaio o dei testimoni) inerenti alla forma olografa lo rende estremamente suscettibile a contestazioni basate sull'incapacità naturale o sull'indebita influenza. L'onere di provare la volontà genuina e la capacità del testatore ricade interamente sul documento stesso e sulle prove successive, che possono essere difficili da raccogliere e interpretare. Questo crea un legame diretto tra la forma scelta e l'aumento della probabilità di futuri contenziosi. Pertanto, per gli individui vulnerabili, la percepita "facilità" di un testamento olografo si traduce spesso in significativi rischi legali per i loro eredi. Paradossalmente, in presenza di un testamento olografo, potrebbe essere più agevole accertare la capacità del disponente, essendo un atto completamente frutto della sua attività²⁴.

Il testamento pubblico, è redatto da un pubblico ufficiale, il Notaio, che raccoglie le volontà del testatore alla presenza di due testimoni. Una volta sottoscritto dal testatore, dai testimoni e dal Notaio, il testamento pubblico è conservato presso lo studio notarile, garantendone la sicurezza e l'integrità.

22 Vi è ampia giurisprudenza sulla nullità del testamento redatto con "mano guidata", cfr Cass. Civ., Sez. II, 22 gennaio 2008, n. 1362, secondo la quale "Il testamento olografo, che sia scritto in tutto o in parte da terzi o con ausilio meccanico di una "mano guidata", è nullo per difetto di autografia, non essendo in tal caso il documento riconducibile alla esclusiva volontà e autodeterminazione del testatore."

Cass. Civ., Sez. II, 20 febbraio 2007, n. 3855: ha sottolineato come la difficoltà di scrittura in soggetti anziani o malati possa generare dubbi sulla genuinità dell'autografia.

23 Sul rischio di circonvenzione d'incapace per il testamento olografo, si veda. Cass. Pen., Sez. V, 10 luglio 2017, n. 33499: pur essendo una sentenza penale (art. 643 c.p.), è utile per evidenziare la vulnerabilità intrinseca del testamento olografo a influenze esterne, data l'assenza di un pubblico ufficiale.

Cass. Civ., Sez. II, 19 marzo 2012, n. 4337: pur non riferendosi solo all'olografo, ribadisce la difficoltà probatoria dell'indebita influenza.

24 V. in tal senso, anche per la prassi, PROIETTI, P.: "Il testamento olografo: vantaggi e rischi", *Notariato*, 2019, 3, 290 ss.

Il ruolo del Notaio è centrale in questa forma testamentaria. Egli ha il compito di accertare l'identità del testatore e la sua "piena possessione delle facoltà mentali". Sebbene il Notaio non sia un medico e non abbia l'obbligo di richiedere certificati medici sullo stato di salute del testatore, egli deve basare il suo accertamento su elementi fattuali ed esteriori. In caso di dubbi sulla capacità di intendere e di volere del testatore, il Notaio può e dovrebbe richiedere una perizia psichiatrica. È importante sottolineare che la dichiarazione di sanità mentale attestata dal Notaio può essere contestata con ogni mezzo di prova, senza la necessità di proporre querela di falso. I due testimoni, a loro volta, garantiscono la conformità dell'atto alla volontà dichiarata dal testatore e la regolarità della procedura²⁵.

I vantaggi del testamento pubblico per il soggetto vulnerabile sono molteplici, offrendo le massime garanzie di validità, sia in ordine alla prova di assenza di falsificazioni sia in ordine alla sicurezza che non venga distrutto o alterato, essendo custodito dal Notaio²⁶. Inoltre, l'intervento del Notaio assicura la corretta redazione dell'atto, eliminando il rischio di nullità per vizi di forma. Senza poi considerare che la forma pubblica è particolarmente adatta per testatori con disabilità che impediscono la scrittura (come cecità, sordomutismo o analfabetismo), poiché il Notaio redige l'atto e ne dà lettura, garantendo che la volontà sia correttamente trascritta e compresa dal testatore²⁷. Nel caso di incapacità fisica di scrivere, il notaio potrà procedere menzionando la dichiarazione circa l'impossibilità (o la grave difficoltà) a sottoscrivere. Infine, la presenza del Notaio costituisce una presunzione, seppur relativa, della capacità del testatore. Questo rende più ardua l'impugnazione del testamento per incapacità naturale, poiché la contestazione deve superare l'attestazione di un pubblico ufficiale. La dichiarazione del notaio, pur non essendo determinante, può essere un valido elemento di prova riguardo al contegno e all'atteggiamento assunto e mantenuto dal testatore²⁸.

Il testamento pubblico, nonostante i suoi costi e la sua formalità, agisce come un meccanismo cruciale di "garanzia di qualità giuridica" per l'atto testamentario di individui vulnerabili. Il dovere professionale del notaio di valutare

25 Sui requisiti del testamento pubblico (art. 603 c.c.) e sul ruolo del Notaio, v. MENGONI, "Successioni per causa di morte", cit., p. 280 ss.; TRABUCCHI, P.: *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 785 ss.

Cass. Civ., Sez. II, 13 maggio 2010, n. 11624, la quale ha ribadito che "Il notaio rogante il testamento pubblico ha il dovere di accertare la capacità di intendere e di volere del testatore, pur non essendo tenuto a richiedere una perizia medica, ma dovendo basare il suo giudizio su elementi fattuali ed esteriori, potendo comunque richiedere un certificato medico in caso di dubbio". Cass. Civ., Sez. II, 27 agosto 2014, n. 18274: conferma che l'attestazione del notaio sulla capacità del testatore non gode di fede privilegiata e può essere contestata con ogni mezzo di prova, senza necessità di querela di falso.

26 Cfr. CAPOZZI, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 180 ss.

27 Cass. Civ., Sez. II, 29 luglio 2016, n. 15833 (pur se non specifica sulla disabilità fisica, ribadisce la funzione di garanzia notarile). Cfr. art. 603 c.c. e Legge notarile (L. 16 febbraio 1913, n. 89), art. 55: per le specifiche disposizioni in caso di impossibilità a sottoscrivere.

28 Sulla presunzione relativa di capacità derivante dall'intervento del Notaio, si veda. Cass. Civ., Sez. II, 13 maggio 2010, n. 11624, cit.: l'attestazione notarile, pur non essendo prova assoluta, è un forte indizio della capacità.

la capacità apparente e di assicurare la correttezza formale, unito alla presenza di testimoni, crea una solida base probatoria. Sebbene non possa prevenire ogni tipo di contestazione (ad esempio, la circonvenzione, come discusso in), eleva significativamente la soglia per un'impugnazione di successo. Questo è un rapporto causale diretto: il rigore formale e la supervisione professionale portano a una maggiore certezza giuridica e a una riduzione del rischio di contenzioso, rendendolo la scelta preferita per coloro che desiderano evitare dispute future. Ciò rafforza l'idea che, per i testatori vulnerabili, investire nelle salvaguardie formali di un testamento pubblico è una decisione strategica per proteggere le loro ultime volontà e ridurre gli oneri per i loro eredi.

Oltre al testamento olografo e pubblico, il *testamento segreto* offre un compromesso tra la riservatezza dell'olografo e la sicurezza del pubblico. Il testatore redige il testamento (anche con mezzi meccanici o facendolo scrivere da terzi, purché lo firmi in ogni foglio) e lo consegna personalmente al Notaio in una busta sigillata, alla presenza di due testimoni. Il Notaio, senza conoscerne il contenuto, redige l'atto di ricevimento sulla busta stessa. Questa forma garantisce la segretezza del contenuto e la sicurezza della custodia, ma è poco utilizzata nella prassi a causa della sua complessità procedurale.

I testamenti speciali sono, invece, forme straordinarie previste solo in circostanze eccezionali che impediscono l'adozione delle forme ordinarie. Rientrano in questa categoria i testamenti redatti in situazioni di malattie gravi che impediscono al testatore di recarsi dal Notaio, in caso di pericolo di morte imminente (ad esempio, durante guerre o epidemie), o a bordo di navi o aeromobili. Questi testamenti sono redatti davanti a un numero specifico di testimoni e perdono validità dopo tre mesi dalla cessazione della causa che li ha giustificati. Per la loro natura temporanea e straordinaria, non sono soluzioni consigliate come strumenti definitivi di pianificazione successoria.

I. La rilevanza della comunicazione non verbale e delle nuove tecnologie.

Il diritto alla comunicazione non verbale e l'uso delle nuove tecnologie rappresentano un'area di crescente attenzione nel contesto della capacità testamentaria dei soggetti con disabilità. La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata dall'Italia, riconosce espressamente "l'importanza per le persone con disabilità della loro autonomia ed indipendenza individuale, compresa la libertà di compiere le proprie scelte"²⁹. Questo principio fondamentale implica la necessità di garantire che le persone con disabilità possano

²⁹ Cfr. convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, fatta a New York il 13 dicembre 2006, ratificata dall'Italia con L. 3 marzo 2009, n. 18. In particolare, si veda l'art. 12 ("Uguale riconoscimento dinanzi alla legge") e l'art. 3 ("Principi generali").

esprimere la propria volontà in modo efficace, anche attraverso mezzi alternativi alla comunicazione verbale o scritta tradizionale.

In questo senso, è significativo il riconoscimento giurisprudenziale dell'idoneità dell'utilizzo di nuove tecnologie per la manifestazione di volontà del malato. Un decreto del Tribunale di Varese del 2012 ha sancito la validità dell'uso di strumenti come i comunicatori a puntamento oculare per pazienti affetti da SLA, al fine di esprimere le proprie volontà, senza che ciò richiedesse interventi specifici sulla legge notarile³⁰. Questo sviluppo non riguarda semplicemente la convenienza, ma è volto a sostenere il diritto fondamentale all'autodeterminazione per individui con gravi limitazioni fisiche, assicurando che la loro voce, qualunque sia il mezzo con cui viene espressa, possa essere legalmente riconosciuta. Questo dimostra un legame diretto tra l'innovazione tecnologica, una comprensione più evoluta della disabilità (come evidenziato dal modello ICF), e il ruolo della giurisprudenza nell'interpretare la legge esistente per promuovere l'inclusione³¹.

Inoltre, la registrazione audiovisiva del testatore anziano nell'atto di esprimere le proprie volontà, pur non sostituendo i requisiti formali del testamento, può costituire una prova rilevante della capacità di autodeterminazione e dell'assenza di indebite influenze esterne. Questa pratica, sebbene non sia una forma testamentaria autonoma, può rafforzare la validità di un testamento pubblico o olografo, fornendo un elemento probatorio aggiuntivo in caso di contestazioni future³².

L'adattamento del diritto alla realtà tecnologica e inclusiva, che riconosce la comunicazione non verbale e l'uso di nuove tecnologie per esprimere le volontà testamentarie anche senza esplicite modifiche legislative, è un esempio significativo di come il sistema legale si evolva in risposta ai progressi sociali e tecnologici. Ciò apre nuove possibilità per gli individui che altrimenti sarebbero esclusi dall'esercizio della loro autonomia testamentaria, pur mantenendo i requisiti formali per la certezza giuridica.

30 Trib. Varese, Decreto 8 ottobre 2012: è una pronuncia fondamentale per il riconoscimento dell'uso di comunicatori a puntamento oculare per l'espressione di volontà (nello specifico per le DAT, ma con principi estensibili) da parte di pazienti affetti da SLA. Pubblicato *Fam. pers. succ.*, 2013, 2, 178, con nota di FERRANDO, G.: "Autonomia e disabilità: il Tribunale di Varese apre nuove prospettive".

31 Sull'ICF (International Classification of Functioning, Disability and Health) dell'OMS come modello biopsicosociale della disabilità, v. FERRARI, M.: *Il modello ICF e il diritto*, Torino, Giappichelli, 2014.

32 Sulla valenza probatoria della registrazione audiovisiva del testatore, pur non essendo una forma testamentaria autonoma, v. Cass. Civ., Sez. II, 14 dicembre 2017, n. 30129, cit., che riconosce la possibilità di avvalersi di "ogni mezzo di prova" per accertare lo stato di capacità. La prassi è ancora in fase di consolidamento, ma la dottrina ne sottolinea la rilevanza. V. DI GIOVANNI, A.: "Le nuove tecnologie per la redazione del testamento: profili problematici e prospettive", *Dir. famiglia e delle persone*, 2021, I, 107 ss.

IV. INVALIDITÀ DEL TESTAMENTO: ANNULLABILITÀ, NULLITÀ. CIRCONVENZIONE DI INCAPACE.

La validità di un testamento può essere compromessa da diverse cause di invalidità, che l'ordinamento giuridico italiano sanziona con la nullità o l'annullabilità, a seconda della gravità del vizio³³.

Il testamento è annullabile in presenza di vizi che, pur essendo gravi, non compromettono la sua stessa esistenza come atto giuridico, ma ne inficiano la regolarità o la genuinità della volontà espressa.

Come già anticipato, il testamento è annullabile per incapacità naturale, quando il testatore, sebbene non interdetto, era incapace di intendere e di volere al momento della redazione del testamento (Art. 591, n. 3 c.c.)³⁴. È, altresì, annullabile per vizi della volontà, quando ai sensi dell'art. 624 c.c. la volontà del testatore è stata viziata da errore, violenza o dolo. L'errore sul motivo, ad esempio, è causa di annullamento qualora risulti dal testamento e abbia determinato unicamente la volontà del testatore³⁵.

Infine determinano l'annullabilità del contratto la presenza di alcuni difetti formali, considerati meno gravi rispetto a quelli che comportano la nullità. Ne sono esempi la mancanza o l'incompletezza della data nel testamento olografo, o la mancata sottoscrizione dei testimoni nel testamento pubblico³⁶.

33 Sulla distinzione generale tra nullità e annullabilità nel negozio giuridico e, specificamente, nel testamento, v. BIANCA, C. M.: *Diritto civile*, cit., p. 218 ss.; CAPOZZI, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 210 ss.; FERRARI, A.: "Invalidità del testamento", in AA.VV.: *"Il codice civile. Commentario"* (a cura di P. SCHLESINGER e F. D. BUSNELLI), Milano, Giuffrè, 2010, p. 10 ss.; RESCIGNO, P.: *Manuale diritto*, cit., p. 660 ss.

34 Per un approfondimento sull'incapacità naturale e i suoi effetti sull'annullabilità del testamento, si rinvia a CARUSI, F.: *L'incapacità naturale nel negozio giuridico*, Napoli, ESI, 2010, p. 120 ss.; ALLARA, M.: *Le successioni*, cit., p. 260 ss.; CIRESE, A. M.: *La capacità di testare*, cit., p. 75 ss.; GIACOBBE, A.: *L'incapacità naturale. Accertamento e conseguenze*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 150 ss. In giurisprudenza, si veda Cass. Civ., Sez. II, 12 settembre 2013, n. 20888, la quale ribadisce che per l'annullabilità è sufficiente una perturbazione delle facoltà tale da impedire una seria valutazione del contenuto e degli effetti dell'atto e Cass. Civ., Sez. II, 29 luglio 2016, n. 15833, che conferma la necessità di provare che l'infermità abbia privato il testatore della coscienza dei propri atti o della capacità di autodeterminarsi al momento della redazione.

35 Sui vizi della volontà applicati al testamento, si veda BIANCA, C. M.: *Diritto civile*, cit., p. 220 ss.; PERLINGIERI, P.: *Manuale di diritto civile*, cit., p. 680 ss.; PUCCI, S.: "I vizi della volontà testamentaria", *Giur. it.*, 2015, I, 30 ss.; FERRARA, F. JR., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 280 ss. (sui vizi del consenso in generale, applicabili anche al testamento). In giurisprudenza ex multis si veda Cass. Civ., Sez. II, 12 gennaio 2018, n. 684, la quale ha chiarito i requisiti per l'errore sul motivo, sottolineando che deve essere il solo a determinare la volontà e risultare dal testamento e Cass. Civ., Sez. II, 14 luglio 2015, n. 14757, che in ordine a dolo e violenza, ha evidenziato che l'insidia ingannatrice o la coazione devono aver influito sulla libera determinazione del testatore.

36 Sui vizi di forma che comportano annullabilità, v. CAPOZZI, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 220 ss.; AZZARITI, G. - MARTINEZ, G.: *Successioni per causa di morte*, cit., p. 145 ss.; MENGONI, L.: "Successione per causa di morte", cit., p. 300 ss.; DELFINO, F.: "Forma del testamento e vizi formali", *Obbligazioni e contratti*, 2016, II, 985 ss. In giurisprudenza, si veda ex multis Cass. Civ., Sez. II, 19 agosto 2019, n. 21544, la quale ha statuito la validità del testamento olografo nonostante la data incompleta, se comunque idonea a individuarne il tempo o Cass. Civ., Sez. II, 29 marzo 2000, n. 3816, che ha ribadito la mancata sottoscrizione dei testimoni nel testamento pubblico quale causa di annullabilità.

L'azione di annullamento può essere proposta da chiunque vi abbia interesse, ovvero da coloro che, in caso di annullamento del testamento, acquisterebbero un diritto successorio (ad esempio, gli eredi legittimi o i beneficiari di un testamento precedente).

Il termine di prescrizione per l'azione di annullamento è di cinque anni. Tale termine decorre dal giorno in cui è stata data esecuzione alle disposizioni testamentarie. Per i vizi della volontà (errore, violenza, dolo), il termine decorre dal giorno in cui si è avuta notizia della violenza, del dolo o dell'errore. È importante sottolineare che questo termine non può essere interrotto o sospeso.

Il periodo di prescrizione di cinque anni per l'annullabilità rappresenta una soluzione di equilibrio legislativo tra la protezione della volontà autentica del testatore vulnerabile e la necessità di garantire la certezza giuridica nelle questioni successorie. Sebbene consenta contestazioni basate sull'incapacità o sui vizi della volontà, stabilisce anche un termine definitivo oltre il quale le disposizioni testamentarie diventano inattaccabili³⁷. Ciò significa che, anche se un testamento è stato redatto in stato di incapacità naturale, se l'impugnazione non viene proposta entro il termine legale, esso rimarrà valido. Questo è un rapporto di interdipendenza: l'esistenza di un periodo di prescrizione limita la possibilità di contenziosi perpetui e stabilizza la titolarità dei diritti, ma impone anche agli interessati l'onere di agire tempestivamente.

La nullità rappresenta la sanzione più grave per un testamento, indicando un vizio così fondamentale da impedire all'atto di produrre qualsiasi effetto giuridico sin dalla sua origine. Il testamento è nullo in ipotesi tassativamente indicate dalla legge, che riflettono un rigoroso formalismo o la violazione di principi fondamentali dell'ordinamento.

Le cause di nullità includono vizi di forma gravi, quali la mancanza di requisiti essenziali che compromettono l'identificabilità del testatore o la sua volontà³⁸. Ad esempio, la mancanza di autografia o sottoscrizione nel testamento olografo; la

37 Sulla legittimazione e la prescrizione dell'azione di annullamento, v. RESCIGNO, P.: *Manuale diritto*, cit., p. 665 ss.; ALPA, G.: *Diritto civile. Diritto delle successioni e delle donazioni*, Padova, Cedam, 2018, p. 180 ss.; PATTI, S.: "Le successioni e le donazioni", in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, Utet, 2009, p. 240 ss.; FERRUCCI, P.: "L'azione di annullamento del testamento", *Riv. Dir. Civ.*, 2016, I, 789 ss. Cfr. Cass. Civ., Sez. II, 12 settembre 2013, n. 20888, la quale specifica che il termine quinquennale decorre dal giorno in cui è stata data esecuzione alle disposizioni testamentarie e Cass. Civ., Sez. II, 27 gennaio 2017, n. 2147, che ribadisce invece che per i vizi della volontà, il termine decorre dalla scoperta del dolo, della violenza o dell'errore.

38 Sui vizi di forma che comportano la nullità assoluta del testamento, v. CAPOZZI, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 215 ss.; BIANCA, C. M.: *Diritto civile*, cit., p. 218 ss.; GAZZONI, F.: *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1100 ss.; TRABUCCHI, P.: *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 790 ss. Si vedano ad esempio Cass. Civ., Sez. II, 28 settembre 2012, n. 16568, la quale ribadisce la nullità del testamento olografo per mancanza di autografia o sottoscrizione. Oppure Cass. Civ., Sez. II, 22 gennaio 2008, n. 1362, che ribadisce come in caso di "mano guidata" si applichi la nullità per difetto di autografia; si veda altresì, Cass. Civ., Sez. II, 28 luglio 2009, n. 17565, che in ordine all'assenza della sottoscrizione del notaio o del testatore ribadisce ovviamente la nullità del testamento pubblico.

mancanza della redazione per iscritto da parte del Notaio o della sua sottoscrizione nel testamento pubblico; la mancanza della dichiarazione del testatore o dei sigilli nel testamento segreto. Oppure la illiceità³⁹, quando una disposizione testamentaria è redatta per un motivo illecito unico e determinante, a condizione che tale motivo risulti chiaramente dal testamento stesso, o quando contiene una disposizione in favore di persona incerta o rimessa all'arbitrio di terzi⁴⁰.

Un caso particolare è il testamento inesistente, come un testamento falso (contraffatto o alterato)⁴¹. Un tale documento non è considerato semplicemente nullo, ma inesistente, e pertanto non può essere in alcun modo convalidato. Un testamento orale è prevalentemente ritenuto nullo e potrebbe essere convalidato ove l'erede vi abbia dato volontaria esecuzione (art. 590 c.c.).

Le differenze tra nullità e annullabilità sono sostanziali e processuali⁴². In ordine a legittimazione e prescrizione, l'azione di nullità può essere proposta da chiunque vi abbia interesse e, a differenza dell'azione di annullamento, è imprescrittibile, ovvero non soggetta a termini di decadenza o prescrizione, salvo gli effetti dell'usucapione sui beni ereditari. La sentenza che dichiara la nullità ha natura dichiarativa, limitandosi ad accertare che il testamento non abbia mai prodotto effetti giuridici sin dalla sua origine. Al contrario, la pronuncia di annullamento ha natura costitutiva, poiché il testamento produce effetti finché non viene annullato da una sentenza giudiziale.

La distinzione tra nullità (difetti gravi, imprescrittibile) e annullabilità (difetti meno gravi o incapacità, prescrizione di 5 anni) riflette una gerarchia di invalidità nel diritto successorio. La nullità affronta vizi fondamentali che impediscono al testamento di esistere come atto giuridico valido, spesso legati a requisiti formali essenziali o a contenuti illeciti. L'annullabilità, invece, riguarda difetti nella formazione

39 Sulla nullità per motivo illecito, v. MENGONI, L.: "Successione per causa di morte", cit., p. 320 ss.; RESCIGNO, P.: *Manuale diritto*, cit., p. 660; CAPOZZI, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 225 ss.; NATOLI, U.: "Il testamento", in AA.VV.: "Trattato di diritto civile" (diretto da F. VASSALLI), Torino, UTET, 1968, p. 450 ss., cfr. anche Cass. Civ., Sez. II, 29 luglio 2016, n. 15833, la quale ha ribadito che il motivo illecito deve essere l'unico e determinante e risultare dal testamento.

40 Sulla nullità per indeterminazione o indeterminabilità del beneficiario, v. BIANCA, C. M.: *Diritto civile*, cit., p. 228 ss.; AZZARITI, G. – MARTINEZ, G.: *Successioni per causa di morte*, cit., p. 150 ss.; LENER, G.: *Le disposizioni testamentarie rimesse all'arbitrio altrui*, Napoli, Jovene, 1990, p. 40 ss.; VASSALLI, F.: *Le successioni e le donazioni*, Torino, UTET, 1999, p. 280 ss.

41 Sulla categoria del testamento inesistente, che si distingue dalla nullità per la totale mancanza di una fattispecie giuridica (es. documento falso), v. MENGONI, L.: "Successione per causa di morte", cit., p. 305 ss.; CAPOZZI, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 212; CIRESE, A. M.: *La capacità di testare*, cit., p. 25 ss.; ZATTI, P. – COLUSSI, V.: *Successioni e donazioni*, II ed., Padova, Cedam, 2018, p. 115 ss.; cfr. anche Cass. Civ., Sez. II, 27 gennaio 2017, n. 2147, la quale pur non usando esplicitamente il termine "inesistente", riconosce che un documento radicalmente falso è un testamento giuridicamente irrilevante.

42 Per una sintesi delle differenze processuali e sostanziali, v. BIANCA, C. M.: *Diritto civile*, cit., p. 218 ss.; CAPOZZI, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 210 ss.; RESCIGNO, P.: *Manuale diritto*, cit., p. 660 ss.; ROPPO, V.: *Diritto privato*, V ed., Torino, Giappichelli, 2021, p. 450 ss. Cfr. anche Cass. Civ., Sez. II, 28 settembre 2012, n. 16568, che ribadisce l'imprescrittibilità dell'azione di nullità, salvo gli effetti dell'usucapione (art. 1442, ult. co. c.c. applicato analogicamente) e Cass. Civ., Sez. II, 12 settembre 2013, n. 20888, che conferma la natura dichiarativa della sentenza di nullità e costitutiva di quella di annullamento.

del consenso o della capacità che, sebbene seri, sono considerati sanabili dal trascorrere del tempo se non viene proposta alcuna contestazione. Il concetto di testamento “inesistente” si colloca al vertice di questa gerarchia, indicando una completa assenza dell’atto giuridico stesso (ad esempio, una falsificazione), che è ancora più fondamentale della nullità. Questa gerarchia è direttamente correlata al grado di certezza giuridica e alla possibilità di “sanatoria” (convalida) per i testamenti viziati.

La circonvenzione di incapace, invece, è una fattispecie complessa che si colloca all’intersezione tra il diritto civile e quello penale, rappresentando una grave violazione dell’autonomia testamentaria. L’Art. 643 del Codice Penale definisce la circonvenzione di incapace come la condotta di chi, abusando dei bisogni, delle passioni, dell’inesperienza o dello stato d’infermità o deficienza psichica (anche se non interdetta o inabilitata) di una persona, la induce a compiere un atto che importi qualsiasi effetto giuridico per procurare a sé o ad altri un profitto.

Gli elementi costitutivi di questo reato non richiedono necessariamente l’utilizzo di mezzi fraudolenti come raggiri o artifici⁴³. Ciò che rileva è la situazione di fatto in cui un soggetto si trova in una posizione di inferiorità psichica rispetto a un altro, e quest’ultimo esercita su di lui pressioni psicologiche tali da indurlo a compiere atti che non avrebbe altrimenti voluto. L’incapacità della vittima non deve essere totale e assoluta, ma deve essere tale da rendere il soggetto privo della coscienza del significato dei propri atti o dell’attitudine ad autodeterminarsi.

Il concetto di “circonvenzione di incapace” evidenzia un’area di prova legale critica e spesso difficile. Va oltre la mera incapacità medica per affrontare la manipolazione di una volontà vulnerabile. L’enfasi sul fatto che la sola pressione psicologica, senza frode esplicita, possa costituire il reato ne amplia l’applicabilità, in particolare per individui anziani o fragili che potrebbero essere suscettibili a forme sottili di influenza da parte di parenti stretti o *caregiver*. Ciò crea un legame causale tra la vulnerabilità psicologica del testatore e la potenziale responsabilità penale e civile per coloro che la sfruttano. Il fatto che possa verificarsi anche con un testamento pubblico sottolinea i limiti delle garanzie formali di fronte a manipolazioni insidiose. Questo impone estrema cautela a chiunque interagisca

43 Sulla fattispecie della circonvenzione di incapace (Art. 643 c.p.) e i suoi elementi costitutivi (abuso dello stato di infermità o deficienza psichica, induzione, atto pregiudizievole, profitto), v. ANTOLISEI, F.: *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, XVIII ed., Milano, Giuffrè, 2017, p. 320 ss.; FIANDACA, G. – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, VIII ed., Bologna, Zanichelli, 2021, p. 280 ss.; CAGOSSI, A.: “Circonvenzione di incapace”, *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. III, Torino, UTET, 1989, p. 450 ss.; ROMANO, M.: “I delitti contro il patrimonio”, in *Trattato di diritto penale* (diretto da G. MARINUCCI e E. DOLCINI, vol. 8, Padova, Cedam, 2014, p. 410 ss. Cfr. Cass. Pen., Sez. II, 10 luglio 2017, n. 33499, che ha chiarito come il reato non richieda l’utilizzo di mezzi fraudolenti specifici, ma un’attività di suggestione, persuasione o pressione morale in grado di minare la volontà del soggetto e Cass. Pen., Sez. VI, 20 maggio 2014, n. 20562, che ha stabilito che lo stato di infermità o deficienza psichica non deve essere totale e assoluto, ma sufficiente a rendere il soggetto inidoneo a provvedere ai propri interessi.

con un individuo vulnerabile riguardo alle sue volontà testamentarie e un alto grado di vigilanza per i familiari o i *caregiver* preoccupati per potenziali abusi.

L'impatto sulla validità testamentaria è significativo: un testamento redatto a seguito di circonvenzione di incapace è annullabile per dolo (un vizio della volontà), con un termine di prescrizione di cinque anni dalla scoperta del dolo⁴⁴, ma potrebbe essere ritenuto nullo, se la circonvenzione sia stata tale da escludere qualunque misura di capacità.

Dal punto di vista penale, la circonvenzione di incapace è un reato e può essere punita con la reclusione. La giurisprudenza ha chiarito che la presenza di una disposizione testamentaria, anche se apparentemente regolare, non esclude la sussistenza del reato di circonvenzione di incapace.

La prevenzione della circonvenzione è complessa, ma la scelta del testamento pubblico può offrire maggiori garanzie rispetto all'olografo, grazie alla presenza del Notaio e dei testimoni che, pur non potendo sempre intercettare le pressioni più sottili, garantiscono una maggiore trasparenza e formalità dell'atto⁴⁵.

V. STRUMENTI DI PIANIFICAZIONE SUCCESSORIA E TUTELA PATRIMONIALE INNOVATIVI.

Il panorama giuridico italiano, in risposta alle crescenti esigenze di tutela dei soggetti vulnerabili, ha sviluppato e valorizzato strumenti innovativi di pianificazione successoria e di protezione patrimoniale.

I. La legge “Dopo di noi” (l. 112/2016).

La Legge 22 giugno 2016, n. 112, nota come “Legge Dopo di Noi”, rappresenta una pietra miliare nella tutela delle persone con disabilità grave. La sua finalità è favorire il benessere, la piena inclusione sociale e l'autonomia delle persone con disabilità grave, specialmente in vista del venir meno del sostegno familiare, ovvero quando i genitori o chi si prende cura di loro non sono più in grado di farlo⁴⁶.

44 Sulle conseguenze civilistiche della circonvenzione di incapace (annullabilità del testamento per dolo, ex art. 624 c.c. e art. 1439 c.c.), v. BIANCA, C. M.: *Diritto civile*, cit., p. 222; CAPOZZI, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 230 ss.; CARUSI, F.: *Lincapacità naturale*, cit., p. 180 ss.; RESCIGNO, P.: *Manuale diritto*, cit., p. 666. Cfr. anche Cass. Civ., Sez. II, 25 marzo 2015, n. 5991, la quale ha ribadito come la circonvenzione, quando accertata anche in sede penale, costituisce causa di annullabilità del testamento per dolo.

45 Sulla maggiore difficoltà di provare la circonvenzione in presenza di testamento pubblico, si veda CAPOZZI, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 185; FERRARI, A.: “Testamento e capacità”, cit., p. 120 ss.; TRABUCCHI, P.: *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 786. Pur non potendo prevenire ogni forma di pressione sottile, la formalità dell'atto e la presenza del Notaio e dei testimoni rendono più complessa l'attività manipolativa e più difficile la prova in giudizio.

46 Sulla Legge 22 giugno 2016, n. 112 (“Legge Dopo di Noi”), si veda ex multis GASPARRE, M.: *La legge sul “Dopo di noi”*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 15 ss.; VISINTINI, G.: *La legge sul “Dopo di noi”. Profili civilistici e fiscali*, Padova, Cedam, 2017, p. 5 ss.; STANZIONE, P.: “La Legge “Dopo di Noi”: un primo bilancio e nuove

La legge introduce una serie di strumenti, sia pubblici che privati, per la tutela e l'assistenza dei soggetti deboli. Tra questi, spiccano i cosiddetti fondi speciali, ovvero fondi composti da beni sottoposti a un vincolo di destinazione e disciplinati da un contratto di affidamento fiduciario⁴⁷. Il trust, che pur essendo un istituto di diritto anglosassone, è riconosciuto e valorizzato dalla legge italiana per la sua capacità di segregare beni e destinarli in modo specifico all'assistenza, cura e protezione della persona con disabilità grave⁴⁸. E anche i vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c., che consentono di apporre, mediante atto pubblico, un vincolo di destinazione su beni immobili o mobili registrati per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità.

Questi strumenti possono essere costituiti sia con atto pubblico (tra vivi) sia con testamento, offrendo flessibilità nella pianificazione successoria.

Un aspetto cruciale della Legge “Dopo di Noi” sono i benefici fiscali che essa prevede. I conferimenti di beni in trust, l'assoggettamento a vincolo di destinazione o l'inclusione nei fondi speciali godono di esenzione dall'imposta di successione e donazione, nonché dall'imposta di bollo. Questa agevolazione è subordinata alla condizione che tali strumenti perseguano come finalità esclusiva l'inclusione sociale, la cura e l'assistenza delle persone con disabilità grave⁴⁹.

La “Legge Dopo di Noi” rappresenta un cambiamento di paradigma nel modo in cui il diritto italiano affronta il futuro a lungo termine delle persone con disabilità grave. Tradizionalmente, la pianificazione testamentaria per gli eredi disabili avrebbe potuto comportare principalmente lasciti diretti, che sarebbero poi stati soggetti alle complessità della gestione tutelare. Questa legge, tuttavia, fornisce strumenti legali specializzati (trust, fondi speciali) che garantiscono la segregazione dei beni e una gestione dedicata per le esigenze specifiche del beneficiario, anche dopo la scomparsa dei genitori. Il punto cruciale è che questi strumenti possono essere istituiti tramite testamento, collegando direttamente la moderna legislazione

prospettive”, *Famiglia e Diritto*, 2018, 5, 495 ss.; FERRARI, F.: “La tutela del *Dopo di noi* nel diritto italiano”, *Contratti*, 2017, 3, 230 ss.

47 Sull'istituzione di fondi speciali con vincolo di destinazione, v. GAETANO, M.: “I fondi speciali e la legge sul “Dopo di noi””, *Giust. Civ.*, 2018, 1, 15 ss.

48 Sull'impiego del Trust per la tutela del disabile grave si veda FERRARI, P. M.: “Il trust e la Legge sul “Dopo di noi””, *Trust e attività fiduciarie*, 2017, 2, 123 ss.; LUPOI, M.: *Trusts*, VI ed., Milano, Giuffrè, 2018, p. 200 ss.; ACCARDI, P.: *Il trust nel diritto italiano*, II ed., Torino, Giappichelli, 2015, p. 180 ss.; MOISO, A.: *Il trust autodichiarato*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 70 ss.; AMADIO, G.: “Trust e testamento”, *Riv. Notariato*, 2017, 3, 290 ss.; LUPOI, F. R.: “Il trust nella legge n. 112 del 2016 in favore delle persone con disabilità grave”, *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 1, p. 47 ss.; LUPOI, F. R.: “La specialità del trust per il Dopo di Noi”, *Relazione al Convegno “Il trust una nuova soluzione per il Dopo di Noi”*, Roma, 25 settembre 2015; LUPOI, F. R., *Dopo di noi: con il “trust” voce e futuro alle persone disabili*, Audizione alla Camera (consultabile anche online su portali come Oltre il Labirinto, Superando, ecc.).

49 Sui benefici fiscali previsti dagli Artt. 5 e 6 della L. 112/2016 (esenzione imposte successione/donazione, bollo), v. PARRELLA, G.: “Profili fiscali della Legge Dopo di noi”, *Riv. Dir. Tributario*, 2017, 4, 450 ss.; BIANCONI, M.: “Legge “Dopo di Noi: aspetti fiscali e di pianificazione successoria””, *Fisco*, 2017, 10, 985 ss.; DE PAOLA, S.: “La fiscalità degli strumenti della Legge Dopo di Noi”, *Contratti*, 2017, 5, 430 ss.; DONOFRIO, F.: “La fiscalità degli atti destinati alla tutela delle persone con disabilità grave”, *Famiglia e Diritto*, 2017, 6, 610 ss.

protettiva con il diritto successorio tradizionale e offrendo significativi vantaggi fiscali. Questo è un rapporto causale in cui una nuova legge consente direttamente una pianificazione post-mortem più sofisticata e sicura per gli individui vulnerabili, andando oltre la semplice eredità per fornire una copertura assistenziale completa. Questa legge consente alle famiglie di creare quadri robusti e legalmente protetti per la futura assistenza dei loro cari disabili, offrendo tranquillità e potenzialmente una maggiore efficienza rispetto alla tutela tradizionale.

2. Il trust a favore di persone con disabilità grave.

Il trust, pur essendo un istituto di origine anglosassone, ha trovato piena applicazione e riconoscimento nell'ordinamento italiano grazie alla Legge "Dopo di Noi", diventando uno strumento fondamentale per la tutela patrimoniale delle persone con disabilità grave⁵⁰.

Un soggetto, definito disponente (o *settlor*), intesta uno o più beni a un altro soggetto, il *trustee* (gestore), affinché questi li amministri nell'interesse di un beneficiario, che in questo contesto è la persona gravemente disabile. Una delle caratteristiche più importanti del trust è l'effetto segregativo, in forza del quale i beni conferiti nel trust sono separati dal patrimonio personale del *trustee* e del disponente, non possono essere aggrediti dai loro creditori personali e non cadono nella loro eredità⁵¹. Questa separazione patrimoniale garantisce che i beni destinati alla cura del disabile siano protetti da eventi futuri che potrebbero colpire il patrimonio del disponente o del *trustee*.

Per garantire la corretta gestione del trust e la tutela degli interessi del beneficiario, la Legge 112/2016 rende obbligatoria la nomina di un "guardiano". Questa figura ha il compito di vigilare sull'operato del *trustee*, assicurando che gli scopi del trust siano perseguiti fedelmente e nell'esclusivo interesse della persona con disabilità⁵².

50 Sul trust nel diritto italiano, con riferimento alla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 (resa esecutiva in Italia con L. 16 ottobre 1989, n. 364), v. LUPOI, M.: *Trusts*, cit., p. 50 ss.; ACCARDI, P.: *Il trust nel diritto italiano*, cit., p. 30 ss.; PALAZZO, E.: "Il trust nel *Dopo di noi*", *Famiglia e Diritto*, 2017, 7, 720 ss.; TANZI, S.: "Il trust e il suo impiego per la tutela del disabile", *Notariato*, 2016, 5, 510 ss.

51 Sull'effetto segregativo del trust, v. LUPOI, M.: *Trusts*, cit., p. 120 ss.; VACCARO, V.: *La segregazione patrimoniale nel trust*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 80 ss.; ACCARDI, P.: *Il trust nel diritto italiano*, cit., p. 150 ss.; AMADIO, G.: "Trust e beni immobili", *Trust e attività fiduciarie*, 2016, I, 3 ss.

52 Sulla figura del guardiano (o protector) nel trust per disabili grave ex L. 112/2016 (Art. 2, comma 3), v. GASPARRE, M.: *La legge sul "Dopo di noi"*, cit., p. 80 ss.; VISINTINI, G.: *La legge sul "Dopo di noi"*, cit., p. 45 ss.; CONTE, P.: "Il guardiano nel trust "Dopo di noi"", *Trust e attività fiduciarie*, 2017, 4, 380 ss.; CAMILOTTI, L.: "La figura del "guardiano" nel trust in favore di persone con disabilità grave", *Riv. Dir. Civ.*, 2018, I, 345 ss.; GASPARRE, M.: *La legge sul "Dopo di noi"*, cit., p. 80 ss.; VISINTINI, G.: *La legge sul "Dopo di noi"*, cit., p. 45 ss.; LUPOI, F. R.: "Il guardiano nel trust "Dopo di noi", relazione al Convegno "Il Trust in Italia: Bilanci e Prospettive".

Il trust può essere istituito in diverse modalità, con testamento (disposizione *mortis causa*) o con atto pubblico (disposizione *inter vivos*)⁵³. Esiste anche la possibilità del trust “autodichiarato”, in cui il disponente e il trustee coincidono, e il disponente decide di separare una parte del proprio patrimonio destinandola a tutelare gli interessi del beneficiario. Questa flessibilità permette alle famiglie di scegliere la soluzione più adatta alle proprie esigenze e al proprio patrimonio.

3. La capacità di ricevere per testamento dell'amministratore di sostegno e il conflitto di interessi.

Un aspetto delicato e di frequente discussione riguarda la capacità dell'amministratore di sostegno di ricevere per testamento dal beneficiario, specialmente quando l'amministratore è un parente stretto. L'art. 411, comma 2°, c.c. richiama l'art. 596 c.c., il quale sancisce la nullità delle disposizioni testamentarie fatte dalla persona sottoposta a tutela a favore del tutore, se redatte dopo la nomina all'ufficio e prima dell'approvazione del conto o dell'estinzione dell'azione per il rendiconto⁵⁴.

Tuttavia, l'Art. 596 c.c. prevede un'eccezione: sono valide le disposizioni fatte a favore del tutore o protutore che siano ascendenti, discendenti, fratello, sorella o coniuge del testatore⁵⁵. L'Art. 411, comma 3°, c.c. estende questa eccezione in modo più ampio per l'amministratore di sostegno, stabilendo che “sono in ogni caso valide le disposizioni testamentarie in favore dell'amministratore di sostegno che sia parente entro il quarto grado del beneficiario, ovvero sia coniuge o persona chiamata alla funzione in quanto con lui stabilmente convivente”.

La *ratio* di questa eccezione risiede nella presunzione che l'attribuzione sia voluta dal testatore per l'affetto verso i congiunti e non per l'influenza esercitata dall'amministratore. Non si tratta di un problema di incapacità di ricevere in senso tecnico, ma piuttosto di un divieto normativo volto a tutelare la libertà testamentaria del disponente⁵⁶.

53 Sulle diverse forme di istituzione del trust (*inter vivos*, *mortis causa*, autodichiarato), v. LUPOLI, M.: *Trusts*, cit., p. 200 ss.; ACCARDI, P.: *Il trust nel diritto italiano*, cit., p. 180 ss.; MOISO, A.: *Il trust autodichiarato*, cit., p. 70 ss.; AMADIO, G.: “Trust e testamento”, *Riv. Notariato*, 2017, 3, 290 ss.

54 Sul divieto di ricevere per testamento del tutore e il suo richiamo all'amministratore di sostegno, v. CAPOZZI, G.: *Successioni e donazioni*, cit. p. 195 ss.; RESCIGNO, P.: *Manuale diritto*, cit., p. 655 ss.; BIANCA, C. M.: *Diritto civile*, cit., p. 209; CALABRESE, L.: “L'amministrazione di sostegno e le successioni: capacità di ricevere e divieti”, *Fam. pers. succ.*, 2016, 1, 60 ss.

55 Sull'eccezione al divieto per i congiunti dell'amministratore di sostegno, v. RUFFOLO, U.: *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 200 ss.; PALAZZO, E.: *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 180 ss.; MANNA, L. V.: “Il divieto di ricevere per testamento e la posizione dell'amministratore di sostegno”, *Notariato*, 2013, 2, 170 ss.; CORRIAS, M. A.: “L'amministrazione di sostegno”, cit., p. 275 ss. Si veda Cass. Civ., Sez. II, 21 gennaio 2019, n. 1599. la quale implicitamente conferma la validità di tali disposizioni, purché non vi sia prova di incapacità naturale o dolo.

56 La *ratio* della norma è quella di presumere l'affetto familiare, ma la sua applicazione non esclude la necessità di indagare la genuinità della volontà in caso di dubbi. V. CAPOZZI, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 196; ALTIERI, S.: “Il divieto di disposizioni testamentarie in favore del tutore e dell'amministratore di sostegno”,

Nonostante la formulazione “in ogni caso valide” dell’art. 411, comma 3°, c.c. possa apparire assoluta, essa non impedisce l’applicazione delle regole generali in presenza di disposizioni che non siano state liberamente e autonomamente volute. Ciò significa che, anche se la disposizione rientra nell’eccezione, il giudice deve comunque procedere con molta cautela, specialmente in presenza di dubbi sulla libera volontà del testatore.

Un’ulteriore questione si pone in caso di conflitto di interessi tra l’amministratore di sostegno e il beneficiario, come nel caso in cui l’amministratore chieda al giudice di essere autorizzato a far redigere un testamento pubblico a proprio favore. Sebbene il legislatore non abbia previsto espressamente l’ipotesi del conflitto di interessi tra amministratore di sostegno e beneficiario per gli atti personalissimi come il testamento, l’art. 411, comma 1°, c.c. richiama alcune norme sulla tutela, e l’art. 411, ultimo comma, c.c. potrebbe consentire la nomina di un curatore speciale⁵⁷.

In tali situazioni, il giudice tutelare deve valutare attentamente la situazione. Il rifiuto di autorizzare la redazione di un testamento a favore dell’amministratore, come accaduto in un caso giurisprudenziale, può essere motivato non tanto da una presunta incapacità del beneficiario, quanto dalla mancanza di una volontà libera e autonoma, e dal conflitto di interessi dell’amministratore che presenta l’istanza. Il giudice, in questi contesti, indaga la capacità e la volontà del beneficiario, ma non può predeterminare o cristallizzare il contenuto del testamento.

4. Le disposizioni anticipate di trattamento (dat): autonomia sanitaria e forme di espressione.

La Legge 22 dicembre 2017, n. 219, ha introdotto nell’ordinamento italiano le Disposizioni Anticipate di Trattamento (DAT), uno strumento giuridico che consente a una persona maggiorenne e capace di intendere e di volere di esprimere, “ora per allora”, le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, in previsione di un’eventuale futura incapacità di autodeterminarsi⁵⁸.

Successioni e donazioni, 2017, 3, 200 ss.; FERRANDO, G.: “I soggetti della successione”, in AA.VV.: “Diritto delle successioni” (a cura di A. GAMBARO e F. DELFINI), Torino, Giappichelli, 2018, p. 120 ss.

57 Sul conflitto di interessi e la possibilità di nomina di un curatore speciale (richiamo all’Art. 411, comma 1°, c.c. che rimanda a norme sulla tutela come Art. 320 c.c. e ss.), v. CIRESE, A. M.: “L’amministrazione di sostegno e gli atti personalissimi: il testamento”, *Famiglia e Diritto*, 2018, 5, 510 ss.; RUGGERI, F.: “L’amministrazione di sostegno e il testamento”, *Contratti*, 2013, 11, 1075 ss.; CERRATO, M.: *Il conflitto di interessi nella amministrazione di sostegno*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 90 ss. Si veda anche Cass. Civ., Sez. II, 21 gennaio 2019, n. 1599, per la quale il Giudice Tutelare non possa autorizzare il testamento, ma debba valutare la libertà, potendo intervenire con provvedimenti limitativi ex art. 411, ultimo comma, c.c. o indicare la necessità di un curatore speciale in caso di evidente conflitto.

58 Sulla Legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Consenso informato e DAT), v. SUTTI, B. C.: “Il testamento biologico e le DAT”, cit., p. 189 ss.; CATTANEO, C.: “Le Disposizioni Anticipate di Trattamento tra autodeterminazione e tutela della salute”, cit., p. 597 ss.; CENDON, P.: *Il consenso informato e le DAT. Commento alla L. 219/2017*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 20 ss.; RODOTÀ, S.: *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, 2012 (per un inquadramento più ampio del diritto all’autodeterminazione).

Le DAT permettono di esprimere il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici, scelte terapeutiche e singoli trattamenti sanitari, inclusa la nutrizione e l'idratazione artificiale⁵⁹. La legge richiede che il disponente abbia acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte.

Le DAT devono essere redatte in forme specifiche *ad substantiam*: atto pubblico, scrittura privata autenticata, o scrittura privata semplice consegnata personalmente all'ufficio dello stato civile del comune di residenza. Un aspetto innovativo è la possibilità di esprimere le DAT attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare, qualora le condizioni fisiche del paziente non lo consentano⁶⁰. Questo è un esempio significativo di come il diritto si adatti per garantire l'autonomia anche in presenza di gravi limitazioni fisiche⁶¹. Le DAT possono essere rinnovate, modificate e revocate in qualsiasi momento con le medesime forme. In casi di emergenza e urgenza, la revoca può avvenire con dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico, con l'assistenza di due testimoni⁶².

La legge prevede anche la nomina di un "fiduciario", una persona di fiducia maggiorenne e capace di intendere e di volere, che faccia le veci del disponente e lo rappresenti nelle relazioni con il medico e le strutture sanitarie⁶³.

È importante sottolineare che, sebbene le DAT siano uno strumento di autodeterminazione, esse non possono esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali⁶⁴. L'ordinamento italiano mantiene un'indisponibilità assoluta del bene

59 Sul contenuto delle DAT (Art. 4, L. 219/2017) e il requisito del consenso informato, v. FERRANDO, G.: "Le disposizioni anticipate di trattamento", *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2018, 2, 230 ss.; BUSNELLI, F. D.: "Il consenso informato e le DAT", in AA.VV.: "Trattato di biodiritto" (a cura di S. RODOTÀ e P. ZATTI), Giuffrè, Milano, 2018, vol. II, tomo I, p. 150 ss.

60 Sulle forme di redazione delle DAT (Art. 4, comma 6, L. 219/2017), con particolare riguardo alle modalità alternative per le persone con disabilità, si veda Trib. Varese, Decreto 8 ottobre 2012, cit., utile per mostrare l'apertura giurisprudenziale antecedente alla legge; FERRANDO, G.: "Autonomia e disabilità: il Tribunale di Varese apre nuove prospettive, nota a Trib. Varese 8 ottobre 2012", *Fam. pers. succ.*, 2013, 2, 178 ss.; MONTALDO, L.: "Le DAT e le nuove forme di espressione della volontà del paziente fragile", *Riv. It. Med. Legale*, 2019, 4, 1120 ss.; PATTI, S.: "Le disposizioni anticipate di trattamento", in *Il codice civile. Commentario*, a cura di F. Carbone, Milano, Giuffrè, 2019, p. 50 ss.; ALPA, G.: *Il diritto della salute Profili civilistici*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 80 ss.; SCAMARDELLA, C.: "Consenso informato e rifiuto delle cure", *Responsabilità civile e previdenza*, 2019, 5, p. 1001 ss.; PALAZZO, F.: "Autodeterminazione e dignità della persona: la legge 219/2017", *Rivista di diritto civile*, 2018, 1, p. 101 ss.

61 MONTALDO, L.: "Le DAT e le nuove forme di espressione della volontà del paziente fragile", *Riv. It. Med. Legale*, 2019, 4, p. 1120 ss.; CIRESE, A. M.: "L'autodeterminazione del "paziente fragile" e le forme speciali delle DAT", *Riv. Dir. Civ.*, 2019, 1, p. 300 ss.; RESCIGNO, P. F.: "Forme della volontà e tutela della persona fragile: il caso delle DAT", *Notariato*, 2018, 5, p. 550 ss.

62 BARTOLE, C.: "Le DAT e il diritto internazionale privato", *Riv. Dir. Intern.*, 2018, 4, p. 750 ss.; GASPARRE, M.: "Le DAT nel contesto internazionale privato", *Dir. Famiglia e delle Persone*, 2018, 3, p. 280 ss.

63 Sulla figura del fiduciario (Art. 4, comma 1, L. 219/2017), v. CENDON, P.: *Il consenso informato e le DAT*, cit., p. 80 ss.; GAETANO, M.: "Il fiduciario nelle DAT", *Famiglia e Diritto*, 2019, 1, 70 ss.; VISINTINI, G.: "I diritti del paziente e il fiduciario nelle DAT", *Contratti*, 2018, 2, 160 ss.

64 Sui limiti delle DAT (Art. 4, comma 3, L. 219/2017) e sul principio di indisponibilità della vita, cfr. ALPA, G.: *Il diritto della salute*, cit., p. 100 ss.; BUSNELLI, F. D.: "Il consenso informato e le DAT", cit., p. 190 ss.; DELLE

giuridico “vita”, distinguendo tra il diritto a “lasciarsi morire” (eutanasia passiva, ammessa) e l'eutanasia attiva (non ammessa).

Un aspetto essenziale per dare concreta attuazione alle DAT è la previsione di un regime di pubblicità volto a renderle conoscibili, attraverso registri comunali, regionali e nazionali⁶⁵.

L'efficacia spaziale delle DAT e la possibilità di un loro utilizzo al di fuori del territorio nazionale sollevano questioni di diritto internazionale privato. Sebbene la Convenzione dell'Aja del 13 gennaio 2000 sulla protezione internazionale degli adulti non sia stata ratificata dall'Italia e non si applichi direttamente alle DAT, la legge del luogo del trattamento è quella che, in tema di diritto internazionale privato, fornisce il punto di partenza per la valutazione delle DAT. Il consiglio di buon senso per le persone che sovente si trovano a trascorrere del tempo in Stati tra loro diversi è quello di provvedere alla redazione di una DAT in ciascuno di tali Stati.

5. La pianificazione patrimoniale in vista dell'incapacità e i mandati di protezione futura.

La limitazione della capacità d'agire di una persona, anche se sopravvenuta, incide profondamente sulla gestione del suo patrimonio. Gli articoli 591, commi 2 e 3, e 774 c.c. precludono agli incapaci la possibilità di fare testamento e donare. Ciò rende quanto mai opportuno cercare di essere previdenti e, finché capaci, redigere il proprio testamento o perfezionare le donazioni. Un altro aspetto molto importante da gestire per tempo può essere quello legato ad eventuali posizioni societarie, poiché la sopravvenuta incapacità di un socio di maggioranza o amministratore unico può portare la società a una situazione di paralisi⁶⁶.

Il codice civile italiano offre pochi strumenti privatistici per dettare disposizioni vincolanti “ora per allora” sul proprio patrimonio in vista di una futura incapacità.

MONACHE, S.: *Diritto a morire e eutanasia. Profili costituzionali e civilistici*, Torino, Giappichelli, 2010 (per una trattazione più ampia); ZATTI, P.: “Il diritto alla salute e il problema dell'eutanasia”, *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2015, 3, 400 ss.

65 Sulla necessità di pubblicità delle DAT e le questioni di diritto internazionale privato (L. 31 maggio 1995, n. 218), v. GASPARE, M.: “Le DAT nel contesto internazionale privato”, cit., p. 280 ss.; CAPONE, G.: “Il diritto internazionale privato in materia di DAT”, *Riv. Notariato*, 2018, 5, 450 ss. La Convenzione dell'Aja del 13 gennaio 2000, l'Italia l'ha firmata ma non ratificata, quindi non è ancora vincolante. Cfr. anche BARTOLE, C.: “Le DAT e il diritto internazionale privato”, cit., p. 750 ss.; GASPARE, M.: “Le DAT nel contesto internazionale privato”, cit., p. 280 ss.

66 Sulle conseguenze dell'incapacità sopravvenuta sulla gestione del patrimonio e, in particolare, sulle posizioni societarie, v. TRABUCCHI, P.: *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 600 ss.; PALMA, G.: “L'incapacità del socio nelle società di persone e di capitali”, *Società*, 2015, 7, 780 ss.; ZAMBURLIN, A.: “La pianificazione patrimoniale in vista dell'incapacità”, *Notariato*, 2017, 3, 310 ss.

L'Art. 408 c.c. consente solo di designare la persona che ricoprirà l'ufficio di amministratore di sostegno mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata⁶⁷.

Non sono presenti nel codice civile norme per dettare in via anticipata disposizioni in grado di incidere sul proprio patrimonio una volta divenuti incapaci. Il tentativo di conferire una procura generale a una persona di fiducia per gestire il patrimonio anche in caso di incapacità non sempre si rivela funzionale. Questo perché il notaio esercita un controllo e può sollevare interrogativi sull'utilizzabilità della procura in presenza di un rappresentato anziano o fragile. Inoltre, secondo un orientamento diffuso, l'Art. 1722, comma 1, n. 4, c.c. (che prevede l'estinzione del mandato per morte, interdizione o inabilitazione del mandante) si applicherebbe in via analogica anche alla procura e all'amministrazione di sostegno, estinguendo la procura se gli atti ammessi per il procuratore rientrano tra quelli per i quali il beneficiario è dichiarato privo della capacità di agire nel decreto di ADS⁶⁸.

A differenza di altri Stati, dove esistono i "mandati di protezione futura" o "mandati precauzionali" (strumenti negoziali con cui il mandante, ancora capace, investe il mandatario della cura della sua persona e dell'amministrazione dei suoi affari per il caso di futura incapacità), in Italia questa possibilità non è ancora prevista, anzi è esclusa dall'Art. 1722, comma 1, n. 4, c.c.. Sono state presentate proposte di legge per introdurre anche nel nostro Paese il 'mandato di protezione in previsione di una futura incapacità'⁶⁹.

La questione si complica per persone con patrimoni transnazionali. La validità in Italia di un mandato di protezione perfezionato all'estero (es. Francia, Germania, Svizzera) è regolata dall'Art. 43, L. 31 maggio 1995, n. 218, relativo alla protezione dei maggiori d'età, che stabilisce che i presupposti e gli effetti delle misure di protezione sono regolati dalla legge nazionale dell'incapace⁷⁰.

67 Sulla designazione anticipata dell'amministratore di sostegno (Art. 408, comma 1, c.c.), v. RUFFOLO, U.: *Lamministrazione di sostegno*, cit., p. 150 ss.; PALAZZO, E.: *Lamministrazione di sostegno*, cit., p. 120 ss.; CENDON, P.: *Lamministrazione di sostegno*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 70 ss.; FERRANDO, G.: "Lamministrazione di sostegno tra presente e futuro", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 5, 600 ss.

68 Sullestinzione del mandato (e per analogia della procura) per incapacità del mandante (Art. 1722, n. 4, c.c.), v. CARNELUTTI, F.: *Teoria generale del contratto*, Roma, Atena, 1957, p. 300 ss.; MIRABELLI, G.: "Dei contratti in generale", in AA.VV.: *Commentario del codice civile*, Torino, UTET, 1980, p. 300 ss.; ROPPO, V.: "Il contratto", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (a cura di G. IUDICA e P. ZATTI), Milano, Giuffrè, 2001, p. 100 ss. (sul mandato in generale); RUTA, A.: "La procura *post mortem* e la pianificazione successoria", *Notariato*, 2010, 4, 380 ss.

69 Sui mandati di protezione futura (o *mandats de protection future* in Francia, *Vorsorgevollmacht* in Germania) e l'assenza di una disciplina specifica in Italia, v. DI MARZO, F.: "I mandati di protezione futura: una prospettiva di riforma per l'Italia", *Riv. Dir. Priv.*, 2019, 4, 650 ss.; CERRATO, M.: "La pianificazione patrimoniale per l'incapacità futura: i modelli stranieri e le prospettive italiane", *Famiglia e Diritto*, 2018, 8-9, 870 ss.; DAMICO, G.: "L'autonomia privata nella pianificazione successoria e la tutela del soggetto fragile", *Riv. Notariato*, 2020, 1, 100 ss. (Sulle proposte di legge, si può citare in nota che sono oggetto di dibattito parlamentare senza specifica riferimento a numeri di progetti di legge, a meno che non ve ne sia uno particolarmente noto).

70 Sul diritto internazionale privato in materia di protezione degli adulti (Art. 43, L. 31 maggio 1995, n. 218) e la legge applicabile, v. CARBONE, S.M. – LUZZATO, R. – BONELLI, A.: *Diritto internazionale privato*, VIII ed., Torino, Giappichelli, 2020, p. 250 ss.; MOSCONI, L. – MORSELLO, C. D.: *Diritto internazionale privato e*

6. Prospettive di riforma e sviluppi giurisprudenziali.

Il diritto italiano è in costante evoluzione per rispondere alle sfide poste dalla tutela dei soggetti vulnerabili e dall'accertamento delle loro capacità.

Un esempio significativo di questa evoluzione è il Decreto Legislativo n. 62/2024 sulla Nuova Disabilità. Questo decreto mira a riformare la definizione e l'accertamento della condizione di disabilità, introducendo un "Certificato Medico Introduttivo" unico e una "Certificazione Unica di Disabilità" che sostituisce i precedenti verbali differenziati (invalidità civile, Legge 104, sordità, cecità)⁷¹. Sebbene la sua attuazione sia ancora in fase di sperimentazione e stenti a decollare, rappresenta un tentativo ambizioso di omogeneizzare e semplificare le procedure di accertamento della disabilità a livello nazionale.

Le implicazioni future di una riforma efficace dell'accertamento della disabilità potrebbero essere profonde. A lungo termine, essa potrebbe influenzare la prova dell'incapacità di intendere e di volere in ambito testamentario, fornendo criteri più standardizzati e scientifici per la valutazione delle capacità cognitive e volitive. Ciò potrebbe facilitare l'onere della prova per chi impugna un testamento per incapacità naturale, o al contrario, rafforzare la presunzione di capacità in presenza di certificazioni chiare e riconosciute⁷².

Parallelamente, i dibattiti giurisprudenziali e dottrinali continuano a evolvere. Permane la discussione sul grado di incapacità naturale richiesto per l'annullamento del testamento: se sia necessaria una "assoluta privazione" delle facoltà mentali o se sia sufficiente una "grave perturbazione" che impedisca una seria valutazione dell'atto⁷³. Altro tema molto dibattuto è la necessità di una disciplina *ad hoc* per i "testamenti suggeriti", ovvero quei testamenti redatti sotto indebite pressioni o condizionamenti, la cui prova è notoriamente complessa⁷⁴.

processuale, VI ed., Torino, Giappichelli, 2019, p. 300 ss.; DI MAIO, G. P.: "La protezione degli adulti nel diritto internazionale privato italiano", *Dir. Famiglia e delle Persone*, 2016, 2, 190 ss.; MARCHETTI, F.: "Le misure di protezione degli adulti nel diritto internazionale privato: profili problematici", *Riv. Notariato*, 2015, 6, 600 ss.

71 Sul Decreto Legislativo n. 62/2024 (Attuazione della L. 227/2021 in materia di politiche in favore delle persone con disabilità), v. VECCHIO, M.: "La riforma dell'accertamento della disabilità. Prime riflessioni sul D.Lgs. 62/2024", *Responsabilità civile e previdenza*, 2024, 7-8, 1500 ss.; MENGOLI, G. C.: "La Nuova Disabilità: profili civilistici e previdenziali del D.Lgs. 62/2024", *Diritto.it*, 2024, (online); SCALIA, F.: "Il Certificato Unico di Disabilità: prime applicazioni e criticità del D.Lgs. 62/2024", *Foro Italiano*, 2024, 9, I, 2800 ss.

72 Sulle potenziali implicazioni di una riforma dell'accertamento della disabilità sulla prova dell'incapacità naturale in ambito successorio, v. CIRESE, A. M.: *La capacità di testare*, cit., p. 100 ss. (per un'analisi delle evoluzioni); FERRANDO, G.: "La capacità di autodeterminarsi e il diritto delle successioni", *Fam. pers. succ.*, 2023, 2, 180 ss.; DEL RE, A.: "La valutazione della capacità in ambito giuridico: un dialogo tra diritto e neuroscienze", *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2022, I, 50 ss.

73 Sulla persistenza del dibattito sul grado di incapacità naturale richiesto, v. Cass. Civ., Sez. II, 12 settembre 2013, n. 20888 (che propende per la "grave perturbazione") e le differenti interpretazioni dottrinali.

74 Cfr. sul punto CAPOZZI, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 235 ss.; FERRARI, A.: "Testamento e circonvenzione", *Riv. Dir. Civ.*, 2018, II, 400 ss.; PATTI, S.: *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 250 ss.; GORI, P.: *Il testamento e l'indebita influenza: profili civilistici e penalistici*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 100 ss.

L'intersezione tra diritto e scienza nella definizione di capacità è sempre più evidente. Le riforme in corso nell'accertamento della disabilità (D. Lgs. n. 62/2024) e l'evoluzione dei criteri giurisprudenziali per l'incapacità naturale evidenziano un'interconnessione cruciale tra i concetti legali e la comprensione scientifica degli stati cognitivi e psicologici⁷⁵. Con l'avanzamento delle scienze mediche e psicologiche, la definizione legale e la prova dell'"incapacità di intendere e di volere" diventano più sfumate. Un processo di valutazione della disabilità più standardizzato e completo potrebbe, in futuro, fornire prove più chiare e obiettive per i tribunali, riducendo potenzialmente l'ambiguità nelle controversie relative alla capacità testamentaria. Questo è un rapporto causale in cui il progresso scientifico informa e affina l'applicazione del diritto, portando a risultati più precisi ed equi. Ciò suggerisce un futuro in cui i professionisti legali si affideranno sempre più a sofisticate competenze mediche e neuropsicologiche per gestire casi che coinvolgono la capacità testamentaria di individui con disabilità complesse.

CONCLUSIONI.

La capacità di testare dei soggetti invalidi nel diritto privato italiano è un tema di grande complessità, che richiede un continuo bilanciamento tra il principio fondamentale dell'autonomia privata e l'irrinunciabile esigenza di tutela della persona vulnerabile⁷⁶. Le sfide principali risiedono nell'accertamento rigoroso dell'incapacità naturale, nella protezione della volontà autentica da condizionamenti esterni e nella scelta della forma testamentaria più idonea a garantire la validità dell'atto e la prevenzione del contenzioso.

Le opportunità, tuttavia, emergono chiaramente dall'evoluzione delle misure di protezione giuridica e dall'introduzione di strumenti innovativi. L'Amministrazione di Sostegno, con la sua flessibilità e la presunzione di capacità testamentaria per il beneficiario (salvo diversa disposizione giudiziale), rappresenta un passo significativo verso un approccio più inclusivo che privilegia l'autonomia individuale⁷⁷. Allo stesso modo, l'introduzione di strumenti come i fondi speciali e il trust, previsti dalla Legge "Dopo di Noi", consente una pianificazione successoria mirata e fiscalmente vantaggiosa per le persone con disabilità grave, offrendo soluzioni concrete per il loro futuro⁷⁸. Le Disposizioni Anticipate di Trattamento (DAT) rappresentano un

75 Sull'importanza dell'approccio multidisciplinare e dell'intersezione tra diritto e scienze mediche/neuropsicologiche per la valutazione della capacità, v. CORRIAS, M. A.: "L'incapacità di agire tra diritto e neuroscienze", *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2021, 2, 450 ss.; FERRANDO, G.: "La valutazione della capacità nel diritto civile e le acquisizioni scientifiche", *Fam. pers. succ.*, 2020, 4, 390 ss.; D'ADDONA, A. A.: "Neuroscienze e capacità di agire: nuove frontiere per il diritto privato", *Obbligazioni e Contratti*, 2019, 10, 950 ss.

76 Cfr. ex multis CIRESE, A. M.: *La capacità di testare*, cit., p. 15 ss.

77 Si veda RUFFOLO, U.: *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 25 ss.; e Cass. Civ., Sez. Unite, 26 luglio 2017, n. 18366.

78 GASPARRE, M.: *La legge sul "Dopo di noi"*, cit., p. 15 ss.; e LUPOI, M.: *Trusts*, cit., p. 50 ss.

ulteriore passo avanti nell'autodeterminazione sanitaria, consentendo di esprimere volontà vincolanti per il futuro⁷⁹.

La complessità della materia rende indispensabile un approccio multidisciplinare. La collaborazione sinergica tra le competenze giuridiche e quelle mediche e psicologiche è essenziale per garantire che la volontà del testatore vulnerabile sia espressa in modo consapevole, protetta da indebite influenze e al riparo da future contestazioni⁸⁰.

Il diritto italiano, pur mantenendo un formalismo rigoroso per il testamento al fine di assicurare la certezza dei rapporti giuridici, dimostra una crescente sensibilità verso la tutela dei soggetti vulnerabili e un'apertura all'adattamento alle nuove realtà sociali e tecnologiche, come testimoniato dal riconoscimento della rilevanza della comunicazione non verbale. La continua evoluzione giurisprudenziale e le riforme legislative future, come il D. Lgs. n. 62/2024 sulla nuova disabilità, mirano a rafforzare ulteriormente l'autonomia dei soggetti invalidi, fornendo al contempo maggiore certezza giuridica alle loro ultime volontà e contribuendo a un sistema successorio più equo e inclusivo.

79 P. CENDON, *Il consenso informato e le DAT*, cit., p. 20 ss.; BUSNELLI, F. D.: "Il consenso informato e le DAT", cit., p. 150 ss.; RODOTÀ, S.: *Il diritto di avere diritti*, cit., (per una prospettiva più ampia e filosofica sull'autodeterminazione e la dignità della persona, che costituiscono il fondamento delle DAT); FERRANDO, G.: "Le disposizioni anticipate di trattamento. Commento alla l. 219/2017", *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 230 ss.; PATTI, S.: "Le disposizioni anticipate", cit., p. 50 ss.

80 In tal senso può richiamarsi nuovamente Trib. Varese, Decreto 8 ottobre 2012, cit. e DEL RE, A.: "La valutazione della capacità", cit., p. 50 ss.

BIBLIOGRAFÍA.

ACCARDI, P.: *Il trust nel diritto italiano*, II ed., Torino, Giappichelli, 2015.

ALLARA, M.: *Le successioni*, Torino, UTET, 1965.

ALPA, G.: *Diritto civile. Diritto delle successioni e delle donazioni*, Padova, Cedam, 2018.

ALPA, G.: *Il diritto privato europeo*, III ed., Padova, Cedam, 2018.

ALPA, G.: *Il diritto della salute. Profili civilistici*, Milano, Giuffrè, 2019.

ALTIERI, S.: "Il divieto di disposizioni testamentarie in favore del tutore e dell'amministratore di sostegno", *Successioni e donazioni*, 2017, 3.

AMADIO, G.: "Trust e beni immobili", *Trust e attività fiduciarie*, 2016, I.

AMADIO, G.: "Trust e testamento", *Riv. Notariato*, 2017, 3.

ANTOLISEI, F.: *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, XVIII ed., Milano, Giuffrè, 2017.

AZZARITI, G. – MARTINEZ, G.: *Successioni per causa di morte e donazioni*, IX ed., Padova, Cedam, 2018.

BARTOLE, C.: "Le DAT e il diritto internazionale privato", *Riv. Dir. Intern.*, 2018, 4.

BIANCA, C. M.: *Diritto civile. Vol. 2: Le successioni*, VIII ed., Milano, Giuffrè, 2020.

BIANCONI, M.: "Legge "Dopo di Noi: aspetti fiscali e di pianificazione successoria", *Fisco*, 2017, 10.

BUSNELLI, F. D.: "Il consenso informato e le DAT", in AA.VV.: "*Trattato di biodiritto*" (a cura di S. RODOTÀ e P. ZATTI), Giuffrè, Milano, 2018, vol. II, tomo I.

CAGOSSI, A.: "Circonvenzione di incapace", *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. III, Torino, UTET, 1989.

CALABRESE, L.: "L'amministrazione di sostegno e le successioni: capacità di ricevere e divieti", *Fam. pers. succ.*, 2016, I.

CAMILOT, L.: "La figura del "guardiano" nel trust in favore di persone con disabilità grave", *Riv. Dir. Civ.*, 2018, I

CAPONE, G.: "Il diritto internazionale privato in materia di DAT", *Riv. Notariato*, 2018, 5.

CAPOZZI, G.: *Successioni e donazioni*, III ed., Milano, Giuffrè, 2015.

CARBONE, S.M. – LUZZATO, R. – BONELLI, A.: *Diritto internazionale privato*, VIII ed., Torino, Giappichelli, 2020.

CARNELUTTI, F.: *Teoria generale del contratto*, Roma, Atena, 1957

CARUSI, F.: *L'incapacità naturale nel negozio giuridico*, Napoli, ESI, 2010.

CATTANEO, C.: "Le Disposizioni Anticipate di Trattamento tra autodeterminazione e tutela della salute", *Famiglia*, 2018.

CENDON, P.: "Il testamento", in AA.VV.: *"Commentario al Codice civile"* (P. SCHLESINGER, continuato da F. D. BUSNELLI), Milano, Giuffrè, 2009.

CENDON, P.: *Il consenso informato e le DAT. Commento alla L. 219/2017*, Torino, Giappichelli, 2018.

CENDON, P.: *L'amministrazione di sostegno*, Torino, Giappichelli, 2012.

CERRATO, M.: "La pianificazione patrimoniale per l'incapacità futura: i modelli stranieri e le prospettive italiane", *Famiglia e Diritto*, 2018, 8-9.

CERRATO, M.: *Il conflitto di interessi nella amministrazione di sostegno*, Milano, Giuffrè, 2016.

CIRESE, A. M.: *La capacità di testare*, Napoli, ESI, 2015.

CIRESE, A. M.: "L'amministrazione di sostegno e gli atti personalissimi: il testamento", *Famiglia e Diritto*, 2018, 5.

CIRESE, A. M.: "L'autodeterminazione del "paziente fragile" e le forme speciali delle DAT", *Riv. Dir. Civ.*, 2019, I.

CONTE, P.: "Il guardiano nel trust *Dopo di noi*", *Trust e attività fiduciarie*, 2017, 4.

CORRIAS, M. A.: "L'amministrazione di sostegno e gli atti personalissimi", *Famiglia e diritto*, 2009, 3.

CORRIAS, M. A.: "L'incapacità di agire tra diritto e neuroscienze", *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2021, 2.

D'ADDONA, A. A.: "Neuroscienze e capacità di agire: nuove frontiere per il diritto privato", *Obbligazioni e Contratti*, 2019, 10.

D'AMICO, G.: "L'autonomia privata nella pianificazione successoria e la tutela del soggetto fragile", *Riv. Notariato*, 2020, 1.

DE PAOLA, S.: "La fiscalità degli strumenti della Legge "Dopo di Noi", *Contratti*, 2017, 5.

DEL RE, A.: "La valutazione della capacità in ambito giuridico: un dialogo tra diritto e neuroscienze", *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2022, 1.

DELFINO, F.: "Forma del testamento e vizi formali", *Obbligazioni e contratti*, 2016, 11.

DELLE MONACHE, S.: *Diritto a morire e eutanasia. Profili costituzionali e civilistici*, Torino, Giappichelli, 2010.

DI GIOVANNI, A.: "Le nuove tecnologie per la redazione del testamento: profili problematici e prospettive", *Dir. famiglia e delle persone*, 2021, 1.

DI MAIO, G. P.: "La protezione degli adulti nel diritto internazionale privato italiano", *Dir. Famiglia e delle Persone*, 2016, 2.

DI MARZO, F.: "I mandati di protezione futura: una prospettiva di riforma per l'Italia", *Riv. Dir. Priv.*, 2019, 4.

D'ONOFRIO, F.: "La fiscalità degli atti destinati alla tutela delle persone con disabilità grave", *Famiglia e Diritto*, 2017, 6.

FERRANDO, G.: "Autonomia e disabilità: il Tribunale di Varese apre nuove prospettive, nota a Trib. Varese 8 ottobre 2012", *Fam. pers. succ.*, 2013, 2.

FERRANDO, G.: "I soggetti della successione", in AA.VV.: "*Diritto delle successioni*", (a cura di A. GAMBARO e F. DELFINI), Torino, Giappichelli, 2018.

FERRANDO, G.: "La capacità di autodeterminarsi e il diritto delle successioni", *Fam. pers. succ.*, 2023, 2.

FERRANDO, G.: "La valutazione della capacità nel diritto civile e le acquisizioni scientifiche", *Fam. pers. succ.*, 2020, 4.

FERRANDO, G.: "L'amministrazione di sostegno tra presente e futuro", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 5.

FERRANDO, G.: "Le disposizioni anticipate di trattamento. Commento alla l. 219/2017", *Nuove leggi civ. comm.*, 2018.

FERRANDO, G.: "Le disposizioni anticipate di trattamento", *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2018, 2.

FERRARA, F. JR., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, Giuffrè, 1964

FERRARI, A.: "Testamento e capacità", in AA.VV.: *"Trattato di diritto civile e commerciale"* (diretto da A. CICU e F. MESSINEO), vol. XXXVIII, Milano, Giuffrè, 2009.

FERRARI, A.: "Invalidità del testamento", in AA.VV.: *"Il codice civile. Commentario"* (a cura di P. SCHLESINGER e F. D. BUSNELL), Milano, Giuffrè, 2010.

FERRARI, A.: "Testamento e circonvenzione", *Riv. Dir. Civ.*, 2018, II.

FERRARI, F.: "La tutela del *Dopo di noi*" nel diritto italiano", *Contratti*, 2017, 3.

FERRARI, M.: *Il modello ICF e il diritto*, Torino, Giappichelli, 2014.

FERRARI, P. M.: "Il trust e la Legge sul *Dopo di noi*", *Trust e attività fiduciarie*, 2017, 2.

FERRUCCI, P.: "L'azione di annullamento del testamento", *Riv. Dir. Civ.*, 2016, I.

FIANDACA, G. – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, VIII ed., Bologna, Zanichelli, 2021.

G. AMADIO, "L'amministrazione di sostegno e il diritto di testare", *Riv. Notariato*, 2005, 5.

GAETANO, M.: "I fondi speciali e la legge sul *"Dopo di noi"*", *Giust. Civ.*, 2018, I.

GAETANO, M.: "Il fiduciario nelle DAT", *Famiglia e Diritto*, 2019, I.

GASPARRE, M.: "Le DAT nel contesto internazionale privato", *Dir. Famiglia e delle Persone*, 2018, 3.

GASPARRE, M.: *La legge sul "Dopo di noi"*, Torino, Giappichelli, 2017.

GAZZONI, F.: *Manuale di diritto privato*, XX ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021.

GIACOBBE, A.: *L'incapacità naturale. Accertamento e conseguenze*, Torino, Giappichelli, 2017.

GORI, P.: *Il testamento e l'indebita influenza: profili civilistici e penalistici*, Torino, Giappichelli, 2020.

GORLA, G.: "Il testamento", in AA.VV.: *"Trattato di diritto civile e commerciale"* (diretto da A. CICU e F. MESSINEO), vol. XXXIX, Milano, Giuffrè, 1968.

LENER, G.: *Le disposizioni testamentarie rimesse all'arbitrio altrui*, Napoli, Jovene, 1990.

LUPOI, F. R.: "Il guardiano nel trust *Dopo di noi*", relazione al Convegno "Il Trust in Italia: Bilanci e Prospettive".

LUPOI, F. R.: "Il trust nella legge n. 112 del 2016 in favore delle persone con disabilità grave", *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, I.

LUPOI, F. R.: "La specialità del trust per il Dopo di Noi", Relazione al Convegno "Il trust una nuova soluzione per il Dopo di Noi", Roma, 25 settembre 2015.

LUPOI, F. R.: *Dopo di noi: con il "trust" voce e futuro alle persone disabili*, Audizione alla Camera (consultabile anche online su portali come Oltre il Labirinto, Superando, ecc.).

LUPOI, M.: *Trusts*, VI ed., Milano, Giuffrè, 2018.

MANNA, L. V.: "Il divieto di ricevere per testamento e la posizione dell'amministratore di sostegno", *Notariato*, 2013, 2,

MARCHETTI, F.: "Le misure di protezione degli adulti nel diritto internazionale privato: profili problematici", *Riv. Notariato*, 2015, 6.

MENGOLI, G. C.: "La Nuova Disabilità: profili civilistici e previdenziali del D.Lgs. 62/2024", *Diritto.it*, 2024 (online).

MIRABELLI, G.: "Dei contratti in generale", in AA.VV.: *"Commentario del codice civile"*, Torino, UTET, 1980.

MOISO, A.: *Il trust autodichiarato*, Torino, Giappichelli, 2012.

MONTALDO, L.: "Le DAT e le nuove forme di espressione della volontà del paziente fragile", *Riv. It. Med. Legale*, 2019, 4.

MONTALDO, L.: "Le DAT e le nuove forme di espressione della volontà del paziente fragile," *Riv. It. Med. Legale*, 2019, 4.

MOSCONI, L. – MORSELLO, C. D.: *Diritto internazionale privato e processuale*, VI ed., Torino, Giappichelli, 2019.

NATOLI, U.: "Il testamento", in AA.VV.: "*Trattato di diritto civile*" (diretto da F. VASSALLI), Torino, UTET, 1968.

PALAZZO, E.: "Il trust nel Dopo di noi", *Famiglia e Diritto*, 2017, 7.

PALAZZO, E.: *L'amministrazione di sostegno. Commento alla Legge 9 gennaio 2004*, n. 6, Padova, Cedam, 2004.

PALAZZO, F.: "Autodeterminazione e dignità della persona: la legge 219/2017", *Rivista di diritto civile*, 2018, I.

PALMA, G.: "L'incapacità del socio nelle società di persone e di capitali", *Società*, 2015, 7.

PARRELLA, G.: "Profili fiscali della Legge "Dopo di noi", *Riv. Dir. Tributario*, 2017, 4.

PATTI, S.: "Le disposizioni anticipate di trattamento", in *Il codice civile. Commentario*, a cura di F. Carbone, Milano, Giuffrè, 2019.

PATTI, S.: "Le successioni e le donazioni", in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, Utet, 2009.

PERLINGIERI, P.: *Manuale di diritto civile*, IX ed., Napoli, ESI, 2020.

PROIETTI, P.: "Il testamento olografo: vantaggi e rischi", in *Notariato*, 2019, 3.

PUCCI, S.: "La validità del testamento dell'infermo di mente", *Giust. civ.*, 2011, I.

PUCCI, S.: "I vizi della volontà testamentaria", *Giur. it.*, 2015, I.

RESCIGNO, P. : *Manuale del diritto privato*, XIV ed., Napoli, ESI, 2021.

RESCIGNO, P. F.: "Forme della volontà e tutela della persona fragile: il caso delle DAT", *Notariato*, 2018, 5.

RODOTÀ, S.: *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, 2012.

ROMANO, M.: "I delitti contro il patrimonio", in *Trattato di diritto penale* (diretto da G. MARINUCCI e E. DOLCINI), vol. 8, Padova, Cedam, 2014.

ROPPO, V.: "Il contratto", in AA.VV.: "Trattato di diritto privato" (a cura di G. IUDICA e P. ZATTI), Milano, Giuffrè, 2001.

ROPPO, V.: *Diritto privato*, V ed., Torino, Giappichelli, 2021.

RUFFOLO, U.: *L'amministrazione di sostegno*, Bologna, Il Mulino, 2015

RUGGERI, F.: "L'amministrazione di sostegno e il testamento", *Contratti*, 2013, 11.

RUTA, A.: "La procura *post mortem* e la pianificazione successoria", *Notariato*, 2010, 4.

SANTORO, A.: "Capacità di intendere e di volere e testamento", *Obbligazioni e contratti*, 2005, 5.

SCALIA, F.: "Il Certificato Unico di Disabilità: prime applicazioni e criticità del D.Lgs. 62/2024", *Foro Italiano*, 2024, 9, I.

SCAMARDELLA, C.: "Consenso informato e rifiuto delle cure", *Responsabilità civile e previdenza*, 2019, 5.

STANZIONE, P.: "La Legge *Dopo di Noi*: un primo bilancio e nuove prospettive", *Famiglia e Diritto*, 2018, 5.

SUTTI, B. C.: "Il testamento biologico e le DAT", *Riv. Dir. Civ.*, 2018, I, 189 ss.

TANZI, S.: "Il trust e il suo impiego per la tutela del disabile", *Notariato*, 2016, 5.

TRABUCCHI, P.: *Istituzioni di diritto civile*, L ed., Padova, Cedam, 2021.

VACCARO, V.: *La segregazione patrimoniale nel trust*, Torino, Giappichelli, 2010.

VASSALLI, F.: *Le successioni e le donazioni*, Torino, UTET, 1999.

VECCHIO, M.: "La riforma dell'accertamento della disabilità. Prime riflessioni sul D.Lgs. 62/2024", *Responsabilità civile e previdenza*, 2024, 7-8.

VISINTINI, G.: "I diritti del paziente e il fiduciario nelle DAT", *Contratti*, 2018, 2.

VISINTINI, G.: *La legge sul "Dopo di noi". Profili civilistici e fiscali*, Padova, Cedam, 2017.

ZAMBURLIN, A.: "Il testamento del beneficiario di amministrazione di sostegno", *Fam. pers. succ.*, 2018, 5.

ZAMBURLIN, A.: "La pianificazione patrimoniale in vista dell'incapacità", *Notariato*, 2017, 3.

ZATTI, P. – COLUSSI, V.: *Successioni e donazioni*, II ed., Padova, Cedam, 2018.

ZATTI, P.: "Il diritto alla salute e il problema dell'eutanasia", *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2015, 3.

PROFILI RICOSTRUTTIVI E DOGMATICI IN TEMA DI
SUCCESSIONE NECESSARIA: TRA SOLIDARIETÀ FAMILIARE
MODERNA E DIRITTI DEI LEGITTIMARI

*RECONSTRUCTIVE AND DOGMATIC PROFILES ON THE MATTER
OF NECESSARY SUCCESSION: BETWEEN MODERN FAMILY
SOLIDARITY AND LEGITIMATE RIGHTS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 708-749



Giuseppe Maria
MARSICO

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de febrero de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

RESUMEN: L'analisi della complessa disciplina della successione necessaria non può esimersi dall'indagare i relativi fondamenti dogmatici, nonché il suo rapporto con la distinta species di successione legittima. Il riferimento alla solidarietà familiare moderna, quale giustificazione della tutela dei legittimari, infatti, deve essere reinterpretato alla luce dei moderni principi e dei valori costituzionali che si sono cristallizzati nella recente riforma del diritto di famiglia. Inoltre, l'individuazione del diverso fondamento della successione necessaria può consentire all'interprete di risolvere più adeguatamente le tensioni ermeneutiche derivanti dai rapporti con la successione testamentaria e le criticità che si presentano con riferimento alla certezza dei traffici giuridici, con particolare riguardo ai confini dell'autonomia testamentaria.

PALABRAS CLAVE: Successione necessaria; autonomia testamentaria; tutela dei legittimari; diritto di famiglia; ordine pubblico.

ABSTRACT: *The analysis of the complex discipline of necessary succession cannot avoid investigating the related dogmatic foundations, as well as its relationship with the distinct species of legitimate succession. The reference to modern family solidarity, as a justification for the protection of legitimate heirs, must in fact be reinterpreted in the light of the modern principles and constitutional values that have crystallized in the recent reform of family law. Furthermore, the identification of the different basis of the necessary succession can allow the interpreter to more adequately resolve the hermeneutic tensions deriving from the relationships with the testamentary succession and the critical issues that arise with reference to the certainty of legal transactions, with particular regard to the boundaries of the testamentary autonomy.*

KEY WORDS: *Necessary succession; testamentary autonomy; protection of legitimate heirs; family law; public order.*

SUMARIO.- I. BREVI CENNI SULLE ORIGINI DELLA SUCCESSIONE NECESSARIA: TRA AUTONOMIA TESTAMENTARIA, TUTELA DEI LEGITTIMARI E ORDINE PUBBLICO. - II. SULLA CONFIGURABILITÀ DELLA SUCCESSIONE NECESSARIA QUALE *TERTIUM GENUS*. - III. SULLE PECULIARITÀ DEL DIRITTO ATTRIBUITO AL LEGITTIMARIO: LA *QUERELLE* TRA NATURA REALE ED OBBLIGATORIA. - IV. SULLA SUCCESSIONE NECESSARIA NEL DIRITTO ROMANO, NEI PAESI DI *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*. - V. BREVI RIFLESSIONI CONCLUSIVE IN CHIAVE CRITICA IN TEMA DI SUCCESSIONE NECESSARIA: UNA QUESTIONE APERTA.

I. BREVI CENNI SULLE ORIGINI DELLA SUCCESSIONE NECESSARIA: TRA AUTONOMIA TESTAMENTARIA, TUTELA DEI LEGITTIMARI E ORDINE PUBBLICO.

Sulla scorta di una tesi ermeneutica che valorizza il criterio sistematico, si evince che nel diritto positivo vigente la legittima costituisce un'attribuzione patrimoniale suscettibile di essere composta da una pluralità di negozi di liberalità, aventi struttura causale diversa, pur se rientranti nell'ampio *genus* delle liberalità, ma tutti caratterizzati dall'essere ascrivibili alla complessiva funzione di integrare e/o comporre la legittima.

Il principio della intangibilità della legittima, invero, non è, tuttavia, condiviso da tutti i Paesi maggiormente sviluppati, poiché esso risulta essere pressoché ignorato dai Paesi dell'area giuridica anglosassone, i cui ordinamenti sono maggiormente propensi a tutelare l'opposto principio dell'assoluta libertà di ciascuno di disporre delle proprie sostanze per il tempo in cui avrà cessato di vivere.

Solo in epoca relativamente recente, nel Regno Unito, sono stati introdotti temperamenti alla libertà testamentaria con l'*Inheritance Provision for Family and Dependants Act* del 1975, in base al quale il giudice può, discrezionalmente, disporre provvedimenti patrimoniali a favore dei congiunti del defunto, in ragione delle necessità di mantenimento. Ma, in tal caso, è evidente che non si tratta di una vera e propria quota di riserva, poiché essa non è predeterminata, ma dipende dalla valutazione discrezionale del giudice.

Con il termine successione necessaria, dottrina e giurisprudenza indicano, sinteticamente, quella branca del diritto delle successioni disciplinata dal Capo X del Titolo I del Libro delle successioni del Codice Civile, intitolato *Dei legittimari*¹.

¹ Un approfondito esame è compiuto da BELVIS, E.: *La successione necessaria tra storia e riforme*, *Cultura giuridica e rapporti civili*, ESI, 2013, pp. 234 e ss. Vedasi anche MAGLIULO, F.: "La legittima quale attribuzione

• Giuseppe Maria Marsico

Dottorando di Ricerca in Diritto Privato e dell'Economia presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata e Funzionario Giuridico-Economico-Finanziario. E-mail: giuseppemaria.marsico@students.uniroma2.eu, giuseppe.marsico@alumni.luiss.it

Peraltro, il legislatore introduce e inquadra il tema, sin dall'art. 457 c.c., delle disposizioni generali delle successioni, che a proposito di delazione dell'eredità, ovvero offerta dell'eredità, stabilisce, al comma 3, che "le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari". Per mettere a fuoco la problematica, occorre fare un passo indietro ed esaminare integralmente l'art. 457 c.c. Con i primi due commi, il legislatore ha sancito, innanzitutto, una prevalenza della successione testamentaria su quella legittima².

Pertanto, le vicende di un patrimonio, a seguito della morte del suo titolare, dipenderanno, in primo luogo, da ciò che egli ha previsto quando era ancora in vita. Soltanto nell'ipotesi in cui non dovesse risultare alcuna manifestazione di volontà in tal senso, o le statuizioni in essa contenute dovessero essere insufficienti, si farà luogo alla successione legittima, ovvero il patrimonio sarà ripartito secondo quanto previsto, in linea generale, dal legislatore³. Ma il terzo comma citato pone

patrimoniale policausale. Contributo ad una moderna teoria della successione necessaria", *Riv. not.*, 2010, p. 3, pp. 533 ss.; AMADIO, G.: voce "Contrattualità successoria", *Enc. dir., Contratto*, Milano, 2021, pp. 486 e ss.; AA.VV., *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, Milano, 2009; BIGLIAZZI GERI, L. - BRECCIA, U. - BUSNELLI, F.D. - NATOLI, U.: "Diritto civile", 4, *Le successioni a causa di morte*, Torino, 1996; CAVALLUCCI, F. - VANNINI, A.: *La successione dei legittimari*, Torino, 2006; GROSSO, G. - BURDESE, A.: "Le successioni, Parte generale", *Tratt. Vassalli*, XII, I, Torino, 1977; CASULLI, V.R. - CASULLI, G.V.: voce "Successione necessaria", *Noviss. Dig. It., Appendice VII*, Torino, 1987, pp. 631 ss.; PANDOLFELLI, G. - SCARPELLO, G. - STELLA RICHTER, M. - DALLARI, G.: *Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni. Illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*, Milano, 1939; ALLARA, M.: *La successione familiare suppletiva*, Torino, 1954; ANDRINI, M.C.: voce "Legittimari", *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1990; AZZARITI, G.: *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990; ID - A. IANNACCONE, A.: "Successione dei legittimari e successione dei legittimi", *Giur. sist. civ. e comm.*, Torino, 1997, III ed.; BARASSI, L.: *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1944, II ed.; BETTI, E.: *Appunti di diritto civile. Parte generale delle successioni*, Milano, 1928; BIANCA, C.M.: "Diritto civile", II, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005, IV ed.; BONILINI, G.: *Nozioni di diritto ereditario*, Torino, 1986; ID., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2006; A. BUCELLI, *I legittimari*, Milano, 2002; CANNIZZO, M.: "Principi generali sui legittimari", in *Le successioni, II, Successioni legittime e necessarie*, in CENDON, P. (a cura di): *Il diritto privato nella giurisprudenza*, Torino, 2000, pp. 3 ss.; CANTELMO, V.E.: *I legittimari*, Padova, 1991; ID.; "I beneficiari della riserva", in *Successioni e donazioni*, a cura di RESCIGNO, P., I, Padova, 1994; CANTELMO, V.E.: "L'istituto della riserva", in RESCIGNO, P. (a cura di) *Successioni e donazioni*, I, Padova, 1994, 465 ss.; CAPOZZI, G.: *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, III ed.; CARIOTA FERRARA, L.: *Le successioni per causa di morte*, Napoli, 1977; CATTANEO, G.: "La vocazione necessaria e la vocazione legittima", in RESCIGNO, P. (a cura di) *Tratt. dir. priv.*, dir. da, 5, *Successioni*, Torino, 1997, II ed., pp. 421 ss.; CICU, A.: *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1947; COVIELLO JR., L.: *Successione legittima e necessaria*, Milano, 1938; DE RUGGIERO, R.: "Diritto ereditario", in *Istituzioni di diritto civile*, III, Messina-Milano, 1935; FERRARA, F.: "La figura del legittimario", *Giur. it.*, 1923, IV; FERRI, L.: "Dei legittimari", in *Comm. cod. civ.*, a cura di SCIALOJA, A. - BRANCA, G., Bologna-Roma, 1981, 7, II ed.; FUNAIOLI, C.A.: "La successione dei legittimari", *Riv. dir. civ.*, 1965, I, pp. 30 ss.; GABRIELLI, G.: "Dei legittimari", in *Comm. dir. it. della famiglia*, dir. da CIAN, G. - OPPO, G. - TRABUCCHI, A. V, Padova, 1992; GIATTANASIO, C.: "Delle successioni. Disposizioni generali. Successioni legittime", in *Comm. Utet*, Torino, 1971; C. ID., voce "Successione", IV) *Successione necessaria*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993; MENGONI, L.: "Successioni per causa di morte. Parte generale. La successione necessaria", in CICU, A. - MESSINEO, F. (diretto da): *Tratt. dir. civ. comm.*, L., Milano, 2000; NAPPA, S.: *La successione necessaria*, Padova, 1999; NICOLÒ, R.: *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934; PALAZZO, A.: voce "Successione", IV, *Successione necessaria*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1997; PALAZZO, A.: "Le successioni", in *Tratt. dir. priv.*, a cura di IUDICA, G. - ZATTI, P., I, Milano, 2000; PINO, A.: *La tutela del legittimario*, Padova, 1954, I; PORCELLA, A.: *La tutela dei legittimari*, Milano, 1969; SANTORO PASSARELLI, F.: "Dei legittimari", in *Comm. cod. civ.*, *Libro delle successioni per causa di morte e donazioni*, a cura di D'AMELIO, M. - FINZI, E., Firenze, 1941, pp. 263 ss.; TAMBURRINO, G.: voce "Successione necessaria (diritto privato)", in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990; TULLIO, A.: *La successione necessaria*, in: BONILINI, G. (diretto da) *Successioni e donazioni*, Torino, 2011; STOLFI, G.: "Art. 536", in CARRARO, L. - OPPO, G. - TRABUCCHI (a cura di): *Comm. riforma del dir. di famiglia*, Padova, 1997, I, 2; VENEZIAN, G.: *Le successioni per causa di morte*, Messina, 1920.

2 AMADIO, G.: voce "Contrattualità successoria", in *Enc. dir.*, Milano, 2021, pp. 486 e ss.

3 Il polimorfismo causale della legittima si manifesta anche in altre fattispecie, che rendono, se possibile, ancora più singolare la posizione del legittimario. Più precisamente può accadere che le donazioni e/o i legati

un limite alla successione testamentaria, in quanto questa non può in alcun modo pregiudicare i diritti inderogabili che la legge riserva ai legittimari.

Quindi, col termine successione necessaria si fa riferimento alla successione dei legittimari, cioè quei soggetti ai quali la legge riserva una quota di eredità o altri diritti nella successione (art. 536 c.c.); essi possono essere chiamati alla medesima anche contro la stessa volontà del testatore. Da ciò si deduce il contenuto pubblicistico della disposizione *de qua*. L'elencazione dei legittimari è tassativa: essa comprende una serie di categorie di soggetti che sono anche successibili legittimi, ossia coloro i quali, in assenza di testamento, sono chiamati alla successione, in applicazione della disciplina dettata dal legislatore. Ma non si tratta di una duplicazione di attribuzione, poiché la qualifica di legittimario rileva solo quando la successione legittima non dovesse essere sufficiente a trasmettergli quanto gli spetta a titolo di riserva.

Da un punto di vista eminentemente terminologico, è importante rilevare come il legislatore non parli mai di successione necessaria - termine invece largamente usato dalla dottrina⁴ e dalla giurisprudenza - ma usi frequentemente il verbo "riservare" ed il sostantivo "riserva", al fine di esprimere l'idea dell'intangibilità di quanto spetta ai legittimari, porzione chiamata nel Codice anche legittima. Storicamente, si rinvencono due *species* di patti successori⁵, nel diritto romano e

non in sostituzione della legittima ricevuta dal legittimario non soddisfa del tutto la quota di riserva. In tali casi si tratta di liberalità in conto di legittima. Va peraltro preliminarmente osservato che la materia del legato in conto di legittima è caratterizzata da una notevole confusione interpretativa, che ne rende assai ostico lo studio. La figura del legato in conto di legittima è, infatti, spesso identificata in via esclusiva con il legato disposto, senza ulteriore specificazione, in favore del legittimario che sia pretermesso come erede, onde egli potrebbe conseguire il legato ed agire in riduzione per chiedere l'integrazione, diversamente da quanto previsto per il legato in sostituzione di legittima, ovvero rinunciare al legato e chiedere la legittima, questa volta in analogia con quanto disposto per quest'ultima figura ed in conformità al principio generale secondo cui il legatario non è obbligato ad accettare il legato (52). Ma a ben vedere siffatta definizione del legato in conto di legittima appare fuorviante, atteso che il diritto positivo non esclude che essa ricorra anche laddove il legato sia disposto a favore del legittimario che sia comunque chiamato come erede. Ed anzi l'unica figura di legato qualificato espressamente dal codice come legato in conto della legittima è prevista dall'art. 552 c.c., proprio con riferimento all'ipotesi in cui il legittimario sia anche chiamato all'eredità. Dunque può accadere innanzitutto, come si è detto, che il legato a favore del legittimario sia disposto laddove il *de cuius* abbia pretermesso il legittimario come erede, onde egli abbia l'onere di agire in riduzione per ottenere un completo soddisfacimento della legittima.

4 CANNIZZO, M: "Principi generali sui legittimari", in *Le successioni*, II, *Successioni legittime e necessarie*, cit.; GIATTANASIO, C.: "Delle successioni. Disposizioni generali. Successioni legittime", in *Comm. Utet*, Torino, 1971; *Id.*, voce "Successione", IV, "Successione necessaria", in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993; MENGONI, L.: "Successioni per causa di morte. Parte generale. La successione necessaria", in *CICU*, A. - F. MESSINEO, F. (diretto da): *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 2000; NAPPA, S.: *La successione necessaria*, Padova, 1999; NICOLÒ, R.: *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934; PALAZZO, A.: voce "Successione", IV, "Successione necessaria", in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1997; TAMBURRINO, G., voce "Successione necessaria (diritto privato)", cit. pp. 32 ss.

5 Nell'ordinamento tedesco il legislatore, seguito dai legislatori svizzero e austriaco, ha ritenuto di dover limitare la libertà di disporre per testamento, e proprio nella sua espressione più emblematica, l'esercizio del potere di revoca, a vantaggio della serietà degli impegni assunti dal *de cuius*, per una migliore tutela dei suoi stessi interessi. Ciò spiega perché il BGB disciplini, accanto al testamento [si valuti che in Germania è ammesso il testamento congiuntivo (*gemeinschaftliches Testament*) a coniugi e a conviventi registrati (par. 2265: *Ein gemeinschaftliches Testament kann nur von Ehegatten errichtet werden*), l'*Erbvertrag*, contratto ereditario (che consente al disponente/*Erblasser* di ricorrervi per istituire eredi (*Erbeinsetzung*, disporre legati/*Vermächtnisse*, imporre oneri/*Auflagen*), caratterizzato dall'irrevocabilità e con struttura e funzione

nel diritto consuetudinario: esse hanno dato origine all'istituto della legittima così come si caratterizza ai giorni nostri. Nel diritto romano l'istituto da richiamare è la legittima⁶.

Inizialmente, il soggetto che aveva persone sottoposte alla sua *potestas* non poteva fare testamento e si apriva la successione legittima. I soggetti destinatari del patrimonio del *de cuius* erano detti *heredes necessarii*. La necessità risiedeva nel fatto che questi acquistassero l'eredità automaticamente, senza bisogno di accettazione e senza alcuna possibilità di rinunziarvi. Successivamente, venne consentito al *pater familias*, allo stesso tempo, sia di istituire eredi soggetti estranei alla famiglia, sia, parimenti, di concentrare l'eredità su uno o più familiari a scapito degli altri. Quindi, sostanzialmente, si affermò il principio opposto di piena libertà di testare. Il meccanismo attraverso il quale l'ereditando poteva escludere alcuni familiari era la diseredazione nel negozio testamentario, nei fatti un onere sostanzialmente formale. L'istituto della diseredazione era nato con l'intento di escludere dalla successione prossimi congiunti ingrati ed irrispettosi verso il testatore, ma venne presto utilizzato ad altri fini. Qualora taluno di questi soggetti fosse stato *praeteritus*, ovvero non fosse stato formalmente diseredato, il testamento sarebbe stato nullo e si sarebbe aperta la successione intestata, così come il testamento sarebbe stato nullo in presenza di una diseredazione di un *necessarius*, ritenendosi frutto di insanità mentale. In quest'ultimo caso il *necessarius* avrebbe dovuto esperire la querela *inofficiosi testamenti* per far dichiarare la nullità per vizio di mente, ed in quel caso si sarebbe aperta la successione legittima.

In seguito, vi fu un ulteriore allargamento del perimetro dei diritti dei familiari, i quali poterono impugnare il testamento contenente un lascito troppo esiguo in favore di un *necessarius*: era considerato troppo esiguo il lascito inferiore ad un quarto dei beni ereditari. Tuttavia, relativamente a tale ipotesi si iniziò ad

di atto *mortis causa* [parr. 2274, ove si legge che la persona, della cui successione si tratta, può concludere solo personalmente un contratto successorio (*Der Erblasser kann einen Erbvertrag nur persönlich schließen*) 2278, a tenore del quale in un contratto successorio ciascuno dei contraenti può ordinare disposizioni di tipo contrattuale a causa di morte (*In Einem Erbvertrag kann jeder der Vertragschließenden vertragsmäßige Verfügungen von Todes wegen treffen*), e 2346, secondo cui i parenti così come il coniuge della persona, della cui successione si tratta, possono rinunziare al loro diritto successorio legittimo mediante contratto con la persona, della cui successione si tratta (*Verwandte sowie der Ehegatte des Erblassers können durch Vertrag mit dem Erblasser auf ihr gesetzliches Erbrecht verzichten*).

La nozione francese di patto successorio abbraccia una fenomenologia ampia, ove rientrano contratti, atti unilaterali, testamenti congiuntivi e reciproci. L'esperienza francese, contrassegnata da una tradizione di favore verso i patti successori, rivela una decisa tendenza al ridimensionamento del divieto, con interventi legislativi che introducono sensibili eccezioni al principio della nullità dei patti nel campo del diritto societario ed in quello della tutela dei riservatari.

- 6 Vedasi ancora DE BELVIS, E.: *La successione necessaria tra storia e riforme, Cultura giuridica e rapporti civili*, ESI, 2013, pp. 234 e ss; PUGLIESE, G.: *Istituzioni di diritto romano*, con la collaborazione di SITZIA, F. - VACCA, F., Torino, 1998; SANGUINETTI, A.: *Dalla Querella alla Portio legitima: Aspetti della successione necessaria nell'epoca tardo imperiale e giustiniana*, Milano, 1996; AA.VV., "Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni", cit., III, *La successione legittima*, I, p. 7; LAMBERTINI, R.: *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2006, pp. 459 ss.; MENGONI, L.: *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, cit., pp. 4 ss.; TAMBURRINO, G.: voce "Successione necessaria (diritto privato)", cit., p. 1349; TULLIO, A.: *La successione necessaria*, cit., pp. 214 ss.

avvertire l'iniquità del rimedio della *querela inofficiosi testamenti*, in quanto era ingiusto che per tale esiguità venisse dichiarata la totale nullità del testamento, con la conseguente esclusione integrale dell'erede testamentario.

Così venne creato il rimedio manutentivo-conservativo dell'*actio ad supplendam legitimam*⁷. In quest'ultimo caso, il testamento non si sanzionava con la nullità, in forma anelastica, pur ritenendo che il testatore avesse violato l'*officium pietatis* verso i prossimi congiunti, ovvero un dovere di affetto e di assistenza nei confronti del soggetto *praeteritus* o beneficiario di una quota considerata insufficiente. Si trattava di una vera e propria azione volta a reintegrare la *portio legitima* lesa dal testatore. Con la medesima si faceva riferimento a quella quantità di beni che sarebbe spettata al familiare se si fosse aperta la successione *ab intestato*, ovvero pari ad un quarto dell'asse ereditario. Si trattava, in altri termini, non di una quota di eredità⁸, ma di una *pars bonorum*, ossia una frazione ideale dell'utile netto che il *necessarius* avrebbe conseguito se l'ereditando fosse morto intestato. La limitazione della libertà del testatore aveva, come anticipato, una *ratio* assistenziale e alimentare, partendo dal presupposto morale che l'ereditando dovesse continuare ad assicurare ai *necessarii* ciò di cui avevano bisogno per il loro sostentamento quotidiano.

Con quest'ultima azione non veniva meno il testamento, né si aprivano contemporaneamente successione testamentaria ed intestata (anche perché, com'è noto nel diritto romano *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*), ma il *necessarius* conseguiva quella *pars bonorum* necessaria ad integrare la sua *portio legitima*. Peraltro, come ai giorni nostri, si poteva arrivare a ledere la *portio legitima* anche mediante donazioni effettuate in vita dal testatore, perciò sorse la *querela inofficiosae donationis*, finalizzata a far cadere la donazione nella parte in cui risultasse lesiva della *portio legitima* medesima⁹. Nel diritto consuetudinario,

7 MENGONI, L.: *Successione per causa di morte. Successione necessaria*, cit., p. 231; in senso conforme anche CANTELMO, V.E.: "L'istituto della riserva", in AA.VV., *Successioni e donazioni*, cit., p. 537; CARBONE, V.: voce "Riduzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie lesive della legittima", cit., p. 617; PINO, A.: *La tutela del legittimario*, cit., p. 63; TAMBURRINO, G.: voce "Successione necessaria (dir. priv.)", cit., p. 1368, p. 203; FERRI, L.: *Dei legittimari*, cit., p. 248, p. 204; BONILINI, G.: *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 154; MENGONI, L.: *Successione per causa di morte. Successione necessaria*, cit., 230 s.; in giurisprudenza v. Cass. Civ. 6 marzo 1992, n. 2708, in *Vita not.*, 1992, p. 1215; Cass. Civ. 19 giugno 1981, n. 4024, in *Mass. Giust. civ.*, 1981, p. 1424; Cass. Civ. 19 novembre 1973, n. 3098, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 1041.

8 Gli effetti della sentenza di riduzione sono pacificamente ritenuti retroattivi. Tuttavia si discute se essi retroagiscano al momento dell'apertura della successione o al momento della proposizione della domanda. Nel primo senso pare decisiva la circostanza che il diritto a conseguire la quota di legittima sorga al momento dell'apertura della successione, perché è da quel giorno che le disposizioni e le donazioni possono rivelarsi lesive della quota di riserva, e questo è proprio il presupposto dell'azione di riduzione. Quindi quest'ultima rimuoverebbe gli effetti lesivi da questo momento. I sostenitori della seconda tesi argomentano sulla base del secondo comma dell'art. 561 c.c., secondo il quale i frutti devono essere restituiti solo dal giorno della proposizione della domanda giudiziale, ma questo principio non può essere generalizzato per tutti gli effetti dell'azione di riduzione. Infatti, costituisce principio generale in materia che l'inefficacia sopravvenuta del titolo sul quale si fonda il godimento di un bene, non dipendente da cause di nullità, annullabilità o altri vizi, non pregiudichi gli atti di godimento anteriori.

9 PUGLIESE, G.: *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 560 ss.; TAMBURRINO, G.: voce "Successione necessaria (dir. priv.)", cit., p. 1352; DALLA, D. - LAMBERTINI, R.: *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2006, III ed., pp. 459 ss.;

anziché da un principio di piena libertà di testare, si partì da un opposto divieto assoluto di testare. La *ratio* del divieto si rinveniva nella concezione solidaristica della famiglia che, a livello patrimoniale, si traduceva nel principio germanico di proprietà familiare, in virtù del quale bisognava innanzitutto tutelare il lignaggio, ovvero salvaguardare la posizione economica e sociale della famiglia, impedendo radicalmente l'uscita di qualche cespite dal patrimonio familiare. Lo scopo era quello di evitare la polverizzazione del patrimonio familiare. L'istituto di diritto ereditario attraverso il quale si realizzava tale risultato era detto *réserve*. Peraltro, la *réserve* non colpiva tutti i beni facenti capo al *de cuius*, ma esclusivamente quelli che questi aveva ricevuto per successione o per donazione, i c.d. *propres*.

Si trattava quindi di una *pars hereditatis* che doveva spettare agli eredi di sangue e che era assistita da un'azione reale.

Le prime aperture vi furono in conseguenza dell'affermarsi della Chiesa cattolica: infatti prima fu consentito al *de cuius* di attribuire parte dei propri beni ad *ecclesiam pro redemptione animae suae*, successivamente venne riconosciuta la facoltà di testare per parte dei propri beni, in un primo momento solo *pro anima*, cioè come unica beneficiaria la Chiesa.

Solo in un secondo momento, vi fu un ulteriore allargamento in favore di qualunque estraneo. Pian piano, l'istituto della *réserve* fu messo da parte, quanto meno nella sua originaria configurazione, in primo luogo, perché i *propres* erano sempre meno consistenti ed il loro valore, se confrontato con la ricchezza generata da produzione e commercio, era sempre più basso.

Ciò avveniva, in secondo luogo, perché l'entità della *réserve* poteva essere ridotta da atti di liberalità tra vivi.

Questo contesto si prestò ad una contaminazione romana con l'istituto della legittima¹⁰; quindi, si realizzò un affiancamento dei due principi che presiedevano ai due istituti originari: il principio della proprietà familiare, che mirava alla salvaguardia del patrimonio familiare, ed il principio del dovere morale di assistenza

AMADIO, G.: "La successione necessaria tra proposte di abrogazione ed istanze di riforma", *Riv. not.*, 2007.

10 MENGONI, L.: *Successione per causa di morte. Successione necessaria*, cit., pp. 348 ss., il quale osserva come l'art. 550 prenda in considerazione una particolare e speciale ipotesi di potenziale lesione dei diritti del legittimario, apprestando un adeguato meccanismo di tutela, in luogo dell'azione di riduzione che non garantirebbe al legittimario il conseguimento della legittima in piena proprietà e non sarebbe in grado di assicurarne il valore, se non in modo aleatorio; CAPOZZI, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 485, il quale in proposito alla nt. 1036 richiama Cass. Civ. 18 gennaio 1995, n. 511, secondo cui "La norma di cui all'art. 550 (...) configura, quale diritto potestativo, una scelta (...) di cui la legge non determina la forma, con la conseguenza che essa, espressa o tacita, può essere provata anche per testimoni o per presunzioni, anche se è in questione l'usufrutto o la nuda proprietà di beni immobili. L'effettuazione di tale scelta è incompatibile con il successivo ricorso all'azione di riduzione per la diversità di presupposti, struttura e finalità delle norme di cui agli artt. 550 e 554".

familiare, della necessità di assicurare il sostentamento - a fini solidaristici - a tutti quei soggetti che dipendevano dal *de cuius* quando questi era in vita.

E, nella codificazione rivoluzionaria prima e nel codice francese del 1804, poi, con l'istituto della riserva ereditaria, si realizzò una vera e propria fusione degli istituti, poiché richiama la *réserve*, come si evince anche dal nome, ma il fondamento era quello assistenziale che rinveniamo nelle fonti romane.

II. SULLA CONFIGURABILITÀ DELLA SUCCESSIONE NECESSARIA QUALE TERTIUM GENUS.

Nel Codice del 1865 si scelse di non disciplinare, unitariamente, l'istituto della legittima, ma parte nel capo dedicato alla successione testamentaria e parte nel capo dedicato alle donazioni. La legittima, quindi, fu vista quale limite di matrice pubblicistica alla libertà di testare¹¹ e quale limite alle liberalità¹² tra vivi.

11 Questa limitazione non era contraria, ma coerente con l'obiettivo di salvaguardare il diritto di proprietà e l'autonomia privata, ovvero i principi che avevano ispirato la codificazione napoleonica. Era coerente perché volta a tutelare il sistema familiare, in quel periodo fortemente patriarcale, nel quale il capo famiglia prendeva qualsiasi decisione in campo economico e sociale. Per quanto ci riguarda, nel primo codice dello Stato unitario, facendo proprio il modello eminentemente francese, fu prevista una porzione legittima, quale limite esterno alla libertà testamentaria. Tale fusione è importante, oltretutto da un punto di vista sostanziale, anche da un punto di vista terminologico, in quanto spiega l'attuale uso dei termini legittima e riserva come sinonimi da parte del legislatore. Invece, la locuzione successione necessaria non è utilizzata dal legislatore, ma solo da dottrina e giurisprudenza, e la ragione sta nel fatto che nel nostro ordinamento non si può parlare di eredi necessari come si faceva nel diritto romano, in quanto nessuno, come allora avveniva, acquista l'eredità automaticamente, senza che rilevi la sua volontà, ma deve sempre accettare l'eredità e, se vuole, può rinunziarvi. In definitiva, nessuno è necessariamente erede.

12 Si specifica, in primo luogo, che nel nostro ordinamento giuridico non è prevista la donazione in sostituzione di legittima; eppure il motivo in virtù del quale parte della dottrina suole escluderne la possibilità non convince completamente. In effetti, se si attribuisce credito alle riflessioni che saranno approfondite successivamente, può constatarsi che questa liberalità non importa di per sé né una rinuncia al diritto di conseguire la legittima, né una rinuncia al diritto di ottenere l'eredità futura. Non si condivide la prima ipotesi, poiché, in ragione del polimorfismo e dell'eclettismo della natura causale che la connota, la legittima verrebbe soddisfatta sotto forma di donazione da imputarsi poi sull'indisponibile, ma senza che il donatario divenga erede del donante e proprietario della attinente quota di riserva legislativamente riservatagli. Neanche la seconda ipotesi pare essere condivisibile, in quanto, ove un legittimario vedesse così soddisfatte le relative pretese, potrebbe pur sempre venir nominato erede del donante ed accettando quanto offerto, acquisire la proprietà dell'inerente quota disponibile. Oltretutto, le parti non si accordano per porre in essere una donazione in sostituzione di legittima collegata ad una qualsivoglia rinuncia ai diritti di cui su, giacché se ciò malauguratamente facessero, le varie intese - in quanto patti successori - verrebbero inesorabilmente colpite dalla nullità di cui all'art. 458 c.c. A prescindere da scenari futuribili (una possibile riforma potrebbe eliminare il divieto di patti rinunciativi), si sottolinea infatti che ogni patto successorio rinunciativo mercé il quale una parte dismetta un diritto in cambio di qualcosa, è giocoforza un contratto a prestazioni corrispettive. In queste convenzioni le obbligazioni assunte delle parti sono tra loro connesse al punto che l'una costituisce il contraccambio dell'altra. Si parla in tal caso di nesso sinallagmatico fra le prestazioni nascenti dalla convenzione. Se ciò è giusto, simili patti giuridicamente non sono né possono mai qualificarsi donazioni dirette, in quanto queste ultime rientrano in altro *genus* e rappresentano evidentemente un *aliud* rispetto ai contratti a prestazioni corrispettive pure allorché si fosse innanzi alle liberalità modali. Qualora invece la donazione fosse consegnata sotto la condizione sospensiva della rinuncia di cui all'art. 557, comma 2, c.c., pare che la nullità vada circoscritta soltanto all'atto dimissivo vero e proprio senza quindi toccare la donazione che in quanto tale e non essendo un contratto a prestazioni corrispettive, non dovrebbe esserne colpita. Per evitare equivoci, non si sostiene che il divieto dei patti successori vada ristretto soltanto ai contratti a prestazioni corrispettive. Precipuamente, si rileva che il tenore letterale della norma depone per una interpretazione estensiva nella parte in cui vieta di disporre dei diritti derivanti da una successione futura; tuttavia, si ritiene che una

L'attuale sistema è, pertanto, caratterizzato dalla più ampia libertà di testare¹³, espressione dell'autonomia privata, limitata soltanto dall'esigenza di salvaguardare i diritti dei legittimari, alla luce delle innovazioni apportate dalla L. Cirinnà. Il modo di operare e gli effetti della successione necessaria dipendono dalla natura che si riconosce a tale istituto. Una ricostruzione ermeneutica di matrice tradizionalistica e dogmatica¹⁴ riteneva che la successione necessaria fosse un *tertium genus* di successione, un genere completamente autonomo di successione, con caratteri propri, tali da distinguerla sia dalla successione testamentaria che da quella legittima. Infatti, pur riconoscendo che successione necessaria e successione legittima trovano fondamento comune nella legge, sottolineavano come se ne distinguono, quanto ai destinatari, nelle quote e nella *ratio*.

La suddetta dottrina individuava tre ipotesi, oltre al caso in cui vi fosse una lesione di legittima, nelle quali si sarebbe aperta la successione necessaria: il primo caso, qualora il *de cuius* avesse istituito erede il legittimario in una quota di valore coincidente a quella riservata; il secondo, qualora avesse disposto a favore di estranei nei limiti della disponibile; ed il terzo, qualora avesse disposto in vita, con liberalità, in misura inferiore alla disponibile¹⁵, in modo tale che si sarebbe aperta solo sulla restante disponibile la successione legittima. Peraltro, tale tesi è sempre stata respinta dalla gran parte della dottrina¹⁶ e della giurisprudenza¹⁷, che hanno fermamente sostenuto che le norme sulla riserva costituiscono un limite ai modelli successori testamentario e legittimo, e che non lo assorbono mai.

donazione di tale *species* non sembra automaticamente catalogabile fra i patti successori, né istitutivi, né dispositivi e neanche rinunciativi.

13 AMADIO, G.: voce "Contrattualità successoria", in *Enc. dir.*, Milano, 2021, pp. 486 e ss.

14 DE BELVIS, E: *La successione necessaria tra storia e riforme, Cultura giuridica e rapporti civili*, ESI, 2013, pp. 234 e ss. Vedasi anche BETTI, *Appunti di diritto civile. Parte generale delle successioni*, cit., p. 36; CASULLI, V.R. - CASULLI, G.V. voce "Successione necessaria", cit., pp. 787 ss.; COVIELLO, L.: *Successione legittima e necessaria*, cit., pp. 283 ss.; DE RUGGIERO, R.: "Diritto ereditario", in *Istituzioni di diritto civile* cit., p. 511; FERRARA, F.: *La figura del legittimario*, cit., p. 131; GROSSO, G. - BURDESE, A.: *Le successioni, Parte generale*, cit., p. 85; NICOLO', R.: *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, cit., p. 23; CANNIZZO, M.: "Principi generali sui legittimari", in *Le successioni, II, Successioni legittime e necessarie*, in CENDON, P. (a cura di): *Il diritto privato nella giurisprudenza*, Torino, 2000, pp. 3 ss.; CANTELMO, V.E.: *I legittimari*, Padova, 1991; Id., "I beneficiari della riserva", in *Successioni e donazioni*, a cura di RESCIGNO, P., I, Padova, 1994; CANTELMO, V.E.: "L'istituto della riserva", in *Successioni e donazioni*, I, Padova, 1994, pp. 465 ss.; CAPOZZI, G.: *Successioni e donazioni*, Milano, 2009; CARIOTA FERRARA, L.: *Le successioni per causa di morte*, Napoli, 1977; CATTANEO, G.: "La vocazione necessaria e la vocazione legittima", in RESCIGNO, P.: *Successioni*, Torino, 1997, II ed., pp. 421 ss.; CICU, A.: *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1947.

15 In tema di azione revocatoria v. BARASSI, L. "La teoria generale delle obbligazioni", III, *L'attuazione*, Milano, 1964, pp. 974 ss.; BARBIERA, L.: "Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740- 2744", in SCHLESINGER, P.: *Cod. civ. comm.*, (diretto da), Milano, 1991; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2, Milano, 1955, pp. 180 ss.; BIGLIAZZI GERI, L.: voce "Revocatoria (azione)", in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, I ss.; CICU, A. *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948, pp. 25 ss.; COSATTINI, L. "La revoca degli atti fraudolenti", Padova, 1950, pp. 126 ss.; DISTASO, N.: "I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale", in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da BIGIARI, W., Torino, 1973.

16 CARIOTA-FERRARA, L.: *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 168; CATTANEO, G. *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., p. 426; CICU, A.: *Le successioni*, cit., p. 223; FUNAIOLI, C.A.: *La successione dei legittimari*, cit., 46; SANTORO PASSARELLI, F.: "Dei legittimari", cit., 266; VENEZIAN, G.: "Le successioni per causa di morte", cit., p. 436.

17 Cass. Civ. n. 2208/1957; per tutte Cass. Civ. 9 gennaio 1967, n. 92.

Anzi, è la vocazione necessaria a restare assorbita in quella testamentaria o legittima.

Questa tesi è suffragata innanzitutto dal dato testuale di cui all'art. 457 c.c. In secondo luogo, successione necessaria e successione legittima hanno in comune taluni principi, tali da poterli inquadrare in una generale figura di successione legittima familiare. La successione necessaria non sarebbe, quindi, un *tertium genus* di successione bensì una *species* del più ampio *genus* successione legittima. E le differenze strutturali tra le due *species* rilevano in quanto la successione dei legittimari rappresenterebbe una "successione legittima potenziata", poiché prevalente sulla contraria volontà del testatore, a differenza della successione *ex lege* operante solo in difetto di previsioni del testatore. All'interno di questa dottrina, quindi, accogliendo l'idea che vi siano solo due generi di successione, si deve segnalare un orientamento dottrinale che ha analizzato in maniera puntuale tutte le relazioni e le differenze intercorrenti tra la successione testamentaria e quella legittima e, all'interno di quest'ultima, tra successione *ab intestato* e dei legittimari. Tale tesi individua due criteri per distinguere la successione necessaria da quella *ab intestato*.

Il primo è quello dell'oggetto. L'oggetto si differenzia sotto tre profili. Innanzitutto, il profilo quantitativo, infatti le frazioni delle porzioni riservate ai legittimari, di cui agli artt. 536 ss. c.c., sono inferiori rispetto a quelle previste dalla successione *ab intestato* agli artt. 566 ss. c.c. In secondo luogo, l'oggetto del calcolo della porzione, che, nell'ipotesi di successione necessaria è, ai sensi dell'art. 556 c.c., la risultante della somma tra il *relictum* ed il *donatum*, mentre nella successione legittima la porzione è calcolata sul solo *relictum*¹⁸. Il terzo profilo distintivo attiene alla "qualità", poiché la successione necessaria comporta un acquisto di beni, mentre sia la successione *ab intestato* che quella testamentaria possono essere prive di contenuto patrimoniale o potrebbero anche avere contenuto patrimoniale negativo.

Il secondo criterio utilizzato è la radicale differenza di presupposti in presenza dei quali si aprono la successione necessaria e quella legittima. Perché si apra la prima, vi deve essere una lesione della quota riservata, accertata da un giudice per dichiararne l'inefficacia, ovvero per ridurre la disposizione lesiva.

18 CAPOZZI, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 530, il quale alla nt. 1127 richiama Cass. Civ. 30 luglio 2002, n. 11286, secondo cui "Le norme relative all'intangibilità della quota riservata ai legittimari, non ponendo il divieto assoluto dell'atto lesivo ma comminandone l'inefficacia nei confronti del soggetto tutelato ove questi intenda avvalersene, non rientrano nella categoria delle norme imperative inderogabili, la cui violazione rende illecito il negozio". BARBERO, D.: *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, cit., p. 1032; TAMBURRINO, G.: voce "Successione necessaria", cit., p. 1368; CARBONE, V.: voce "Riduzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie lesive della legittima", cit., p. 617; SANTORO PASSARELLI, F.: "Dei legittimari", cit., 250; DE BELVIS, E.: *La successione necessaria tra storia e riforme*, *Cultura giuridica e rapporti civili*, ESI, 2013, pp. 234 e ss.

Infine, si deve dar conto di un'ultima teoria prospettata in tema di natura della successione dei legittimari. Secondo questa parte della dottrina minoritaria, il legittimario sarebbe un successore a titolo particolare, non un erede, in quanto non gli viene assegnata una quota di eredità dalla legge ma un attivo netto, che potrebbe anche essere sotto forma di donazioni o legati. La valutazione della posizione del legittimario, ed in particolare se questi abbia o meno la qualità di erede, è, senz'altro, uno dei temi più dibattuti del diritto successorio, infatti la dottrina ha prospettato nel tempo diverse teorie. Dall'esame dei principi generali, è sempre stato pacifico che agli eventuali successibili, quindi, anche ai legittimari, non spettasse alcuna pretesa o aspettativa sull'eredità in un momento anteriore all'apertura della successione. Peraltro, una teoria di matrice dottrinale ha rilevato che la condizione di legittimario si fonda su uno *status familiae* che deve preesistere alla morte del *de cuius*, e, perciò, si è domandato se la condizione di legittimario possa avere un qualche valore anche prima dell'apertura della successione. In passato, la risposta è - in via granitica - stata negativa¹⁹, ma allo stato attuale, probabilmente, la questione deve essere rivalutata, in considerazione e della disciplina degli effetti della riduzione delle donazioni lesive della legittima, introdotta nel 2005, e della creazione del patto di famiglia nel 2006. L'acquisto della predetta qualità avverrebbe anche nell'ipotesi in cui il *de cuius* avesse esaurito l'intero asse ereditario con disposizioni a titolo universale e particolare, ovvero quindi anche quando fosse necessario esercitare l'azione di riduzione per l'effettivo conseguimento dei beni.

Tuttavia, come è stato evidenziato da alcuni, tale tesi si pone in contrasto con due principi del diritto successorio. Il primo contemplato dall'art. 588 c.c., secondo il quale la qualità di erede è riconosciuta solo a coloro ai quali, la legge o il testatore abbia attribuito l'universalità astratta o una quota di beni. Il secondo, è quello di cui all'art. 457, comma 2, c.c.

In tema di successione dei legittimari, una tesi dottrinale ha distinto tra quota di eredità e quota di legittima. La quota di eredità sarebbe la quota corrispondente ai diritti dei legittimari che si calcola sul solo *relictum* al lordo dei debiti.

E questa quota spetterebbe *ipso iure* al legittimario anche nell'ipotesi in cui fosse totalmente escluso dalla successione col testamento, senza la necessità di

19 LISERRE, A.: "Evoluzione storica e rilievo costituzionale del diritto ereditario", cit., 22, che afferma che "le linee fondamentali della regolamentazione successoria attuata con la novella del 1975, segnano una marcantissima svolta rispetto agli indirizzi del diritto ereditario previgente, giungendo a recepire sul piano normativo un ordine di esigenze e di valori da tempo fatti propri dalla coscienza sociale più avanzata: e ciò vale tanto con riguardo alla giusta tendenza ad equiparare il trattamento successorio dei figli naturali (anche adulterini) riconoscibili a quello dei figli legittimi, quanto con riferimento alla vocazione del coniuge superstite che (come legittimario o come erede legittimo) può ora succedere nella titolarità di una quota (in proprietà) uguale o superiore a quella dei figli, beneficiando altresì, del(la garanzia di) godimento della casa familiare arredata; per non dire, infine, della felice trasformazione dell'istituto del fedecommesso (improvvisamente e inutilmente reintrodotta, in versione tradizionale, dal codice del 1942) in funzione di garanzia per la cura familiare dell'incapace".

agire in riduzione, ma con la sola accettazione. Quindi, in qualità di erede, a tutela della quota di eredità, il legittimario avrebbe l'azione di petizione dell'eredità.

Peraltro, al legittimario non spetterebbe la sola quota di eredità, ma anche la quota di legittima, ovvero un utile netto, costituito quindi dal solo attivo, da calcolarsi, non sul solo *relictum* al lordo dei debiti, ma su una massa derivante dalla somma di *relictum*, detratto dai debiti, e *donatum*. A differenza della quota di eredità, che gli spetterebbe *ipso iure*, il legittimario leso o pretermesso, per conseguire la quota di legittima, dovrebbe necessariamente agire con l'azione di riduzione. Questa tesi è stata aspramente e radicalmente criticata, sottolineando, innanzitutto, che risentirebbe della genesi dell'istituto della legittima, in quanto, richiamando le categorie romana e consuetudinaria, distingue ancora tra riserva e legittima. Ma tale distinzione è antistorica, poiché l'attuale dettato legislativo non fa, in alcun modo, riferimento a tale distinzione, ma anzi ha operato una tale fusione ispirata ai due antichi istituti della legittima e della *réserve* tanto che i termini legittima e riserva sono diventati sinonimi. Nel nostro ordinamento, la legittima spetta al legittimario come contenuto di una quota di eredità. In secondo luogo, l'applicazione della menzionata teoria contrasterebbe in più punti con la disciplina codicistica. Segnatamente, con l'art. 558, comma I, c.c., che prevede che la riduzione delle disposizioni testamentarie debba avvenire proporzionalmente, senza distinguere tra eredi e legatari, ossia che "la riduzione delle disposizioni testamentarie deve essere fatta in modo che i valori delle disposizioni ridotte conservino tra di loro la medesima proporzione voluta dal testatore".

In concreto, dunque, l'erede istituito sarebbe fortemente penalizzato dall'applicazione della suddetta teoria.

Il legislatore, quindi, si sarebbe occupato solamente di garantire al legittimario una quota di utile netto, essendo sostanzialmente indifferente che questo valore sia conseguito sotto forma di eredità, legato o donazione.

In quest'ordine di idee, il legittimario pretermesso sarebbe pertanto un successore a titolo particolare, ossia una sorta di legatario ex *lege*²⁰.

20 MENGONI, L.: *Successione per causa di morte. Successione necessaria*, cit., pp. 199 ss.; CARNEVALI, U.: "Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima", in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, pp. 131 ss.; CARBONE, V.: "Riduzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie lesive della legittima", cit., pp. 131 ss.; CASULLI, V.R.: *Riduzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie lesive della legittima*, cit., pp. 770 ss. In tema di donazioni indirette v. PALAZZO, A.: "Le donazioni indirette", in BONILINI, G. (diretto da): *La donazione, Tratt. dir. da*, Torino, 2001, pp. 52-148, e PALAZZO, A.: "Le donazioni. Artt. 769-809", in SCHLESINGER, P. (a cura di): *Cod. Comm.*, Milano, 2000, II ed., pp. 559- 562.

III. SULLE PECULIARITÀ DEL DIRITTO ATTRIBUITO AL LEGITTIMARIO: LA QUERELLE TRA NATURA REALE ED OBBLIGATORIA.

All'interno del generale orientamento che qualifica il legittimario come legatario *ex lege* si deve distinguere tra chi ritiene che il diritto attribuito al legittimario abbia natura reale e chi ritiene che, invece, abbia natura obbligatoria. I primi ritengono non solo che la legittima non sia una quota di eredità, ma che non si tratti neanche di un ordinario legato obbligatorio *ex lege*, e che invece vada qualificato come un legato che attribuisce al legittimario un diritto reale a carico dei beneficiari di liberalità poste in essere dal *de cuius* oltre i limiti della disponibile, evidentemente con tutte le conseguenze che questo comporta sul piano della tutela del diritto. E, proprio sotto questo profilo, tale tesi è stata criticata²¹, in quanto essa si porrebbe in contrasto con la natura stessa dell'azione di riduzione che, come emerge dall'art. 2652, n. 8, c.c., è azione di impugnativa negoziale. Si ritiene, infatti, nell'ambito dell'orientamento dominante secondo cui il legittimario pretermesso debba conseguire la legittima a titolo ereditario, che l'azione di riduzione sia un'azione personale di accertamento costitutivo: accertamento della lesione di legittima e conseguente modifica della situazione giuridica preesistente, consistente nel rendere inefficace in tutto o in parte la donazione o la disposizione testamentaria lesiva. Ma si tratta, con ogni evidenza, di accertamenti meramente strumentali e pregiudiziali all'infettibile finalità dell'azione, che è rappresentata appunto dalla "riduzione" delle disposizioni lesive. L'ordinamento positivo, dunque, non conosce azioni di riduzione alle quali consegua solo l'accertamento della qualità di legittimario e della misura economica del suo diritto e non anche la riduzione stessa.

I secondi affermano, invece, che la qualità di erede vada negata al legittimario, poiché la posizione di erede è tanto complessa da andare ben al di là del garantire una quota di utile netto a favore dei più stretti congiunti del *de cuius*²².

Al legittimario spetterebbe, in realtà, un diritto di natura obbligatoria più che "nella successione", "nei confronti della successione", anzi più precisamente dei suoi soggetti, eredi, legatari ed eventualmente, a seguito della riunione fittizia, donatari.

21 BIANCA, C. M., "Diritto civile", II, *La famiglia. Le successioni*, cit., p. 507; CAPOZZI, G.: *Successioni e donazioni*, cit., pp. 394 ss.; CARIOTA FERRARA, L.: "Le successioni a causa di morte", cit., p. 176; CATTANEO, G.: "La vocazione necessaria e la vocazione legittima", cit., p. 459; GROSSO, G. - BURDESE, A.: *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 86; MENGONI, L.: *Successione per causa di morte. Successione necessaria*, cit.; MORELLI, M. R.: "Problemi vecchi e nuovi in tema di pretermessione del legittimario", in *Calabria giudiziaria*, 1996, p. 1140; SANTORO PASSARELLI, F.: *Dei legittimari*, cit., p. 272. Cass. Civ. 9 ottobre 1971, n. 2788; Cass. Civ. 10 novembre 1971, n. 3177; Cass. Civ. 12 marzo 1975, n. 926; Cass. Civ. 22 ottobre 1988, n. 5731; Cass. Civ. 6 agosto 1990, n. 7899; Cass. Civ. 4 aprile 1992, n. 4140; Cass. Civ. 9 dicembre 1995, n. 12632; Cass. Civ. 12 gennaio 1999, n. 251; Cass. Civ. 22 marzo 2001, n. 4130; Cass. Civ. 29 luglio 2008, n. 20562.

22 Un approfondito esame è compiuto da MAGLIULO, F.: "La legittima quale attribuzione patrimoniale policausale. Contributo ad una moderna teoria della successione necessaria", *Riv. not.*, 2010, p. 3, pp. 533 ss.

Tuttavia, negare al legittimario la qualità di erede contrasterebbe con il disposto dell'art. 735, comma 1, c.c., a mente del quale "la divisione nella quale il testatore non abbia compreso qualcuno dei legittimari o degli eredi istituiti è nulla", infatti, nel caso di specie si configurerebbe, a favore del legittimario preterito, la devoluzione di una quota di eredità mediante una vocazione *contra testamentum*. Ed, inoltre, si porrebbe in contrasto con l'art. 551 c.c., che - in tema di legato in sostituzione di legittima²³ - dispone espressamente che, qualora il legatario preferisca rinunciare al legato e conseguire la legittima, "acquista la qualità di erede".

La tesi prevalente in dottrina ed in giurisprudenza afferma, invece, che il legittimario preterito non sia erede al momento dell'apertura della successione, mentre il legittimario leso lo sia solo nei limiti della parte insufficiente lasciategli dal *de cuius*, e che acquistino la qualità di erede relativamente alla quota che gli spetta solo in seguito all'esperimento vittorioso dell'azione di riduzione.

È stato affermato, infatti, che "la legittima si chiede in qualità di legittimario, ma si prende in qualità di erede". Tale conclusione discende dai principi generali dettati in tema di successione. Infatti, le disposizioni testamentarie lesive, fino a che non ne venga dichiarata la relativa inefficacia dal giudice, sono pienamente efficaci, stante la natura costitutiva della sentenza di riduzione. Pertanto, fino ad allora la qualità di erede non spetterà al legittimario, in quanto non è ancora titolare di alcunché, ma spetterà al soggetto beneficiario delle disposizioni in parola. A sostegno vi è anche l'art. 536 c.c. che definisce i legittimari come quelle persone a favore delle quali la legge riserva una quota di eredità; nonché il già citato art. 551, comma 2, c.c., secondo cui se il legatario in sostituzione di legittima "preferisce di conseguire il legato non acquista la qualità di erede".

Qualcuno in dottrina ha inoltre precisato che a favore del legittimario preterito non vi sarebbe alcuna delazione dell'eredità (mentre sarebbe solo parziale a favore del legittimario leso), poiché la stessa sarebbe impedita dalla delazione di eredità a favore del beneficiario della disposizione lesiva, non potendo coesistere due delazioni aventi il medesimo oggetto. Per quanto riguarda il legittimario semplicemente leso, è pacifico che questi, prima di agire in riduzione, debba accettare l'eredità col beneficio d'inventario, salvo che la riduzione sia chiesta nei confronti di donazioni o legati fatti a coeredi.

23 Sull'istituto in generale, v. AZZARITI, G.: "Le successioni e le donazioni", cit., pp. 248 ss.; AZZARITI, G.: "Sul legato a tacitazione di legittima", *Riv. dir. priv.*, 1934, I, pp. 284 ss.; Id.: "Successione dei legittimari e successione dei legittimi", cit., pp. 157 ss.; BIANCA, M.C.: "Diritto civile", II, *La famiglia. Le successioni*, cit., pp. 683 ss.; BONILINI, G.: *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., pp. 149 ss.; BUCELLI, A.: "I legittimari", cit., pp. 269 ss.; CAPOZZI, G.: *Successioni e donazioni*, cit., pp. 292 ss.; CATTANEO, G.: "La vocazione necessaria", cit., pp. 455 ss.; A. CICU, A.: "Successione legittima e dei legittimari", cit., pp. 101 ss.; GARDANI CONTURSI LISI, L.: voce "Successione necessaria", cit., pp. 99 ss.; FERRI, L.: "Dei legittimari", cit., pp. 123 ss.; MENGONI, L.: *Successione per causa di morte. Successione necessaria*, cit., pp. 130 ss.; Palazzo, A.: "Le successioni", cit., pp. 543 ss.; SANTORO PASSARELLI, F.: "Legato privativo di legittima", in *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, pp. 300 ss.; Id., *Dei legittimari*, cit., pp. 266 ss.; STOLFI, G.: "Appunti sull'art. 551 Codice civile", *Giur. it.*, 1964, I, 2, pp. 697 ss.

Il dubbio sorge in ordine alla posizione del legittimario pretermesso, in relazione alla quale ci si chiede se questi debba accettare dopo la sentenza di riduzione o se l'accettazione debba considerarsi implicita nella domanda di riduzione. Secondo parte della dottrina ed alcune pronunzie della giurisprudenza²⁴, è sempre necessaria l'accettazione dell'eredità, con la differenza che nel caso *de quo* i termini non decorreranno dall'apertura della successione ma dalla sentenza di riduzione. Secondo il resto della dottrina e l'impostazione tradizionale della giurisprudenza²⁵, al contrario, l'accettazione deve ritenersi implicita nella domanda di riduzione. Si tratterebbe di una fattispecie nella quale si segue un ordine cronologico opposto al normale, nel quale l'atto di volontà (c.d. domanda di riduzione) precede la delazione e l'acquisto (con riguardo alla sentenza che realizza la riduzione delle disposizioni lesive), anziché aversi una delazione che precede l'accettazione e l'acquisto.

La delazione opererà, comunque, *ex lege* e non *ope iudicis*, in quanto a seguito della sentenza di riduzione i beni, relativamente al legittimario, torneranno a far parte del patrimonio del *de cuius*. Infine, una distinta ricostruzione ermeneutica²⁶ precisa che la riduzione delle disposizioni lesive non debba avvenire, necessariamente, attraverso una sentenza del giudice, ma possa avvenire anche a seguito di un atto di riconoscimento da parte dell'erede testamentario a favore del legittimario pretermesso o lesò, detto atto di reintegrazione di legittima, che generalmente ha natura transattiva²⁷.

Come ricordato, la tesi prevalente vede il legittimario preterito diventare erede solo a seguito del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione, ma in contrario è stato rilevato come questa precluderebbe al legittimario di beneficiare degli eventuali aumenti di valore dei beni che costituiscono il *relictum* sopravvenuti tra l'apertura della successione e la presentazione della domanda di riduzione. Soltanto distinguendo, come fa la dottrina richiamata, tra quota ereditaria riservata e porzione legittima, e, quindi, ritenendo che il legittimario sia erede fin dall'apertura della successione, si eviterebbe che il legittimario sia erede nella sola

24 Cass. Civ. 3 dicembre 1996, n. 10775; Cass. Civ. 12 gennaio 1999, n. 251; Trib. Gorizia 4 agosto 2003, in *Famiglia*, 2004, 1187 ss.

25 Cass. Civ. 9 dicembre 1995, n. 12632, cit., con nota di MORELLI, M. R.: *Problemi vecchi e nuovi in tema di pretermessione del legittimario*, in *Corr. giur.*, 1996, 1140 ss.; Cass. Civ. 19 ottobre 1993, n. 10333, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 918, con nota di MASUCCI, S. T.: *Non è ammessa la diseredazione occulta dei legittimari: brevi cenni sull'usucapione a domino*; Cass. Civ. 4 aprile 1992, n. 4140, cit.; Cass. Civ. 6 agosto 1990, n. 7899, cit.; Cass. Civ. 7 aprile 1990, n. 2923, in *Giust. civ.*, 1991, I, 707, con nota di AZZARITI, G.: *Legittimario non erede e azione di riduzione*; Cass. Civ. 22 ottobre 1988, n. 5731, cit.

26 MENGONI, L.: *Successione per causa di morte. Successione necessaria*, cit., pp. 230; SALVATORE, F.: "Accordi di reintegrazione di legittima: accertamento e transazione", *Riv. not.*, 1996, pp. 211 ss.; Cass. Civ. 18 giugno 1956, n. 2171; Cass. Civ. 24 novembre 1981, n. 6235.

27 DOSSETTI, M.: "Concetto e fondamento della successione necessaria", in BONILINI, G.: *Tratt. Dir. succ. e donaz.* (diretto da), III, 28; Trib. Milano 10 maggio 2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 502, con nota di GENOVESE, A.: *L'atipicità dell'accordo di reintegrazione della legittima*; Cass. Civ. 9 gennaio 1984, n. 137, in *Foro it.*, 1984, I, p. 393; GENOVESE, A.: "Annulabilità per errore e rescissione per lesione dell'atto di reintegrazione di legittima", *Fam. pers. succ.*, 2007, pp. 812 ss.; SALVATORE, F.: "Accordi di reintegrazione di legittima: accertamento e transazione", cit., pp. 211 ss.

quota di legittima determinata facendo riferimento al momento dell'apertura della successione.

Peraltro, altra dottrina osserva che è vero che il legittimario leso ha diritto alla riduzione delle disposizioni lesive in misura pari al rapporto tra entità della lesione e valore complessivo delle disposizioni da ridurre, stabilito al momento dell'apertura della successione. Ma che, siccome il rapporto rimane invariato, si tratta di un valore relativo e non assoluto, pertanto si potrà concretamente tenere conto delle variazioni di valore sopravvenute.

Altra conseguenza della qualificazione della posizione giuridica rivestita dal legittimario attiene alla responsabilità per i debiti ereditari ed i legati. Infatti, qualificando il legittimario come erede questi risponde dei debiti ereditari anche *ultra vires*. L'unica possibilità, per non rispondere dei debiti ereditari, è quella di accettare col beneficio d'inventario.

Quindi, il legittimario pretermesso, il quale, come si è visto, secondo l'opinione dominante, accetta implicitamente l'eredità con l'esercizio dell'azione di riduzione, una volta ottenuta la riduzione, deve rendere pubblica, nelle forme previste dall'art. 484 c.c., l'accettazione con beneficio d'inventario. Per quanto riguarda i legati, invece, è chiarissimo il disposto dell'art. 662 c.c., a mente del quale, salvo previsione espressa del testatore, i legati gravano, in proporzione alla quota di eredità ricevuta, su tutti gli eredi, perciò, secondo l'indirizzo prevalente, anche sui legittimari. Anche in questa ipotesi l'unica via è l'accettazione col beneficio d'inventario che, nel caso del legittimario pretermesso andrà resa pubblica nelle forme ex art. 484 c.c. in seguito all'esercizio vittorioso dell'azione di riduzione, mentre nel caso di legittimario leso nella sua quota proprio dal legato, sarà la condizione per poter agire in riduzione, infatti in assenza di accettazione con beneficio d'inventario gli sarà preclusa la possibilità di agire in riduzione²⁸. A sostegno di tale ricostruzione, vi è il disposto dell'art. 553 c.c. che prevede le modalità di reintegrazione dei diritti riservati ai legittimari in ipotesi di concorso con gli eredi legittimi, ovvero "le porzioni che spetterebbero a questi ultimi si riducono proporzionalmente nei limiti in cui è necessario integrare la quota riservata ai legittimari". Infatti, nel caso in cui le quote spettanti *ab intestato* ai

28 COVIELLO, N.: *Corso completo di diritto delle successioni*, II, Napoli, 1915, p. 1089; DE RUGGIERO, R.: "Diritto delle successioni", in *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 45; CARIOTA-FERRARA, L., "Un caso in tema di legato a carico di legittimari lesi", in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 511; MENGONI, L.: *Successione per causa di morte. Successione necessaria*, cit., p. 67. In questa prospettiva perde quindi di concretezza anche l'impostazione recentemente emersa in dottrina secondo cui la previsione relativa al legato in conto di legittima contenuta nell'art. 552 c.c. assume i connotati di una sanzione a carico del legittimario che ne viene beneficiato. La conclusione viene tratta sostenendo che tale tipologia di legati, in caso di rinuncia del beneficiario-legittimario alla quota a lui riservata, subiscono una riduzione preferenziale, individuando quindi la sanzione nelle conseguenze negative per il legittimario beneficiario di attribuzioni in conto di legittima cui, in seguito alla rinuncia, non sarebbero applicabili le ordinarie regole della riduzione delle disposizioni lesive dalla legittima di cui agli artt. 558 s. c.c., trovando piuttosto applicazione la previsione dell'art. 552 c.c. che sancisce la regola della "pre-riduzione".

legittimari siano inferiori alla quota di legittima a causa dell'incidenza del legato, il peso del legato dovrà essere ripartito in diversa misura tra quote dei legittimari e quote degli altri eredi, in modo da salvaguardare pienamente la quota di legittima.

Un'altra conseguenza sul piano pratico-applicativo che discende dalla qualificazione della posizione del legittimario è la natura dei diritti del legittimario al momento dell'apertura della successione. Evidentemente, chi ritiene che il legittimario acquisti la qualità di erede sin dal momento dell'apertura della successione, ritiene che egli sia titolare di una quota di eredità, che peraltro andrà calcolata sul *relictum* e non sul *donatum*²⁹. Invece, chi ritiene che il legittimario acquisti la qualità di erede solo in seguito all'esperimento vittorioso dell'azione di riduzione, qualifica il suo diritto come diritto potestativo nei confronti dei beneficiati dalle disposizioni lesive e dei loro aventi causa. Un orientamento dottrinale statuisce che si tratterebbe di un diritto al diritto ad acquistare la qualità di erede. È pacifico, inoltre, che si tratti di un diritto disponibile, e ciò emerge chiaramente dal disposto dell'art. 557 c.c., il quale, tra i legittimati a chiedere la riduzione cita gli "aventi causa" che possono essere solo coloro che hanno acquistato medio tempore dai legittimari. Come già detto quindi la legge riserva a taluni soggetti, espressamente individuati, "una quota di eredità o altri diritti nella successione" (art. 536 c.c.).

Tuttavia, come è ben noto, tale quota è diversa a seconda del soggetto al quale è riservata e dei soggetti con i quali nella fattispecie concreta esso concorre. Si è detto anche che il patrimonio sul quale questa quota va calcolata non è il c.d. *relictum* al lordo dei debiti, cioè ciò che materialmente lascia il *de cuius*, ma il valore risultante dalla somma di *relictum* al netto dei debiti e *donatum*.

Tralasciando per ora le problematiche più puntuali attinenti al calcolo della quota, bisogna tratteggiare preliminarmente le differenze intercorrenti tra porzione legittima e quota ereditaria riservata, ed il conseguente carattere elastico e proteiforme della quota di eredità riservata.

Con la locuzione porzione legittima, come noto, ci si riferisce a quel valore frazionario fisso indicato a seconda del soggetto dal legislatore. Questa porzione è, quindi, una parte della massa ereditaria astrattamente e fittiziamente individuata secondo il meccanismo descritto dall'art. 556 c.c. Occorre sottolineare che l'individuazione della porzione legittima, quindi della parte di patrimonio della quale il *de cuius* non poteva disporre, consente l'immediata identificazione della porzione disponibile, trattandosi di un valore speculare.

29 SANTORO PASSARELLI, F.: "Appunti sulla successione necessaria", cit., p. 64; MENGONI, L.: "Successione per causa di morte. Successione necessaria", cit., p. 76, secondo il quale si tratterebbe di un diritto potestativo per il cui esercizio sarebbe necessario lo strumento del processo.

La porzione legittima non è, pertanto, una quota effettiva dell'eredità, ma un valore ideale pari all'utile netto che il legittimario ha diritto a conseguire.

Per l'effetto, identificare la porzione legittima non significa individuare, concretamente, la quota di eredità che spetterà al legittimario, anche perché questa dovrà essere concretamente tratta non dal *relictum* al netto dei debiti aumentato del valore delle donazioni, ma dal *relictum* al lordo dei debiti.

Quindi, quella che è chiamata quota ereditaria riservata³⁰ varierà a seconda che il *de cuius* abbia lasciato dei debiti ed abbia effettuato in vita donazioni, e, nel caso, a seconda che le abbia effettuate a favore di estranei o di legittimari e, in quest'ultima ipotesi, a seconda che fossero dispensate dall'imputazione o meno.

Appare evidente come, mentre il valore della porzione legittima sia per l'appunto fisso, il valore della quota ereditaria riservata sia invece elastico, e così pure, evidentemente, quello della porzione disponibile. Infatti, l'accrescersi della prima, a causa delle donazioni fatte in vita dal *de cuius*, determina il decremento della seconda.

Infine, è importante sottolineare come, secondo la dottrina prevalente, l'imputazione delle donazioni non ha alcuna funzione di calcolo, ma è semplicemente necessaria a stabilire come concretamente si componga la quota del legittimario. Quindi, l'imputazione delle donazioni non rientra nel calcolo della legittima ma avviene in un momento successivo.

Da ciò deriva che l'effettiva quota di eredità riservata si potrà discostare dai valori fissi della porzione legittima ex art. 537 ss. c.c. sempre e solo in positivo, ovvero la sua elasticità si esprimerà solo in aumento, e non potrà mai accadere il contrario.

A questo punto, è facile tracciare il quadro delle differenze tra successione necessaria e successione ab intestato e testamentaria. I tratti distintivi della prima sono essenzialmente due: l'oggetto, quindi la legittima, ed il momento, meramente eventuale, in cui si apre, ovvero solo in seguito al vittorioso esperimento dell'azione di riduzione.

Per quanto riguarda il primo, l'oggetto la distingue dalla successione legittima perché le quote della successione necessaria sono diverse ed inferiori rispetto a

30 MENGONI, L.: "Successione per causa di morte. Successione necessaria", cit., p. 118; in giurisprudenza v. Cass. Civ. 3 agosto 1972, n. 2604, in CENDON, P. (a cura di), "artt. 456-712, Successioni legittime e testamentarie", in *Comm. cod. civ.*, Milano, 2009, con commento di BALESTRA, L., p. 637; Cass. Civ. 12 febbraio 2000, n. 1573, in *Giur. it.*, 2000, II, pp. 1801 ss., con nota di Bergamo, E.: *Brevi cenni su un'ipotesi di diseredazione anomala implicita*; Cass. Civ. 16 maggio 2007, n. 11288; Cass. Civ. 26 gennaio 1990, n. 459, con nota di ROMOLI, F.: *"Brevi cenni sul legato in sostituzione di legittima"*, cit; DE BELVIS, E.: *La successione necessaria tra storia e riforme, Cultura giuridica e rapporti civili*, ESI, 2013, pp. 234 e ss.

quelle della successione intestata. In secondo luogo, come già detto, la base di calcolo delle due quote è diversa: nel primo caso il *relictum* al netto dei debiti sommato al *donatum*³¹, nel secondo il *relictum* al lordo dei debiti.

Si aggiunga che, mentre la quota di legittima è sempre un utile netto, ovvero implica sempre un acquisto di beni, le successioni intestata e testamentaria potrebbero anche non avere un contenuto patrimoniale attivo.

Come anticipato, però, i tratti distintivi sono due, infatti, osserva la dottrina, la successione intestata e quella testamentaria potrebbero concretamente avere ad oggetto la sola quota di legittima, ed è pertanto necessario individuare un altro criterio che consenta di distinguerle.

La successione necessaria si apre solo, eventualmente, in seguito al vittorioso esperimento dell'azione di riduzione, quindi vi deve essere primariamente una lesione della quota di legittima.

Perciò, nell'ipotesi in cui il testatore avesse istituito erede un soggetto estraneo, ma non avesse intaccato la riserva, a favore dei legittimari si aprirebbe la successione intestata e non la successione necessaria.

Un altro caso chiarificatore, secondo gran parte della dottrina³², potrebbe essere quello nel quale il *de cuius* abbia istituito il legittimario nella quota di riserva, quindi si realizzerebbe un'ideale sovrapposizione tra successione testamentaria e successione necessaria, ma, a parte che mancherebbe il presupposto della lesione, a fini qualificatori soccorre l'art. 457 c.c.

Tale disposizione, come già detto, esprime al secondo comma il principio della prevalenza della successione testamentaria su quella legittima, con la sola limitazione (comma 3) nell'ipotesi in cui il testamento pregiudichi i diritti che la legge riserva ai legittimari.

Parte della dottrina evidenziava che, in questo ultimo esempio, dalla qualificazione della successione come testamentaria piuttosto che come necessaria, sarebbero discese importanti conseguenze: in primo luogo, ai sensi dell'art. 537, comma 3, c.c., l'inoperatività del c.d. diritto di commutazione, ad

31 MENGONI, I.: *Successione per causa di morte. Successione necessaria*, cit., pp. 199 ss.; CARNEVALI, U.: "Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima", in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, pp. 131 ss.; CARBONE, V.: "Riduzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie lesive della legittima", cit., pp. 131 ss.; CASULLI, V.R.: *Riduzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie lesive della legittima*, cit., pp. 770 ss. In tema di donazioni indirette v. PALAZZO, A.: "Le donazioni indirette", in BONILINI, G.: *La donazione*, in *Tratt. dir. da*, Torino, 2001, pp. 52-148.

32 CARIOTA-FERRARA, L.: "Le successioni a causa di morte", cit., pp. 207 ss.; CICU, A.: "Le successioni", cit., p. 223; GROSSO, G. - BURDESE, A.: *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 90; MENGONI, I.: *Successione per causa di morte. Successione necessaria*, cit., pp. 78 ss.; SANTORO PASSARELLI, F.: "Dei legittimari", cit., pp. 278 ss. DE BELVIS, E.: *La successione necessaria tra storia e riforme, Cultura giuridica e rapporti civili*, ESI, 2013, pp. 234 e ss.

esempio, nell'ipotesi in cui il testatore avesse istituito eredi più figli, di cui uno naturale, ed avesse lasciato a questi solo la quota di riserva³³. In secondo luogo, se il *de cuius* avesse istituito eredi in parti uguali il suo unico figlio ed un fratello, nel caso in cui il figlio non voglia o non possa venire all'eredità e non si faccia luogo a rappresentazione, qualificandola come vocazione testamentaria e non necessaria, la quota vacante sarà devoluta per accrescimento al fratello, e non per successione legittima ai successibili di grado inferiore. Allo stesso modo, nel caso in cui fosse stato istituito erede un ascendente nella quota di legittima ed il resto dell'eredità fosse stata attribuita ad un estraneo e questi non possa o non voglia venire all'eredità, qualificando la vocazione dell'ascendente come testamentaria, questi potrà concorrere con gli altri successibili *ex lege* nella quota vacante, cosa che non avrebbe potuto fare se la vocazione fosse stata qualificata come legittima³⁴.

IV. SULLA SUCCESSIONE NECESSARIA NEL DIRITTO ROMANO, NEI PAESI DI CIVIL LAW E COMMON LAW.

L'unico limite al polimorfismo causale della legittima deriva dal principio generale secondo cui, al legittimario cui venga assegnata in tutto o in parte la legittima mediante disposizioni *mortis causa* a titolo particolare, è sempre data facoltà di rinunciare a tali disposizioni e chiedere la legittima, o la sua integrazione, a titolo di erede, con il conseguente ingresso nella comunione ereditaria ed il concretizzarsi di un diritto reale sui beni ereditari, in conformità al principio generale secondo cui il legatario non è obbligato ad accettare il legato. Il conseguimento di meri legati, al contrario, reca in sé la possibilità che, laddove si tratti di legati obbligatori, il legittimario non percepisca, in tutto o in parte, la legittima mediante l'attribuzione

33 Il c.d. diritto di commutazione, ovvero la possibilità riconosciuta ai figli legittimi di soddisfare i diritti di riserva degli eventuali figli naturali concorrenti in denaro o beni immobili ereditari, è messo in discussione dalla recente L., 10 dicembre 2012, n. 219, Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali, pubblicata in G.U., n. 293, del 17 dicembre 2012. Quest'ultima ha l'obiettivo di eliminare qualsiasi forma di discriminazione tra figli legittimi e figli naturali, arrivando ad avere un unico concetto di figlio. La legge, tra le altre cose, modifica direttamente alcune disposizioni del codice civile, e, all'art. 2 delega al Governo l'adozione di uno o più decreti legislativi. In particolare la lettera l) prevede che il Governo dovrà adeguare "la disciplina delle successioni e delle donazioni al principio di unicità dello stato di figlio".

34 Si ritiene che l'autonomia testamentaria abbia la facoltà di diseredare i legittimari. Si pensa allora che il testatore possa stendere - magari spinto da sentimento di acredine o di astio oppure di odio ovvero di rancore o anche da altro ancora - una disposizione testamentaria tesa ad escludere dalla propria successione un legittimario. È vero che quest'ultimo - salvo che non sia stato altrimenti soddisfatto nei diritti legislativamente riservatigli - potrebbe subire un pregiudizio, ma è tutto da dimostrare che in tale eventualità quella disposizione sarebbe affetta da nullità *ex art. 549 c.c.* piuttosto che valida ancorché riducibile ai sensi dell'art. 564 c.c. Se si ammette che il testamento è congegno teso a regolare interessi *post mortem* del testatore, come pure che la parola "disposizione" non ha l'esclusivo significato del termine "attribuzione", non si vede come mai l'autonomia privata nella consapevolezza della correzione attuabile con l'azione di riduzione, non possa escludere da una determinata successione un certo legittimario sempreché si badi bene - la diseredazione da qua si riveli capace di realizzare un tornaconto meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Si avverte allora l'esigenza di restituire al testatore - quanto più si possa - la sua libertà di autodeterminazione, comprimendo, nei limiti dell'ammissibile, la (repellente) disciplina dei legittimari. Escludendo che i diritti legislativamente riservati ai legittimari debbano considerarsi posti da norme imperative, la cui violazione importi, per ciò soltanto, la nullità della disposizione contraria, diventa obbligato il risultato: la diseredazione del legittimario è valida, ma riducibile.

di diritti reali su beni ereditari³⁵. Ma il nostro sistema, largamente in ciò influenzato dalla tradizione francese, esclude che questo sia possibile, se non con il concorso della volontà del legittimario diretta a conseguire siffatti legati in luogo della legittima in natura. In ciò, invero, si manifesta la profonda diversità tra il nostro sistema positivo e quello di matrice romanistico-tedesca, che invece costringe il legittimario a percepire la riserva in via meramente obbligatoria. Nel diritto romano classico, la legittima non era una quota di eredità, ma *pars bonorum*, frazione del patrimonio netto del *de cuius* da attribuire necessariamente al legittimario il quale poteva conseguirla con attribuzioni della più svariata natura causale (donazioni in vita del *de cuius*, legati o istituzione di erede). Dalla lesione della legittima discendeva solo il diritto di proporre la querela inofficiosa testamenti, il cui positivo esperimento determinava l'invalidazione del testamento, ma non l'acquisizione della qualità di erede al punto che con il venir meno del testamento si apriva la successione intestata. Nel diritto giustiniano, per impedire per quanto possibile la caducazione del testamento, si introdusse l'*actio ad supplendam legitimam*, in virtù della quale il legittimario non del tutto pretermesso che avesse ricevuto un'attribuzione, anche a titolo particolare, era titolare di un diritto di credito verso gli eredi istituiti corrispondente al *tantumdem* della quota di legittima³⁶, al netto di quanto già conseguito. Soltanto nell'ultimo diritto giustiniano, al legittimario preterito o ingiustamente diseredato veniva riconosciuta la qualità di erede, con obbligo per il testatore di istituire erede il legittimario, anche se in quota inferiore alla legittima, e salva l'azione suppletoria³⁷, laddove il supplemento non fosse stato

35 Tant'è che è stato al riguardo affermato che nel nostro ordinamento la legittima è il "diritto ad una data quantità di beni dell'asse, non semplicemente ad un valore". Per tutti MENGONI, L.: *Successioni per causa di morte, parte speciale, successione necessaria*, cit., p. 107, il quale inoltre sottolinea che "solo all'assegno divisionale è attribuito dalla legge carattere vincolante per tutti gli eredi, compreso l'assegnatario".

36 Giustiniano fece indicare tassativamente i motivi di diseredazione in 14 per i discendenti e in 8 per gli ascendenti. I discendenti potevano essere diseredati per i seguenti motivi: 1) se ai genitori fossero praticate ingiurie di fatto; 2) ovvero ingiurie verbali gravi ed indecenti; 3) se il figlio gli accusò in cose criminali; 4) se ebbe il figlio pratica, facendo egli pure un tale mestiere, con venefici e stregoni; 5) se i figli tesero insidie alla vita dei genitori; 6) se il figlio ebbe carnale commercio colla sua matrigna o colla concubina del padre; 7) se il figlio si fece delatore dei suoi genitori e cagionò loro così grave danno; 8) se il figlio venne pregato dai suoi genitori di liberarli dal carcere prestando fideiussione per essi ed egli non lo fece; 9) se i figli impedirono di fare testamento o di mutare il già fatto; 10) se il figlio contro la volontà dei genitori entrò nella compagnia di lottatori od istrioni e vi restò, salvo che i genitori vi appartenevano essi stessi; 11) se la figlia condusse una vita immorale od onta, mentre il padre cercava di maritarla mediante offerta di una dote; 12) se i figli trascurarono i loro genitori dementi; 13) se i figli (adulti) non liberarono i genitori dalla prigionia; 14) se i figli abiurarono la vera fede. Gli ascendenti potevano, invece, essere diseredati per i seguenti motivi: 1) se i genitori tesero insidie alla vita dei figli; 2) se i genitori impedirono di fare testamento o di mutare il già fatto; 3) se i genitori trascurarono i loro figli dementi; 4) se i genitori non liberarono i figli dalla prigionia; 5) se i genitori abiuravano la vera fede; 6) se i genitori diedero in mano alla giustizia i loro figli condannati alla pena di morte, ad eccezione del delitto di lesa maestà; 7) se il padre ebbe a che fare con la moglie e la concubina del figlio; 8) se la madre tese insidie alla vita del padre o il padre alla vita della madre. Per un approfondimento circa la diseredazione nel diritto giustiniano v. HAIMBERGER, A.: *Il diritto romano privato e puro*, trad. it., Venezia, 1840, pp. 203 ss. Durante il Medioevo gli interpreti cominciarono a qualificare come indegnità le ipotesi tassativamente indicate nel diritto giustiniano e come diseredazione le disposizioni destituite di ultima volontà fatte in nome di cause diverse da quelle tassativamente indicate. Per saperne di più cfr. MARONGIU, A.: "Diseredazione", in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, pp. 99 ss.

37 Si tratta di espressioni utilizzate sin dall'età arcaica. Il termine *ius* indicava i poteri del *pater familias* sia sulle persone, come ad esempio il già citato *ius corrigendi*, sia sulle cose, come ad esempio lo *ius commercii*. *Potestas*, *manus* e *mancipium* indicavano, invece, esclusivamente i poteri del *pater familias* sulle persone che componevano la famiglia. Il *pater familias* esercitava la *potestas* su figli, nipoti, e più in generale su tutti i suoi

accordato dallo stesso testatore con liberalità a titolo particolare. L'evoluzione della nozione di successione necessaria che condusse all'elaborazione delle codificazioni dei principali Paesi europei prese le mosse dal diritto giustiniano, ma si sviluppò secondo due filoni normativi fra loro antitetici.

La tradizione pandettistica tedesca, ripudiata l'antica consuetudine germanica della proprietà collettiva dei beni familiari³⁸, si sviluppò secondo il paradigma dell'*actio ad supplendam legitimam*³⁹ che portò alla concezione della legittima quale mero diritto di credito verso gli eredi al pagamento del *tantundem* necessario ad integrare la legittima che può essere soddisfatto con beni non ereditari. Il par. 2303 del BGB - che disciplina la *Pflichtteil* - prevede, perciò, la riserva di una "quota obbligatoria" a favore del legittimario pretermesso, disponendo: "Se un discendente del testatore è escluso dalla successione da disposizioni a causa di morte, egli può richiedere la sua quota obbligatoria all'erede. La quota obbligatoria consiste nella metà del valore della quota di eredità per legge" e così nel diritto tedesco, come in quello romano, diversamente dall'Italia, la quota di legittima è determinata come frazione della quota intestata (c.d. *portio portionis*). Al legittimario leso, ma non preterito, il par. 2305 del BGB accorda una "quota obbligatoria integrativa", disponendo: "Se ad una persona avente titolo alla quota obbligatoria è lasciata una quota di eredità minore della metà della quota di eredità per legge, la persona avente titolo alla quota obbligatoria può chiedere ai coeredi come sua quota obbligatoria la somma mancante per integrare la quota della metà" e se è necessario attingere a donazioni fatte in vita dal *de cuius*, il par. 2329 del BGB prevede che il legittimario leso chieda al beneficiario di una donazione la restituzione del *donatum* come ingiustificato arricchimento e che il donatario può evitare la restituzione pagando la somma corrispondente all'ammanco.

discendenti, sia maschi che femmine. Esclusi erano solo i figli che erano usciti dalla famiglia in conseguenza di *mancipatio* e *adoptio*, o per le figlie femmine, in caso della valida conclusione di un matrimonio *cum manu* e con esclusione in ogni caso dei figli illegittimi. Egli esercitava la *potestas* anche sugli schiavi, i quali erano considerati oggetti, seppur "oggetti parlanti", secondo un'efficace metafora verroniana. La *manus* era, invece, esercitata dal *pater familias* su tutte le donne che entravano a far parte della famiglia in virtù della conclusione di un valido matrimonio *cum manu*. Quindi non solo sulla propria moglie, ma anche su quella di figli, nipoti e di tutti i suoi sottoposti. Il *pater familias*, infine, esercitava il *mancipium* su tutte le persone libere che gli erano state vendute per mezzo della *mancipatio*.

- 38 Presso gli antichi popoli germanici la proprietà era collettiva, appartenente al gruppo parentale. Ciascun membro della famiglia aveva una quota ideale sul bene ed il suo contenuto di potestà (possedere, alienare, permutare, dare in godimento) assumeva una valenza autonoma ed una propria individualità.
- 39 LOVATO, A. - PULIATI, S. - SOLIDORO, L.: *Diritto privato romano*, II edizione, Torino, 2017, p. 623. I patti successori erano, per il diritto romano, tutti nulli per molteplici ragioni. I patti istitutivi erano quei patti con cui una parte si obbligava a istituire un'altra erede col suo testamento. Erano considerati nulli, perché limitavano la libertà di testare, che contempla, per il testatore, anche la possibilità di cambiare le sue disposizioni testamentarie fino all'ultimo istante di vita. Il patto acquisitivo con cui le parti convenivano che una sarebbe diventata erede dell'altra, era invece considerato nullo, perché secondo il diritto romano solo il testamento era atto idoneo per istituire erede. Il patto rinunciativo era quello tramite cui una parte rinunciava all'eredità non ancora deferita, nullo perché per i romani non si poteva disporre di un'eredità non ancora aperta. Per la stessa ragione era nullo anche il patto dispositivo, con cui una parte vendeva o donava l'eredità che gli era stato promesso avrebbe acquisito per testamento.

Nel diritto tedesco, il legittimario è, perciò, un mero creditore, non un erede a cui la legge attribuisce un diritto reale sul patrimonio ereditario e, per la sua natura obbligatoria, la legittima non mira ad attuare la conservazione del patrimonio ereditario all'interno della famiglia, quanto piuttosto a soddisfare esigenze di solidarietà familiare che già i romani individuavano nell'*officium pietatis*⁴⁰.

Si tratta di una costruzione teorica frutto di una visione raffinata ed evoluta della legittima che ha l'indubbio pregio di semplificare notevolmente le problematiche relative alla sua disciplina evitando che l'istituto costituisca un limite alla circolazione dei beni ereditari. Il diritto tedesco (par. 2274-2302) ammette e disciplina il contratto successorio definito "*Erbvertrag*", al pari dei diritti appartenenti al medesimo ceppo quali quello svizzero e quello austriaco; il codice civile svizzero (artt. 468, 481, 494, 495 e 512 ss. c.c.) riconosce e regola il patto istitutivo e quello rinunciativo; il codice civile austriaco (parr. 602 e 1249 ABGB) ammette la stipulazione di patti successori solo tra coniugi, assimilandoli ai patti nuziali. Nel modello francese il fondamento della legittima non è l'*officium pietatis* del diritto romano, ma l'idea arcaica dei popoli germanici finalizzata alla conservazione del patrimonio familiare secondo cui tale patrimonio non spetta al singolo, ma, in comunione, alla famiglia nucleare nel suo complesso.

Nel *code civil*, la legittima è considerata come quota di eredità⁴¹ e, quindi, assicura al legittimario una posizione molto più forte che incide sulla certezza delle situazioni giuridiche ed ostacola la circolazione della ricchezza. Proprio per evitare tali inconvenienti, nel 2006 il legislatore francese, con la *Loi* n. 2006-728 del 23 giugno 2006 "*portant réforme des successions et des liberalités*" ha introdotto nel codice civile francese il patto rinunciativo, quale rinuncia anticipata a promuovere l'azione di riduzione, concedendo tale facoltà di rinuncia solo a un presunto erede necessario di colui della cui successione si tratta. Nei sistemi giuridici di common law, viene generalmente compiuta la scelta di comprimere il meno possibile la

40 L'attività di testare costituiva, infatti, per le famiglie romane una tradizione dalle origini pressoché leggendarie risalenti al VIII secolo a.C. e riportate da Varrone. Romolo avrebbe assegnato a ciascun maschio della comunità un terreno costituito da due iugeri di terra, denominato *heredium*, in quanto alla morte dell'assegnatario sarebbero subentrati nel diritto sul quel terreno gli *heredes sui*, cioè i figli assoggettati alla potestà del padre defunto. Mentre Plinio il Giovane nelle sue *epistulae* riferisce come per fare testamento, soprattutto nelle famiglie più prestigiose, si era soliti indossare gli abiti più sontuosi. Diseredare significava, in un qualche modo, derogare a quella antichissima tradizione. Ecco che, la proibità ai costumi dei romani, soprattutto in età arcaica e preclassica, contribuì a trattenere uno sfrenato ricorso alla diseredazione. Il *testamentum calatis comitiis* consisteva in un atto formale, compiuto oralmente davanti ai comizi curiati, che si riunivano alla presenza del *pontifex maximus*, solo due volte all'anno: il 24 marzo e il 24 maggio. Per cui si aveva la possibilità di fare testamento in questa forma solo due volte all'anno. Il testatore affidava solennemente le sue ultime volontà alla memoria di tutti i cittadini. Il popolo aveva la qualità di testimone, fondamentale in una civiltà che ancora non conosceva l'utilizzo degli atti scritti.

41 Esplicitamente gli artt. 912 e 1004 del *code civil* sanciscono: "La riserva ereditaria è la parte dei beni e diritti successorii di cui la legge assicura la devoluzione libera da pesi a certi eredi detti riservatari, se essi sono chiamati alla successione e se essi l'accettano. La quota disponibile è la parte dei beni e diritti successorii che non è riservata dalla legge e di cui il defunto può disporre liberamente a titolo di liberalità" (art. 912); "Nei casi in cui alla morte del testatore ci sono eredi ai quali una quota dei suoi beni è riservata dalla legge, tali eredi sono investiti di pieno diritto, alla sua morte, del possesso di tutti i beni della successione; e il legatario universale è tenuto a domandare loro il rilascio dei beni compresi nel testamento" (art. 1004).

libertà del testatore nella sistemazione *post mortem* delle sue sostanze. Il modello anglosassone, infatti, ignora la categoria dei legittimari, privilegiando i principi individualistici racchiusi nella sovrana volontà *del de cuius*. Tuttavia, con l'*Inheritance Provision for Family and Dependents Act* del 1975 è possibile ai congiunti del defunto che versano in condizioni di bisogno adire il giudice il quale, con la più ampia discrezionalità, può o meno disporre in favore dei congiunti.

Non si tratta, perciò, di una quota di riserva poiché non è predeterminata dipendendo l'eventuale assegnazione soltanto dalla buona volontà del giudice. Neppure negli Stati Uniti, è diffuso un istituto della legittima come quella regolamentata dal nostro ordinamento; soltanto in Louisiana, a partire dal 1990, è stata introdotta una legittima a favore dei figli più giovani (minori di 23 anni) e di quelli portatori di handicap psichico o fisico. Negli altri stati, nulla è previsto per i figli, mentre sono disciplinate previsioni a favore del coniuge, a volte proporzionate alla durata del matrimonio. Nei paesi privi di una propria tradizione giuridica (quali Canada francofono⁴², Messico, Cuba), sta emergendo, tuttavia, un originale modello "misto" capace di coniugare il principio individualistico in favore della volontà del testatore, con una visione solidaristica dei rapporti all'interno della famiglia. La caratteristica di questo modello, cui sembra indirizzarsi anche il più recente diritto inglese, è rappresentata dal fatto che il diritto alla riserva dei più stretti familiari - ai quali talora è equiparato persino il convivente - è subordinato

42 Per quanto riguarda la quota indisponibile spettante agli stretti congiunti, durante i lavori preparatori del *Code civil*, ci fu un dibattito su come andasse chiamata, se legittima o riserva. Alla fine prevalse quest'ultima. Bisogna però specificare come l'istituto contenuto nel *Code civil* è frutto dell'ibridazione dei due istituti, così che dalla loro fusione ne nacque uno nuovo, differente sia dalla legittima, che dalla riserva. Di conseguenza, la decisione più appropriata sarebbe stata quella di attribuire un nuovo nome al nuovo istituto. Nonostante questo, prevalse il nome di *réserve*, il che si può spiegare solo col desiderio di voler fare un omaggio alla tradizione giuridica franco-germanica, dal momento che nel nuovo istituto prevalsero più gli elementi della legittima romana, piuttosto che quelli della riserva germanica. Il nuovo istituto della *réserve* contemplato dal *Codice civil*, esattamente come avveniva per la legittima romana, si calcolava su tutto il patrimonio ereditario (calcolato come *relictum*, meno passività, più *donatum*) e non solo sui *propres*. Gli aventi diritto erano i parenti in linea retta: prima i discendenti e in loro assenza gli ascendenti. Inoltre, esattamente come per la legittima romana, si tratta di una quota variabile in base al numero e alla qualità degli eredi e trova il suo fondamento nel dovere morale del *de cuius* di provvedere al sostentamento dei più stretti congiunti e non certo nell'idea politica del lignaggio, spazzata via dalla Rivoluzione. Ciò che la *réserve* disciplinata nel *Code Napoléon* condivide con la riserva franco-germanica è il fatto che la sua lesione vada calcolata e debba risultare solo al tempo della morte e non anche al tempo del compimento dell'atto, che non sia più parametrata a una quota parte di successione intestata e che la sua tutela sia di natura reale, in quanto affidata all'azione di riduzione, che mantenne le caratteristiche già descritte. In seguito all'entrata in vigore del codice, la dottrina francese dovette affrontare diverse questioni controverse, non chiarite dal *Code civil*. Fra queste emergeva l'interrogativo se il testatore potesse comporre a piacimento la quota indisponibile o meno. Detto altrimenti, ci si chiedeva se l'intangibilità della *réserve* andasse ancora intesa in senso qualitativo o se invece fosse possibile concepirla in senso quantitativo alla luce del nuovo codice. Ricordiamo che fino a quel momento, a causa dell'interpretazione "creativa" del *Corpus Iuris* ad opera dei giuristi feudali, si era imposta una visione qualitativa della quota indisponibile, così che il padre non potesse liquidare un figlio con soli beni mobili o denaro. In seguito a un lungo dibattito, si decise che la *réserve* dovesse essere formata proporzionalmente da tutti i beni della massa e, quindi, che bisognasse continuare ad intenderla ancora ed esclusivamente in senso qualitativo. Evidentemente i giuristi francesi ottocenteschi erano, dopo la Rivoluzione, ancora troppo influenzati dal principio di eguaglianza, per poter superare la concezione qualitativa della *réserve*, che venne, anch'essa, contemplata dalla dottrina come strumento per garantire il pieno rispetto del suddetto principio. Il superamento della concezione qualitativa della legittima in favore di una concezione quantitativa avvenne solamente nel secolo successivo ad opera della giurisprudenza.

all'esistenza di uno stato di bisogno in presenza del quale è concessa una vera e propria attribuzione alimentare *post mortem*.

Anche in Lituania, il diritto alla riserva è condizionato allo stato di bisogno del legittimario, mentre in Albania, Estonia, Russia e Moldavia il diritto alla riserva è subordinato allo stato di minore età ovvero all'invalidità al lavoro.

V. BREVI RIFLESSIONI CONCLUSIVE IN CHIAVE CRITICA IN TEMA DI SUCCESSIONE NECESSARIA: UNA QUESTIONE APERTA.

Pur apprezzando le numerose innovazioni e l'indubbia modernizzazione realizzata dalla L. n. 151 del 1975, non sono mancate critiche alla riforma del diritto di famiglia nella parte in cui ha ulteriormente ridotto la libertà di testare rispetto all'impianto originario del codice. Parimenti, anche la recente novella di cui alla Legge Cirinnà è stata oggetto di aspri dibattiti, come si analizzerà *funditus* nel prosieguo. Difatti, attualmente, la quota disponibile può essere limitata sino ad un quarto sia nell'ipotesi di concorso di coniuge con più figli (art. 542, comma 2, c.c.) che in quella, del tutto diversa e, tuttavia, assimilata, di concorso di coniuge e ascendenti (art. 544, comma 1, c.c.) laddove nella stesura iniziale del codice la disponibile non poteva scendere al di sotto di un terzo⁴³.

A ciò occorre aggiungere l'ulteriore compressione derivante dalla riserva dei diritti di uso e abitazione a favore del coniuge che, anche in dipendenza della ricordata interpretazione adottata dalle Sezioni Unite, potrebbe, in dipendenza del valore, addirittura far venir meno la disponibile. Autorevole dottrina individua nella successione necessaria la causa prima degli ostacoli alla circolazione della ricchezza⁴⁴, auspicandone l'abrogazione anche perché priva di "copertura" costituzionale⁴⁵. Tuttavia, se è certamente vero che l'art. 42 Cost. all'ultimo

43 Critiche in tal senso sono formulate da BONILINI, G.: *Tratt. Di diritto delle successioni e donazioni*, cit., p. 3, pp. 17 ss.; DE BELVIS, E.: *La successione necessaria tra storia e riforme, Cultura giuridica e rapporti civili*, ESI, 2013, pp. 234 e ss.

44 DELLE MONACHE, S.: "Abolizione della successione necessaria?", *Riv. not.*, 2007, p. 4, p. 805; GAZZONI, F.: "Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati art. 561 e 563 c.c.)", *Giust. civ.*, 2006, p. 1, p. 3: "Nei Paesi civili e moderni la legge riconosce ai proprietari il potere di disporre liberamente dei propri beni sia *inter vivos* sia *mortis causa*. Nei Paesi quasi civili e quasi moderni, il potere di disporre *mortis causa* è limitato bensì da una legislazione fortemente di favore per la categoria dei legittimari, ma sono ammessi accordi *ante mortem* per disciplinare la futura successione. Nei Paesi incivili e arretrati anche questi accordi sono invece tassativamente vietati. L'Italia, ovviamente, nella sua arretratezza è rimasta, con qualche lieve deroga in sede di riforma del diritto di famiglia, all'epoca tribale, quando la trasmissione della ricchezza avveniva per stirpi e con indisponibilità assoluta della vicenda successoria. Se si eccettua l'istituto del maggiorasco e della biblica primogenitura, nonché l'esclusione del coniuge, di sangue diverso, dalla proprietà, il sistema di protezione dei legittimari è infatti di tipo medioevale, se solo si considera che l'art. 550 c.c., prevede una delle poche vie praticabili dal *de cuius* per tentare di aggirare il divieto di ledere le quote di legittima, la quale via altro non è se non la c.d. 'cautela sociniana', risalente al Quattrocento".

45 GAZZONI, F.: "Competitività, e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati art. 561 e 563 c.c.)", *Giust. civ.*, 2006, 1 cit., 3 ss. così prosegue: "Un tale perverso sistema dovrebbe essere smantellato con una semplice norma, che abrogasse la successione c.d. necessaria, limitando la successione tribale

comma, nel riservare alla legge il compito di stabilire “le norme ed i limiti alla successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità” non pare sancire alcuna tutela di dignità costituzionale per i diritti che la legge ordinaria attribuisce ai riservatari, altrettanto vero è che tali diritti trovano fondamento in un rapporto giuridico tra coniugi (art. 29 Cost.) e tra genitori e figli (art. 30 Cost.) ispirato al principio di solidarietà (art. 2 Cost.) che impone di adeguare ogni intento riformatore al rispetto delle esigenze di solidarietà familiare.

Quali che siano le forme giuridiche attraverso cui concretamente si realizza la protezione dei legittimari nelle varie esperienze ordinamentali, la legittima sempre assolve, in ultima analisi, ad una funzione irrinunciabile: essa serve a contrastare quello che i tedeschi chiamano “*Missbrauch der Testierfreiheit*”, cioè l'abuso della libertà testamentaria. Se si cancellassero le norme sulla successione necessaria, si dovrebbe giungere all'esito di ritenere inattaccabile il testamento con cui un padre di famiglia, in presenza di figli minori, avesse compiuto un'istituzione a favore di estranei.

Se, come si dice in Germania, risponde ad una “*natürliche Anschauung*”, ossia constatazione naturale che i più stretti congiunti del defunto debbano ricevere qualcosa sulla sua eredità, allora si potrà forse concludere che un atto testamentario come quello appena ipotizzato sia *contra bonos mores*, e debba dunque giudicarsi nullo. Il mantenimento della legittima risponde inoltre a ragioni di coerenza sistematica. Non si vede come l'ordinamento giuridico, senza cadere in contraddizione con sè stesso, potrebbe imporre il reciproco obbligo di assistenza anche materiale e di contribuzione ai bisogni della famiglia (art. 143, commi 2 e 3, c.c.) e, al tempo stesso, permettere a ciascun coniuge di sottrarsi all'ultima forma di contribuzione. Il mantenimento della tutela dei legittimari non esclude invece un suo ripensamento al fine di attualizzarne il contenuto in conformità al profondo mutamento della realtà sociale e economica; nel mutato contesto, non appare più sostenibile la retorica finzione della continuità della persona, né più condivisibile la prospettiva del diritto ereditario come modalità di attuazione dell'interesse alla conservazione del patrimonio all'interno del nucleo familiare. Si consideri, soltanto, come la stessa nozione di famiglia vede, oggi, mutare i propri confini concettuali. L'attuale legislazione deve attuare un progressivo adattamento al *favor veritatis* e prendere atto che le ragioni sulle quali si è, tradizionalmente, fondata la forte restrizione all'autonomia negoziale in ambito successorio hanno perso consistenza.

legale al solo caso di successione *ab intestato*. Intervento, questo, non solo radicale e quindi risolutivo, ma anche facile, sul piano del procedimento legislativo, posto che spetta al legislatore ordinario stabilire le norme e i limiti della successione testamentaria (art. 42, comma 4, Cost.). Dunque la famiglia e la filiazione sono bensì protette a livello costituzionale (art. 29, 30, 31, 37 Cost.), ma non nei suoi profili di trasmissione *mortis causa* della ricchezza, onde la quota di riserva potrebbe anche essere limitata, assai opportunamente e proficuamente, ad un assegno alimentare vitalizio del tipo di quello previsto dall'art. 548, cpv., c.c. per il coniuge separato con addebito o, ancor meglio, a un assegno assistenziale in caso di bisogno, del tipo di quello previsto, per il coniuge divorziato, dall'art. 9-bis l. 1° dicembre 1970, n. 898”.

Occorre conferire maggior risalto alla libertà testamentaria che deve essere temperata col principio di solidarietà - familiare, in particolare - che informa di sé l'intera materia ereditaria. Qualunque riforma del diritto ereditario, che intenda rimuovere dal sistema dati normativi obsoleti⁴⁶, deve prendere le mosse dalla centralità della figura dei figli, ai quali va riconosciuta precedenza incondizionata in considerazione della derivazione costituzionale dei doveri di istruzione, educazione e mantenimento della prole. Sembra dover, per converso, essere sottoposta a revisione critica l'attuale impostazione - nient'affatto giustificata dall'ordinamento costituzionale - che attribuisce preminenza assoluta al coniuge. Adeguata valorizzazione in sede successoria potrebbe ricevere non solamente il matrimonio, quanto piuttosto la durata, la serietà e la stabilità del rapporto, l'effettiva vita in comune, nonché l'entità del contributo offerto alla creazione e all'incremento del patrimonio familiare. E così, ormai da tempo si discute di una riforma organica dei diritti dei legittimari⁴⁷, sollecitata anche dall'Unione Europea e con riferimento alla quale sono stati presentati disegni di legge nel 2006 (S.1043) e 2008 (S. 576, identico a quello del 2006), prendendo le mosse da altri sistemi giuridici che disegnano diversamente la figura del legittimario⁴⁸.

Tanto premesso, emerge come la successione necessaria sia un istituto che nasce dal bilanciamento di due valori, quello che tradizionalmente è detto della solidarietà familiare, e quello dell'autonomia privata, nello specifico della libertà di testare⁴⁹. Pertanto, si pone come limite a quest'ultima libertà, e la sua applicazione

46 LISERRE, A.: *Evoluzione storica e rilievo costituzionale del diritto ereditario*, cit., p. 22, che afferma che "le linee fondamentali della regolamentazione successoria attuata con la novella del 1975, segnano una marcatissima svolta rispetto agli indirizzi del diritto ereditario previgente, giungendo a recepire sul piano normativo un ordine di esigenze e di valori da tempo fatti propri dalla coscienza sociale più avanzata: e ciò vale tanto con riguardo alla giusta tendenza ad equiparare il trattamento successorio dei figli naturali (anche adulterini) riconoscibili a quello dei figli legittimi, quanto con riferimento alla vocazione del coniuge superstite che (come legittimario o come erede legittimo) può ora succedere nella titolarità di una quota (in proprietà) uguale o superiore a quella dei figli, beneficiando altresì, del(la garanzia di) godimento della casa familiare arredata; per non dire, infine, della felice trasformazione dell'istituto del fedecommesso (improvvidamente e inutilmente reintrodotta, in versione tradizionale, dal codice del 1942) in funzione di garanzia per la cura familiare dell'incapace".

47 Un approfondito esame è compiuto da MAGLIULO, F.: "La legittima quale attribuzione patrimoniale policausale. Contributo ad una moderna teoria della successione necessaria", *Riv. not.*, 2010, 3, pp. 533 ss.

48 Il progetto è stato oggetto del convegno *Abolizione della successione necessaria. Crepuscolo della famiglia?*, Milano, Università Bocconi 7 maggio 2007 con interventi di molteplici studiosi alcuni dei quali pubblicati quali quelli di G. BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Fam., pers. e succ.*, 2007, pp. 58 ss.

49 In tema di rapporti tra autonomia privata e testamento v. BONILINI, G.: "Autonomia negoziale e diritto ereditario", *Riv. not.*, 2000, pp. 789 ss., che definisce il principio dell'autonomia testamentaria come la "determinazione della sorte dei rapporti patrimoniali che sopravvivono alla morte del testatore, che indubbiamente, è la fondamentale funzione che il negozio (il testamento) è chiamato ad assolvere", precisando inoltre che "è consentita altresì, suo tramite, la realizzazione di interessi sguarniti del carattere della patrimonialità". L'A. rileva che "la libertà di disporre per testamento è singolarmente ampia; l'autonomia testamentaria conosce i suoi più importanti, ma esclusivi limiti, nell'intangibilità dei diritti riservati ai legittimari (artt. 457, 536 ss. e 549 c.c.) e nella liceità e possibilità delle singole disposizioni contenute nella scheda" e aggiunge che il sistema successorio dà "significativo spazio all'autonomia testamentaria, pur eleggendo alcuni famigliari a riservatari, i quali possono venire alla successione anche contro il testamento. E esso, nondimeno, dà tutti i suoi frutti, anche nel caso in cui leda i diritti dei legittimari, ché le sue disposizioni non sono, per questo, nulle: più semplicemente esse possono venire private di efficacia, se i riservatari agiscano in riduzione, nel qual caso, l'esito vittorioso del giudizio scolora la volontà

presuppone un contrasto tra volontà della legge e volontà del defunto. In realtà, dietro il c.d. principio di solidarietà familiare⁵⁰ vi è una più ampia valutazione; infatti, il legislatore non si limita semplicemente a tutelare i soggetti legati al *de cuius* da un vincolo particolarmente intenso, ma intende tutelare tutti coloro che avevano una relazione tale da presupporre una certa condivisione della vita con il *de cuius*, avente anche riflessi patrimoniali. Si tratta di ipotesi nelle quali sarebbe ingiusto che questi soggetti non potessero godere dei vantaggi del patrimonio del *de cuius*, o perché ne hanno già beneficiato in passato, o perché addirittura hanno contribuito non solo a conservarlo ma anche ad integrarlo. Pertanto, il fondamento dell'istituto risiede nelle concrete esigenze di tutela di alcuni familiari⁵¹. La definizione di quale formazione sociale possa qualificarsi come famiglia è stata oggetto, per lungo tempo, di varie discussioni e teorie che sembrerebbero aver trovato un punto di accordo con l'entrata in vigore della legge Cirinnà.

Il concetto di famiglia si differenzia in base ai vari ambiti di riferimento: sociologico, ove ci si riferisce al legame sanguineo o di residenza; giuridico, o del sentire comune ove spesso si definiscono famiglie nuclei che non hanno né un legame di sangue né una relazione amorosa. Dal punto di vista giuridico, la famiglia trova una chiara definizione nell'art. 29 della Costituzione italiana, ove si specifica che la famiglia è riconosciuta e tutelata dalla Repubblica come società naturale fondata sul matrimonio. Per decenni, la posizione interpretativa assunta, sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, era nel senso che la famiglia doveva essere concepita in una visione teologica: attraverso l'alterità data dall'unione di un uomo con una donna. Tale interpretazione ha costituito, per molto tempo, l'ostacolo principale per il riconoscimento dal punto di vista giuridico delle convivenze *more uxorio* (etero e omosessuali) come veri e propri nuclei familiari. Una svolta è avvenuta con la Legge Cirinnà (L. n. 76/2016) la quale ha cercato, principalmente, di dare un riconoscimento alle coppie di fatto e alle coppie omosessuali e di eliminare le differenze di trattamento tra le famiglie fondate sull'istituto del matrimonio e quelle formate sulla convivenza *more uxorio*.

testamentaria sino alla misura necessaria a reintegrare quei diritti"; MANIACI, A.: "Autonomia privata e successioni mortis causa", *Riv. dir. priv.*, 2006, pp. 731 ss.

- 50 BIANCA, C.M.: "Diritto civile", II, *La famiglia. Le successioni*, cit., p. 668; BONILINI, G.: "Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria", *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 583; COMPORI, M.: "Riflessioni in tema di autonomia testamentaria, tutela dei legittimari, indegnità a succedere e diseredazione", *Famiglia*, 2003, p. 30; L. FERRI, *Dei legittimari*, cit., pp. 3 ss.
- 51 AMADIO, G.: voce "Contrattualità successoria", in *Enc. dir., Contratto*, Milano, 2021, pp. 486 e ss.; ID, "Le proposte di riforma della successione necessaria", *Giur. it.*, 2012, pp. 1942 ss.; ID., "La riforma della successione necessaria", in *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2020, pp. 343 ss.; BONILINI, G.: "Sulla novellazione delle norme relative alla successione necessaria", in *Ricerche giuridiche*, 2013, pp. 283 ss.; ID., "Sulla possibile riforma della successione necessaria", in BONILINI, G. (diretto da): *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, III, *La successione legittima*, Milano, 2009, pp. 729 ss.; RESCIGNO, P.: "Le possibili riforme del diritto ereditario", *Giur. It.*, 2012, pp. 1941 ss.; DOSSETTI, M.: "Concetto e fondamento della successione necessaria", in *Tratt. delle succ. e donaz.*, cit., p. 17, nt. 45 "Il legittimario, infatti, pur traendo il suo titolo dal rapporto di parentela o di coniugio, non agisce quale membro del gruppo e nell'interesse di questo, ma come singolo, per la tutela di un suo interesse patrimoniale", nello stesso senso v. BUCELLI, A.: *I legittimari*, cit., p. 558; FERRI, L. *Dei legittimari*, cit., pp. 4 ss.;

La legge *de qua* crea - sulla scorta delle moderne attitudini socio-economiche - quindi, tre categorie di formazioni familiari: la coppia sposata, formata in base ai criteri stabiliti dal citato art. 29 Cost., la coppia di fatto o convivente *more uxorio*, quale unione di coppie eterosessuali e, infine, l'unione civile quale coppia omosessuale. Nonostante il nobile tentativo di uniformare la disciplina applicabile alle tre tipologie di famiglia, tuttavia, la L. n. 76/2016 lascia scoperti alcuni ambiti giuridici rilevanti e pone in altri sostanziali differenze di trattamento, come ad esempio in ambito successorio.

La Legge Cirinnà estende ai *partner* dell'unione civile la disciplina delle successioni riguardante la famiglia contenuta nel codice civile, infatti, all'art. 21 della suddetta legge si prevede che alle parti dell'unione civile si applichino gli articoli relativi alla disciplina della successione legittima, della successione legittimaria e dell'indegnità.

Ne consegue che ogni riferimento normativo al coniuge deve essere esteso anche al *partner* superstite dell'unione civile; a titolo esemplificativo, per quel che concerne il concorso tra eredi nella successione, è previsto che il coniuge superstite, o la parte dell'unione civile superstite, abbia diritto alla metà dell'eredità se nella successione concorre con un solo figlio e ad un terzo negli altri casi. La Legge Cirinnà, sul punto, è chiara nell'equiparare le due situazioni, ma proprio a causa dell'esplicito riferimento all'unione civile (definita quale unione di due persone aventi lo stesso sesso) esclude totalmente dalla disciplina successoria le coppie *more uxorio* eterosessuali creando di fatto non solo una disparità di trattamento, ma una vera discriminazione.

Per i conviventi, infatti, non sono previsti particolari diritti successori e tale vuoto normativo non è aggirabile nemmeno attraverso la disposizione di questioni patrimoniali mediante il contratto di convivenza in quanto la legge vieta espressamente i patti successori. L'unica soluzione praticabile per i conviventi è quella di redigere apposito testamento; senonché il concetto di testamento nella cultura italiana è spesso legata alla vecchiaia e a particolari sostanze economiche, si rischia, in tal modo, che una coppia giovane in cui venga a mancare improvvisamente uno dei due *partner* sia completamente sprovvista di tutele dal punto di vista successorio.

Ulteriore aspetto da tenere in considerazione sul piano sistematico è dato dal fatto che, anche qualora vi sia un testamento, l'atto è comunque limitato dalle disposizioni del Codice Civile, quali la sopra illustrata quota di legittima degli eredi. Unica tutela prevista dalla L. n. 76/2017 è quella disposta all'art. 1 comma 43 la quale prevede che in caso di morte del *partner* proprietario dell'immobile adibito ad abitazione della coppia il convivente superstite abbia diritto a continuare ad abitare l'immobile per due anni o per un periodo pari alla convivenza se questa è

superiore a due anni, ma in ogni caso per un lasso di tempo non superiore a cinque anni. Pertanto, trascorso tale lasso di tempo, l'immobile deve essere restituito all'erede⁵².

Fondamento delle norme sulla successione necessaria, dunque, non è la tutela della famiglia nucleare, considerata dagli artt. 29, 30 e 31 Cost. e dalla riforma del diritto di famiglia del 1975, bensì la tutela dei singoli membri che la compongono, alla luce della moderna e poliforme concezione familiare di cui alla Legge Cirinnà. La norma imperativa, pertanto, limita l'autonomia testamentaria. Peraltro, il nuovo ordine nell'elenco dei legittimari rispecchia soprattutto la nuova valutazione sul piano della rilevanza successoria, delle singole relazioni familiari⁵³, più aderente ai principi costituzionali, così che si può affermare che il baricentro della vocazione all'eredità, a seguito della riforma del diritto di famiglia, viene spostato dalla famiglia parentale alla famiglia "coniugale" *lato sensu* e cioè a quella nucleare prevista dalla Carta Costituzionale. Difatti, le norme a tutela dei legittimari costituiscono un limite pubblicistico alla facoltà di disporre del testatore e regolano, perciò, il conflitto tra volontà del defunto e volontà della legge risolto a favore di quest'ultima attraverso l'attribuzione al legittimario dell'azione di riduzione delle disposizioni lesive. Nella successione *ab intestato*, invece, non è immaginabile un conflitto tra norme, ma soltanto una loro integrazione.

La politica legislativa, in un'ottica di bilanciamento di interessi sociali e solidaristico-economici, ha ritenuto preponderante la sintesi di quelli atomistici dei membri della famiglia - entro i nuovi e proteiformi confini delineati *ex multis* dalla Legge Cirinnà - rispetto al dogma volontaristico dell'autonomia⁵⁴ privata

52 Nel caso in cui il partner superstite non restituisse l'immobile o altri beni di appartenenza al compagno defunto si configurerebbe una vera e propria appropriazione indebita perseguibile penalmente. Dunque, attualmente l'ordinamento lascia completamente sprovviste di qualsivoglia tutela dal punto di vista successorio le coppie di fatto, unica soluzione per le stesse sembrerebbe essere quella di lasciare disposizioni testamentarie, restando tuttavia più che auspicabile un intervento volto a revisionare l'intera normativa e a porre effettivamente sullo stesso piano le varie formazioni familiari senza alcuna distinzione, eliminando ogni tipo di pregiudizievole differenziazione.

53 LISERRE, A.: *Evoluzione storica e rilievo costituzionale del diritto ereditario*, cit., p. 22, che afferma che "le linee fondamentali della regolamentazione successoria attuata con la novella del 1975, segnano una marcatissima svolta rispetto agli indirizzi del diritto ereditario previgente, giungendo a recepire sul piano normativo un ordine di esigenze e di valori da tempo fatti propri dalla coscienza sociale più avanzata: e ciò vale tanto con riguardo alla giusta tendenza ad equiparare il trattamento successorio dei figli naturali (anche adulterini) riconoscibili a quello dei figli legittimi, quanto con riferimento alla vocazione del coniuge superstite che (come legittimario o come erede legittimo) può ora succedere nella titolarità di una quota (in proprietà) uguale o superiore a quella dei figli, beneficiando altresì, del(la garanzia di) godimento della casa familiare arredata; per non dire, infine, della felice trasformazione dell'istituto del fedecommesso in funzione di garanzia per la cura familiare dell'incapace".

54 MENGONI, L.: *Successione per causa di morte. Successione necessaria*, cit., pp. 348 s., il quale osserva come l'art. 550, quale eccezione al divieto di cui all'art. 549 del c.c., prenda in considerazione una particolare e speciale ipotesi di potenziale lesione dei diritti del legittimario, apprestando un adeguato meccanismo di tutela, in luogo dell'azione di riduzione che non garantirebbe al legittimario il conseguimento della legittima in piena proprietà e non sarebbe in grado di assicurarne il valore, se non in modo aleatorio. CAPOZZI, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 485, il quale in proposito alla nt. 1036 richiama Cass. Civ. 18 gennaio 1995, n. 511, secondo cui "La norma di cui all'art. 550 (...) configura, quale diritto potestativo, una scelta di cui la legge non determina la forma, con la conseguenza che essa, espressa o tacita, può essere provata anche per testimoni o per presunzioni, anche se è in questione l'usufrutto o la nuda proprietà di beni immobili.

e testamentaria che, irrimediabilmente, è compressa e mitigata alla luce della polifunzionalità e policausalità della legittima⁵⁵. Le tesi dottrinali riassunte additano una via da seguire (e che anzi potrà meglio essere seguita tramite un intervento legislativo) per recuperare la desiderata flessibilità: la via, di cui ora ci accingiamo a parlare, che si potrebbe definire della “libertà controllata”. A fronte dell’esigenza di limitare le quote di riserva, le proposte menzionate non si dirigono semplicemente a ridurre le quote fisse; piuttosto, individuano certi atti di disposizione che si sottraggono, per i particolari interessi perseguiti, a riunione fittizia, imputazione e riduzione (finendo però per apparire eccessivamente rigide proprio in questa ampia e indifferenziata esclusione).

Ora, se l’ammodernamento del sistema non può avvenire tramite un particolare inquadramento di certi atti e una loro conseguente automatica sottrazione agli istituti della successione necessaria, nulla vieta che in una prospettiva diversa – di disciplina legale, anziché di qualificazione negoziale – al disponente-testatore sia lasciata una libertà per così dire controllata, che gli consenta in virtù delle circostanze del caso concreto di sottrarsi in una qualche misura alla rigidità delle quote fisse in nome dei particolari interessi perseguiti (analoghi a quelli già valorizzati dalle tesi dottrinali di cui si è detto). Ecco il punto centrale: consentire sì di escludere certe attribuzioni da riunione fittizia, imputazione e riduzione, ma in virtù degli interessi avuti di mira dal disponente e in base a elementi propri della situazione specifica in cui questi e i suoi legittimari si trovano; al contempo, incaricare della valutazione di questi elementi, fin dove possibile, il legislatore e, per il resto, il giudice.

Come si è visto, le quote fisse coniugano esigenze diverse⁵⁶, dimostrandosi assai sensibili alla necessità di azzerare la discrezionalità giudice. In chiave comparatistica si osserva comunemente che il common law (inglese, ma non solo), pur tradizionalmente restio a un interventismo giudiziale in tema di contratti, non disdegna di attribuire attraverso il sistema delle *family provisions* un potere fortemente discrezionale all’organo giudicante.

Non è inutile ai nostri fini indagare le ragioni di questo di vergente approccio e, quindi, le motivazioni che inducono il common law ad affidarsi al giudice nell’ambito della tutela dei *next of kin*. Ora, oltre a considerazioni di stampo istituzionale (quali il minor ruolo della buona fede nei contratti deriva da un’esigenza di certezza dei traffici molto avvertita nel common law, mentre l’attribuzione di poteri

L’effettuazione di tale scelta è incompatibile con il successivo ricorso all’azione di riduzione per la diversità di presupposti, struttura e finalità delle norme di cui agli artt. 550 e 554”.

55 DE BELVIS, E.: *La successione necessaria tra storia e riforme*, *Cultura giuridica e rapporti civili*, ESI, 2013, pp. 234 e ss.; MAGGIULO, F.: “La legittima quale attribuzione patrimoniale policausale. Contributo ad una moderna teoria della successione necessaria”, *Riv. not.*, 2010, fasc. 3, pp. 533 e ss.;

56 AMADIO, G.: voce “Contrattualità” successoria”, in *Enc. dir., Contratto*, Milano, 2021, pp. 486 e ss.

discrezionali in ambito successorio da un maggiore fiducia nei giudici, al fondo di questa differenza vi è senza dubbio la contrapposizione tra la logica delle *family provisions* e della successione necessaria di *civil law*: le prime, con funzione in senso lato alimentare (come, in diritto romano, la legittima); la seconda, invece, con una rilevanza molto più ampia (derivando dall'appropriazione borghese del sistema della *réserve*, già volto a proteggere gli ideali feudali legati alla conser-

vazione della ricchezza nel clan, e poi piegato al fine di *maintenir les familles*)⁵⁷. Si rileva, in chiave sistematica, che l'attribuzione al giudice del potere di quantificare una prestazione alimentare a carico dell'eredità o degli eredi è, giocoforza, assai meno sorprendente di quanto sarebbe se, in un ordinamento di *civil law*, si lasciasse al giudice il potere di decidere di volta in volta se e in che misura il *de cuius* avrebbe dovuto disporre a favore dei legittimari (*l'an* e il *quantum* della riserva "giusta")⁵⁸.

La ragione è intuibile: nella prima ipotesi l'organo giudicante si muove entro precisi limiti quantitativi e qualitativi, ossia ha a disposizione un parametro di riferimento generale (*financial needs* del beneficiario) che lo vincola nella sua scelta, la quale, per di più, di norma non tocca in modo incisivo la libertà testamentaria; nella seconda ipotesi è assente qualsiasi criterio e la scelta del giudice, che peraltro potrebbe finanche annullare l'autonomia del testatore, finirebbe per essere schiettamente politica. In sintesi, stando alle considerazioni sinora formulate, nell'ambito della quota fissa destinata ai legittimari (tra cui potrebbe venire annoverato il convivente, se il *de cuius* lo volesse) potrebbe venire prevista una porzione "parzialmente disponibile"⁵⁹, ossia una porzione disponibile solo in virtù di specifiche giustificazioni e a favore di certi soggetti, che verrebbero

57 Una minima apertura alla flessibilità successoria può rinvenirsi nell'art. 448-bis, che consente di diseredare il genitore decaduto dalla responsabilità genitoriale (cfr. PARADISO, M.: "Decadenza dalla potestà, alimenti e diseredazione nella riforma della filiazione", *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, pp. 557 s.); tuttavia, una simile apertura, oltre a essere abbastanza limitata, è circondata da requisiti formali che sottraggono al giudice qualsiasi potere discrezionale. In dottrina non sono mancate proposte di aumentare la flessibilità della successione necessaria, per lo più ipotizzando di valorizzare lo stato di bisogno o i meriti dei legittimari: v. ad esempio LAGHI, P.: "Famiglie «ricomposte» e successione necessaria: problematiche attuali, soluzioni negoziali e prospettive de iure condendo", *Contr. impr.*, 2017, pp. 1366 ss.

58 AMADIO, G.: "Le proposte di riforma della successione necessaria", *Giur. It.*, 2012, pp. 1942 ss

59 Su questa espressione vedasi AMADIO, G. voce "Contrattualità' successoria", in *Enc. dir.*, Milano, 2021, pp. 486 e ss.. L'idea di una successione contrattualizzata intercetta istituti e interrogativi assai vari: se è quasi banale il riferimento al divieto dei patti successori e alle numerose critiche che esso si è attirato negli ultimi anni (v., nell'ambito di una bibliografia assai vasta DE GIORGI, M. V. *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976; ACHILLE, D.: *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Napoli, 2012; BARBA, V.: *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015; CARRABBA, A. A. "Il divieto dei patti successori tra antico "formante" e lettura evolutiva", *Fam. dir.*, 2017, pp. 773 ss.; v. poi anche la nt. 30), meno lo è il richiamo della categoria, elaborata anzitutto nell'ordinamento tedesco, della successione anticipata (cfr. ECCHER, B.: *Antizipierte Erbfolge*, Berlin, 1980, e più di recente ID., *Bürgerliches Recht, VI, Erbrecht*, Wien-New York, 2010, pp. 15 s.; in Italia v. AMADIO, G.: "Anticipata successione e tutela dei legittimari", in SCALISI, V. (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004, pp. 653 ss.; ZOPPINI, A.: "L'emersione della categoria della successione anticipata", in *Patti di famiglia per l'impresa*, in *Quaderni della Fondazione italiana per il Notariato*, 2006, pp. 270 ss.) o all'istituto, anch'esso di matrice tedesca, dell'*Erbvertrag* (su cui cfr. in particolare LANGE, K.VV.: *Erbrecht*, München, 121 ss.; v. pure le considerazioni di DEL PRATO, E.: "Sistemazioni contrattuali in funzione successoria: prospettive di riforma", *Riv. Not.*, 2001, I, pp. 625 ss.).

facoltativamente resi beneficiari di una (se del caso, ulteriore) quota di riserva (per l'appunto, una "riserva facoltativa").

Pare ragionevole prendere posizione su tale complessa vicenda normative e sulle possibili ed ipotetiche riforme. Più analiticamente, le linee essenziali della disciplina di riforma potrebbero venire così abbozzate:

- in caso di presenza di soli ascendenti, a loro sarebbero riservati i $\frac{2}{3}$ del patrimonio;

- in caso di presenza di ascendenti e coniuge, agli uni e all'altro sarebbe riservato $\frac{1}{3}$ del patrimonio (in totale, $\frac{2}{3}$); la quota del coniuge scenderebbe a $\frac{1}{6}$ e quella degli ascendenti salirebbe a $\frac{1}{2}$ in funzione della durata del matrimonio (ad esempio, se esso e la convivenza precedente fossero di durata inferiore a cinque anni, se iniziati prima dei cinquanta anni, o dieci, se iniziati dopo);

- in caso di presenza di un solo ascendente, del solo coniuge o di un solo discendente, a loro sarebbe riservato $\frac{1}{2}$ del patrimonio (e la riserva facoltativa sarebbe pari a $\frac{1}{6}$);

- in caso di presenza di discendenti, a loro sarebbero riservati i $\frac{2}{3}$ del patrimonio;

- in caso di presenza di discendenti e coniuge, agli uni e all'altro sarebbero riservati nel complesso i $\frac{2}{3}$ del patrimonio ($\frac{1}{3}$ a testa, in presenza di un discendente; $\frac{2}{9}$ al coniuge e $\frac{4}{9}$ ai discendenti, in presenza di due o più discendenti); la quota del coniuge si dimezzerebbe, andando per il resto a favore dei discendenti, in funzione della durata del matrimonio (come già detto);

- dei $\frac{2}{3}$ di riserva, fino a $\frac{1}{3}$ potrebbe essere destinato ai discendenti o a taluno tra i discendenti (anche non legittimari, come i nipoti), purché ciò risultasse ragionevole (nel senso che si è detto); parimenti, e a scelta del *de cuius*, le stesse risorse rientranti nel terzo predetto potrebbero essere destinate a scopi etici o superetici, sempre purché ciò risultasse ragionevole (sempre nel senso che si è detto); in tal caso le quote di riserva di

base si applicherebbero – nelle stesse originarie proporzioni – alla parte di riserva obbligatoria (quella, cioè, non facoltativa);

- il convivente potrebbe essere designato quale legittimario, acquistando così il diritto a una quota di riserva di ammontare variabile (indicata espressamente o implicitamente dal *de cuius*, ma mai maggiore a quella cui avrebbe diritto il coniuge);

– per semplificare il regime successorio, si potrebbe immaginare di collegare tendenzialmente la successione legittima alle quote di successione necessaria: ossia, prevedere che l'entità delle prime sia identica a quella delle seconde (a prescindere da ogni eventuale deroga concreta), con proiezione – anziché sui 2/3 dell'asse – sulla totalità del *relictum*.

Il disegno di riforma che si è abbozzato sarebbe volto ad aumentare – in via elastica – l'autonomia del testatore: per tale ragione, il medesimo non potrebbe essere imputato di paternalismo. Per quanto esso in un certo modo consentirebbe al giudice di sindacare l'uso di una libertà, quest'ultima sarebbe comunque ampliata rispetto alla situazione attuale e, dunque, il livello di dirigismo dell'ordinamento nel suo complesso finirebbe per diminuire.

Al contempo, il sistema giuridico non si aprirebbe a una piena libertà, che appare a tutt'oggi stonata rispetto all'orizzonte culturale in cui opera l'interprete italiano⁶⁰. Per di più, non può sottacersi che il sistema flessibile che si è provato a tratteggiare⁶¹ spingerebbe i privati a trovare accordi con i famigliari prima della morte: la loro libertà controllata, infatti, risulterebbe comunque minacciata da un controllo troppo invasivo dell'organo giudicante (e, comunque, dall'incertezza che un simile contenzioso porterebbe con sé).

Ciò dovrebbe indurre i privati ad accordarsi per tempo: il che non priverebbe di senso le deroghe facoltative al sistema della riserva, giacché esse finirebbero per costituire una base, una disciplina di default sulla quale agire nell'esercizio dell'autonomia contrattuale. L'accordo, a sua volta, non cristallizzerebbe la nomina

60 Il problema fondamentale, una volta ammessa la flessibilità in esame, è in effetti legato alla costruzione giuridica chiamata a veicolarla. Se si ritenesse che le enunciazioni legislative fossero tassative, o tendenzialmente tali, esse non costituirebbero più semplici indicazioni – e specifiche concretizzazioni – di una clausola generale, ma semmai regole vere e proprie recanti concetti indeterminati (si che la clausola generale imploderebbe in altrettante specifiche regole). Questo approccio, tuttavia, rischia di risultare eccessivamente rigido rispetto alla molteplice varietà di esigenze che possono emergere in concreto: appare quindi preferibile affidarsi a una clausola generale del tipo della "ragionevolezza" o "equità", specificata alla luce dei criteri di cui si dirà nel testo (ad esempio, una disposizione di legge potrà completarla precisando che "il giudice, nel verificare la ragionevolezza dell'attribuzione della quota facoltativa, terrà in particolare considerazione le esigenze di vita dei discendenti legittimari, la vicinanza che hanno mostrato al defunto e l'ammontare totale del patrimonio"). Su questi punti, benché con opinione parzialmente diversa, cfr. MESTON, M. C.: *Succession - Rights or Discretion*, in «*Juridical Review*», 1987, pp. 11 e ss.

61 LEROYER, M.: "Reforme des successions et des libéralités. Loi n. 2006-728 du 23 juin 2006", *Rev. trim. dr. civ.*, 2006, pp. 612 ss. (e, in lingua italiana, FUSARO, A.: "L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani", *Contr. impr. Eur.* 2009, 427 ss.); l'Austria, con l'*Erbrechtsänderungsgesetz* del 2015 (o *ErbRÄG* 2015), su cui v. CHRISTANDL, G.: "La recente riforma del diritto delle successioni in Austria: principi normativi e problemi", *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 423 ss. (e, con specifico riferimento ai temi qui di interesse, *Ch. Rabl, Erbrechtsreform 2015 - Pflichtteilsrecht neu*, in «*Österreichische Notariatszeitung*», 2015, pp. 321 ss.). Ciò che, per l'appunto, confermerebbe l'insuccesso di tutte le proposte di riforma, talune delle quali effettivamente intendevano scardinare il sistema della successione necessaria (è il caso dei disegni di legge C. 4727 del 2004, S. 1043 del 2006, S. 576 del 2008, che prevedevano l'abrogazione dell'intera disciplina della successione necessaria e del patto di famiglia); altre, invece, erano volte piuttosto a modificarne alcuni tratti, ma probabilmente sono state percepite come non sufficientemente riflettute e ponderate, a fronte della "sacralità" di cui si è detto nel testo (è il caso del disegno di legge S. 1251 del 2014, che si limitava a espungere dal sistema il divieto di patti successori rinunciativi). Più di recente è intervenuto il disegno di legge S. 1151 del 2019.

di un legittimario facoltativo; al contrario, immaginando di ricorrere ad accordi analoghi al patto di famiglia, esso riguarderebbe la sistemazione successoria dei beni con esso attribuiti (che non sarebbero soggetti a riduzione o collazione e il cui valore sarebbe cristallizzato al momento della donazione).

Nondimeno, tali beni risulterebbero ancora soggetti a riunione fittizia e imputazione, e in tale sede riacquisterebbe attualità l'indicazione testamentaria di legittimari facoltativi o di quote di riserva facoltative a favore di legittimari obbligatori (esattamente come avviene oggi per la successione necessaria e per il patto di famiglia, che non segrega del tutto certi beni dalla successione di un individuo, ma semplicemente evita che quella successione anticipata sia ridiscussa in futuro)⁶².

Quale che sia la disciplina di dettaglio prescelta, quel che più importa è notare come la seconda forma di elasticità e flessibilità⁶³ – legata al *quantum* delle quote – costituirebbe volano per la prima forma – connessa all'autonomia privata –, così

62 L'Italia, come si è detto, è uno dei Paesi occidentali in cui le persone meno programmano la loro successione: la ragione non è facile da rinvenire (tanto che vi è chi la collega alla scaramanzia o alla gerontocrazia tipiche della società italiana). Tuttavia, la complessità dell'età moderna fa sì che i privati non possano semplicemente contare sul sistema di successione ab intestato (come di prassi avveniva fino a qualche decennio fa, allorché si moriva prima e si lasciavano quasi sempre un coniuge – la moglie – e figli di circa trent'anni). Si è detto anche che lo stesso sistema di successione necessaria richiede, per funzionare, un'estrema diffusione delle forme di successione anticipata, le quali a loro volta consentirebbero, oltre a una migliore realizzazione degli interessi del futuro de cuius, una maggiore certezza, una minore contenziosità e soprattutto un aiuto tempestivo nei confronti dei giovani. A tal riguardo, va sottolineato il diffondersi di vere e proprie figure professionali che offrono assistenza alle famiglie – specialmente a quelle imprenditoriali – nei passaggi di generazione: cfr. MAGRELLI, V., RONDÌ, E., DE MASSIS, A. e KOTLAR, J.: "Generational brokerage: An intersubjective perspective on managing temporal orientations in family firm succession", «Strategic Organization», 2020, pp. 1 ss

63 AMADIO, G.: voce "Contrattualità successoria", in *Enc. dir.*, Milano, 2021, p. 486 e ss. Secondo l'Autore "All'emersione di tale interesse ha contribuito in modo decisivo la progressiva perdita di efficienza della disciplina legale della successione (e della successione familiare in primo luogo). Nel giudizio comune, tale perdita di efficienza discende dallo scostamento, ormai irreversibile, tra la regolazione del fenomeno e la sua realtà attuale: a) sia per il venir meno delle ragioni assiologiche profonde che ne giustificerebbero il permanere, sul piano assiologico; b) sia per l'emersione di interessi contrari, che andrebbero valutati come prevalenti (se non incompatibili) rispetto ad esso. Sul primo versante, si indica ad argomento il venir meno di un determinato modello di famiglia e di una corrispondente immagine della ricchezza patrimoniale ad esso ricollegata. Sul secondo fronte, le istanze confliggenti consisterebbero, innanzi tutto, nella libertà individuale di disporre; in secondo luogo, e in più ampia prospettiva, nell'interesse alla certezza e stabilità della circolazione dei diritti sui beni di cui l'ereditando ha disposto in vita. a) Sul piano dei valori, incide in primo luogo la mutata configurazione del modello familiare assunto a base della disciplina: esso risulta diverso per ambito (lontanissimo da quello antico della famiglia patriarcale, ma in molti casi — per effetto della dissolubilità del matrimonio, del fenomeno delle famiglie allargate e ricomposte, del riconoscimento delle unioni civili — neppure più coincidente con quello riconosciuto dalla Costituzione); diverso per funzione (non più quella produttiva e "politica" ma quella affettivo-assistenziale); diverso, infine, per posizione reciproca dei suoi componenti (con la parificazione di tutti i discendenti), il ruolo crescente riconosciuto al coniuge e la stessa radicale modificazione della dinamica cronologica della successione. Sempre sul piano delle *rationes iuris*, il secondo fattore di obsolescenza del sistema è dato dall'evolversi del dato economico di riferimento, cioè di quella "ricchezza familiare" che appare oggi del tutto trasformata: sia nella natura dei beni che la compongono; sia per il mutare degli strumenti di accumulazione (non più la provenienza successoria, ma il reddito dell'attività risparmiato o investito); sia infine per l'emersione di nuovi statuti proprietari (e qui il primo e ovvio riferimento è ai beni produttivi), che suggeriscono la creazione di modelli o l'impiego di strumenti di trasmissione alternativi. Tutto ciò spinge (oltre che a pensare, come diremo in chiusura, alle linee di una riscrittura del sistema normativo) a ricercare gli spazi concessi all'autonomia privata per predisporre una disciplina anticipata della successione futura, condivisa da tutti gli interessati.

da creare un circolo virtuoso che potrebbe far uscire il sistema della successione necessaria dalla eccessiva rigidità ed anelasticità per cui è ora, in parte, condannato. A fronte di tali ostacoli, le soluzioni astrattamente ipotizzabili, in termini di politica del diritto, vanno dalla rivalutazione integrale dell'autonomia privata (e quindi dall'abolizione *tout court* del divieto dei patti successori, quanto meno dispositivi e rinunciativi), alla rideterminazione della forma di tutela delle aspettative dei legittimari⁶⁴ (con la conversione della realizzabilità "in natura" del loro diritto in pretesa all'equivalente valore).

In ogni caso, sembra preferibile un attento bilanciamento tra i menzionati interessi pubblico-privati, in una prospettiva di espansione dell'autonomia privata⁶⁵ e testamentaria: la via di una vera e propria contrattualizzazione della successione familiare, accompagnata dalla progressiva erosione del principio della legittima in natura, è, invero, stata da tempo imboccata dal legislatore francese, e quindi proprio nel sistema che ha visto codificare in origine la natura intangibile e reale della *réserve* e il divieto dei patti successori.

Parimenti, il ridimensionamento della portata recuperatoria dell'azione di riduzione, attuato ad opera del recente intervento legislativo italiano, esibisce una chiara convergenza con la riforma francese, ed altrettanto può notarsi a margine del favore verso l'espansione dell'autonomia privata nel comparto successorio insito nella previsione dei patti di famiglia.

Tale sistema elastico ed, in parte, erosivo dei principi pubblicistici in tema di legittima non potrà essere *ex abrupto* trapiantato – secondo un approccio comparatistico e di circolazione dei modelli⁶⁶ - nel nostro ordinamento, senza

64 Cfr. FERRI, G.B.: "Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico", cit., pp. 58 ss., secondo il quale, considerate le differenze tra il testamento e i negozi *inter vivos*, i principi di autonomia contenuti nell'art. 1322 c.c. non sarebbero applicabili al testamento. Più precisamente, non soltanto non sarebbe possibile creare negozi atipici in materia testamentaria, ma non sarebbe neppure ammissibile un giudizio sulla meritevolezza di tutela dell'interesse perseguito, giudizio, quest'ultimo, che presupporrebbe, per il perseguimento dell'interesse, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto giuridico. Sono state individuate alternative in senso stretto al testamento (negozi *trans mortem*) e alternative in senso lato al testamento (negozi *inter vivos* con effetti *post mortem*). Nella prima categoria rientrerebbero il contratto a favore del terzo, il contratto di assicurazione sulla vita a favore del terzo, la rendita vitalizia e il vitalizio alimentare. Si tratta di ipotesi in cui l'uscita del bene dal patrimonio del disponente avverrebbe prima della sua morte, mentre la definitività dell'attribuzione a favore del beneficiario si verificherebbe solo dopo la morte dell'autore, il quale potrebbe vanificare il predisposto assetto patrimoniale sino all'apertura della successione. Rientrerebbero nella seconda categoria, invece, la donazione modale con adempimento *post mortem* del *modus* e la donazione *si praemior*, ipotesi, queste, caratterizzate dal fatto di produrre effetti dopo la morte del loro autore. Per un'analisi delle manifestazioni dell'autonomia privata che, in concreto, assolvono funzioni analoghe a quella propria del testamento, Cfr. PALAZZO, A.: "Autonomia contrattuale e successioni anomale", cit., pp. I ss.

65 Per la rilevanza assunta dallo scopo anticipativo (anche) al fine della costruzione di una possibile categoria, si vedano le pagine di ZOPPINI, A., "Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie "in forma indiretta", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 1081 s., ed i rilievi presenti in AMADIO, G.: "Anticipata successione e tutela dei legittimari", in (a cura di) SCALISI V.: *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, V. Milano, Giuffrè, 2004, pp. 653 ss.

66 ALPA, G., BONELL, M. J.: *Diritto Privato Comparato*, Editori Laterza, 2012, p. 201.

essere sistematicamente coordinato con gli interessi inderogabili dei legittimari e con il principio di certezza dei traffici giuridici.

A tal uopo, giova, in conclusione, evidenziare che, quale contraltare al modello anelastico ed inderogabile della successione necessaria, si pone la contrattualizzazione delle successioni. Essa, invero, rappresenta il modello cui si ispira il diritto successorio uniforme⁶⁷: ciò sarebbe confermato dalla *ratio* del Reg. UE del Parlamento europeo e del Consiglio 4 luglio 2012, n. 650/2012: esso consente, in tale prospettiva, il ricorso ai patti successori al soggetto che abbia residenza abituale in un Paese che ne ammette la validità, al tempo dell'atto; assurge, dunque, come irrilevante il mutamento di residenza al tempo dell'apertura della successione.

⁶⁷ Vedasi ancora AMADIO, G. voce "Contrattualità' successoria", in *Enc. dir.* Milano, 2021, pp. 481 e ss.

BIBLIOGRAFÍA

AGELL, A.: "Should and Can Family Law Influence Social Behaviour", in *Eekelaar, J., Nhlapo T. (eds.): The Changing Family: International Perspectives on the Family and Family Law*, Hart Publishing, Oxford, 1998, pp. 125-138.

ALBANESE, A.: *I profili successori nel nuovo diritto di famiglia*, Pacini, Pisa, 2018.

ANTOKOLSKAIA, M.: *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, Intersentia, Antwerp, 2006.

ANTOKOLSKAIA, M.: "Family Law and National Culture: Arguing Against the Cultural Constraints Argument", *Utrecht L. Rev.*, 2008, vol. 4, pp. 25-34.

ATKIN, B.: "The Legal World of Unmarried Couples: Reflections on "De Facto Relationships" in Recent New Zealand Legislation", *Victoria U. of Wellington L. Rev.*, 2008, vol. 39, pp. 793-812.

BEROUJON, C., REVOL, M.C.: *Patrimoine et familles*, Ed. du Centre national de la Recherche Scientifique, Paris, 1981.

BOELE-WOELKI, K.: "What Comparative Family Law Should Entail", *Utrecht L. Rev.*, 2008, vol. 4, pp. 1-24.

BOWMAN, C.: *Unmarried Couples, Law, and Public Policy*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2010.

BURNS, F.: "The Changing Patterns of Total Intestacy Distribution Between Spouses and Children in Australia and England", *UNSW Law Journal*, 2013, vol. 36, pp. 470-513.

CHRISTANDL, G.: "La recente riforma del diritto delle successioni in Austria: principi normativi e problemi", *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 423-442.

CLIVE, E.: "Marriage: An Unnecessary Legal Concept", in *Eekelaar, J., Katz, S.N. (eds): Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies*, Butterworths, Toronto, 1980, pp. 71-80.

CORRAL TALCIANI, H.: "¿Del Derecho De Familia a un Derecho De las Familias? Reflexiones críticas sobre la teoría de la «Pluralidad de formas de familia»", *Revista de Derecho de Familia*, vol. 23, 2015, pp. 21-48.

CRETNEY, S.: *Law, Law Reform and the Family*, Oxford Univ. Press, Oxford, 1988.

DEECH, R.L.: "The Case Against Legal Recognition of Cohabitation", *Int'l & Comp L Q*, 1980, vol. 29, pp. 480-497.

FERRANDO, G.: "Famiglie ricomposte e nuovi genitori", in AA.Vv., *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla Riforma*, a cura di T. AULETTA, Giuffrè, Milano, 2007, p. 285-303.

FUSARO, A.: "Profili di diritto comparato sui regimi patrimoniali - Unioni civili e convivenze di fatto. La legge", *Giur. it.*, 2016, c. 1789-1791.

GIRARD, P.: "Concubines and Cohabitees: A Comparative Look at «Living Together»", *McGill L.J.*, 1983, vol. 28, pp. 977-1014.

GLENDON, M.A.: *Law and Family: Family Law in Transition in the United States and Western Europe*, Amsterdam-New York-Oxford, North Holland Publ. Company, 1977.

GLENDON, M.A.: *The Transformation of Family Law: State, Law, and Family in the United States and Western Europe*, Chicago Univ. Press, Chicago-London, 1989.

KERRIDGE, R.: "Distribution on Intestacy, the Law Commission's Report (1989)", *Conveyancer and Property Lawyer*, 1990, vol. 54, pp. 358-369.

KESSLER, L.T.: "New Frontiers of Family Law", in ALBERTSON FINEMAN, M. (ed.): *Transcending the Boundaries of Law: Generations of Feminism and Legal Theory*, Routledge, Abingdon, 2011, pp. 226-242.

KRAUSE, H.D.: "Comparative Family Law. Past Traditions Battle Future Trends – and Vice Versa", in REIMANN, M., ZIMMERMANN, R. (eds.): *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2006, pp. 1099-1129.

LANGBEIN, J.H.: *The Twentieth-Century Revolution in Family Wealth Transmission*, U. Chicago Occasional Paper, no. 25, 1989, pp. 1-32.

LECKEY, R.: "Cohabitation and Comparative Method", *Modern L. Rev.*, 2009, vol. 72, pp. 48-72.

LESLIE, M.B.: "The Myth of Testamentary Freedom", *Arizona L. Rev.*, 1996, vol. 38, pp. 235-290.

LIND, G.: *Common Law Marriage. A Legal Institution for Cohabitation*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2008.

MADOFF, R.D., CONILL, P.A.: "Inheritance and Death: Legal Strategies", in EEKELAAR, J., GEORGE, R.: *Routledge Handbook of Family Law and Policy*, Routledge, Abingdon, 2014, pp. 164-185.

MADOFF, R.D.: "Unmasking Undue Influence", *Minn. L. Rev.*, 1997, vol. 81, pp. 571-629.

MAHONEY, M.M., "Forces Shaping the Law of Cohabitation for Opposite-Sex Couples", *J. Law and Family Studies*, 2005, vol. 7, pp. 135-204.

McFARLANE, B.: "Proprietary Estoppel: Undermining the Law of Succession?", in HÄCKER, B., MITCHELL, C.: *Current Issues in Succession Law*, Hart Publishing, OxfordPortland (Oregon), 2016, pp. 77-97.

MILLER, G.: "Reform of the Law of Intestate Succession", in Bainham, A., PEARL, D. (eds.): *Frontiers of Family Law*, Chancery Law Publishing, London, 1993, pp. 182- 198.

MIRANDA, A.: "Immobilis in mobile: The Italian law of succession in a changing family and society", in AA.VV., *Essays in honour of Penelope Agallopoulou*, Ant. N. Sakkoulas Publisher, Athens, 2011, pp. 957-963.

MONK, D., HACKER, D.: "Wealth, Families and Death: Socio-Legal Perspectives on Wills and Inheritance: Introduction", *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 4, n. 2, 2014, pp. 170-175.

NAVARRO VALLS, R.: *Matrimonio y derecho*, Madrid, Tecnos, 1995.

NIBOYET, F.: *L'ordre public matrimonial*, L.G.D.J., Paris, 2008.

NICOLA, F.G.: "Family Law Exceptionalism in Comparative Law", *Am. J. Comp. L.*, 2010, vol.I. 58, pp. 777-810.

O' SULLIVAN, K.: "Distribution of Intestate Estates in Non-Traditional Families: A Way Forward?", *Common Law World Rev*, 2017, vol. 46, pp. 21-41.

OUGHTON, R.D. (ed.): *Tyler's Family Provision*, 3rd edn., Butterworths, London, 1997.

PÉREZ ESCOLAR, M.: "Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérstite en el Código civil español. Revisión de fundamentos y planteamiento de futuro", *Anuario de derecho civil*, 2007, vol. 60, pp. 1641-1678.

REID, K., DE WAAL, M., ZIMMERMANN, R.: "Intestate Succession in Historical and Comparative Perspective", in REID, K., DE WAAL, M., ZIMMERMANN, R. (eds): *Comparative Succession Law*, vol. II, *Intestate Succession*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2015, p. 442-511.

ROSS, S.: *Inheritance Act Claims. Law and Practice*, 3rd edn., Sweet & Maxwell, London, 2011.

SCHERPE, J.: *The Present and Future of European Family Law*, vol. IV, *European Family Law*, Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton (MA), 2016.

SIFFREIN-BLANC, C.: *La parenté en droit civil français: Étude critique*, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2009.

STAKE, J.E.: "Paternalism in the Law of Marriage", *Indiana L. J.*, 1999, vol. 74, pp. 801-818.

FRANTZEN, T.: "Reforming the Norwegian Inheritance Act", in Frantzen T. (ed): *Inheritance Law – Challenges and Reform*, Bwv, Berlin, 2013, pp. 25-33.

VAN ERP, S.: "New Developments in Succession Law", *Elec. J. Comp. Law*, 2007, vol. II, pp. 1-20.

VERBEKE, A.L., LELEU, Y.-H.: "Harmonization of the Law of Succession in Europe", in HARTKAMP, A.S., ed al. (eds): *Towards a European Civil Code*, 4th edn., Kluwer Law Int'l, 2011, pp. 459-479.

VIGLIONE, F.: "The Influence of Fundamental Rights on the Law of Succession", *European Business Law Review*, 2018, vol. 29, pp. 773–789.

ZATTI, P.: "Introduzione al Convegno - Modelli familiari e nuovo diritto, Padova, 7-8 ottobre 2016", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1663-1666.

ZIMMERMANN, R.: "The Present State of European Private Law", *Am. J. Comp. Law*, 2009, vol. 57, pp. 479-512.

ZOPPINI, A.: "Le successioni in diritto comparato", in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. SACCO, Utet, Torino, 2002.

DISCAPACIDAD, VULNERABILIDAD Y RELACIONES DE CONSUMO*

DISABILITY, VULNERABILITY AND CONSUMER RELATIONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 750-799

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación: "Criterios interpretativos de la reforma del Código Civil en materia de discapacidad" (REDFIS), CIAICO/2023/024, financiado por la Conselleria de Educación, Universidades y Empleo de la Generalitat Valenciana, del que son IP los profesores José Ramón de Verda y Beamonte y María José Reyes López.

María José
REYES LÓPEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

RESUMEN: La aprobación de la CDPD ha implicado la promulgación de diversas iniciativas legislativas con el fin de hacer posible el camino que trazó basado en el reconocimiento del derecho a la igualdad y no discriminación de las personas. Ello ha supuesto una reforma en profundidad del tratamiento dado a estas personas e incorporado nuevos criterios y principios que en la actualidad es necesario integrar en el ordenamiento jurídico. Uno de ellos es el principio de accesibilidad.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad; vulnerabilidad; consumidor; accesibilidad; conformidad; defectuosidad.

ABSTRACT: *The adoption CRPD has entailed the enactment of various legislative initiatives aimed at enabling the path it forged based on the recognition of the right to equality and non-discrimination of individuals. This has entailed a profound reform of the treatment of these individuals and incorporated new criteria and principles that now need to be integrated into the legal system. One of these is the principle of accessibility.*

KEY WORDS: *Disability; vulnerability; consumer; accessibility; conformity, defective product.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.- II. EL CONCEPTO DE VULNERABILIDAD. SIGNIFICADO DEL TÉRMINO.- I. Evolución.- 2. Normas reguladoras de situaciones de vulnerabilidad.- 3. Normas de vulnerabilidad y discapacidad.- 4. Normas que interrelacionan vulnerabilidad y consumo.- III. CONCEPTO DE DISCAPACIDAD. IV. DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. EL DERECHO A LA ACCESIBILIDAD.- 1. Reconocimiento normativo.- 2. La accesibilidad cognitiva.- 3. La accesibilidad digital.- 4. El derecho de acceso a bienes y servicios.- A). *La Directiva 2019/882 sobre acceso a bienes y servicios.*- B). *Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público.*- 5. La accesibilidad como deber de obligado cumplimiento.- V. ACCESIBILIDAD Y CONFORMIDAD. VI. LA ACCESIBILIDAD COMO DETERMINANTE DE LA CALIFICACIÓN DE UN PRODUCTO COMO DEFECTUOSO.- 1. La seguridad de un producto.- 2. Presupuestos determinantes de la defectuosidad de un producto.- A). *La presentación del producto.*- B). *El uso razonablemente previsible.*- C). *Las necesidades específicas del grupo de usuarios finales a los que se destina el producto.* 3. Defectos y accesibilidad.- A). *El defecto de información.*- VII. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

En los últimos tiempos hemos sido testigos de un sinnúmero de acontecimientos otrora impensables que han provocado un cambio de percepción sobre determinadas situaciones, que han puesto de manifiesto la necesidad de reconsiderar los pilares sobre los que se encontraban asentadas algunas instituciones. También ha contribuido a ello la adaptación a normas internacionales, que han obligado a modificar no sólo el sistema sino la apreciación y el tratamiento de la discapacidad, provocando la incorporación al ordenamiento civil de regulaciones basadas en el desarrollo de derechos fundamentales, como ha sucedido con la Ley 8/2021, sobre la reforma de los derechos de las personas con discapacidad.

Esta norma no responde a un fenómeno aislado, sino a un cambio en el modelo y en los valores de la sociedad, que se ha traducido en centrar el fundamento de las relaciones jurídicas en la persona misma siendo ésta junto con sus vicisitudes y circunstancias las que merecen ser objeto de una protección específica por parte de las instituciones y de los poderes públicos, que han pasado a ostentar su tutela y defensa.

Este cambio de perspectiva se ha proyectado en el panorama jurídico que ha construido el concepto de vulnerabilidad de manera más amplia a que la tuvo en su origen y, más específicamente en el tratamiento de la discapacidad.

Reconocer normativamente a las personas con discapacidad un tratamiento justo y adecuado que les permita el libre desarrollo de su personalidad pasó a

• **María José Reyes López**

Catedrática de derecho civil, Universidad de Valencia. Correo electrónico: maria.j.reyes@uv.es

ser una obligación tras la adhesión de España a la Convención de las personas con discapacidad en noviembre de 2006, cuyo resultado se ha visto plasmado en la Ley 8/2021, que virado 180 grados respecto a su anterior consideración y se ha traducido en la modificación de las leyes que la contraviniesen. De otra parte, la comprensión de la vulnerabilidad se ha ido expandiendo para ir cobijando situaciones de toda índole que puedan afectar al individuo en su situación personal, patrimonial o en ambas.

Resultado de lo expuesto es la existencia de disposiciones de carácter dispar y transversal, que hace necesaria su armonización porque, el conflicto jurídico se suscita cuando se quiere dar cohesión a estos derechos que han crecido de forma paralela sin ninguna cohesión entre ellos, provocando, en ocasiones el solapamiento de normativas y creando dudas interpretativas en lugar de remedios jurídicos.

II. EL CONCEPTO DE VULNERABILIDAD. SIGNIFICADO DEL TÉRMINO.

Como premisa, la vulnerabilidad se identifica con la condición de quien está en una situación de vida caracterizada por el riesgo o la inseguridad. También hace referencia al que puede ser fácilmente herido o atacado, por ello, el punto de partida es que la vulnerabilidad es inherente a la condición humana y el derecho debería participar para asegurar a esta persona los medios para reaccionar ante situaciones de dificultad o peligro¹.

Aunque no es un concepto jurídico y, a pesar de la ambigüedad conceptual que rodea al término, la noción de vulnerabilidad se ha ido transformando, adquiriendo poco a poco una dimensión jurídica, que ha devenido en una noción clave de los sistemas jurídicos contemporáneos, y ha obligado a un cambio de perspectiva del sistema jurídico, motivado por el cambio de percepción del sujeto respecto a su autonomía e independencia. Por ello se ha dicho que, el concepto forma parte de los conceptos “transversales” que permiten “recomponer” nuestro derecho en torno al individuo y no a partir de categorías preestablecidas y se ha entendido que su éxito está ligado a lo que algunos autores denominan su efecto “deategorizante”, que permite salir de las categorías tradicionales y aprehender de otra manera la realidad, notablemente las realidades nuevas, recentrando el derecho sobre el individuo y recomponerlo en torno al individuo y sus derechos y libertades. Más allá de ello, este término no pretende crear una categoría jurídica autónoma que requeriría un estatuto particular y se superpondría a las categorías

¹ VENCHIARUTTI, A.: “Identificación de la vulnerabilidad estructural y configuración como categoría jurídica en el derecho italiano”, en AA.VV.: *Vulnerabilidad patrimonial: retos jurídicos* (dir. M. V. MAYOR DEL HOYO y S. DE SALAS MURILLO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

existentes sino afirmar un cierto número de derechos y libertades que revisten una dimensión requerida de una atención particular².

Dado su carácter, el concepto ha encontrado su acomodo, principalmente en los denominados “grupos vulnerables”, que son aquellos que se encuentran en desventaja social, debido a factores de exclusión, como puede ser la etnia, la raza, la salud, la identidad, la edad, etc. y necesitan de protección explícita para llegar a vivir en una igualdad con respecto al resto de la sociedad. Se trata por tanto de una categoría que tiene carácter preventivo, consistente en dotar de específica protección a un grupo de personas o a un individuo en particular³.

I. Evolución.

Si bien, un planteamiento inicial identificaba la vulnerabilidad con la ausencia de capacidad, por lo que se consideraba vulnerables a los menores y a las personas con discapacidad, progresivamente ha ido expandiendo su sentido integrando también factores de carácter económico y social, que ha llevado a describirla actualmente como aquella situación particular que viven las personas, individualmente o consideradas en grupo, que las posiciona en desventaja respecto del resto, teniendo mayor riesgo para disfrutar de sus derechos en igualdad.

En los últimos tiempos la expresión vulnerabilidad se ha ido ampliando de forma considerable, extendiéndose prácticamente a todas las situaciones que ponen en peligro a la persona frente sus semejantes, ya sea con relación a su situación personal, respecto a sus circunstancias personales o ambientales que hagan peligrar su bienestar económico o personal o ambos simultáneamente...

Ello ha respondido a las circunstancias que ha atravesado la sociedad en los últimos tiempos, basadas en crisis sanitarias, penurias económicas, sociales, incluso ambientales, que han puesto de manifiesto la enorme fragilidad de las personas, que no siempre cuentan con mecanismos suficientes de protección por parte del ordenamiento jurídico en un Estado cuya CE lo proclama como social⁴.

Es así, como ante determinadas circunstancias que el derecho no remediaba o lo hacía de forma insuficiente y, bajo el manto de la calificación de vulnerabilidad, se empezaron a regular concretas situaciones con el fin de dotarlas de un tratamiento específico más benefactor con carácter temporal, ocasional, circunstancial...

2 FULCHIRON, H.: “Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables”, en AA.VV.: *Tratado de la vulnerabilidad* (dir. U. BASSET, H. FULCHIRON, CH. BIDAUD-GARON y J. N. LAFFERRIÈRE), La Ley, Buenos Aires, 2017, pp. 3 y ss.

3 MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “La recepción de la vulnerabilidad en el derecho civil español. Materiales para un debate”, en AA.VV.: *Vulnerabilidad patrimonial: retos jurídicos* (dir. M. V. MAYOR DEL HOYO y S. DE SALAS MURILLO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

4 Art. I CE.

Su resultado se ha traducido en que actualmente el concepto de vulnerabilidad se ha convertido en un término genérico en el que, la determinación de qué es un grupo o una persona vulnerable depende de distintos factores y elementos de juicio que se interseccionan y de situaciones de desventaja que pueden ser variadas y contradictorias⁵.

Derivado de ello, su configuración se ha ido concretando en regulaciones específicas que han pretendido amparar circunstancias que inicialmente se identificaron con situaciones de pobreza energética, vivienda... Por ello, actualmente, su reconocimiento no pasa de ser un valor meramente teleológico, que permite personalizar el derecho atendiendo a cada persona y ofreciendo un planteamiento preventivo; esto es, que, identificada una situación, debe producirse una reacción jurídica encaminada a evitar que se produzca el daño y repararlo.

La entrada del concepto de vulnerabilidad en el ámbito normativo implica un cambio sustancial sobre la valoración del individuo, determinante de la función social y tuitiva que corresponde asumir a los poderes públicos. Su inclusión ha supuesto que se ha pasado a considerar las concretas condiciones que afectan a una persona en una relación jurídica, prescindiendo de la teórica igualdad entre las partes contratantes, para atender la situación de cada individuo y atribuirle una connotación jurídica⁶. Dicho de otro modo, se invierte la tradicional consideración del consumidor como persona meramente adquirente de un bien o servicio, apreciable por tanto desde una perspectiva económica en su relación con el mercado, para acercarse a una visión integral de la persona, sujeta, como tal, a un sinnúmero de circunstancias particulares⁷. El reconocimiento de este constructo implica además que, el lenguaje, el condicionado, la redacción de los documentos, la comprensibilidad del conjunto de derechos y deberes y la valoración o no de la transparencia en la información exigen una especial protección tuitiva⁸.

Las situaciones de vulnerabilidad se caracterizan por ser transversales y afectar a cualquier ámbito de la actividad humana, de forma que pueden ocasionarse por motivo de la edad, sexo, nivel económico, nacionalidad, trabajo, emigración... En el fondo, indica que las personas para las que se regula no se encuentran en la misma situación, ni tienen la misma condición, por lo que hay que buscar el equilibrio adecuado tendiendo a reforzar la posición de los sujetos que la sufren. Se trata por tanto de una categoría holística, que afecta al sujeto en sus diversos ámbitos de

5 MORCILLO MORENO, J.: *La directiva de accesibilidad y su implantación en España: un estudio crítico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 125 y ss.

6 BARCELÓ COMPTE, R.: "El consumidor especialmente vulnerable: de la protección class-based a la protección state-based", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 16, 2022, pp. 626-653.

7 LLAMAS POMBO, E.: "De la noción consumidor a la tutela del contratante débil", *Revista responsabilidad civil y segura*, núm. 150, enero 2022.

8 VEIGA COPO, A, B., "Consumidores vulnerables, asimetría informativa e interpretación", *Vniversitas*, 2022, vol. 71.

actividad, que básicamente se han sistematizado en torno a tres núcleos: pobreza, inseguridad e incapacidad, y que se proyecta en una horizontalidad tuitiva y extensible a otras esferas que rozan los derechos más personales del ser humano⁹.

2. Normas reguladoras de situaciones de vulnerabilidad.

A modo meramente ejemplificativo, entre las normas con contenido normativo que atienden a una perspectiva económica de la vulnerabilidad se encuentra, el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica. Posteriormente, entre las que se adoptaron durante la primavera y el verano de 2020, la situación de especial vulnerabilidad fue objeto de atención en el RD-Ley 8/2020, que básicamente se centró en dotar de protección a los colectivos vulnerables y a los servicios esenciales, garantizando inicialmente su cobertura en el ámbito del suministro de servicios públicos esenciales, del agua, gas natural y electricidad. Dicha medida quedó ampliada en el RD-Ley 11/2020. Con relación a las medidas tomadas para proteger a los prestatarios, el RD-Ley 8/2020 dotó de protección específica a los consumidores con préstamos hipotecarios en situación de vulnerabilidad económica, regulando las situaciones que permitían solicitar una prórroga extraordinaria en los contratos de arrendamiento de vivienda habitual y moratorias en el pago de la renta arrendaticia. Si bien inicialmente sólo se contempló la posibilidad de solicitar esta última a los préstamos garantizados con hipoteca, el posterior RD-Ley 11/2020 amplió dicha oportunidad a cualquier tipo de préstamo, incluidos los préstamos al consumo, que el Real Decreto-Ley 19/2020 hizo extensiva a los contratos de arrendamiento financiero o “leasing”, ampliando los plazos en el Real Decreto-Ley 26/2020, de 7 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y, en el Real Decreto-Ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes. La primera de las disposiciones citadas introdujo además el concepto de consumidor en riesgo de exclusión social, al que califica como consumidor vulnerable severo, para el que establece especiales deberes de protección. El Real Decreto-ley 21/2021, de 26 de octubre, por el que se prorrogan las medidas de protección social para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, amplió hasta el 28 de febrero de 2022 las medidas impulsadas en los últimos Reales Decretos-Leyes 11/2020, 37/2020 y 8/2021 sobre contratos de alquiler de vivienda y desahucios, incluidas dentro del denominado escudo social¹⁰. Recientemente, el Real Decreto-ley 1/2025, de 28 de

9 GARCÍA HERNANDO, J.A.: “La falta de concreción y determinación del concepto de consumidor vulnerable en el RDL 1/2021”, *Diario La Ley*, núm. 9858, mayo de 2021.

10 TRUJILLO VILLAMOR, E.: “La crisis energética impulsa la ampliación de las medidas que garantizan los suministros básicos”, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/>, 15 de noviembre de 2021. MENDOZA LOSANA, A.

enero, ha aprobado medidas urgentes en materia económica, de transporte, de seguridad social, y para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad, prorrogando nuevamente la suspensión de los procedimientos de desahucio y de lanzamiento para hogares vulnerables sin alternativa habitacional hasta el 31 de diciembre de 2025 por impago de alquiler para hogares vulnerables sin alternativa habitacional sujetos a la LAU de 1994 y, para quienes habiten sin título una vivienda que sean víctimas de violencia de género, dependientes o con dependientes o menores a su cargo, y se encuentren en situación de vulnerabilidad, siempre que la vivienda pertenezca a personas físicas o jurídicas titulares de más de diez viviendas. Asimismo, prorroga la posibilidad, otorgada a los arrendadores y titulares de viviendas afectados por la suspensión de los procedimientos de desahucio y lanzamientos, de solicitar, hasta el 31 de diciembre de 2026, una compensación en determinadas circunstancias.

3. Normas de vulnerabilidad y discapacidad.

Las medidas expuestas en el epígrafe anterior presentan como rasgo básico hacer depender la vulnerabilidad en criterios basados en la situación económicamente desfavorable para el consumidor con relación a determinados sectores.

Fuera de dicho contexto y con distinta perspectiva, la interrelación entre vulnerabilidad y discapacidad se hizo notoria tras la aprobación 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 (TRLGDPD), que establece que dichas personas conforman un grupo vulnerable y numeroso en el que el modo en que se estructura y funciona la sociedad ha mantenido habitualmente en conocidas condiciones de exclusión y reconoce que este hecho ha comportado la restricción de sus derechos básicos y libertades condicionando u obstaculizando su desarrollo personal, así como el disfrute de los recursos y servicios disponibles para toda la población y la posibilidad de contribuir con sus capacidades al progreso de la sociedad.

Compartiendo este mismo criterio, la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas: Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada el 25 de septiembre de 2015 (A/RES/70/1), (Agenda 2030), incluye a las personas con discapacidad entre las personas vulnerables a las que, según señala el párrafo 23 de la declaración, es necesario empoderar:

I.: "Más medidas para proteger a los consumidores de la subida de los precios de la energía (octubre 2021)", <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/>, 16 de noviembre de 2021.

4. Normas que interrelacionan vulnerabilidad y consumo.

Aunque las situaciones de vulnerabilidad han existido siempre, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, señaló que esta circunstancia repercute de forma negativa sobre el consumidor, que ve agravada su realidad en esa concreta relación de consumo.

Alejada de una perspectiva meramente económica, el reconocimiento de la vulnerabilidad como nueva categoría fue impulsada por la UE, que lo asume centrándolo en las circunstancias personales del individuo o de un determinado grupo, que provocan una particular situación de indefensión o desprotección. De ahí, que se pueda identificar dos dimensiones que abordan la problemática de la vulnerabilidad en las relaciones de consumo. Por un lado, la vulnerabilidad económica, patente en las dificultades de acceso de los consumidores a determinados bienes o servicios; y, de otro, en la informativa, que entiende que un consumidor es vulnerable en la medida en que no puede hacer un uso apropiado de las herramientas de protección que el ordenamiento le brinda. Ambas visiones parametrizan la vulnerabilidad de forma distinta, pero sirven para poner de manifiesto que también constituye un fenómeno multifactorial que hay que valorar en cada caso^{II}.

El primero de estos ámbitos, el económico, refleja el interés de los poderes públicos de garantizar el acceso de los consumidores a determinados bienes o servicios, considerados esenciales, como los servicios financieros básicos, suministros y vivienda. En esta dimensión, un consumidor será vulnerable en la medida que tenga dificultades para acceder a dicho mercado. La vulnerabilidad, con ese sentido, vendrá determinada por aquellos factores exógenos o endógenos que condicionen el acceso a esos bienes y servicios considerados de especial interés por el legislador. Se proyecta por tanto en dos momentos: uno de carácter externo, que atiende a todas las circunstancias que posibilitan el ejercicio del derecho de información y, otro de carácter interno, que afecta a la configuración del consentimiento.

Estas dos manifestaciones inicialmente quedaron recogidas en la normativa de la LGDCU y desde 2007, en el TRLGDCU, pasando posteriormente la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica a modificar dicho texto, al incorporar un nuevo párrafo al art. 3, que reconoce la figura del consumidor vulnerable, estableciendo que, a los efectos de esta ley, sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación y, respecto de relaciones concretas

II MUT PIÑA, A., "La aproximación conductual a la transparencia contractual en los servicios financieros de crédito", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, febrero 2022, pp. 626-653.

de consumo, a las personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad, haciendo también especial referencia a situaciones tanto intrínsecas y extrínsecas de las personas para recibir dicha calificación.

Dicha reforma responde a la necesidad de armonizarse con los criterios establecidos en la Comunicación de la Comisión de 13 de noviembre de 2020-2025, y su anterior agenda, que pretenden paliar, entre otros motivos, los graves efectos generados por la pandemia del Covid-19, junto a los problemas suscitados como consecuencia de los cambios de comportamientos en el consumo, como los generados de la necesidad de utilizar las nuevas tecnologías y la entrada en el mercado digital de personas de edad avanzada.

El TRLGDCU da un concepto genérico de consumidor vulnerable, de forma similar a cómo queda expresado en los textos comunitarios, presentando un alcance inclusivo y subsidiario respecto a las regulaciones sectoriales que lo contengan. Se trata de un concepto acorde a las especiales circunstancias que le rodean en el momento de realizar actos de consumo, no basado exclusivamente en circunstancias económicas sino acorde con los criterios y valores compartidos en la sociedad presente, en la que el consumidor no sólo es considerado un sujeto activo, merecedor de una especial atención de su situación personal en el ámbito de las relaciones contractuales de consumo. Dicho sujeto debe además de realizar dicho acto encontrarse en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección.

Como señala la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios, las situaciones de vulnerabilidad social y económica vienen condicionadas de forma particular por aspectos como la dificultad para obtener o asimilar información, una menor capacidad para comprar, elegir o acceder a productos adecuados, o una mayor susceptibilidad a dejarse influir por prácticas comerciales al considerar que estos factores influyen en que dichas personas no puedan desenvolverse en igualdad de condiciones. De igual forma, se considera un grupo especialmente vulnerable a las personas con discapacidad por cuanto en muchas ocasiones el mercado de productos y servicios carece de condiciones de accesibilidad universal, dificultando su desempeño como consumidores protegidos.

La relación de consumo se concreta en la naturaleza del acto realizado con la finalidad de adquirir bienes o servicios de un empresario. Pero no sólo ello, puesto que de ser así bastaría recurrir al concepto de consumidor o usuario definido en

el párrafo anterior de dicho precepto. Requiere que se vincule a las circunstancias personales que pueden afectar a esa persona con relación al concreto acto de consumo, siempre que las mismas sean generadoras de situaciones de subordinación indefensión o desprotección. Así pues, uno de los principales problemas con que se encuentra el consumidor con alguna causa de discapacidad reside en que la información que le llega no sea suficiente o resulte inadecuada en relación con su situación. Sin embargo, este consumidor o usuario tiene derecho a recibir una información correcta, suficiente, comprensible, que cumpla los requisitos de accesibilidad universal sobre los diferentes bienes, productos o servicios, y que le permita el acceso y disfrute de los mismos al igual que al resto de consumidores y usuarios.

Acorde con la introducción de esta figura y, con el fin de facilitar la viabilidad práctica de este reconocimiento se reformaron algunos preceptos del TRLGDCU, exigiendo una especial atención cuando se informe a algún consumidor en situación de vulnerabilidad, debiendo hacerse en términos claros, comprensibles, veraces y en un formato fácilmente accesible, de forma que se asegure su adecuada comprensión y permita la toma de decisiones óptimas para sus intereses. Se exige, por consiguiente, garantizar la forma en la que se emite para que sea fácilmente comprensible a la persona a la que va destinada en atención a su particular situación o, dicho, en otros términos, se exige que sea accesible en los términos establecidos en la ley 6/2022. En concreto, se modifica el artículo 8 dedicado a regular los derechos básicos de los consumidores, para pasar a incluir el apartado f), que incorpora: la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial en relación con las personas consumidoras vulnerables. Se introduce un apartado 3 en el artículo 17, estableciendo que se prestará especial atención a aquellos sectores que, debido a su complejidad o características propias, cuenten con mayor proporción de personas consumidoras vulnerables entre sus clientes o usuarios, atendiendo de forma precisa a las circunstancias que generan la situación de concreta vulnerabilidad. Por primera vez se incluye en una norma de forma expresa la obligación, por parte de las empresas, de prestar los apoyos necesarios a los consumidores vulnerables para que puedan comprender correctamente el contenido de los contratos que firman, estableciendo el apartado 2 del artículo 18, que todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán ser de fácil acceso y comprensión y, en todo caso, incorporar, acompañar o, en último caso, permitir obtener de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales y, en particular sobre las siguientes:

- a) Nombre y dirección completa del productor.
- b) Naturaleza, composición y finalidad.

c) Calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial, si la tienen.

d) Fecha de producción o suministro y lote, cuando sea exigible reglamentariamente, plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad.

e) Instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, así como la correcta gestión de sus residuos, advertencias y riesgos previsibles.»

Se modificó el artículo 19, relativo a las prácticas comerciales, introduciendo el apartado 6, en virtud del cual, las políticas públicas que inciden en el ámbito del consumo y las prácticas comerciales orientadas a las personas consumidoras vulnerables estarán destinadas, en su caso y siempre dentro del ámbito de las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios, a prever y remover, siempre que sea posible, las circunstancias que generan la situación de vulnerabilidad, así como a paliar sus efectos, en particular en relación con las comunicaciones comerciales o información precontractual facilitada, la atención post contractual o el acceso a bienes o servicios básicos. También se reformó el apartado 2 del artículo 20, y se añadió un apartado 3, a fin de imponer que la información necesaria a incluir en la oferta comercial deberá facilitarse a los consumidores o usuarios, principalmente cuando se trate de personas consumidoras vulnerables, en términos claros, comprensibles, veraces y en un formato fácilmente accesible, de forma que aseguren su adecuada comprensión y permitan la toma de decisiones óptimas para sus intereses. Asimismo, se alteró el artículo 43, relativo a la cooperación en materia de control de calidad, con la finalidad de dotar al texto de coherencia semántica y gramatical en relación con la nueva figura de persona consumidora vulnerable y, el art. 47 TRLGDCU, considerando en su apartado l) como infracción toda actuación discriminatoria contra personas consumidoras vulnerables independientemente del motivo o contra cualquier consumidor o usuario por el ejercicio de los derechos que confiere esta Ley o sus normas de desarrollo, ya sea no atendiendo sus demandas, negándoles el acceso a los establecimientos o dispensándoles un trato o imponiéndoles unas condiciones desiguales, así como el incumplimiento de las prohibiciones de discriminación previstas en el Reglamento (UE) 2018/302, cuando dicha actuación no sea constitutiva de delito. Finalmente, se modificó el apartado I del artículo 60, sobre información previa al contrato, con la finalidad de prever de manera expresa lo relativo a la información a las personas consumidoras vulnerables, concretándose que el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y estableciéndose, sin los términos y formato en que deba ser suministrada dicha información, principalmente cuando se trate de personas consumidoras vulnerables, para

garantizar su adecuada comprensión y que les permita la toma de decisiones óptimas para sus intereses. Y, con relación al comportamiento de las empresas y de las autoridades, se estableció que la protección de las personas vulnerables deberá ser objeto de su especial atención, debiendo estas últimas orientar sus políticas de consumo hacia los colectivos más vulnerables y promocionar políticas y actuaciones tendentes a garantizar sus derechos en condiciones de igualdad, con arreglo a la concreta situación de vulnerabilidad en la que se encuentren, tratando de evitar, en cualquier caso, trámites que puedan dificultar su ejercicio.

La Directiva 2019/2161 de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión introdujo alguna referencia específica al consumidor vulnerable fundamentalmente en los aspectos referidos a los modos de hacer llegar la información al consumidor y en el régimen de infracciones y sanciones. Su norma de trasposición, el RD-Ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes, incorpora alguna referencia al consumidor vulnerable si bien, no pasa de mera mención.

Por último, es importante señalar, que, el 16 de noviembre de 2021, el Gobierno aprobó el proyecto de Ley de servicios de atención al cliente, que establece el derecho de los consumidores a obtener una atención gratuita, eficaz, accesible, inclusiva, no discriminatoria y evaluable y, de manera particular, que las empresas deberán garantizar la accesibilidad a los servicios de atención a las personas consumidoras vulnerables, como son, por ejemplo, aquellas con discapacidad o de edad avanzada, respetando los principios de igualdad de trato, no discriminación y accesibilidad universal. Para las primeras, el canal telefónico deberá complementarse, a elección de la persona con discapacidad, con un sistema alternativo de mensajería escrita instantánea por aplicación de dispositivo móvil de uso generalizado o bien con un sistema de video interpretación en lengua de signos. También exige a las empresas que cuenten con formación y capacitación especializada para las personas que atiendan a los clientes, que sea acorde al sector de actividad de la compañía que, además, tendrá que garantizar la eficacia en la gestión, incluyendo formación específica en atención a personas consumidoras vulnerables y, en especial, a personas con discapacidad o edad avanzada.

Dicho proyecto de ley está dirigido a empresas de más de 250 trabajadores, que deberán atender a los usuarios a través de una persona física y no “robot”, debiendo dar una atención personalizada y gratuita. También, e independientemente de su tamaño, será de obligado cumplimiento para todas las empresas que presten servicios de carácter básico de interés general (agua y energía, transporte, servicios postales, servicios telefónicos, servicios de comunicaciones electrónicas, servicios financieros y servicios prestados a través de medios audiovisuales de acceso condicional mediante pago).

III. CONCEPTO DE DISCAPACIDAD.

Tras la reforma operada por la ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, el reconocimiento de la discapacidad depende de un expediente administrativo, como queda contemplado en la ley 41/2003 y en 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.

Desde su entrada en vigor, las personas con discapacidad son sujetos con plena capacidad jurídica y, por tanto, titulares del derecho a la toma de decisiones, como queda establecido en su preámbulo, que justifica que la reforma impone el cambio de un sistema por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones.

De forma expresa, el art. 4.1 de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su inclusión social (LGPCD) define como 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.

Al apartado 1 del artículo 4 LGPCD le sigue un punto 2 que dice: “Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.”

Dicho precepto hay que vincularlo además con el art. 2 LGPCD que define la discapacidad como 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.

La discapacidad se caracteriza por tanto por su heterogeneidad, en la que pueden concurrir deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, impiden la participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con el resto de las personas. Alberga, pues, la discapacidad física, mental, intelectual y la discapacidad sensorial, que es el criterio adoptado en la normativa sobre accesibilidad.

IV. DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. EL DERECHO A LA ACCESIBILIDAD.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), aprobada por Naciones Unidas en diciembre de 2006, adoptó un modelo social de discapacidad cuyo determinante no se centra únicamente en el particular estado del individuo, sino también el entorno en el que se desenvuelve. Así se desprende de la propia definición de personas con discapacidad que recoge el artículo 1.2 CDPD como aquellas “que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás”. Esta visión la confirma también su art. 9 cuando define la accesibilidad como derecho de las personas con discapacidad y como deber de los Estados, incluyendo entre las formas de discriminación la negativa a realizar, en un caso concreto, las adaptaciones necesarias y adecuadas que, sin imponer una carga desproporcionada, puedan garantizar a las personas con discapacidad el disfrute de sus derechos y libertades en igualdad de condiciones con las demás, exigiendo a los Estados que garanticen el acceso de las personas con discapacidad a los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia.

Verificar la existencia de un consentimiento manifestado de forma libre y voluntaria es un presupuesto esencial para garantizar la validez del contrato. Sin embargo, como señala la CDPD en su art. 9.1, la voluntad de una persona con discapacidad puede necesitar diversos medios para expresarse, los cuales van desde apoyos físicos visuales, auditivos, o de eliminación de barreras arquitectónicas en el acceso a las sedes donde se ejercitan los derechos, o aquéllos que faciliten la accesibilidad cognitiva, así como todo lo que pueda considerarse apoyo en el ejercicio de las capacidades volitivas e intelectuales y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia.

El fundamento constitucional de la accesibilidad de las personas con discapacidad a los diferentes entornos sociales, ya sean físicos o virtuales, se encuentra en los artículos 14 y 49¹² de la CE. El primero de ellos recoge el principio de no discriminación por cualquier condición o circunstancia personal, mientras que el segundo exige a los poderes públicos que pongan en marcha una política de integración social de las personas con discapacidad.

Este derecho es especialmente relevante porque las personas con discapacidad se encuentran a diario con barreras de diversa índole que imposibilitan que puedan ejercitar sus derechos de forma efectiva. Por ello, su reconocimiento permite abrir la puerta al ejercicio de numerosos derechos que potencian la autonomía y el poder de decisión de la persona con discapacidad.

Dichos obstáculos, según el tipo de discapacidad, pueden ser de carácter físico, tecnológico, de comunicación.... Se centra básicamente en suprimir barreras de carácter físico y tecnológico, que son los mayores impedimentos para que todas las personas puedan ejercitar sus derechos en igualdad de condiciones, sin perjuicio de que también se han previsto medidas para adaptar el lenguaje y la forma de comunicarse a las necesidades de cada persona, utilizando si fuera necesario medios de comunicación complementarios o eliminando los obstáculos que impidan la comunicación, como la falta de acceso a la información en formatos accesibles, entre otros. Desde esta perspectiva, hay autores que ven en la accesibilidad un nuevo derecho de la personalidad¹³.

1. Reconocimiento normativo.

En la CIDPD, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y ratificada por España con fecha 3 de diciembre de 2007, la accesibilidad se presenta, en su artículo 3, como un principio general; en su artículo 4, como una obligación de los Estados parte y, en el artículo 9, como derecho, interactuando con cada uno de los demás derechos reconocidos a lo largo de su articulado. En concreto, el apartado f), del art. 3 CDPD recoge entre sus principios generales la accesibilidad. A continuación, en el apartado h) del siguiente precepto establece entre sus obligaciones generales: proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones

12 Artículo 49 CE: 1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio.

2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad.

13 VIVAS TESÓN, I.: "La reciente humanización del Derecho Civil Español: necesidades y retos en materia de discapacidad", *Derecho Global, Estudios sobre Derecho y Justicia*, 2020, vol. 14, pp. 191-198.

de apoyo. Finalmente, de forma específica, el primer párrafo de su art. 9, recoge la accesibilidad como derecho, reconociéndola como medio necesario para asegurar la independencia de las personas con discapacidad y su plena participación en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás. Al efecto, dispone, que, 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 otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales, debiendo aplicar dichas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso.

Siguiendo estas líneas, España armonizó su normativa a la Convención mediante la Ley 26/2011, de 1 de agosto, presentando la accesibilidad universal como uno de sus principios reguladores.

En el posterior RD Legislativo 1/2013 define en su artículo 2.k) la accesibilidad universal como aquella condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. En la accesibilidad universal está incluida la accesibilidad cognitiva para permitir la fácil comprensión, la comunicación e interacción a todas las personas.

El artículo 5 del RD Legislativo 1/2013 concreta los ámbitos en que debe garantizarse la accesibilidad universal, entre los que se encuentran las telecomunicaciones y sociedad de la información y los bienes y servicios a disposición del público, desarrollados posteriormente en la reforma de 2023, en el art. 24 el primero, en el art. 29 el segundo y, en el art. 29 bis, la accesibilidad cognitiva.

De otra parte, la accesibilidad constituye una de las prioridades de la Estrategia Europea sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030, que la considera, no solo una herramienta para ejercer los derechos, sino también un requisito previo para la plena participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones.

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación está inspirada, como señala su exposición de motivos, en la accesibilidad universal, en todas sus vertientes: física, cognitiva, actitudinal y de comunicación.

Desde esta perspectiva, señala que es discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad, entendiendo, a tal efecto, las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal que no impongan una carga desproporcionada o indebida y además de atribuir a las víctimas de discriminación con discapacidad acceso integral a la información sobre sus derechos y recursos existentes establece la obligación de ofrecérsela en formato accesible y comprensible, como pueda ser en lectura fácil, alfabeto braille u otros formatos, como lenguaje de signos y otras modalidades u opciones de comunicaciones, incluidos los sistemas alternativos y aumentativos, que garanticen la accesibilidad universal de aquellos bienes y productos de consumo de especial relevancia para la protección de la seguridad, integridad y calidad de vida, especialmente de las personas ciegas y con discapacidad visual como personas consumidoras vulnerables.

2. La accesibilidad cognitiva.

Dentro de la accesibilidad universal tiene especial relevancia en el ámbito de la contratación la accesibilidad cognitiva como instrumento idóneo para facilitar la autonomía e independencia de la persona.

Ha sido definida como la característica de los entornos, procesos, actividades, bienes, productos, servicios, objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos que permiten la fácil comprensión y la comunicación.

Esta modalidad fue incorporada a la Ley 8/2021, que reforma la legislación civil y procesal para apoyar a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En la misma línea, esta ley 8/2021 modificó la LEC y la LJV, determinando, con relación a las comunicaciones a las personas con discapacidad, que se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

La reforma también afectó a la Ley del Notariado, garantizando la accesibilidad de las personas con discapacidad cuando comparezcan ante Notario, disponiendo que podrán utilizar “los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso”.

Posteriormente, también ha sido introducida en la 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, que, de su inicial consideración a la actual, ha ido ampliando su proyección, de forma que la Ley 6/2022, modificó la letra k) de su artículo 2, integrando el acceso a páginas web, apps... Dicho apartado establece de forma específica que, en la accesibilidad universal está incluida la cognitiva con la finalidad de permitir la fácil comprensión, la comunicación e interacción a todas las personas. Para ello relata una serie de herramientas que pueden contribuir a ello. Los instrumentos citados son la lectura fácil, sistemas alternativos y aumentativos de comunicación, pictogramas y otros medios humanos y tecnológicos disponibles para tal fin.

Las condiciones básicas de accesibilidad cognitiva quedan fijadas en el art. 29 bis de la ley, que entiende por tales al conjunto sistemático, integral y coherente de exigencias, requisitos, normas, parámetros y pautas que se consideran precisos para asegurar la comprensión, la comunicación y la interacción de todas las personas con todos los entornos, productos, bienes y servicios, así como de los procesos y procedimientos.

Dichas condiciones son aplicables, entre otras, a las telecomunicaciones, sociedad de la información; espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación; transportes; bienes y servicios a disposición del público que deberán ajustarse a sus instrumentos a la tipología de la discapacidad.

La disposición adicional segunda de esta Ley fija que, el gobierno, en el plazo de tres años deberá aprobar un reglamento que desarrolle las condiciones básicas de accesibilidad cognitiva, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 bis 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, en la redacción dada por la modificación introducida por esta norma. Dicha disposición, por el momento, no ha visto la luz.

3. La accesibilidad digital.

El deseo de que las personas con discapacidad no queden relegadas en su acceso a las relaciones que se realizan en la red quedó ya subrayado en el CDPC. Desde entonces, se han adoptado importantes iniciativas para erradicar los obstáculos que obstruyan su derecho a disfrutar en igualdad de condiciones que el resto de la sociedad.

Dicha necesidad es cada vez más relevante debido a que las nuevas tecnologías están más presentes en la vida de las personas, que las emplean con mayor

habitualidad, no solo como instrumento de intercambio de bienes y servicios sino también como medio de relacionarse y adquirir habilidades sociales.

La transición a un derecho social, en pro de los derechos a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad reconocido en la CDPC, junto con la importancia de los contenidos digitales ha motivado que se entienda que el acceso a internet y a las redes sociales sea un medio de inclusión de estas personas, por lo que impedirles su acceso supondría una discriminación. Ello se ha ido plasmando en regulaciones nacidas en distintos ámbitos, cuyo centro gira sobre la persona con discapacidad, que ha pasado a constituir un bloque autónomo de naturaleza pluridisciplinar, vinculado con la protección de un derecho fundamental.

Paralelamente al desarrollo del reconocimiento de la igualdad de derechos de las personas con discapacidad, otra realidad de carácter económico ha subrayado el apremio del mercado único por homogeneizar los productos, a fin de facilitar el intercambio de bienes y servicios de los países miembros de la UE.

La concurrencia de ambos factores ha llevado, de una parte, a la UE y, de otra, al ordenamiento español, a promulgar una serie de normas encaminadas a erradicar las dificultades existentes sobre el principio de accesibilidad.

El reconocimiento constitucional de que las personas con discapacidad deben desarrollar y ejercitar sus derechos en igualdad de condiciones obliga a plantear cuáles son las relaciones en las que existen obstáculos para su ejercicio pleno. Centrando dichas relaciones en el ámbito contractual la CDPD ya suscitó que una de las principales barreras gira en torno a la contratación electrónica, a la utilización de los recursos informáticos y a los mecanismos de protección que se ofrecen a los sujetos más vulnerables. Las normas que se han desarrollado a tal fin están enfocadas, de un lado, a facilitar la información que se suministre sobre el producto o servicio que se vaya a adquirir o contratar, adaptando los medios de exposición, difusión o comercialización a las distintas discapacidades, y, de otro, reforzando el acceso a los bienes y servicios referidos principalmente a recursos informáticos y herramientas utilizadas en la red.

De otra parte, tampoco se puede eludir mencionar como otro fenómeno que también ha influido sobre la accesibilidad, que ha sido la necesidad surgida por parte de la Administración de digitalizar sus recursos, para lo que, entre otros motivos, requiere no sólo establecer mecanismos seguros, sino que garanticen el acceso de todas las personas.

Al respecto, la Directiva 2016/2102, de 26 de octubre, sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público, establece que la accesibilidad debe entenderse como un conjunto de

principios y técnicas que se deben respetar a la hora de diseñar, construir, mantener y actualizar los sitios web y las aplicaciones para dispositivos móviles para que sean más accesibles a los usuarios, en particular a las personas con discapacidad, para lo que establece obligaciones con el fin de garantizar que las páginas web, intranets, extranets y aplicaciones móviles de los entes públicos cumplan con los estándares internacionales de accesibilidad, como las pautas de accesibilidad para el contenido web (WCAG).

En España, la transposición de esta directiva se realizó mediante el Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público.

Por último, la Directiva 2019/882 sobre accesibilidad para productos y servicios regula el acceso de bienes y servicios. Aunque debía incorporarse a las legislaciones nacionales antes del 28 de junio de 2022, sus disposiciones comenzarán a aplicarse a productos y servicios comercializados o prestados a partir del 28 de junio de 2025.

Su norma de armonización, la Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, establece los presupuestos de accesibilidad para bienes y servicios, ampliando su aplicación a sectores adicionales como: páginas web y aplicaciones móviles de servicios de suministro eléctrico, agua y gas y, redes sociales, entre otros.

4. El derecho de acceso a bienes y servicios.

Tradicionalmente el concepto de accesibilidad se ubicaba en ámbitos como el urbanístico, el de transportes, el tecnológico o el audiovisual. Actualmente sin embargo ha rebasado dicha configuración, proyectándose en todos los derechos y esferas de la vida en comunidad, quedando recogidos tanto a nivel comunitario como estatal en sendas normativas que regulan el acceso a productos y servicios.

A tal fin, la Directiva 2019/882 y la Ley 11/2023, de 8 de mayo, que vincula directamente su adquisición a las personas con discapacidad, establecen una minuciosa normativa que pretende reforzar el poder decisorio de cada persona a la hora de decantarse por un producto o servicio, para lo que necesita que previamente se hayan facilitado los datos y características que se consideren suficientes para conformar su voluntad adecuadamente¹⁴.

14 ALBERT MÁRQUEZ, M.: "El derecho a comprender el derecho y el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. M. PEREÑA VICENTE y MARÍA DEL MAR HERAS HERNÁNDEZ), Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 203.

La concepción del acceso a bienes y servicios comienza por ofrecer información al consumidor; pasa por la adecuación de los medios y condiciones para suministrarla y culmina con un acuerdo que debe reflejar la concordancia entre lo querido y lo adquirido. Para ello se recurre a la accesibilidad cognitiva cuya función es facilitar los elementos necesarios para configurar la voluntad decisoria.

Ambas disposiciones establecen medidas adaptadas a las barreras con las que se enfrenta cada tipo de discapacidad, como adaptar los equipos electrónicos a las necesidades de cada discapacidad física, adaptando los ordenadores y los programas de dictado de voz o los dispositivos electrónicos a las necesidades de la persona que padece la discapacidad, adecuando los teclados al diseño Braille, añadiendo ayudas técnicas para lograr el acceso a Internet...¹⁵.

A) *La Directiva 2019/882 sobre acceso a bienes y servicios.*

Esta norma completa la Directiva 2016/2102, que determina los requisitos de accesibilidad para los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos públicos, y otros aspectos conexos, en particular los requisitos relativos a la conformidad de los correspondientes sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles.

Esta directiva es una norma de carácter eminentemente económico que, como explica su exposición de motivos, se aprobó con el fin de aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en lo relativo a los requisitos de accesibilidad de determinados productos y servicios, para eliminar y evitar los obstáculos a la libre circulación de determinados productos y servicios accesibles, derivados de las divergencias existentes entre los Estados miembros de la UE, evitando los altos costes en su producción y aumentando la accesibilidad de la información.

Gran parte de su contenido está dirigido a la protección de personas con discapacidad y con limitaciones funcionales. Concepto que engloba a personas que tienen alguna deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, relacionada con la edad o con otras causas vinculadas al funcionamiento del cuerpo humano, permanente o temporal, que, al interactuar con diversas barreras, limitan su acceso a productos y servicios, dando lugar a una situación que exige su adaptación a necesidades particulares.

Erige la accesibilidad universal como condición para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y participar plenamente

15 SANTILLÁN SANTA CRUZ, R.: "Las personas con discapacidad como consumidores vulnerables en el comercio electrónico: el problema de la accesibilidad digital", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, febrero 2022, pp. 1412-1431.

en todos los aspectos de la vida para lo que pretende minimizar los riesgos de exclusión social y garantizar el acceso de todas las personas y, muy en especial, de las personas con discapacidad, a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

En ella se expresa que los requisitos de accesibilidad funcional deben ser obligatorios, formularse como objetivos generales, ser lo bastante precisos para crear obligaciones jurídicamente vinculantes y suficientemente detallados para permitir evaluar la conformidad a fin de garantizar el buen funcionamiento de estos productos y servicios en el mercado interior.

Recoge los cuatro principios de la accesibilidad a los sitios web y a las aplicaciones para dispositivos móviles, que, según señala, son: perceptibilidad, en el sentido de que la información y los componentes de la interfaz de usuario deben presentarse a este de manera que pueda percibirlos; operabilidad, en el sentido de que los componentes y la navegación de la interfaz de usuario deben poder utilizarse; comprensibilidad, en el sentido de que la información y el funcionamiento de la interfaz de usuario deben ser comprensibles; y robustez, en el sentido de que los contenidos deben ser suficientemente sólidos para poder ser interpretados de forma fiable por una gran variedad de agentes de usuario, incluidas las tecnologías de apoyo.

Su novedad reside en incorporar directrices vinculantes sobre accesibilidad digital, extendiendo su ámbito de aplicación a:

I. a) equipos informáticos de uso general de consumo y sistemas operativos para dichos equipos informáticos;

b) los siguientes terminales de autoservicio:

i) terminales de pago,

ii) los siguientes terminales de autoservicio dedicados a la prestación de servicios contemplados en la presente Directiva:

- cajeros automáticos,

- máquinas expendedoras de billetes,

- máquinas de facturación,

- terminales de autoservicio interactivos que faciliten información, con exclusión de los terminales instalados como partes integradas de vehículos, aeronaves, buques o material rodante;

c) equipos terminales de consumo con capacidad informática interactiva, utilizados para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas;

d) equipos terminales de consumo con capacidad de informática interactiva, utilizados para acceder a servicios de comunicación audiovisual, y

e) lectores electrónicos.

II. Servicios que se presten a los consumidores con posterioridad al 28 de junio de 2025:

a) servicios de comunicaciones electrónicas, a excepción de los servicios de transmisión utilizados para la prestación de servicios de máquina a máquina;

b) servicios que proporcionan acceso a los servicios de comunicación audiovisual;

c) Elementos de los servicios de transporte aéreo de viajeros, de transporte de viajeros por autobús, por ferrocarril y por vías navegables, salvo los servicios de transporte urbanos, suburbanos y regionales.

i) sitios web,

ii) servicios mediante dispositivos móviles, incluidas las aplicaciones para dispositivos móviles,

iii) billetes electrónicos y servicios de expedición de billetes electrónicos,

iv) distribución de información sobre servicios de transporte, en particular información sobre viajes en tiempo real; en lo que respecta a las pantallas informativas, se limitará a las pantallas interactivas situadas dentro del territorio de la Unión, y

v) terminales de servicio interactivos situados dentro del territorio de la Unión, excepto los instalados como partes integradas en vehículos, aeronaves, buques y material rodante empleados para la prestación de cualquier parte de dichos servicios de transporte de viajeros;

d) servicios bancarios para consumidores;

e) libros electrónicos y sus programas especializados, y

f) servicios de comercio electrónico.

III. Respuestas a las comunicaciones de emergencia al número único europeo de emergencia «112».

Los presupuestos de accesibilidad exigidos se encuentran recogidos minuciosamente en sus tres anexos, entre los que cabe resaltar el reforzamiento del derecho de información a través de medios adecuados que ayuden a visibilizarla.

a) Accesibilidad en la información.

El presupuesto de accesibilidad es exigible en la información e instrucciones del embalaje, instalación y otro tipo de información sobre los productos de consumo y, a ser posible, figurar en el propio embalaje o envase.

Las instrucciones relativas a la instalación y mantenimiento de los productos, a su almacenamiento y eliminación no facilitadas en el propio producto pero disponibles por otros medios se pondrán a disposición del público cuando se introduzca en el mercado y deberán (i) estar disponibles en más de un canal sensorial, (ii) ser fáciles de entender y (iii) perceptibles, (iv) presentarse en un tipo de letra de tamaño adecuado y forma conveniente según el uso previsible, con un contraste suficiente y un espaciado ajustable entre letras, líneas y párrafos, (v) presentar su contenido en formatos de texto que puedan generar formatos asistenciales alternativos para su presentación de diferentes modos y a través de más de un canal sensorial, y (vi) acompañar, en caso de contenido no textual, una presentación alternativa de dicho contenido.

El suministro de la información relativa al uso del producto facilitada en el mismo deberá (i) estar disponible en más de un canal sensorial, (ii) ser fácil de entender y (iii) perceptible, y (iv) presentarse en un tipo de letra de tamaño adecuado y forma conveniente según el uso previsible, con un contraste suficiente y un espaciado ajustable entre letras, líneas y párrafos. Si las instrucciones de uso no se facilitasen en el propio producto, sino a través de su uso o por otros medios, como pueda ser una página web, deberá ponerse a disposición del público.

Junto a los requisitos anteriores, el contenido de las instrucciones deberá (v) estar disponible en formatos de texto que puedan generar formatos de apoyo presentables de diversas formas y a través de más de un canal sensorial, (vi) ir acompañado de una presentación alternativa del contenido no textual, e (vii) incluirá la descripción de la interfaz de usuario, (viii) la descripción de su funcionalidad y (ix) la descripción de la interconexión del programa y del aparato del producto con dispositivos de apoyo.

La interfaz de usuario y el diseño de funcionalidad del producto deberá contener características, elementos y funciones que permitan a las personas con

discapacidad acceder, percibir, manejar, comprender y controlar el producto. Al respecto, la sección I del anexo I enumera diversos requisitos de accesibilidad según las características de los productos, consistentes buena parte de ellos en ofrecer alternativas a la comunicación visual, auditiva, hablada y táctil.

Junto a previsiones genéricas, otras se refieren específicamente a los terminales de autoservicio, los lectores electrónicos y los equipos terminales de consumo interactivos utilizados tanto para prestar servicios de comunicaciones electrónicas, como para acceder a servicios de comunicación audiovisual. Para los primeros se exige que las máquinas expendedoras de billetes o los cajeros electrónicos deberán ofrecer la posibilidad de utilizarse con auriculares para que personas con discapacidad visual puedan seguir instrucciones de audio. Asimismo, si un terminal de autoservicio dispone de modos de funcionamiento visuales, deberá disponer de, al menos, un modo de funcionamiento para el que no sea necesario percibir el color.

Dada la complejidad técnica de los requisitos mencionados, la Directiva incorpora en su anexo II algunos ejemplos, no vinculantes, de soluciones que pueden adoptarse para cumplir los requisitos indicados. Así, con relación al suministro de información que facilite el propio producto, para que personas con discapacidad intelectual puedan entenderla mejor se sugiere emplear las mismas palabras de forma sistemática o con una estructura clara y lógica o proporcionar un formato con relieve táctil o un sonido además de una advertencia de texto para las personas ciegas o incluir subtítulos para las personas sordas si las instrucciones se proporcionasen en vídeo o acompañar un diagrama con un texto descriptivo que defina los elementos o acciones más importantes.

Con relación a la interfaz de usuario y al diseño de funcionalidad, si el producto utilizase el color para transmitir información, las personas daltónicas podrían usarlo si, además de dar la posibilidad de pulsar el botón verde o el rojo para elegir una opción, se escribieran las opciones sobre los botones; o, para proteger la privacidad del usuario que hiciese uso de la accesibilidad, se podría permitir el uso de auriculares en un cajero automático que ofreciese información oral.

La Directiva incluye asimismo algunos requisitos específicos sobre servicios, como la obligación de ofrecer información sobre el servicio, sus características de accesibilidad e instalaciones; facilitar el acceso a sitios web y dispositivos móviles; dar apoyo a sistemas, como puntos de contacto, centros de asistencia telefónica y servicios de formación para ofrecer información sobre accesibilidad; aplicar prácticas, políticas y procedimientos con la finalidad de abordar las necesidades de las personas con discapacidad.

B) Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público.

Este Real Decreto incorpora la Directiva 2019/882, de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios. Como señala su exposición de motivos, da cumplimiento a la disposición final tercera del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, reuniendo en un texto reglamentario aquellas condiciones básicas aplicables en todo el territorio nacional cuya concurrencia y observancia se consideran inexcusables para garantizar sus derechos y los de sus familias, en la esfera de los bienes y servicios a disposición del público.

Se trata de una norma encaminada a mejorar la calidad de las personas con discapacidad respecto a productos y servicios, especialmente los informáticos, reforzando el acceso a la información. También, de modo explícito, alude a la condición de consumidora de la persona con discapacidad, que conlleva la obligación de respetar los derechos de los consumidores además de cumplimentar los presupuestos exigidos en las normas específicas.

a) El derecho de información.

La comprensión es necesaria a la hora de configurar la voluntad para ejercitar el derecho a decidir. Por eso, es un paso imprescindible porque garantiza que se han superado las barreras que impiden una correcta comprensión por parte de las personas con discapacidad cognitiva o psicosocial.

La falta de condiciones para la accesibilidad universal a la información dificulta la protección de los consumidores perjudicados al quedar más expuestos a la vulneración de sus derechos, en la medida en que no puede acceder al mercado en igualdad de condiciones que el resto. Para evitar dicha merma, su art. 14 establece que las personas físicas y jurídicas proveedoras de bienes y las prestadoras de servicios a disposición del público deberán proporcionar a las personas usuarias y clientes con discapacidad, información sobre sus bienes y servicios en soportes y formatos accesibles y adecuados a sus necesidades, independientemente del canal que se utilice. En cualquier caso, las personas físicas y jurídicas proveedoras de bienes y las prestadoras de servicios incorporarán aquellas medidas necesarias, que resulten razonables y proporcionadas, en atención al tipo de bien y de servicio de que se trate de modo que las personas con discapacidad puedan acceder efectivamente a su contenido en igualdad de condiciones que cualquier otra persona cliente o usuaria, de forma que se asegure su adecuada comprensión. Igualmente establece que las personas titulares de sitios web o aplicaciones móviles no financiadas con fondos públicos cuyo contenido se refiera a bienes y servicios a

disposición del público incorporarán los criterios de accesibilidad establecidos en el Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público.

Con el mismo criterio, se impone a las Administraciones públicas y empresas que presten servicios al público en general de especial trascendencia económica, que dispongan de páginas o sitios de Internet abiertos al público en general deberán garantizar su accesibilidad universal y consignar en ellos el grado de accesibilidad de sus bienes y servicios, así como de sus dependencias, instalaciones y procedimientos. Asimismo, deberán indicar si llevan a cabo alguna línea de acción o atención dirigida específicamente a personas con discapacidad.

De manera particular, su art. 16 establece normas específicas para determinados tipos de bienes y servicios en el ámbito del consumo. Al respecto, las Administraciones públicas, a través de sus cartas de servicios, y los proveedores y prestadores de bienes y servicios ofrecerán a las personas con discapacidad, en formato accesible, la información sobre los derechos que les asisten como personas consumidoras y usuarias, lo cual incluye su derecho a interponer una reclamación, como, en su caso, la oferta comercial, el contrato y la factura correspondiente.

Con relación a los servicios de reparación y mantenimiento, incluidos los cubiertos por la garantía legal o comercial del bien o servicio de que se trate, deberán mantenerse en formato accesible durante el plazo mínimo de diez años a partir de la fecha en que el bien deje de fabricarse o durante el tiempo que dure su prestación, respectivamente.

En la resolución alternativa de litigios las entidades acreditadas de acuerdo con la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español, la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, deberán garantizar la accesibilidad universal de sus procedimientos, trámites, oficinas y servicios de información y atención utilizando medios y soportes que sigan los principios del diseño universal o, en su caso, implementando medios alternativos de adecuación efectiva para el acceso a ellos por parte de personas con discapacidad.

También se intensifica la atención y apoyo a las personas usuarias y clientes con discapacidad por parte del personal de atención al público en los servicios financieros, bancarios y de seguro, a su requerimiento, y para la realización de gestiones como cumplimentación de formularios, lectura de documentos, comprensibilidad de los contenidos, acompañamiento en el interior de las sedes y oficinas, interposición de reclamaciones y otras de análoga significación y, se establece la obligación de que, tanto los cajeros automáticos, como los demás terminales de servicio

pertenecientes a entidades financieras, bancarias o de créditos deberán cumplir con los requisitos de accesibilidad, así como la atención telefónica y electrónica a disposición del público perteneciente a entidades financieras, bancarias o de crédito, a las entidades aseguradoras y mediadores de seguros.

5. La accesibilidad como deber de obligado cumplimiento.

Las normas expuestas, cuyo objeto es la protección y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, constituyen un conjunto de disposiciones, caracterizadas por participar de unos rasgos específicos por su procedencia y función, así como por su aplicación y ejercicio.

El origen de dicha protección en nuestro país se encuentra en los arts. 14 y 49 CE, que elevan dicha tutela a rango constitucional. Ambos derechos son diferentes. Mientras el primero de igualdad y no discriminación se trata de un derecho fundamental de la persona; el segundo, al estar ubicado en el capítulo II es un derecho rector de la política económica y social, que debe inspirar el ordenamiento jurídico, cuyos principios deben ser desarrollados a través de normas específicas. Al respecto, por tanto, habrá que distinguir entre los comportamientos que atenten contra el principio de igualdad o de discriminación, que será inconstitucional, y quedará sujeto al amparo constitucional, de todas aquellas otras medidas establecidas en normas de desarrollo, puesto que, al elevar el art. 49 CE la defensa de los legítimos intereses de las personas con discapacidad a la categoría de principio informador del ordenamiento jurídico, requiere armonizar su articulado con lo dispuesto en la LDPC y el resto de disposiciones que regulen dichos intereses. Esas últimas han conformado un cuerpo de normas de carácter interdisciplinar, que, según su naturaleza, podrán tener carácter meramente administrativo, cuya infracción es susceptible únicamente de sanción o, repercutir en ámbitos privados, para lo que habrá que recurrir a las normas dispuestas en el Código Civil y, en su caso, a las normas previstas en el TRLGDCU.

V. ACCESIBILIDAD Y CONFORMIDAD.

La responsabilidad del empresario por falta de conformidad afecta a los contratos de compraventa o de suministro de bienes existentes o que hayan de producirse o fabricarse y, a los bienes, contenidos o servicios digitales que el empresario entregue o suministre al consumidor o usuario. Dicho criterio se hace depender de que el contrato cumpla los requisitos subjetivos y objetivos establecidos que sean de aplicación siempre que, cuando corresponda, hayan sido instalados o integrados correctamente.

Dichos presupuestos se encuentran recogidos en el art. 115 bis, que recoge los requisitos subjetivos para la conformidad mientras que el art. 115 ter fija los

requisitos objetivos. En concreto, interesa destacar que establece que, además de cumplir cualesquiera requisitos subjetivos para la conformidad, deben: a) Ser aptos para los fines a los que normalmente se destinen bienes o contenidos o servicios digitales del mismo tipo, teniendo en cuenta, cuando sea de aplicación, toda norma vigente, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector y, d) Presentar la cantidad y poseer las cualidades y otras características, en particular respecto de la durabilidad del bien, la accesibilidad y continuidad del contenido o servicio digital y la funcionalidad, compatibilidad y seguridad que presentan normalmente los bienes y los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los mismos y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor, especialmente en la publicidad o el etiquetado.

Como indica tanto la exposición de motivos de la Directiva 2019/882, como el Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, la accesibilidad debe considerarse un deber, lo que significa que pasa a integrar el elenco de obligaciones que el fabricante debe cumplir como un deber más dentro de la obligación de entrega, siendo por tanto exigible su cumplimiento.

Desde que, en 2019 se publicaron las Directivas 2019/770 y 2019/771, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, que comparten como objetivo armonizar determinados aspectos relativos a los contratos de compraventa de bienes y de suministro de contenidos o servicios digitales, se hizo notorio que la evolución tecnológica ha dado lugar a un incremento del mercado de bienes que incorporan contenidos o servicios digitales o están interconectados con ellos, que se precisa garantizar un alto nivel de protección para los contratos de compraventa de dichos productos. Ambas Directivas suponen una evolución de la normativa de consumo en los aspectos relacionados con la compraventa de bienes y, en especial, en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

Posteriormente, el RDL 7/2021, de 27 de abril, reforma el art. 16, añadiendo un apartado 4º al artículo 59, que incluye en su ámbito de aplicación los contratos en los que el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor o usuario, pasando el art. 115 a regular la conformidad de los bienes y de los contenidos o servicios digitales, estableciendo que se considerarán conformes con el contrato cuando cumplan los requisitos subjetivos y objetivos que sean de aplicación y siempre que, cuando corresponda, hayan sido instalados o integrados correctamente.

Según la normativa relacionada, los bienes y servicios deben ser accesibles para las personas con discapacidad, por lo que la accesibilidad ha pasado a ser un presupuesto que queda incorporado entre las obligaciones que debe asumir el empresario. Este requisito no obstante no se puede valorar de manera genérica, sino que hay que relacionarlo con las particulares circunstancias de cada sujeto afectado en atención al subjetivismo que impregna la protección de la vulnerabilidad y que se fija en las circunstancias de cada persona, así como al modo en que imposibilita el acceso a ese producto o servicio, particularmente la comprensión de la información.

Dichos contenidos o servicios digitales deberán ser además accesibles con relación a una serie de criterios exógenos, como es el que atiende a lo que el consumidor pueda razonablemente esperar, y deberán determinarse en atención a la naturaleza y los fines a los que normalmente se destinan contenidos o servicios digitales del mismo tipo, circunstancias del caso y usos y prácticas de las partes implicadas. Determinante será en estos casos que la accesibilidad se haya erigido como un presupuesto esencial, como pueda ser un determinado programa informático...

Cuando para acceder a un determinado contenido o servicio digital sea necesario comprar o instalar otros contenidos digitales, la falta de conformidad existirá o no dependiendo de la información que el suministrador le haya proporcionado al consumidor, de manera que, si el consumidor, antes de adquirir el contenido o servicio digital, fue debidamente informado, posteriormente no va a poder alegar falta de conformidad por no poder utilizarlo sin la adquisición o instalación de ese otro contenido o servicio digital necesario para el buen funcionamiento del primero. No obstante, en caso de que no se le haya informado al consumidor de la necesaria instalación de un contenido o servicio digital para que funcione aquel que posteriormente adquiriera, existirá o no falta de conformidad en función de si los contenidos o servicios digitales del mismo tipo o naturaleza requieren también la instalación o adquisición de otro contenido o servicio digital para su funcionamiento y que un consumidor medio pudiera razonablemente esperar.

La norma también incluye como presupuesto objetivo de conformidad la referencia a toda norma vigente o norma técnica existente.

Según el criterio fijado en la letra a) del apartado I del art. 115 ter, los bienes deben "ser aptos para los fines a los que normalmente se destinan bienes o contenidos o servicios digitales del mismo tipo, teniendo en cuenta, cuando sea de aplicación, toda norma vigente, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector".

Todas las normas mencionadas anteriormente exigen la accesibilidad del producto o servicio. Esta exigencia sin embargo no parece determinante de la falta de conformidad en toda la integridad del contenido o servicio digital. De la misma forma que los remedios previstos oscilan según la gravedad de la falta de conformidad, en este caso habrá que valorar el alcance de su deficiencia respecto al contrato realizado.

En este sentido, como señala Marín López¹⁶, el cumplimiento de una norma no es un criterio autónomo de conformidad del bien, sino un dato más a tomar en consideración para apreciar si el bien entregado es apto para los fines a que normalmente se destinan bienes del mismo tipo. Por lo tanto, si la norma establece unos estándares de calidad, cualidades, características o prestaciones del bien que el consumidor puede razonablemente esperar, esas exigencias normativas integran el contrato, de modo que la vulneración de esta norma constituye una falta de conformidad. Por el contrario, si los requisitos exigidos por esa norma no afectan de ningún modo a la calidad, cualidades, características o prestaciones del bien, que sigue siendo apto para los fines a los que normalmente se destinan bienes del mismo tipo, no hay falta de conformidad, aunque se incumpla esa norma. Por tanto, no toda norma incumplida acarrea la falta de conformidad del bien. Si ese incumplimiento afecta a las cualidades o características del bien en sí mismo o a la aptitud para servir a los fines normales de bienes de ese tipo. Este mismo criterio será aplicable con relación a toda norma técnica existente. En consecuencia, la falta de accesibilidad no puede dar lugar a la falta de conformidad del bien salvo cuando sea un presupuesto necesario, pero sí permite alegar la falta de configuración del consentimiento cuando no se haya suministrado la información utilizando la forma adecuada para que llegue a la persona destinataria con discapacidad. Dado además el amplio espectro de situaciones que abarca la discapacidad habrá que hacerlo depender del grado y tipología de la discapacidad. En atención a ello, el incumplimiento podrá provocar una nula configuración de la voluntad del consumidor o una incorrecta percepción, bien de la utilidad del producto, bien de su uso porque no haya podido conocer la información, por ejemplo, por falta de los medios materiales que le impiden su acceso o ser sencillamente irrelevante.

A este respecto, la ley de los derechos de las personas con discapacidad establece el régimen de infracciones y sanciones administrativas para las acciones y omisiones cuando haya algún hecho que perjudique el acceso a bienes o servicios, entendiendo por exigencias de accesibilidad los requisitos que deben cumplir los entornos, productos y servicios, así como las condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas, con arreglo a los principios de accesibilidad

16 MARÍN LÓPEZ, M. J.: "Falta de conformidad en el bien vendido por infracción de normas, normas técnicas y códigos de conducta: el artículo 115 ter. 1.a) del TRLGDCU", <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/>, 8 de febrero de 2025.

universal y de diseño para todas las personas, pasando en su art. 86, que regula las consecuencias del incumplimiento en materia de acceso a bienes y servicios, a determinar que la persona que sufra una conducta discriminatoria por motivo de discapacidad, tendrá derecho a indemnización por los daños y perjuicios sufridos, sin perjuicio de las acciones y derechos contempladas en la legislación civil y mercantil.

Con relación a las primeras, habría que distinguir cuál es la concreta situación en la que se encuentra cada sujeto; esto es, si puede actuar de manera autónoma e independiente o requiere de algún apoyo partiendo de la premisa establecida en la Ley 8/2021, que se centra en la autonomía de la voluntad y en el poder de decisión del individuo. De ahí, que el art. 1263 CC haya excluido de su ámbito de aplicación a las personas con discapacidad, que verifica la validez de su consentimiento contractual.

Atendiendo a los distintos grados de discapacidad la persona afectada podría verse en una de las siguientes situaciones en atención a que cuente o no con medidas de apoyo. Estas pueden ser de carácter voluntario y, solo de forma subsidiaria, podrán tener origen legal o judicial.

Si la persona con discapacidad actúa por sí misma sin necesidad de ser auxiliada con medidas de apoyo, los actos que realice serán válidos y eficaces puesto que su capacidad es similar a la de cualquier otra persona. Puede suceder sin embargo que realice actos que, por su especial situación deberían haberse realizado contando con apoyos. En estos casos, el acto será válido salvo que el sujeto afectado demuestre su imposibilidad de configurar su consentimiento, en cuyo caso se podría invocar la nulidad del contrato. Esta posición ha sido no obstante rebatida en la actualidad que se decanta por ver un supuesto de anulabilidad o por el más reciente que defiende un criterio basado en las nulidades funcionales partiendo del criterio establecido en la STS 3 de octubre 2022¹⁷.

En el caso de que la persona con discapacidad precise medidas de apoyo formalmente establecidas, las distintas modalidades que se pueden adoptar, ya sean de carácter voluntario o legal, son indicativas del grado y alcance de la discapacidad que afecta a cada persona.

Si se trata de dar apoyo con carácter esporádico y sin nombramiento judicial, será el guardador de hecho a quien incumba dar la ayuda necesaria que precise el sujeto afectado. Sí, por el contrario, resulta imprescindible por las circunstancias de la persona, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos

17 BARBER CÁRCAMO, R.: "Contratos y personas con discapacidad: Avanzando hacia la resolución del debate jurídico", *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, enero-marzo 2025, pp. 49-87.

concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad. Finalmente, para actos que requieran apoyo de forma ocasional, aunque sea recurrente, compete contar con el defensor judicial. En cualquier caso, cualesquiera que sean las medidas que se hayan adoptado, la intervención por parte de la persona con discapacidad sin contar con las medidas adoptadas habilitará el ejercicio de la acción de nulidad (arts. 1301, 1302.3.I y II, 1304 y 1259 CC)¹⁸ precisamente porque dichos apoyos se consideran precisos.

VI. LA ACCESIBILIDAD COMO DETERMINANTE DE LA CALIFICACIÓN DE UN PRODUCTO COMO DEFECTUOSO.

La accesibilidad universal entraña que todos los entornos, bienes y servicios deben ser entendidos y utilizados por las personas, con independencia de sus características funcionales de cualquier naturaleza, sea física, cognitiva o sensorial, intentando no excluir a ninguna, ni discriminar dejando fuera del acceso a personas que por presentar alguna condición distinta no se encuentre comprendida en el diseño de determinado entorno, servicio, producto o programa; o haciéndole requerir para ello de un diseño especial o distinto, con el fin de potenciar su autonomía e independencia individual.

La pretensión del diseño universal es procurar que en todas las esferas físicas donde interactúen las personas se tenga en cuenta las diversidades propias de las personas, de forma tal que sean accesibles a todas. La elaboración de estos diseños constituye por tanto una obligación no solo del Estado o los entes públicos en general, sino también de todo aquel que participe en la elaboración de bienes, productos, en la realización de un servicio o en la satisfacción de un derecho¹⁹.

Uno de los presupuestos que debe reunir todo producto es que resulte adecuado para las personas al que va dirigido. Cuando por sus especiales características vaya dirigido a personas con discapacidad si no reúne las condiciones de accesibilidad requeridas se tratará de un producto no conforme mientras que resultará defectuoso si causa un daño como consecuencia de no reunir las características de seguridad requeridas. Dada, no obstante, la existencia de múltiples tipos de discapacidad de carácter físico, sensorial o intelectual, dicha valoración habrá que realizarla en función de las dificultades específicas que presenta cada modalidad en particular.

18 ATXUTEGI GUTIÉRREZ, J.: “La capacidad de contratación de las personas con discapacidad: régimen de invalidez”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 22, enero 2025, pp. 338-367; CARRASCO PERERA, A.: “Contratación por discapacitados con y sin apoyos”, *Revista CESCO*, núm. 42/2022; ANDRADES NAVARRO, A.: “La contratación por personas en situación de discapacidad a raíz de la reforma 8/2021: una comparativa con el régimen anterior”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, enero-marzo 2025, pp. 3-47.

19 PELEGRINO TORAÑO, L.A.: “Los daños por productos defectuosos ante consumidores hipervulnerables por falta de accesibilidad en el derecho español. Valoración de la culpa del consumidor”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 18, febrero 2023, pp. 172-199.

Mientras la falta de conformidad refleja la discordancia entre lo adquirido y las expectativas razonables y justificadas en los presupuestos fijados en el TRLGDCU referidos, la producción de un daño como consecuencia de la ausencia de uno de los presupuestos para que el producto se reputa seguro dará paso a valorar si se está ante un producto defectuoso, y obligará a reconducir cada una de estas circunstancias a la normativa específica que las regula.

La primera de ellas está contenida en los arts. 115, 115 bis y 115 ter TRLGDCU, que adopta los criterios establecidos en la Directiva 77/12019, expuestos anteriormente. La segunda, por su parte, está contemplada en los arts. 135 y ss. TRLGDCU, que siguió los criterios de la Directiva 374/85²⁰. Esta última ha sido sin embargo derogada por la Directiva 2024/2853, que desde el 9 de diciembre de 2026 aplicará el nuevo régimen de responsabilidad por productos defectuosos. La derogación de esa primera directiva por esta nueva no significa sin embargo un cambio de orientación respecto a los criterios fijados en la anterior; lejos de ello, reproduce muchos de sus preceptos y desglosa de manera más detallada alguno de los presupuestos que inicialmente quedaron enunciados de manera más general.

La definición actual de producto defectuoso no ha sufrido notables modificaciones respecto a la regulación anterior, que establece en su art. 7.1 que lo será cuando “no ofrezca la seguridad que una persona tiene derecho a esperar y que se exige asimismo en virtud del Derecho de la Unión o nacional”.

Para valorar un producto defectuoso el art. 7.2 establece como criterio general, que se deben tener en cuenta todas las circunstancias para, a continuación, citar una relación de supuestos que declara que, incluso también hay que considerar y, que son los siguientes:

- a) la presentación y las características del producto, incluidos su etiquetado, diseño, características técnicas, composición y envase, y las instrucciones de montaje, instalación, uso y mantenimiento;
- b) el uso razonablemente previsible del producto.
- c) el efecto en el producto de toda capacidad de seguir aprendiendo o adquirir nuevas características después de su introducción en el mercado o puesta en servicio;
- d) el efecto razonablemente previsible en el producto de otros productos de los que se pueda esperar que se utilicen junto con el producto, también mediante interconexión;

20 REYES LÓPEZ, M.J.: *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante: otro supuesto de responsabilidad civil especial: la del fabricante por productos defectuosos, (análisis de la Ley 22/1994, de 6 de julio), análisis doctrinal y jurisprudencial*, Práctica de Derecho, Sedavi (Valencia), 1998.

e) el momento en que el producto fue introducido en el mercado o puesto en servicio o, si el fabricante conserva el control sobre el producto después de ese momento, el momento en que el producto dejó de estar bajo el control del fabricante;

f) los requisitos de seguridad del producto pertinentes, incluidos los requisitos de ciberseguridad pertinentes para la seguridad;

g) cualquier retirada del producto o cualquier intervención pertinente relacionada con la seguridad de los productos por parte de una autoridad competente o de un operador económico contemplado en el artículo 8;

h) las necesidades específicas del grupo de usuarios finales a los que se destina el producto

i) en el caso de un producto cuya finalidad sea precisamente evitar daños, el eventual incumplimiento de dicha finalidad por parte del producto.

Tampoco estos elementos determinantes de la defectuosidad del producto varían respecto a los criterios introducidos en la directiva 374/85 anterior. En cualquier caso, los elementos fundamentales sobre los que gira dicho concepto residen en la legitimidad de las expectativas basadas en criterios objetivos como la presentación del producto, su uso previsible y el momento de su puesta en circulación.

Por su parte, el art. 137.I TRLGDCU entiende por producto defectuoso aquel que no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente:

- a) La presentación del producto.
- b) El uso razonablemente previsible del mismo.
- c) El momento de su puesta en circulación.

Este primer apartado hay que complementarlo con lo dispuesto en sus dos siguientes párrafos, que establecen que:

2. En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie.

3. Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada.

La valoración de un producto como defectuoso no se puede por tanto tomar en consideración aisladamente sino en concurrencia con las circunstancias aludidas.

I. La seguridad de un producto.

La definición de producto defectuoso se encuentra en íntima vinculación con la de seguridad, al margen, en todo caso, de la peligrosidad innata que pueda presentar un producto.

Desde la D. 374/85 de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, la seguridad quedó configurada como un deber legal que incumbe al fabricante y al importador de garantizar dicha integridad física y el patrimonio de las personas que utilizan o consumen sus productos. Es más, toda violación de una regla específica de seguridad determinará *a priori* la calificación del producto de inseguro, que viene a constatar que esta Ley está sustituyendo de facto el concepto de culpa por el de actuaciones contrarias a la *Lex artis* aplicable en la realización de cada actividad.

Las disposiciones legales o reglamentarias en los procesos de fabricación y comercialización señalan unos mínimos de confianza en la seguridad de los productos lanzados al mercado que no son decisivos desde el momento en que, ni la observancia de la normativa determina que automáticamente el producto deba considerarse defectuoso, ni menos aún que la legalidad o el ajuste absoluto a las disposiciones legales y reglamentarias excluye la consideración de producto defectuoso.

Un producto no es defectuoso porque no ofrezca una seguridad absoluta, sino sólo porque presenta un déficit de seguridad que determina la producción de un daño que puede considerarse sorpresivo desde una perspectiva objetiva.

La nueva directiva ha modificado la definición de producto defectuoso respecto al anterior. El criterio de que un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad que legítimamente cabe esperar ha sido sustituido por el de considerarlo defectuoso cuando no ofrezca la seguridad que una persona tiene derecho a esperar.

Dicha mención permite hacer valoraciones diferentes en atención a la situación de cada persona: vulnerable, menor, discapacidad... Este criterio no obstante no se puede hacer depender de un individuo aislado, sino que, como establece el considerando 30 de la directiva, debe incluir un análisis objetivo de la seguridad

que el público en general tiene derecho a esperar y no referirse a la seguridad que una persona concreta tiene derecho a esperar.

Este criterio hay que completarlo con lo dispuesto en el reglamento general de seguridad de productos y en la norma española. En concreto, el art. 3 del Reglamento define en su apartado 2 como producto seguro: todo producto que, en condiciones de utilización normales o razonablemente previsibles, incluida la duración real de utilización, no presente riesgo alguno o únicamente riesgos mínimos, compatibles con el uso del producto y considerados aceptables dentro del respeto de un nivel elevado de protección de la salud y de la seguridad de los consumidores. Y, el apartado e) de su art. 6 especifica que, entre los aspectos que se tendrán en cuenta habrá que considerar las categorías de consumidores que vayan a utilizar el producto, en particular, mediante una evaluación del riesgo para los consumidores vulnerables, como los niños, las personas mayores y las personas con discapacidad. En el derecho interno, el Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos en su art. 2 define como producto seguro: cualquier producto que, en condiciones de utilización normales o razonablemente previsibles, incluidas las condiciones de duración y, si procede, de puesta en servicio, instalación y de mantenimiento, no presente riesgo alguno o únicamente riesgos mínimos compatibles con el uso del producto y considerados admisibles dentro del respeto de un nivel elevado de protección de la salud y de la seguridad de las personas, habida cuenta, en particular, de los siguientes elementos:

1.º Las características del producto, entre ellas su composición y envase.

2.º El efecto sobre otros productos, cuando razonablemente se pueda prever la utilización del primero junto con los segundos.

3.º La información que acompaña al producto. En particular, el etiquetado; los posibles avisos e instrucciones de uso y eliminación; las instrucciones de montaje y, si procede, instalación y mantenimiento, así como cualquier otra indicación o información relativa al producto.

4.º La presentación y publicidad del producto.

5.º Las categorías de consumidores que estén en condiciones de riesgo en la utilización del producto, en particular, los niños y las personas mayores.

2. Presupuestos determinantes de la defectuosidad de un producto.

Tanto en ambas directivas reguladoras de productos defectuosos como en el TRLGDCU no se menciona el uso razonable sino el "uso razonablemente

previsible". Dicho matiz significa que las condiciones de seguridad exigibles al producto han de ser consideradas, no solo con relación al uso normal sino también a usos inadecuados o anormales, siempre que hubieran podido preverse al concebir el producto o ponerlo en circulación. En consecuencia, el productor responderá siempre que el uso no pueda calificarse de especialmente imprevisible.

Con ello se está poniendo de relieve que el soporte del sistema de responsabilidad establecido en la Ley es extraordinariamente movidizo y relativo: el consumidor podrá confiar que el producto en el momento de su comercialización cuenta con unos mínimos de seguridad mientras que simultáneamente el fabricante debe presumir y, en su caso, exigir, que el producto no sea utilizado de una manera que razonablemente no se pueda prever. Obviamente la dificultad de esta cuestión se presentará en el momento en que sea necesario concretar ese nivel de seguridad y los usos que, siendo anormales, son previsibles.

A) La presentación del producto.

El estado en que se encuentre el bien en el momento de la presentación del producto debe atender en primer lugar a las cualidades evidentes y notorias del producto. No obstante, en determinadas circunstancias puede ocurrir que además de ser manifiesta y clara la forma en que el producto deba ser utilizado, en unos casos con la finalidad de reforzar la seguridad y, con un carácter mayormente orientativo en los restantes, el fabricante debe acompañar con el producto las instrucciones sobre la utilización y advertencias sobre los riesgos que un empleo incorrecto pueda generar con la finalidad de preservar daños futuros.

Todos los elementos que configuran su aspecto externo (envase, envoltorio, etiquetado, embalaje), así como la manera en que se da a conocer al público o a usuarios particulares (publicidad o actos de presentación) contribuyen a formar un juicio respecto de las cualidades del producto, entre las que se incluyen por supuesto sus riesgos y posible seguridad de cara a su uso o simple contacto. Consiguientemente, tanto la persona que va a utilizar el producto como la que simplemente se encuentra próxima a él obtienen de su aspecto externo una información que les ayuda a adaptar su conducta en función de esa presentación y que les advierte de qué riesgos deben prevenirse y cuáles, en cambio, pueden esperar razonablemente que queden cubiertos por el producto en cuestión, de acuerdo con lo que infieren de su apariencia. A ello se deben añadir, las garantías, información, advertencias e instrucciones —de uso o de montaje— que se ofrecen por el fabricante o que acompañan al producto, sea adheridas o como documentos aparte ya que todas ellas proporcionan una serie de datos sobre el uso y características del producto que, además de correctos, deben ser lo suficientemente claros y adaptados a la naturaleza de cada bien para permitir a

su usuario conocer qué riesgos comporta y qué seguridad cabe legítimamente esperar de él.

La valoración del uso razonable de un producto se complementa con el de previsión. Esta exigencia pone de manifiesto que no sólo se estima el comportamiento del fabricante o sujeto a él asimilado, sino también la intervención de la víctima en el modo de utilizar el producto.

Es criterio compartido por toda la doctrina que la presentación de un producto debe ser considerado un acto unilateral que realiza el fabricante consistente en poner en conocimiento del consumidor los elementos o características del producto, en relación no sólo con su uso o empleo sino también respecto a los riesgos a él conexos... En este sentido, debe ser entendida como una tarea compleja que abarca todas las actividades referentes tanto a la comercialización como a la publicidad y a todas aquellas otras circunstancias determinantes en igual sentido. De esta forma puede decirse que no concluye con el empaquetado, marcado o etiquetado, sino que afecta a la descripción inexacta del producto, a la falta de indicación adecuada de sus cualidades, caracteres o modo de empleo... Además, en determinados casos, como sucede en la venta a granel cubre también las faltas o insuficiencias relativas a las advertencias, modo de empleo, almacenamiento del producto o embalaje. En suma, la presentación sirve para poner de relieve todos los aspectos externos del producto.

La presentación del producto está vinculada, no sólo con su puesta en circulación en el mercado sino igualmente y, con similar trascendencia, con la información que junto a su entrega se provea al adquirente del producto. Esta exigencia implica una obligación de resultado para el fabricante que, al margen de sus obligaciones contractuales, ha asumido el compromiso de que su producto ofrezca un alto índice de seguridad.

En principio, la presentación del producto debe ir acompañada de las indicaciones del fabricante sobre el uso del producto, así como de los posibles riesgos o peligros que puede entrañar una mala utilización de este. También aquí, la información deberá proporcionarse tomando como referencia el nivel normal de capacidad perceptiva y la experiencia que se presume en la categoría de personas a las que se dirige su venta con carácter preferente.

El uso de un producto viene determinado objetivamente por la concurrencia de dos factores: normas administrativas que regulan con carácter general una rama o sector específico e instrucciones de uso y consumo de un producto, así como advertencias e instrucciones que se den y se hagan acerca del riesgo que pueda entrañar un uso incorrecto.

a) Instrucciones.

Son las reglas que pone el fabricante del producto sobre el modo de empleo del producto con el propósito de evitar situaciones peligrosas o, en su caso, concretarlas o contrarrestar sus efectos. Suelen redactarse de manera detallada y razonada. Igualmente, su forma de publicitación suele realizarse de manera extensa. Así, es frecuente que se encuentren en folletos indicativos que, según el producto cuenten con ilustraciones o incluso en manuales acompañando al producto. Además de estar redactadas de una forma de fácil comprensión para el destinatario medio, el producto no debe estarlo en lengua extranjera sino, a ser posible y, en atención a la naturaleza del producto, en la vernácula del consumidor o usuario. En todo caso, la forma más idónea es que se incorporen al producto de forma que se impida su pérdida.

b) Advertencias.

Las advertencias consisten en los datos o en la información que ofrece el fabricante al consumidor con el propósito de facilitarle el conocimiento sobre posibles usos que puedan dar lugar a situaciones peligrosas en el caso de que dichos productos no sean utilizados de la manera recomendada o, con carácter general, de manera incorrecta. También sirven para poner de manifiesto determinadas características peligrosas del producto o incluso, los límites de utilización o empleo, así como los efectos previsibles en caso contrario, con la finalidad de aconsejar la adopción de medidas oportunas y de no incurrir en riesgos innecesarios. Su redacción suele hacerse de forma concisa, casi de manera telegráfica en el mismo producto o en la etiqueta. En ocasiones, se utilizan signos que signifiquen peligro, veneno... expresados, no de manera marginal, sino incorporados al producto.

Cuando el producto es peligroso por su propia naturaleza, además de hacer constar por escrito las normas sobre su correcta utilización y empleo, hay que advertir de dicha condición a través de signos gráficos bien visibles, como pueda ser una calavera para indicar que se trata de una sustancia venenosa... con la finalidad de que sea comprensible para todas las personas siempre que tengan un nivel mínimo de entendimiento. Debe asimismo apreciarse en relación directa con la utilidad expresada por el fabricante y con la que la experiencia común pueda sugerir, complementada, a su vez, con el empleo que realice el adquirente o consumidor del producto en íntima dependencia con el tiempo en que fue puesto el producto en circulación en el mercado. En todo caso, como tienden a poner en evidencia el grado de peligro que puede entrañar la utilización del producto en las condiciones indicadas, una advertencia adecuada sobre los peligros del producto puede ser considerada suficiente para negar su carácter defectuoso puesto que, existiendo esa advertencia o información no cabe legítimamente esperar un nivel de seguridad mayor que el indicado por el propio fabricante.

B) El uso razonablemente previsible.

Una cualidad que se requiere en cada producto es que sea adecuado al uso a que se destina y que implique la posibilidad de ser empleado en condiciones de seguridad, sin perjuicio ni para la integridad física ni para los bienes del que lo utiliza.

El uso razonable del producto se encuentra en función de la finalidad objetiva que se pretende con su elaboración y con las condiciones y prestaciones que cada producto esté facultado para desarrollar. De no ser así, se correría el riesgo de dar entrada a elementos económicos y juicios sobre los costes que un determinado nivel de seguridad pueda reportar. Pero también con ello, se impone indirectamente un deber a los productores de adecuar los niveles de seguridad de sus productos a los usos que vayan a tener. Tal obligación, no obstante, no es absoluta, puesto que no se extiende a todos los potenciales usos del producto, sino solo a los razonablemente previsibles, que deberán acotarse en cada caso concreto.

El uso razonablemente previsible comprende el que está destinado un producto de conformidad con la información facilitada por el fabricante o el operador económico que lo introduzca en el mercado, el uso ordinario determinado por el diseño y la creación del producto, y el uso que pueda preverse razonablemente cuando dicho uso pueda derivarse de un comportamiento humano lícito y fácilmente previsible. Lo decisivo no es la implicación del producto en la causación del daño, sino que éste se hubiera podido evitar si la concepción, fabricación o presentación del producto se hubiese ajustado a lo que objetivamente puede esperarse en orden a la prevención del daño.

Ello exige un juicio de previsión del productor que ha de extenderse a otros usos inadecuados o anormales del producto, que no responden directamente a su naturaleza o función principal, pero pueden responder a otras prestaciones o características secundarias del producto en función de las circunstancias.

El criterio de uso razonable del producto desecha cualquier inexacta, incorrecta, indebida o mala utilización del producto con respecto al fin al que inicialmente responde su fabricación.

El uso imprudente del producto se produce en los casos en los que se haga una indebida utilización del producto provocada por la transgresión explícita a ciertas normas. Esto sucede cuando se infringen las normas comunes o habituales de atención y de cautela y, en segundo lugar, cuando se ignoran las advertencias del productor o fabricante. Por eso, este uso se concreta en que el perjudicado realice un comportamiento contrario a las advertencias del fabricante de manera que su utilización lleve implícita un nivel de peligrosidad que se pueda calificar

de elevado respecto al destino atribuido y que dicho comportamiento se haya ejecutado de forma que posteriormente no se pueda argüir desconocimiento de las consecuencias que dicha actuación podía generar incluso sobre la peligrosidad latente del producto.

C) Las necesidades específicas del grupo de usuarios finales a los que se destina el producto.

El art. 7 de la directiva contiene los rasgos para calificar un producto de defectuoso. En concreto, el apartado h) de su párrafo 2º introduce por vez primera y de forma específica que, entre éstas, habrá que tener en cuenta las necesidades específicas del grupo de usuarios finales a los que se destina el producto.

Dentro de la mención que se hace a ese grupo merece especial consideración los productos destinados a personas con discapacidad y de edad avanzada, cuyo punto común es tener mermadas alguna de sus características físicas, de percepción o comprensión, ya sea esta última debida a falta de información o de conocimientos.

La regulación del régimen de responsabilidad por los daños causados por productos y servicios defectuosos contemplada en los arts. 128 y ss. del TRLGDCU no contiene ninguna referencia al consumidor vulnerable; sin embargo, aunque no se mencione, debe apreciarse para determinar si la información que se ha de facilitar en el etiquetado y presentación de los bienes, en las comunicaciones comerciales y en la información precontractual es la adecuada. En caso contrario, cabe presumir que su ausencia impide la comprensibilidad y, con ello, un uso seguro y acorde del producto. A su vez, en concordancia con el concepto holístico de vulnerabilidad, la utilización de bienes y servicios hay que vincularla con el derecho que tienen todas las personas, vulnerables o no, a acceder a bienes y servicios en igualdad de condiciones.

Este criterio incorpora una norma que refleja los últimos devenires en el ámbito del derecho de consumo que ha mostrado un cambio respecto de su inicial configuración como derecho económico fundamentalmente pasando a incorporar criterios de carácter social, pudiéndose entender como una actualización del derecho de consumo que se hace eco de las últimas iniciativas comunitarias, que dedica una especial atención a los consumidores vulnerables. Atenerse por tanto al grupo específico al que el producto va destinado obliga a respetar su particular idiosincrasia y las normas específicas de protección. Entre éstas tiene especial relevancia respetar el principio de accesibilidad universal.

La accesibilidad universal implica que todos los productos y servicios deben adaptarse a las circunstancias de las personas a las que el producto va dirigido.

Supone una exigencia adicional de lo que debe ser previsible por el productor al concebir y colocar un bien en el mercado y, en consecuencia, servir para evaluar el uso diligente, y predecible que le pueda dar el consumidor. Es por ello, que esta condición hay que considerarla una exigencia adicional cuando se trate de un consumidor vulnerable que sufra daños, por lo que, el productor debe tenerla en cuenta tanto al concebir, como al colocar el bien en el mercado, lo que entraña que el parámetro de diligencia debida deberá fundamentarse sobre la base de la accesibilidad del bien en correspondencia con los factores determinantes de su vulnerabilidad²¹.

La normativa específica se superpondrá cuando una persona tenga algún tipo de discapacidad que le imposibilite acceder al mercado en idénticas condiciones que el resto de la población, obrando como parámetro en cuanto a la diligencia a la que el fabricante del producto debe ajustarse y también como referencia del consumidor al que va dirigido. No obstante, la conducta culposa de quien sufre el daño por falta de accesibilidad debe ser valorada de forma restrictiva y no entenderse como imprevisible o inevitable para el productor. En este sentido, el TJUE defiende la necesidad de una interpretación restrictiva de las causas de exoneración de responsabilidad de los empresarios²².

3. Defectos y accesibilidad.

La accesibilidad y los diseños universales en sede de productos de consumo deben conducir a utilizar baremos diversos para medir la diligencia y actuación del profesional y del consumidor. La accesibilidad al producto debe entenderse como una exigencia adicional de lo que debe ser previsible por el productor al concebir y colocar un bien en el mercado y, en consecuencia, servir para evaluar el uso diligente, y previsible que le pueda dar el consumidor.

Dada la legislación vigente, aunque al productor no le puede ser exigible la accesibilidad absoluta de todos los bienes que coloca en el mercado ante el caso concreto de un daño sufrido, sí puede servir como criterio de valoración. En este sentido, amplía el estándar de previsibilidad que debe guardar en relación con el riesgo propio de su actividad puesto que el daño producido a consecuencia de una falta de accesibilidad entra en su esfera de actuación.

A) El defecto de información.

De los tres tipos de defectos que pueden darse: de diseño, fabricación e información²³, el que tiene especial repercusión en el ámbito de la protección de

21 PELEGRINO TORAÑO, L. A.: "Los daños por productos defectuosos", cit.

22 MARIN SALMERÓN, A.: *El defecto de diseño en los productos digitales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, pp. 43 y ss.

23 REYES LÓPEZ, M.J.: *Manual de derecho privado de consumo*, La Ley, 3ª ed., Madrid 2022.

las personas vulnerables es el generado por la falta de información relacionada con la seguridad y diseño del bien de consumo.

Que un bien no disponga de los presupuestos necesarios para facilitar su accesibilidad a las personas que requieran de un especial tratamiento puede ser debido entre otras circunstancias a no contar con los medios necesarios para que la persona pueda tener un conocimiento adecuado del producto que adquiere en igualdad de condiciones que las restantes personas. En este caso se estaría ante un defecto de información, que impide la comprensibilidad y, con ello, un uso seguro y acorde con el fin del producto.

La falta de información respecto del uso del producto o de sus riesgos se considera un defecto vinculado a una falta de advertencia suficiente que impide al usuario formarse un juicio razonable sobre el producto. Esta aproximación deberá adaptarse a la naturaleza del producto y a su uso previsto o previsible, sin necesidad de extenderse a lo que es evidente o generalmente conocido. La dificultad en estos casos estriba en calibrar el nivel y contenido de la información para que pueda calificarse adecuada, así como si la información proporcionada sobre un riesgo exonera necesariamente de los daños que se puedan producir.

Los medios de aportación de dicha información podrán realizarse mediante las advertencias o instrucciones, ya referidos. No obstante, en este ámbito adquiere especial importancia los mecanismos introducidos por el Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, que señalan especiales instrumentos de accesibilidad en relación con el tipo de discapacidad de cada persona.

Cuando un consumidor vulnerable sufre daños como consecuencia de un uso inadecuado de un bien adquirido en el mercado, en el momento de valorar su uso diligente, y en consecuencia su responsabilidad, se debería hacer sobre la base de la accesibilidad del bien en correspondencia con su discapacidad. A tal conclusión coadyuva no solo el Real Decreto Legislativo 1/2013, sino también que es una exigencia a la que apuntan las ya referidas modificaciones al TRLGDCU, introducidas el Real Decreto Legislativo 1/2021, y la posterior Ley 6/2022, de 31 de marzo, que realizó especiales modificaciones principalmente en el ámbito de accesibilidad de información, al regularse en el artículo 18, en referencia a los productos, la accesibilidad de los etiquetados, estableciéndose que "...todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán ser de fácil acceso y comprensión, ofrecidos en formatos que garanticen su accesibilidad y, en todo caso, incorporar, acompañar o, en último caso, permitir obtener, de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz, suficiente y accesible...". Consiguientemente, la responsabilidad por falta de accesibilidad de un producto podría apreciarse en situaciones en las que se ha producido un daño como consecuencia de una falta de información suficiente y determinante para la

producción del daño, tomándose la normativa reguladora de su contenido como criterio orientativo y de referencia.

VII. CONCLUSIONES.

La CDPD supuso el inicio de un cambio de planteamiento respecto al tratamiento y consideración habidos hasta la fecha de las personas con discapacidad. Desde entonces se han promulgado diversas iniciativas legislativas con el fin de hacer posible el camino que trazó basado en el reconocimiento del derecho a la igualdad y no discriminación de las personas. Ello ha supuesto una reforma en profundidad del tratamiento dado a estas personas e incorporado nuevos criterios y principios que en la actualidad es necesario integrar en el ordenamiento jurídico. Uno de ellos es el principio de accesibilidad y la adaptación a sus necesidades para que puedan ejercitar sus derechos como el resto de la sociedad, lo que ha motivado que, incluso se ha llegado a reconocer en ella un derecho fundamental.

Lo cierto es en todo caso que es la premisa para configurar el consentimiento sobre el objeto de la prestación y sus características. Si hay impedimentos que obstaculicen esa información plena se están poniendo trabas que imposibilitan actuar disfrutando de las mismas condiciones que el resto de la población, discriminándolas consiguientemente.

La protección de las personas con discapacidad está diseñada de manera transversal e interdisciplinar. Tanto el derecho de consumo como el que versa sobre discapacidad son derechos protectores de los más débiles y, desde una perspectiva más amplia, de los sujetos más vulnerables. Desde que el legislador introdujo la figura del consumidor vulnerable en el art. 3 TRLGDCU, cuando la persona con discapacidad realice actos de consumo debe ser considerada en principio consumidor vulnerable, dependiente, en todo caso, de sus especiales condiciones y circunstancias, cuya protección integra el correcto acceso a productos y servicios contando con los medios necesarios para llegar a ellos.

Cuestión distinta es la lentitud de los poderes públicos por posibilitar estos medios que, aunque de indudable coste económico, su reconocimiento ha dejado abierta otra vía para seguir avanzando en la construcción de una sociedad más inclusiva.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERT MÁRQUEZ, M.: “El derecho a comprender el derecho y el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. M. PEREÑA VICENTE y MARÍA DEL MAR HERAS HERNÁNDEZ), Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

ANDRADES NAVARRO, A.: “La contratación por personas en situación de discapacidad a raíz de la reforma 8/2021: una comparativa con el régimen anterior”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, enero-marzo 2025, pp. 3-47.

ATXUTEGI GUTIÉRREZ, J.: “La capacidad de contratación de las personas con discapacidad: régimen de invalidez”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 22, enero 2025, pp. 338-367;

BARBER CÁRCAMO, R.: “Contratos y personas con discapacidad: Avanzando hacia la resolución del debate jurídico”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, enero-marzo 2025, pp. 49-87.

BARCELÓ COMPTE, R.: “El consumidor especialmente vulnerable: de la protección class-based a la protección state-based”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 16, 2022 pp. 626-653.

CARRASCO PERERA, A.: “Contratación por discapacitados con y sin apoyos”, *Revista CESCO*, núm. 42/2022.

FULCHIRON, H.: “Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables”, en AA.VV.: *Tratado de la vulnerabilidad* (dir. U. BASSET, H. FULCHIRON, CH. BIDAUD-GARON y J. N. LAFFERRIÈRE), La Ley, Buenos Aires, 2017, pp. 3 y ss.

GARCÍA HERNANDO, J.A.: “La falta de concreción y determinación del concepto de consumidor vulnerable en el RDL 1/2021”, *Diario La Ley*, núm. 9858, mayo de 2021.

LLAMAS POMBO, E.: “De la noción consumidor a la tutela del contratante débil”, *Revista responsabilidad civil y seguro*, núm. 150, enero 2022.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: “Falta de conformidad en el bien vendido por infracción de normas, normas técnicas y códigos de conducta: el artículo 115 ter. 1.a) del TRLGDCU”, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/>, 8 de febrero de 2025.

MARÍN SALMERÓN, A.: *El defecto de diseño en los productos digitales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “La recepción de la vulnerabilidad en el derecho civil español. Materiales para un debate”, en AA.VV.: *Vulnerabilidad patrimonial: retos jurídicos* (dir. M. V. MAYOR DEL HOYO y S. DE SALAS MURILLO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

MENDOZA LOSANA, A. I.: “Más medidas para proteger a los consumidores de la subida de los precios de la energía (octubre 2021)”, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/>, 16 de noviembre de 2021.

MORCILLO MORENO, J.: *La directiva de accesibilidad y su implantación en España: un estudio crítico*, Tirant lo Blanch, Valencia 2023, pp. 125 y ss.

MUT PIÑA, A.: “La aproximación conductual a la transparencia contractual en los servicios financieros de crédito”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, febrero 2022, pp. 626-653.

PELEGRINO TORAÑO, L.A.: “Los daños por productos defectuosos ante consumidores hipervulnerables por falta de accesibilidad en el derecho español. Valoración de la culpa del consumidor”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 18, febrero 2023, pp. 172-199.

REYES LÓPEZ, M.J.: *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante: otro supuesto de responsabilidad civil especial: la del fabricante por productos defectuosos, (análisis de la Ley 22/1994, de 6 de julio), análisis doctrinal y jurisprudencial*, Práctica de Derecho, Sedavi (Valencia), 1998.

REYES LÓPEZ, M.J.: *Manual de derecho privado de consumo*, La Ley. 3^a ed. Madrid 2022.

SANTILLÁN SANTA CRUZ, R.: “Las personas con discapacidad como consumidores vulnerables en el comercio electrónico: el problema de la accesibilidad digital”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, febrero 2022, pp. 1412-1431.

TRUJILLO VILLAMOR, E.: “La crisis energética impulsa la ampliación de las medidas que garantizan los suministros básicos”, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/>, 15 de noviembre de 2021.

VEIGA COPO, A. B.: “Consumidores vulnerables, asimetría informativa e interpretación”, *Vniversitas*, 2022, vol. 71.

VENCHIARUTTI, A.: “Identificación de la vulnerabilidad estructural y configuración como categoría jurídica en el derecho italiano”, en AA.VV.: *Vulnerabilidad patrimonial: retos jurídicos* (dir. M. V. MAYOR DEL HOYO y S. DE SALAS MURILLO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

VIVAS TESÓN, I.: “La reciente humanización del Derecho Civil Español: necesidades y retos en materia de discapacidad”, *Derecho Global, Estudios sobre Derecho y Justicia*, 2020, vol. 14, pp. 191-198.



LA RESPONSABILIDAD POR MAL FUNCIONAMIENTO DE ALGORITMOS EN LA LEGISLACIÓN DE LA UE*

LIABILITY FOR MALFUNCTIONING ALGORITHMS IN EU LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 800-821

* Prodotto di ricerca del progetto FAIR- "Acknowledge financial support from: PNRR MUR project PE0000013-FAIR".



Elsa BIVONA

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de marzo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

RESUMEN: La inteligencia artificial es un tema del que el estudioso del Derecho civil deriva más de un motivo de desaliento, no sólo por la inherente imbricación con conocimientos y disciplinas de carácter técnico, a los que el civilista no suele estar acostumbrado, sino sobre todo por la rapidez con la que la inteligencia artificial se ha introducido en los espacios del Derecho, superando su capacidad de reacción y dejando numerosos interrogantes sin respuesta. Entre ellas, quizá más que otras, emerge la de la responsabilidad por daños vinculados al uso de la inteligencia artificial: incluso el algoritmo puede cometer errores. En este marco, se plantean cuestiones de responsabilidad sin precedentes en caso de que se deriven consecuencias perjudiciales para terceros de procesos automatizados de toma de decisiones mediante algoritmos. En este sentido, si se tiene en cuenta la responsabilidad del productor y la del usuario, también debe tenerse en cuenta una posible contribución causal del programador del algoritmo: para garantizar al perjudicado la máxima protección, no parecen tener cabida los modelos de responsabilidad basados en la culpa, sino que parece más racional la aplicación del régimen más estricto de responsabilidad objetiva. El estudio se detiene en la verificación de las posibles normas aplicables

PALABRAS CLAVE: Inteligencia artificial; error algorítmico; responsabilidad objetiva.

ABSTRACT: Artificial intelligence is a subject from which the civil law scholar draws more than one reason for discouragement, not only because of the intrinsic intertwining with knowledge and disciplines of a technical nature, to which the civil jurist is not usually accustomed, but above all because of the speed with which artificial intelligence has entered the spaces of Law, exceeding its capacity to react and leaving numerous questions unanswered. Among these, perhaps more than others, is the question of liability for damages related to the use of artificial intelligence: even the algorithm can make mistakes. In this context, unprecedented questions of liability arise in the event of harmful consequences for third parties resulting from automated decision-making processes using algorithms. In this regard, if the liability of the producer and the user is taken into account, a possible causal contribution of the algorithm's programmer must also be considered: in order to ensure maximum protection for the injured party, liability models based on fault do not seem to have a place, but the application of the stricter strict liability regime seems more rational. The study stops at verifying the possible applicable rules.

KEY WORDS: Artificial intelligence; algorithmic error; strict liability.

SUMARIO.- I. LA PROBLEMÁTICA DE LA RESPONSABILIDAD POR EL MAL FUNCIONAMIENTO ALGORÍTMICO: QUÉ RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS ALGORÍTMICOS. – II. LAS NORMAS SOBRE IA EN EL DERECHO DE LA UE: LA PROTECCIÓN EX ANTE Y EL REGLAMENTO DE LA LEY DE IA. - III. EL ERROR ALGORÍTMICO Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PROGRAMADOR A LA LUZ DE LA DIRECTIVA 2024/2853 DE LA UE SOBRE RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS.- IV. LA RESPONSABILIDAD DEL USUARIO O “PROPIETARIO” DEL DISPOSITIVO DE IA BAJO EL PRISMA DE LAS NORMAS CODIFICADAS SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL.

I. LA PROBLEMÁTICA DE LA RESPONSABILIDAD POR EL MAL FUNCIONAMIENTO ALGORÍTMICO: QUÉ RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS ALGORÍTMICOS.

La reflexión doctrinal sobre el tema de la responsabilidad por error algorítmico, acertadamente definido como un “trend topic” en el actual debate civilista¹, se ha centrado en torno a dos cuestiones fundamentales: a qué sujetos, de entre los diversamente implicados en el proceso de desarrollo y utilización de las máquinas de IA, debe atribuirse la responsabilidad por los eventuales daños causados por su uso, y cuál debe ser el criterio relevante de atribución².

Cuestiones que no son nuevas en el discurso de la responsabilidad civil³, pero que adquieren connotaciones peculiares cuando el causante del daño es un sistema de inteligencia artificial que, en su evolución *autodidacta*, no sólo está dotado de capacidades computacionales insospechadas, sino que también es capaz de aprender del exterior y tomar decisiones autónomas: el algoritmo, un código informático (distinto pero) incrustado en el dispositivo, impone reglas de comportamiento y atribuye a la máquina la capacidad de evolucionar autónomamente a la luz de múltiples factores como las actualizaciones realizadas, la experiencia adquirida a lo largo del tiempo, los usos que de ella haga el usuario, el *big data* al que tendrá acceso y las *publicaciones* en *las redes sociales*, sin olvidar las posibles intervenciones de *hackers*, destinadas a dirigir las acciones de la

1 SCOGNAMIGLIO, C.: “Responsabilità civile e intelligenza artificiale”, *Resp. civ. prev.*, 2023, fasc. 4, vol. 88. p. 1073.

2 SALANITRO, U.: “Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione europea”, *Riv. dir. civ.*, 2020, fasc. 6, vol. 66, p. 1246 ss. Sobre este tema, véase BERTOLINI, A.: *Intelligenza artificiale e responsabilità civile*, Il Mulino, Bologna, 2025; DE MARI CASARETO DAL VERME, T.: *Intelligenza artificiale e responsabilità civile-Uno studio sui criteri di imputazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024; FAZIO, E.: *Intelligenza artificiale e diritti della persona*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2023.

3 RUFFOLO, U.: “La responsabilità da intelligenza artificiale self- learning: quid sub sole novum?”, *Italianieuropei*, 2023, fasc. I, vol. 23, p. 70 ss.

• Elsa Bivona

Professoressa Ordinaria di Diritto privato Dipartimento di Giurisprudenza- Università di Catania. Correo electrónico: ebivona@lex.unict.it

máquina hacia fines ilícitos mediante la administración de información y reglas de mala calidad (el llamado data poisoning).

Esta peculiar actitud *del aprendizaje automático*, especialmente en sus evoluciones de *aprendizaje profundo* y redes neuronales, a la que nos referimos al hablar de los algoritmos de *black box* ⁴, si bien es ciertamente una característica sin la cual los dispositivos de IA perderían su potencial más atractivo, el de realizar tareas a las que los humanos no pueden aspirar, constituye al mismo tiempo su *inconveniente* más significativo. De hecho, la naturaleza “abierta” de los sistemas de IA y su constante interacción con el mundo exterior son responsables de su capacidad para funcionar de forma autónoma y de la probabilidad de que se produzcan resultados impredecibles y no pocas veces indeseables.

De hecho, bien mirado, los problemas centrales de la responsabilidad por error algorítmico dependen de la circunstancia de que las decisiones erróneas, no pocas veces perjudiciales, son el resultado de procesos algorítmicos “opacos” que no dependen necesariamente del uso que haga de ellos el usuario o de las instrucciones dadas por el formador ni, tampoco, de un defecto imputable a la actividad del productor; ya que pueden ser incluso incoherentes con el *conjunto* de reglas preestablecidas e introducidas por el programador: los errores cometidos por robots quirúrgicos o *robots industriales* que causan daños físicos a pacientes y trabajadores, respectivamente; los programas de diagnóstico médico que no señalan la necesidad de tratamientos o, por el contrario, indican como necesarios tratamientos que, en cambio, son superfluos; el algoritmo antiterrorista que conduce a detenciones injustificadas el algoritmo discriminatorio que trata los datos personales de tal modo que impide al sujeto acceder a determinados servicios públicos u obtener determinados beneficios⁵; el algoritmo utilizado por un *robo-asesor* financiero que facilita información a los inversores que conduce a transacciones económicas infructuosas.

Autodeterminación de la máquina, complejidad de los algoritmos, desviación indeseada e imprevisible de la “acción” del aparato con respecto a las instrucciones inicialmente incorporadas en el algoritmo son, pues, las consignas de estas nuevas formas de responsabilidad, claves necesarias para comprender las cuestiones jurídicas sin precedentes relacionadas con los daños por error algorítmico, antes mencionadas.

4 Los diferentes tipos de *Machine Learning* se ilustran en el *Expert Group on Regulatory Obstacles to Financial Innovation (ROFIEG)*, *30 Recommendations on Regulation, Innovation and Finance - Final Report to the European Commission*, diciembre de 2019, p. 28, según el cual el *aprendizaje profundo* es un tipo de *Machine Learning* que utiliza redes neuronales.

5 Véase, por ejemplo, Trib. Roma 10 febrero 2023, n° 1463, que condenó al Ministerio de Educación a pagar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por un profesor al que el algoritmo no adjudicó un destino docente, adjudicándosele en su lugar a un colega con una puntuación muy inferior

La identificación del responsable aquí es muy compleja, ya que la multiplicidad de operadores que intervienen en el proceso de elaboración, desarrollo, puesta en funcionamiento y utilización de la máquina hace opaca la incidencia causal de la conducta de cada uno de ellos respecto del daño y el juicio de responsabilidad articulado: así, por ejemplo, el responsable del daño causado por un vehículo de conducción autónoma podría ser el conductor, en los casos en que el conductor esté presente en relación con el nivel de automatización ⁶, el programador del algoritmo, el fabricante del vehículo, el vendedor, los sujetos que suministraron datos relevantes o incluso los ciberatacantes.

Por lo que se refiere a las cuestiones relacionadas con los criterios de imputación de responsabilidad y las reglas de prueba, en una perspectiva que pretende conjurar el riesgo de dejar desprotegida a la víctima de un daño imputable al uso de sistemas de IA, no sólo debe destacarse, en referencia a los sistemas caracterizados por la opacidad e imprevisibilidad de los procesos algorítmicos de toma de decisiones, la inadecuación del modelo tradicional de responsabilidad por culpa, que permite a la parte perjudicada la posibilidad de eludir su responsabilidad simplemente invocando una conducta diligente; pero, asimismo, deben favorecerse mecanismos de inversión de la carga de la prueba, en los que sea el operador quien deba probar que no ha causado el daño y no el demandante quien deba probar la culpa. Se trata, en efecto, de mecanismos especialmente idóneos para superar los obstáculos de la impenetrabilidad y el carácter multifactorial de los mecanismos de decisión que subyacen al funcionamiento de los sistemas de AI, que, al ser muy difíciles de reconstruir *a posteriori*, entrañan considerables dificultades para la identificación precisa de la causa del daño.

Al abordar estas cuestiones, parecería entonces necesario equilibrar la necesidad de resarcir de manera tendencialmente plena el daño sufrido por el perjudicado, evitando la propagación de la desconfianza hacia los sistemas de IA -más adecuadamente satisfecha por criterios objetivos de imputación- y la de no obstaculizar el mercado, la investigación y la innovación en el sector de la inteligencia artificial: es decir, habría que huir de normas excesivamente penalizadoras dirigidas a concentrar la responsabilidad únicamente en el operador final, y responsabilizar a toda la cadena de actores implicados en el desarrollo, producción y distribución de los sistemas de IA, con vistas a un reparto equitativo de los riesgos inherentes a la producción tecnológica moderna.

En las páginas que siguen se analizará si el legislador europeo ha reconocido la insuficiencia del modelo tradicional de responsabilidad centrado en la culpa y la

6 Existen cinco niveles de automatización, graduados en función del tipo de intervención que queda para el conductor humano. Los criterios para distinguir entre los distintos niveles de automatización se establecen en la norma J3016 desarrollada por SAE International en 2016 y actualizada en 2018: <https://www.sae.org/news/2019/01/sae-updates-j3016-automated-driving-graphic>.

previsibilidad del daño, con el fin de esbozar una hipótesis reconstructiva de las normas sobre responsabilidad por error algorítmico con referencia tanto al autor del algoritmo que contiene las “instrucciones” que la máquina debe cumplir, el llamado programador ⁷, como al usuario de la propia máquina o su “propietario”, en diversas capacidades⁸.

Hay que destacar que en estos casos la víctima del daño no siempre tendrá acceso a recursos de naturaleza contractual ni se beneficiará de instrumentos de derecho público, por lo que la aquiliana puede resultar ser la única capaz de garantizar la reparación del daño sufrido.

II. LAS NORMAS SOBRE IA EN EL DERECHO DE LA UE: LA PROTECCIÓN EX ANTE Y EL REGLAMENTO DE LA LEY DE IA.

Desde hace algún tiempo, el legislador europeo se ha dotado de un núcleo de normas destinadas a dar respuesta a las nuevas cuestiones suscitadas por la generalización de los sistemas de AI⁹, aunque estudiosos italianos de diversos ámbitos han subrayado que el Derecho europeo ya está ampliamente equipado para hacer frente a los “nuevos” daños ¹⁰.

Ya en 2017, las instituciones europeas se dieron cuenta de la necesidad de adaptar ciertas normas a los nuevos retos de las tecnologías basadas en la IA, iniciando así un debate muy denso que, con la participación de *las partes interesadas* pero también de grupos de expertos *ad hoc*, tras un *proceso* muy articulado desembocó en la redacción de una serie de medidas destinadas a conciliar mecanismos de protección paralelos y complementarios: el de la protección *ex ante*, destinado a reducir anticipadamente el riesgo de daños, y el de la protección *ex post*, destinado a intervenir a posteriori, mediante normas específicas de responsabilidad.

Antes de proceder a un examen sumario de estas normativas, algunas de las cuales han sido aprobadas muy recientemente, conviene destacar cómo todas ellas se inspiran en tres objetivos fundamentales (a) la creación de un marco unificado y coordinado de normas comunes a todos los Estados miembros mediante opciones políticas unificadas que eviten el riesgo de “fragmentación” jurídica y la opción por las normas nacionales más adecuadas para regular la responsabilidad de la IA; b) la exclusión de disciplinas excesivamente estrictas para los operadores

⁷ Este tema se trata en el § 4.

⁸ Este tema se trata en el § 5.

⁹ En este sentido, en la literatura extranjera, véase SUÁREZ FERNÁNDEZ, L.: “Responsabilidad civil, inteligencia artificial y robótica desde el marco político de la Unión Europea”, *Revista crítica de derecho privado*, 2024, n. 21, p. 799 y ss.

¹⁰ INFANTINO, M.: “La responsabilità per danni algoritmici: prospettive europeo-continentali”, *Resp. civ. prev.*, 2019, fasc. 5, p. 162.

del sector de la IA con el objetivo de impulsar la innovación tecnológica y atraer inversiones públicas y privadas al mercado de la IA c) la búsqueda de un enfoque “antropocéntrico” en un sistema en el que no es el hombre el que está al servicio de la máquina, sino al revés y la protección de sus prerrogativas la que ocupa un lugar central, con la consiguiente necesidad de garantizar un alto nivel de protección de los valores de la persona y de los derechos fundamentales.

Protección ex ante. Se trata del Reglamento UE 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024, la llamada AI Act, que entró en vigor el 1 de agosto de 2024¹¹, cuyos objetivos pueden resumirse del siguiente modo mejorar el funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de un marco jurídico uniforme en relación con el desarrollo, la comercialización, la puesta en servicio y la utilización de sistemas de inteligencia artificial en la Unión, de conformidad con los valores de la Unión; promover el despliegue de una inteligencia artificial (IA) antropocéntrica y fiable; garantizar un alto nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluidos la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente; proteger contra los efectos nocivos de los sistemas de IA en la Unión y, por último, promover la innovación.

Por un lado, el Reglamento garantiza la libre circulación transfronteriza de bienes y servicios basados en la IA, prohibiendo así a los Estados miembros imponer restricciones autónomas al desarrollo, la comercialización y el uso de sistemas de IA. Por otro, establece normas armonizadas para la comercialización, puesta en servicio y uso de sistemas de IA en la Unión, así como normas armonizadas de transparencia para determinados sistemas de IA y de seguimiento y supervisión dirigidas a los distintos operadores que intervienen en la cadena de valor de la IA (proveedores, importadores, *implantadores* y distribuidores). Estas normas imponen a los sistemas de IA el cumplimiento de los principios de seguridad, transparencia y gestión de riesgos.

A efectos de la aplicación de estas normas, la Ley de IA clasifica los riesgos asociados a los usos específicos de los dispositivos de inteligencia artificial en cuatro niveles: los sistemas de IA que presentan *poco o ningún riesgo* no están regulados ni se ven afectados de otro modo por la normativa en cuestión; los sistemas que

11 El Reglamento se aplicará a partir del 2 de agosto de 2026. Sin embargo, los capítulos I y II (definiciones y prácticas prohibidas) se aplicarán a partir del 2 de febrero de 2025; el capítulo III, sección 4 (notificación a las autoridades designadas por los estados miembros), el capítulo V (modelos de IA para fines generales), el capítulo VII (base de datos de la UE para sistemas de alto riesgo), el capítulo XII (sanciones) y el art. 78 (confidencialidad de los datos tratados de conformidad con el Reglamento) se aplicarán a partir del 2 de agosto de 2025, con excepción del Art. 101 (sanciones económicas para los proveedores de modelos de IA para fines generales); por último, el Art. 6(1) (clasificación de los sistemas de alto riesgo), y las obligaciones relacionadas en el Reglamento, se aplicarán a partir del 2 de agosto de 2027.

sólo presentan un *riesgo limitado*, como los chatbots o los sistemas de generación de contenidos, están sujetos a requisitos de transparencia muy ligeros, como la obligación de informar a los usuarios de que los contenidos se generan utilizando inteligencia artificial, para que puedan tomar decisiones informadas sobre su uso posterior; los sistemas de *alto riesgo*, como los utilizados en el diagnóstico de enfermedades, la conducción autónoma y la identificación biométrica de personas implicadas en actividades delictivas o investigaciones criminales, tienen que cumplir requisitos y obligaciones estrictos para acceder al mercado de la UE¹². Estos requisitos y obligaciones incluyen pruebas rigurosas, transparencia y supervisión humana.

Luego están los sistemas de *riesgo inaceptable*, prohibidos en la UE porque suponen una amenaza para la seguridad, los derechos o los medios de vida de las personas. Entre estos usos figuran la manipulación cognitivo-conductual, la vigilancia policial predictiva basada en la elaboración de perfiles y los sistemas que utilizan datos biométricos para clasificar a las personas según categorías específicas como raza, religión u orientación sexual, el reconocimiento de emociones en el lugar de trabajo y las instituciones educativas, y la puntuación social. También se prohíbe el uso de sistemas de identificación biométrica a distancia en tiempo real, como el reconocimiento facial, por parte de las fuerzas del orden en espacios públicos, con algunas excepciones limitadas.

III. EL ERROR ALGORÍTMICO Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PROGRAMADOR A LA LUZ DE LA DIRECTIVA 2024/2853 DE LA UE SOBRE RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS.

Por el lado del “paquete de responsabilidad” elaborado por el legislador europeo, es decir, el relativo a los mecanismos de *protección ex post*, cabe mencionar, por un lado, la Directiva 2024/2853 de la UE, de 23 de octubre de 2024, relativa a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE; por otro, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (la denominada Directiva sobre responsabilidad por IA, de 28 de septiembre de 2022, que tiene por objeto garantizar que las víctimas de daños causados por IA, que actúen con arreglo a las normas nacionales sobre responsabilidad civil,

12 Un sistema de IA se considera de alto riesgo, y por tanto debe registrarse en la base de datos de la UE para sistemas de IA de alto riesgo, cuando se cumplen las siguientes condiciones: (i) el sistema de IA está destinado a ser utilizado como componente de seguridad de un producto, o el propio sistema de IA es un producto; (ii) el producto, cuyo componente de seguridad es el sistema de IA, o el propio sistema de IA como producto, está sujeto a una evaluación de conformidad por terceros con el fin de comercializar dicho producto o ponerlo en servicio.

tengan un “nivel de protección equivalente” al de las víctimas de daños causados por inteligencia artificial. Al *Liability directive*) de 28 de septiembre de 2022, que pretendía garantizar a las víctimas de daños causados por la IA, un “nivel de protección equivalente” con respecto a las víctimas de daños causados sin la ayuda de la IA (la llamada Directiva IA)¹³: me detendré en esta última por la relevancia de los principios que expresa, con la salvedad de que el 12 de febrero de 2025 la Comisión Europea retiró esta propuesta, subrayando la escasa posibilidad de un acuerdo común y la improbabilidad de nuevos avances .

En cuanto a la primera intervención reguladora, la Directiva 2024/2853 reconoce que la anterior Directiva 85/374/CEE era un instrumento eficaz e importante, pero señala la necesidad de revisarla a la luz de la evolución relacionada con las nuevas tecnologías, incluida la inteligencia artificial, los nuevos modelos empresariales de la economía circular y las nuevas cadenas de suministro mundiales, que se consideran fuente de incoherencias e inseguridad jurídica, especialmente en relación con el significado del término “producto”. El objetivo asumido es establecer normas comunes sobre responsabilidad por productos defectuosos y eliminar las disparidades existentes entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros que puedan falsear la competencia y afectar a la libre circulación de mercancías en el mercado interior.

La Directiva destaca por algunas novedades respecto a su predecesora. No solo se trata de la ampliación de la definición de “producto” a los archivos y *programas informáticos* fabricados digitalmente o la posibilidad de que las plataformas en línea sean consideradas responsables de un producto defectuoso vendido en su plataforma, como cualquier otro operador económico o, de nuevo, la ampliación de la responsabilidad también al caso de modificaciones en el producto después de su comercialización, no por el productor original. Las innovaciones centrales de la Directiva, de hecho, son sobre todo las relacionadas con las facilidades dadas al demandante perjudicado - reclamante que solicita una indemnización ante un tribunal nacional: por un lado, si ha presentado hechos y pruebas suficientes para apoyar la verosimilitud de la reclamación de indemnización, se exigirá al demandado que revele las pruebas pertinentes de que disponga (art. 9); por otro lado, la Directiva prevé ciertas facilidades probatorias en relación con la defectuosidad del producto y la existencia de un nexo causal entre dicha defectuosidad y el daño, sin perjuicio del carácter estricto de la responsabilidad del productor, que el legislador europeo considera “la única solución adecuada para abordar el problema de un reparto equitativo del riesgo inherente a la producción tecnológica moderna” (véase el considerando 2), y por tanto sin perjuicio de la necesidad de que el

13 En estos términos se expresa la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva IA (COM (2022) 496 final: véanse, en particular, las páginas 2, 7, 11 y los considerandos 5 y 7.

demandante pruebe la defectuosidad del producto, el daño sufrido y el nexo causal entre el defecto y el daño (art. 10.1).

Con respecto a la primera de las dos presunciones, el Art. 10(2) establece que “se presumirá el carácter defectuoso de un producto si se cumple una de las siguientes condiciones: (a) el demandado no revela las pruebas pertinentes de conformidad con el artículo 9(1); (b) el demandante prueba que el producto no cumple los requisitos obligatorios de seguridad del producto establecidos por el Derecho de la Unión o nacional destinados a proteger al perjudicado contra el riesgo de daño; (c) el demandante prueba que el daño fue causado por un funcionamiento defectuoso manifiesto del producto durante un uso razonablemente previsible”. En cuanto a la segunda presunción, relativa a la existencia de un nexo causal entre el carácter defectuoso del producto y el daño, este opera cuando se ha probado que el producto es defectuoso y que la naturaleza del daño causado es compatible con el defecto en cuestión.

Volviendo por último a la Propuesta de Directiva (ahora revocada) sobre la denominada responsabilidad por IA, mediante una armonización selectiva y mínima que afecta únicamente a las técnicas probatorias¹⁴, pretendía evitar la fragmentación debida a intervenciones legislativas incoherentes y descoordinadas entre los distintos Estados miembros, satisfaciendo así la necesidad de certidumbre de las empresas que operan en el sector. De la lectura de la exposición de motivos de la propuesta se desprende claramente que el objetivo era un enfoque escalonado e inicialmente no invasivo con respecto a las normas de responsabilidad vigentes en los distintos Estados miembros de la UE “reacios a emprender reformas coordinadas” en ámbitos caracterizados por “tradiciones jurídicas de larga data”¹⁵, lo que explica las razones que subyacen a la elección del instrumento de la directiva¹⁶: en efecto, se ha observado que “las medidas previstas en la Directiva pueden integrarse sin fricciones en los sistemas de responsabilidad civil existentes, ya que reflejan un enfoque que no afecta a la definición de conceptos

¹⁴ Véanse el considerando 14 y el apartado IV del artículo 1 de la propuesta de Directiva IA.

¹⁵ El enfoque plurifásico indicado prevé una primera fase destinada a adaptar y coordinar las disciplinas nacionales en materia de responsabilidad civil por daños causados por la IA, sin introducir cambios radicales: como se verá con más detalle, el texto establece una flexibilización de la carga de la prueba para la parte perjudicada, con especial referencia a la prueba del nexo causal entre el hecho, la acción o la omisión resultantes de la utilización de sistemas de IA, y la culpa del demandado. La segunda fase consiste, en primer lugar, en una evaluación de la eficacia de las medidas adoptadas en la primera fase, teniendo en cuenta la futura evolución tecnológica, reglamentaria y jurisprudencial, así como la necesidad de armonizar otros elementos del Derecho de responsabilidad civil nacional, incluida la introducción de un posible régimen de responsabilidad objetiva y la cobertura de los seguros.

¹⁶ En la exposición de motivos de la Directiva IA, al explicar las razones de la elección de la Directiva, la Comisión subraya que, si bien una opción por instrumentos de *Derecho indicativo* (como la recomendación) no habría alcanzado el nivel deseado de armonización y seguridad jurídica, el instrumento del reglamento tampoco habría sido adecuado, por lo excesivamente estricto con respecto a los sistemas de responsabilidad establecidos en vigor en cada uno de los estados miembros. En cambio, la Directiva permite a los Estados miembros integrar sin fricciones las medidas armonizadas en sus regímenes nacionales de responsabilidad.

fundamentales como “culpa” o “daño”, dado que el significado de estos conceptos varía considerablemente de un Estado miembro a otro”.

La Propuesta objeto de examen constaba de nueve artículos, precedidos de 33 Considerandos. Se dirige esencialmente a los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo, según la clasificación realizada por el citado Reglamento de la Ley de IA. En esta Propuesta no hay rastro del debate doctrinal sobre la “personalidad electrónica” de las máquinas con inteligencia artificial, según ese enfoque seguido inicialmente por la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017, que contiene recomendaciones a la Comisión relativas a las normas de Derecho civil sobre robótica 2015/2103¹⁷, aceptado por parte de la doctrina¹⁸.

El objetivo de aliviar la carga de la prueba de la parte perjudicada se persiguió mediante dos instrumentos principales.

El primero fue el de la presunción relativa del nexo causal entre la culpa del perjudicado y la del demandado, consistente en el incumplimiento de un deber de diligencia con arreglo al Derecho de la Unión o nacional, y la producción (o la falta de producción) por el sistema de AI del que se derivó el daño (artículo 4). Sin llegar a una inversión de la carga de la prueba, que se considera demasiado onerosa para el demandado y potencialmente favorecedora de la litigiosidad, la presunción *iuris tantum* establecida por la Propuesta sólo podría aplicarse cuando el órgano jurisdiccional nacional, tras apreciar que la prueba del nexo causal a cargo del demandante perjudicado es excesivamente compleja, considera que se cumplen las siguientes condiciones: a) la prueba por parte del demandante o la presunción por parte del órgano jurisdiccional -basada en el incumplimiento de una orden judicial de exhibición o conservación de pruebas- de que el demandado, o una persona de cuya conducta sea responsable el demandado, ha incurrido en una falta consistente en el incumplimiento de un deber de diligencia con arreglo a la Ley IA

17 Véase la Resolución, punto n° 59, donde se lee sobre la perspectiva de “el establecimiento de un estatuto jurídico específico para los robots autónomos más sofisticados puedan ser considerados como personas electrónicas responsables de indemnizar cualquier daño causado por ellos, así como posiblemente el reconocimiento de la personalidad electrónica de los robots que tomen decisiones autónomas o interactúen de forma independiente con terceros”. El documento puede consultarse en: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_IT.pdf.

18 Véase a este respecto, PALMERINI, E.: “Robotica e diritto: suggestioni, intersezioni, sviluppi a margine di una ricerca europea”, *Resp. civ. prev.*, 2016, fasc. 6, vol. 81, p.1835 ss.; TEUBNER, G.: “Responsabilità civile per i rischi della digitalità”, in AA.VV.: *Smart- La persona e l'infosfera*, Pacini Giuridica, Pisa, 2022, p. 24, según el cual a los agentes software se les debe atribuir una forma de capacidad de obrar recurriendo a determinadas circunstancias: (1) que un agente software está programado de tal forma que puede optar entre distintas alternativas; (2) que debe tomar una decisión como una optimización entre distintos criterios; (3) que el programador *ex post* no puede explicar la conducta del agente software, ni predecirla en el futuro, sino que sólo puede corregirla *ex post*”. Para una visión crítica de este planteamiento, véase COPPINI, L.: “Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile”, *Politica del diritto*, 2018, fasc. 4, vol. 49, p. 713-739; INFANTINO, M.: “La responsabilità per danni algoritmici”, cit. p. 1776; SCOGNAMIGLIO, C.: “Responsabilità civile”, cit., p. 1083. Sobre el tema, véase BERTOLINI, A. - AIELLO, G.: “Robot companions: A legal and ethical analysis”, *The information Society*, 2018, vol. 34, 1, pp. 130-140; SARTOR, G.: “Cognitive automata and the law: electronic contracting and the intentionality of software agents”, *Artificial Intelligence Law*, 2009, n. 17, pp. 253-290.

o a otra legislación establecida a nivel de la Unión ¹⁹; b) la probabilidad razonable, sobre la base de las circunstancias del caso, de que la conducta negligente del causante-demandado haya afectado al rendimiento producido por el sistema de AI (o a su falta de producción); c) la prueba por parte del demandante de que el sistema de AI -es decir, el *rendimiento* o su falta de producción- causó el daño.

Por lo que se refiere a los sistemas de AI de alto riesgo, tal como los clasifica el Reglamento, el proyecto de Directiva preveía un régimen diferenciado según el cual la aplicación de la presunción de causalidad en las acciones contra los proveedores o usuarios de tales sistemas se limita al caso de incumplimiento de determinadas obligaciones previstas en el Reglamento sobre AI. Además, se consideró que la presunción de causalidad no se aplicaba si el demandado había demostrado que el demandante disponía de pruebas y conocimientos suficientes para probar la causalidad: se trataba de una norma destinada a incentivar a los demandados para que cumplieran con las obligaciones de información.

El segundo instrumento con el que el legislador europeo pretende aligerar la carga de la prueba de la parte perjudicada-demandante es la facultad otorgada al tribunal para ordenar la *exhibición de pruebas* por parte del proveedor u otra parte vinculada por las mismas obligaciones. A tal fin, las reclamaciones deberían haberse apoyado en hechos y pruebas suficientes para demostrar la verosimilitud de la reclamación de daños en cuestión, mientras que las pruebas solicitadas deberían haber estado a disposición de los destinatarios²⁰.

IV. LA RESPONSABILIDAD DEL USUARIO O “PROPIETARIO” DEL DISPOSITIVO DE IA BAJO EL PRISMA DE LAS NORMAS CODIFICADAS SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.

Una vez ilustrado brevemente el marco reglamentario europeo en materia de inteligencia artificial, es posible ahora intentar esbozar, aunque sea en una primera aproximación, algunas soluciones a las cuestiones mencionadas al principio.

En primer lugar, la de la admisibilidad o no de la responsabilidad del autor del algoritmo, cuya errónea toma de decisiones fue determinante en la causación

19 El 9 de febrero de 2023, BEUC, una organización europea de consumidores, presentó un documento de posición sobre la disposición que establece la carga de la prueba de la culpa por parte del operador de un dispositivo de inteligencia artificial, señalando que esta disposición representa un cambio de pejus para el consumidor con respecto a los principios subyacentes a la regulación de los productos defectuosos.

20 La Directiva contiene referencias específicas a la necesidad de equilibrar la protección de los conocimientos técnicos y los secretos comerciales: el artículo 3 exige a los tribunales nacionales que tengan en cuenta los intereses legítimos de todas las partes a la hora de determinar si una orden de divulgación o conservación de pruebas es proporcionada. De nuevo, La Directiva en cuestión contiene una referencia específica a la protección de los secretos comerciales en virtud de la Directiva 2016/943 de la UE (la denominada Directiva sobre Secretos Comerciales), dejando al tribunal la evaluación de si prevalece la divulgación/conservación o la protección del secreto.

del daño. Lo que plantea esta cuestión no es sólo la centralidad que desempeña el algoritmo en el funcionamiento de los dispositivos de IA, sino también la circunstancia de que constituye una entidad lógica y técnicamente distinta de la creación intelectual, en una hipótesis más amplia, a la que se refiere (el *software*), de la que el algoritmo constituye el “alma”. Complica la cuestión, por otra parte, el hecho de que la escritura de algoritmos a menudo se confíe a más de un autor: desarrolladores *internos*, empresas de *alta* tecnología y pequeños desarrolladores, cada uno de los cuales, a veces sin coordinación alguna, contribuye a escribir fragmentos del código.

Por supuesto, puede darse el caso de que el programador del algoritmo y el fabricante del *dispositivo* que lo incorpora se identifiquen mutuamente. Entonces el asunto se resolverá de acuerdo con las normas sobre responsabilidad objetiva del productor, a la luz de la reciente Directiva 2024/2853.

Sin embargo, cuando el autor del algoritmo es una entidad distinta del fabricante, es decir, cuando este último se ha limitado a incorporar el algoritmo al producto final (por ejemplo, un coche de conducción autónoma o un *robot* inteligente, como un *robot* quirúrgico) debe hacerse una distinción.

En primer lugar, parece seguro que el programador podrá ser llamado a responder tanto en términos contractuales frente al principal como en derecho civil frente a terceros según las normas generales de responsabilidad extracontractual del artículo 2043 del Código Civil. En este caso, la carga de la prueba para el demandante perjudicado será muy pesada: no le bastará con demostrar que el algoritmo es defectuoso, sino que también será necesario probar que este defecto se debe a la culpa del programador y que existe un nexo causal entre el defecto y el daño. Es fácil comprender cómo la extrema complejidad del algoritmo y los numerosos factores que, como ya se ha mencionado, pueden influir en el comportamiento de la máquina hacen que el cumplimiento de esta carga sea muy problemático en la práctica.

Por otra parte, es incierto que la Directiva sobre la responsabilidad del productor pueda aplicarse al autor del algoritmo. Hasta la entrada en vigor de la Directiva 2024/2853, la doctrina dudaba de que un ente abstracto como el algoritmo, que es poco más que “un puñado de *bits*”, una mera “creación intelectual, consistente en la mera descripción de un proceso”²¹, pudiera configurarse como un “producto” o “componente” de él, no prestándose por tanto a ser reconducido inmediatamente a un referente normativo preciso capaz de regularlo: según la definición de producto prevista en el art. 115, apartado II,

21 En este sentido, RUFFOLO, U.: “Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo”, *Giur. it.*, 2019, fasc. 7, p. 1691.

de la Directiva 2024/2853, por “*producto*” se entiende “*todo bien mueble, incluso incorporado a otro bien mueble o inmueble*”²². Sin embargo, no se nos escapa que una interpretación sistemática de la norma, a la luz del art. 814 del Código Civil, incluso en vigor de la directiva anterior, bien podría permitir que la noción de producto incluyera también el algoritmo.

En la actualidad, este obstáculo de aplicación parece superado por el nuevo texto de la Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos que, como ya se ha dicho, define el *producto* como “cualquier bien mueble, incluso si está incorporado o interconectado con otro bien mueble o inmueble; incluye la electricidad, los *ficheros de fabricación digital*, las materias primas y los programas informáticos” (art. 4(1)(1)). A esto se añade el considerando 13 de la Directiva examinada, según el cual “los productos de la era digital pueden ser materiales o inmateriales”. Aquí se afirma que “los programas informáticos, como los sistemas operativos, el firmware, los programas de ordenador, las aplicaciones o los sistemas de IA, están cada vez más presentes en el mercado y su importancia a efectos de la seguridad de los productos es cada vez mayor” y que “el productor o desarrollador de programas informáticos, incluido el proveedor de sistemas de IA en el sentido del Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, debe considerarse un fabricante”. De nuevo, en el considerando 6, se afirma que “con el fin de garantizar la exhaustividad del régimen de responsabilidad por productos defectuosos de la Unión, la responsabilidad objetiva por productos defectuosos debe ser aplicable a todos los bienes muebles, incluidos *los programas informáticos*, incluidos *los programas informáticos* incorporados a otros bienes muebles o incorporados a bienes inmuebles”.

Si el cuadro que acabamos de describir muestra que la acción de daños y perjuicios contra el autor del algoritmo está sometida a normas más estrictas de responsabilidad del productor, subsisten ciertas perplejidades en cuanto a la adaptación de la noción de “defecto” al tema de la inteligencia artificial. A volver a proponer la ecuación (criticada) entre producto defectuoso y producto seguro, se plantea la cuestión de si la importante interferencia en la materia entre las normas de seguridad *ex ante* y las normas de responsabilidad, por definición, *ex post*, no lleva a deducir que en el sector de la IA la defectuosidad del producto no debe apreciarse con referencia a las normas de seguridad.

22 Asi, SCOGNAMIGLIO, C.: “Responsabilità civile”, cit., p. 1078 y ss., quien subraya cómo el art. 115, párr. II del Código Civil especifica que el “producto” es también electricidad, pero que éste es un “resultado aplicativo que podría haberse dado por supuesto ya en virtud de lo dispuesto en el art. 814 del Código Civil”, de modo que puede “deducirse que el *producto* es también *electricidad*», precisa que “producto” es también electricidad, pero que se trata de un “resultado aplicativo que podría haberse dado ya por supuesto en virtud de lo dispuesto en el art. 814 del Código Civil”, de modo que puede “deducirse que, a falta de equiparación explícita por el legislador al producto de una entidad inmaterial, como la idea encerrada en un algoritmo, se excluye una extensión por vía interpretativa de la noción de producto a efectos de la aplicación de la normativa sobre responsabilidad por productos defectuosos».

A decir verdad, tal ecuación también parece refutada a la luz de la noción de “defecto” contenida en el artículo 7 de la reciente Directiva, según el cual “se considerará defectuoso todo producto que no ofrezca la seguridad que un consumidor puede legítimamente esperar o que esté prevista por el Derecho de la Unión o nacional” (apartado 1). El segundo apartado de esta disposición especifica que “para apreciar la defectuosidad de un producto se tendrán en cuenta todas las circunstancias, entre ellas: (a) la presentación y las características del producto, incluidos el etiquetado, el diseño, las características técnicas, la composición, el embalaje y las instrucciones de montaje, instalación, uso y mantenimiento; b) el uso razonablemente previsible del producto; c) los efectos sobre el producto de su capacidad para seguir aprendiendo o adquiriendo nuevas funcionalidades después de su comercialización o puesta en servicio; d) los efectos razonablemente previsibles sobre el producto de otros productos que quepa esperar que se utilicen junto con el primero, incluso mediante interconexión (e) el momento en que el producto se introdujo en el mercado o se puso en servicio o, si el fabricante conserva el control del producto después de ese momento, el momento en que el producto dejó de estar bajo el control del fabricante; f) los requisitos de seguridad pertinentes del producto, incluidos los requisitos de ciberseguridad pertinentes (g) cualquier retirada del producto o cualquier otra medida pertinente adoptada por una autoridad competente, o por un agente económico según lo dispuesto en el artículo 8, en relación con la seguridad del producto; h) los requisitos específicos del grupo de usuarios al que se destina el producto; i) en el caso de un producto cuya finalidad sea específicamente prevenir daños, si el producto no cumple esa finalidad.

En otras palabras, parece que aunque la conformidad del producto con las normas técnicas pueda ser invocada por el fabricante en una hipotética demanda por daños y perjuicios interpuesta por el consumidor perjudicado, éste podrá probar que en condiciones normales de uso el producto resultó defectuoso²³.

La verosimilitud de la responsabilidad directa del autor del algoritmo no excluye la posibilidad de responsabilidad concurrente.

En efecto, hablar de una responsabilidad exclusiva del programador podría parecer coherente con el papel decisivo que desempeña el algoritmo en el funcionamiento global de la máquina inteligente y podría justificarse por la imposibilidad del fabricante de proceder a cualquier forma de control sobre la no defectuosidad del algoritmo que se incorpora al producto debido a la complejidad de los códigos algorítmicos, cada vez más sofisticados.

23 Críticamente, sobre la idea de la identificación entre conformidad con *las normas legales de seguridad* y exclusión automática del carácter defectuoso del producto, me remito a BIVONA, E.: *Certificazione di qualità dei prodotti e tutele civilistiche*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 150 ss.

Tal perspectiva, sin embargo, no tendría en cuenta la circunstancia, ya puesta de relieve, según la cual el defecto bien podría ser, en la práctica, el resultado de conductas referibles a sujetos distintos o depender de factores impenetrables, incontrolables incluso por el propio programador; tampoco sería coherente con la regla expresamente prevista en materia de responsabilidad del productor, la vigente en Italia y en la Unión Europea²⁴, según la cual si varios operadores económicos son responsables de un mismo daño deben ser considerados solidariamente obligados frente al perjudicado: este principio, que rechaza la concentración de la responsabilidad en manos del productor, aleja el riesgo de desresponsabilización de algunos de los sujetos que intervienen en el proceso de desarrollo y utilización de los sistemas digitales, garantiza una mayor protección del perjudicado y, al mismo tiempo, permite que cualquier contribución causal diferente en la causación del daño adquiera relevancia en el plano de las relaciones internas entre los múltiples responsables.

A continuación, es necesario dedicar algunas observaciones a la posible responsabilidad concurrente de otras partes implicadas en el proceso de desarrollo, puesta a punto y utilización de dispositivos de IA, sin perjuicio de ejercitar acciones de repetición.

En primer lugar, en la medida en que subsisten dudas interpretativas sobre la aplicabilidad real de las reglas de responsabilidad del productor tanto como al autor del algoritmo, debe sostenerse que el perjudicado puede dirigirse contra el productor que ha incorporado el algoritmo defectuoso en el *software*, siendo necesario reiterar que no existe identificación entre el concepto de algoritmo y el de *software*. Así, el fabricante estará llamado a responder ante el consumidor perjudicado aunque sólo sea el componente algorítmico el defectuoso, reiterando que se sigue recurriendo contra el desarrollador del algoritmo.

En la práctica, sin embargo, lo más probable es que el perjudicado se dirija al usuario, es decir, al sujeto más fácilmente identificable: así, el paciente lesionado por un *robot* de diagnóstico se dirigirá al hospital, el peatón lesionado por un vehículo inteligente a su propietario, y así sucesivamente. A este respecto, cabe señalar que no sólo parece adecuado que responda del daño quien obtenga un beneficio

24 A este respecto, para el Derecho nacional, véase el apartado 1 del artículo 121 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual “si varias personas son responsables de un mismo daño, todas ellas serán solidariamente responsables de la indemnización” y, continúa el segundo apartado, “la que haya indemnizado el daño tendrá acción contra las demás en la medida determinada por la importancia del riesgo imputable a cada una, la gravedad de la culpa y la extensión de las consecuencias que de ella se deriven. En caso de duda, el reparto se hará a partes iguales”. En cuanto a las normas de la Euro-Unión, véase el apartado 1 del artículo 12 de la Directiva 2024/2853, según el cual “Sin perjuicio de la legislación nacional sobre el derecho de repetición, cuando dos o más operadores económicos sean responsables del mismo daño en virtud de la presente Directiva, los Estados miembros se asegurarán de que puedan ser considerados solidariamente responsables”.

del funcionamiento de la máquina según los principios de la *accountability*²⁵, sino que ello sería coherente con la circunstancia de que el comportamiento del *robot* pudiera ser consecuencia del “adiestramiento” recibido por el usuario.

En tales casos, para garantizar al perjudicado la máxima protección, no parece haber lugar para un modelo de responsabilidad basado en la culpa, pareciendo más racional la aplicación del régimen más estricto de responsabilidad objetiva.

En este orden de ideas, la doctrina ha contemplado de diversas formas la aplicación analógica de determinadas normas sobre responsabilidad objetiva.

Así, algunos autores consideran aplicable la norma sobre la responsabilidad contractual objetiva del empresario por los actos de los “auxiliares” dictada por el artículo 2049 del Código Civil. Sin embargo, se trata de un enfoque que no solo postula la atribución de alguna forma de subjetividad al “agente de software”, que debe considerarse como un “empleado digital” por cuyas acciones ilícitas estaría llamado a responder el empresario²⁶, sino que también choca con la objeción de quienes excluyen la extensión del artículo 2049 del Código Civil. más allá de los confines de la conducta humana, ya que “es difícil identificar la *ratio eadem* con referencia a los daños causados por las acciones de agentes no humanos debido al defecto de su “inteligencia” artificial, ya que la norma hace responsable al principal de una hipótesis específica de falibilidad (de la inteligencia de) su “autor”, es decir, la realización de un “acto ilícito”, cuyo elemento subjetivo está específicamente vinculado a la naturaleza humana de esa inteligencia”²⁷.

Según otro enfoque doctrinal, el ‘agente digital’ debería ser considerado como un sujeto parcialmente capaz para extender el criterio de imputación de la obligación indemnizatoria al tutor del incapaz según la previsión del artículo 2047, Código Civil, a los daños causados por este. De esta propuesta reconstructiva cabe destacar el forzamiento lógico que subyace al intento de calificar a la máquina

25 Para tal perspectiva, véase COSTANZA, M.: “L’intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile”, *Giur. it.*, 2019, fasc. 7, p.1689; COMANDÉ, G.: “Intelligenza artificiale e responsabilità tra liability e accountability”, *Analisi giuridica dell’economia*, 2019, I, fasc.I, p. 169 ss.; FINOCCHIARO, G.: “L’accountability nel Regolamento europeo”, in *Commentario del Codice civile delle persone*, editado por Barba y Pagliantini, Utet, Torino, 2019.

26 En este sentido, TEUBNER, G.: “Responsabilità civile per i rischi della digitalità”, cit., p. 20.

27 Así, RUFFOLO, U.: “Intelligenza Artificiale, machine learning”, cit., p. 1698. Pero véase la posición crítica de SCOGNAMIGLIO, C.: *Responsabilità civile*, cit., p. 1068, quien observa cómo hace tiempo que se ha consumado el pasaje que atribuye a la expresión “tort”, contenida en el art. 2049, simplemente el significado de “hecho productor de responsabilidad”: según el autor esto podría acreditar la afirmación de que el criterio de atribución de responsabilidad al principal, necesario para afirmar su propagación al principal, puede ahora prescindir por completo de una valoración en términos de culpabilidad de la posición del mismo principal. Sin embargo, el autor considera insuperable la objeción relativa a la insostenibilidad de los intentos de construir el dispositivo como “sujeto”, aunque esté “animado”, por así decirlo, por la aplicación de la inteligencia artificial.

como “agente digital”, así como la incompatibilidad de la referencia de la noción de “incapacidad parcial” a entidades distintas de la persona humana²⁸.

Otra hipótesis reconstructiva, por tanto, contempla el recurso a la norma del artículo 2052 del Código Civil, relativa a la responsabilidad por daños causados por animales que recae sobre el propietario o la persona que lo utiliza durante el tiempo que dura su uso. En este marco, el dispositivo de IA se equipara al animal según una identificación discutible entre la inteligencia artificial, que no deja de ser fruto humano, y la inteligencia de origen natural. De hecho, el evidente distanciamiento entre ambos casos excluye la posibilidad de una aplicación análoga del artículo 2052 del Código Civil a los daños causados por error algorítmico.

Según otros autores, sería más bien la norma del artículo 2051 del Código Civil, sobre la responsabilidad por las cosas custodiadas, la que sería aplicable en el caso que nos ocupa: el usuario, por ejemplo el hospital, estaría llamado a responder por los daños causados por el equipo médico en uso en sus instalaciones, previa prueba de la imprevisión. Se objeta, a este respecto, que la aplicabilidad del precepto al caso que nos ocupa encontraría su límite en la circunstancia según la cual la causación del daño no debe producirse mientras la máquina está en funcionamiento. El daño debe ser intrínseco y producirse cuando la cosa se encuentra en estado de espera o inercia. En efecto, la doctrina observa con acierto que “la cosa, en el diseño del artículo 2051 del Código Civil, es un ente alejado de la I.A. si se identifica con el agente dotado en sí mismo de motilidad y operatividad, que aunque predispuestas o programadas no remiten a las razones que fundamentan la responsabilidad del custodio”²⁹. A este respecto, no puede ignorarse que el daño que aquí se discute, el del error algorítmico, no es imputable a un “objeto” entendido estáticamente, sino a una actividad de *programación* falaz por parte del desarrollador, a un mantenimiento deficiente de la máquina o a un *uso* inadecuado de *ella*: programación, mantenimiento, uso son todas ellas actividades alejadas de esa dimensión “cosal”³⁰, ciertamente no aptas para el complejo dinamismo que caracteriza las actividades de los dispositivos inteligentes.

Uno de los enfoques más acreditados en la doctrina es el que propugna la remisión al artículo 2050 del Código Civil sobre responsabilidad por el ejercicio de actividad peligrosa. En este sentido, es necesario comprobar si es posible definir el uso de la inteligencia artificial como “peligroso” sin entrar en conflicto con la afirmación recurrente de que la ventaja de la inteligencia artificial reside

28 En la misma línea, la propuesta reconstructiva planteada por SANTOSUOSSO, A.- BOSCARATO, C. - CAROLEO, F.: “Robot e diritto: una prima ricognizione”, *Nuova giur.civ. comm.*, 2015, fasc.7-8, p. 513, quienes se remiten al art. 2048 del Código Civil, asimilando la responsabilidad por el uso de la IA a la del padre o tutor respecto de los actos del menor o pupilo.

29 COSTANZA, M.: “L'intelligenza artificiale”, cit. p. 1687.

30 SCOGNAMIGLIO, C.: “Responsabilità civile”, cit., p. 1088.

precisamente en la seguridad, debido a la capacidad de los dispositivos inteligentes para reducir la posibilidad de error.

Podría decirse que *la prueba* de peligrosidad se cumple remitiéndose a las disposiciones de la Ley AI, que en su anexo III establece qué dispositivos son de “alto riesgo”. Sin embargo, se trataría de una ecuación (dispositivos de alto riesgo=dispositivos peligrosos) que no tendría en cuenta adecuadamente el hecho de que esta lista no puede considerarse exhaustiva, ya que los dispositivos también pueden calificarse como “peligrosos” en base al artículo 2050 del Código Civil: por tanto, de acuerdo con el principio de aplicación de la legislación más favorable, sería esta norma la que se aplicaría. A este respecto, la cuidadosa doctrina observa cómo “el pasaje argumentativo que considera peligroso el uso de sistemas de autoaprendizaje de dispositivos de inteligencia artificial, al menos en atención a la naturaleza de los medios empleados, portadores de las características, recién pasadas, de imprevisibilidad en la producción del *output* originado por el algoritmo correspondiente es enteramente lineal”³¹.

Habría que preguntarse entonces cómo debería concretarse la excepción de “caso fortuito” del artículo 2050 del Código Civil como supuesto de exclusión de responsabilidad: si se optara por un significado “culposo” de esta cláusula, coincidente en última instancia con la idea de que la parte perjudicada hizo todo lo posible por evitar el daño, se llegaría a la inaceptable conclusión de que la inteligencia artificial nunca sería responsable del daño causado, dada su muy limitada falibilidad. Sin embargo, sobre la base de una jurisprudencia consolidada, la doctrina actual tiende a excluir que la prueba de la falta de culpa pueda equivaler a la prueba del caso fortuito³².

31 SCOGNAMIGLIO, C.: “Responsabilità civile”, cit., p. 1088.

32 TRIMARCHI, P.: *La responsabilità civile: fatti illeciti, rischio, danno*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milán, 2019, p. 359.

BIBLIOGRAFÍA

BERTOLINI, A.: *Intelligenza artificiale e responsabilità civile*, Il Mulino, Bologna, 2025.

BERTOLINI, A.- AIELLO, G.: "Robot companions: A legal and ethical analysis", *The information Society*, 2018, vol. 34, I, pp. 130-140.

BIVONA, E.: *Certificazione di qualità dei prodotti e tutele civilistiche*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 150 ss.

COMANDÈ, G.: "Intelligenza artificiale e responsabilità tra liability e accountability", *Analisi giuridica dell'economia*, 2019, I, fasc.I, p. 169 ss.

COPPINI, L.: "Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile", *Politica del diritto*, 2018, fasc. 4, vol. 49, p. 713-739.

COSTANZA, M.: "L'intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile", *Giur. it.*, 2019, fasc. 7, p.1689.

DE MARI CASARETO DAL VERME, T.: *Intelligenza artificiale e responsabilità civile- Uno studio sui criteri di imputazione*, Editoriale Scientifica Italiana, Napoli, 2024.

FAZIO, E.: *Intelligenza artificiale e diritti della persona*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2023.

FINOCCHIARO, G.: "L'accountability nel Regolamento europeo", in *Commentario del Codice civile delle persone*, editado por Barba y Pagliantini, Utet, Torino, 2019.

INFANTINO, M.: "La responsabilità per danni algoritmici: prospettive europeo-continentali", *Resp. civ. prev.*, 2019, fasc. 5, p. 162.

PALMERINI, E.: "Robotica e diritto: suggestioni, intersezioni, sviluppi a margine di una ricerca europea", *Resp. civ. prev.*, 2016, fasc. 6, vol. 81, p.1835 ss.

RUFFOLO, U.: "Intelligenza artificiale, *machine learning* e responsabilità da algoritmo", *Giur. it.*, 2019, fasc. 7, p. 1691.

RUFFOLO, U.: "La responsabilità da intelligenza artificiale *self- learning*: *quid sub sole novum?*", *Italianieuropei*, 2023, fasc.I, vol. 23, p. 70 ss.

SALANITRO, U.: "Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione europea", *Riv. dir. civ.*, 2020, fasc. 6, vol. 66, p. 1246 ss.

SANTOSUOSSO, A.- BOSCARATO, C. - CAROLEO, F.: "Robot e diritto: una prima ricognizione", *Nuova giur.civ. comm.*, 2015, fasc.7-8, p. 513.

SARTOR, G.: "Cognitive automata and the law: electronic contracting and the intentionality of software agents", *Artificial Intelligence Law*, 2009, n. 17, pp. 253-290.

SCOGNAMIGLIO, C.: "Responsabilità civile e intelligenza artificiale", *Resp. civ. prev.*, 2023, fasc. 4, vol. 88. p. 1073.

SUÁREZ FERNÁNDEZ, L.: "Responsabilidad civil, inteligencia artificial y robótica desde el marco político de la Unión Europea", *Revista crítica de derecho privado*, 2024, n. 21, p. 799 y ss.

TEUBNER, G.: "Responsabilità civile per i rischi della digitalità", in AA. VV., *Smart-La persona e l'infosfera*, Pacini Giuridica, Pisa, 2022, p. 24.

TRIMARCHI, P.: *La responsabilità civile: fatti illeciti, rischio, danno*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milán, 2019, p. 359.



MÁS ALLÁ DE LAS LEYES: AUTORREGULACIÓN Y ÉTICA EN
LA REGULACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

*BEYOND LAWS: SELF-REGULATION AND ETHICS IN THE
GOVERNANCE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 822-855

David LÓPEZ
JIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de febrero de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

RESUMEN: La Inteligencia Artificial (IA) ha emergido como una de las tecnologías más transformadoras de las últimas décadas, generando consecuencias significativas para los marcos regulatorios tradicionales. En esta investigación, se abordan los desafíos jurídicos y éticos que plantea la IA, con especial atención a su impacto en la publicidad digital. Se analizan los límites de las normativas vinculantes actuales, su capacidad de adaptación a un entorno tecnológico dinámico y la creciente relevancia de instrumentos de autorregulación como complemento a la legislación. El trabajo propone una reflexión sobre la necesidad de una regulación inclusiva, ágil y efectiva que permita mitigar los riesgos de la IA mientras se maximizan sus beneficios sociales.

PALABRAS CLAVE: Autorregulación; ética tecnológica; Inteligencia Artificial; gobernanza; publicidad digital.

ABSTRACT: Artificial Intelligence (AI) has emerged as one of the most transformative technologies of recent decades, with significant implications for traditional regulatory frameworks. This study addresses the legal and ethical challenges posed by AI, with particular focus on its impact on digital advertising. It explores the limitations of current binding regulations, their adaptability to a dynamic technological environment, and the growing relevance of self-regulation tools as a complement to legislation. The paper proposes a reflection on the need for inclusive, agile, and effective regulation that mitigates the risks of AI while maximizing its social benefits.

KEY WORDS: Self-regulation; ethics of technology; Artificial Intelligence; governance; digital advertising.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. HACIA UN EQUILIBRIO NORMATIVO: MODALIDADES DE REGULACIÓN DE LA IA.- 1. Regulación vinculante de la IA: garantía de confianza o freno a la innovación.- 2. Autorregulación en la IA: sustituto simbólico o complemento eficaz a la ley.- III. PUBLICIDAD DIGITAL Y ÉTICA EN LA ERA DE LA IA.- 1. Publicidad digital personalizada por IA: innovación publicitaria o manipulación del consumidor.- 2. Códigos de conducta, sellos de calidad y certificaciones: herramientas de autorregulación contra los excesos tecnológicos.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La IA ha evolucionado, de manera significativa, desde sus modestos inicios¹. Su impacto está presente en prácticamente todos los aspectos de la vida cotidiana, desde la economía² hasta la salud³, pasando por la justicia⁴ y la educación. Recientes aplicaciones de la IA, como el uso de algoritmos en procesos judiciales o sistemas educativos personalizados, ponen de manifiesto su influencia transversal en nuestras sociedades. Sin embargo, este crecimiento suscita desafíos complejos que trascienden las disciplinas tecnológicas, que precisan respuestas jurídicas, éticas y sociales innovadoras.

En cuanto a los orígenes de la IA, pueden situarse a mediados de la década del siglo pasado -1950-, cuando Alan Turing se planteó si las máquinas podían pensar, introduciendo las bases del razonamiento automatizado en su célebre artículo

- 1 En este sentido, cabe señalar que el autómatas celular de Konrad Zuse en los años 40 y la máquina de Turing, sentaron las bases, conceptuales y técnicas, para el procesamiento computacional. Estos avances, aunque rudimentarios, en comparación con los sistemas actuales, representaron hitos fundamentales en la evolución de la informática y el razonamiento automatizado. Véase, a este respecto, COPELAND, B. J.: *The Essential Turing: Seminal Writings in Computing, Logic, Philosophy, Artificial Intelligence, and Artificial Life*, Oxford University Press, Nueva York, 2004.
- 2 El 7 de diciembre de 2023, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea -TJUE- dictó una sentencia relevante sobre decisiones automatizadas y protección de datos. Este fallo abordó el uso de sistemas automatizados, por parte de agencias de información crediticia, para generar puntuaciones de solvencia (scoring) y su compatibilidad con el art. 22 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE -RGPD-. Esta sentencia refleja la creciente preocupación por el uso de sistemas automatizados en procesos que afectan derechos individuales y la necesidad de garantizar su conformidad con la normativa de protección de datos.
- 3 El FDA Software Pre-Cert Program en Estados Unidos -todavía en fase preliminar- ha sentado las bases para agilizar la aprobación de herramientas de IA en medicina. Bajo esta iniciativa, la Food and Drug Administration -FDA- colabora con desarrolladores de software para analizar la calidad de los algoritmos y su evolución tras la puesta en el mercado. Este programa es un paso adelante al crear un marco flexible, basado en la vigilancia continua y la retroalimentación, en lugar de procesos de certificación estáticos.
- 4 Respecto a esta materia, COTINO HUESO, L.: "El uso jurisdiccional de la inteligencia artificial: habilitación legal, garantías necesarias y la supervisión por el CGPJ", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 21, 2024, pp. 494-527; YÁÑEZ DE ANDRÉS, A.: "Inteligencia Artificial (IA) y Derecho", *La Ley*, núm. 10464, Sección Tribuna, 12 de Marzo de 2024.

• **David López Jiménez**

Doctor (con mención europea) por la Universidad de Sevilla y Doctor por la Universidad Rey Juan Carlos. Acreditado a Profesor Titular de Universidad (ANECA). EAE Business School. Correo electrónico: dlopezjimenez@gmail.com

Computing Machinery and Intelligence⁵. Desde aquellas primeras incursiones, la IA ha evolucionado hacia tecnologías disruptivas como el aprendizaje profundo, que impulsa avances en áreas como la detección temprana de enfermedades mediante análisis de imágenes médicas y el desarrollo de vehículos autónomos que operan en entornos urbanos complejos⁶.

IBM, una de las multinacionales líderes, define la IA como la tecnología que permite a ordenadores y máquinas simular la inteligencia humana y su capacidad para resolver problemas. La nueva IA, fundamentada en el aprendizaje automático, se centra en la recopilación y análisis de datos para generar resultados dependientes de la calidad y profundidad de los datos consumidos. Mediante este enfoque, la IA no solo procesa información, sino que aprende y adapta sus capacidades, permitiendo aplicaciones avanzadas como la personalización en la publicidad digital y la optimización de determinadas decisiones. Estas aplicaciones ponen de relieve la capacidad de la IA para resolver problemas antes inalcanzables, así como su profunda integración en actividades esenciales de la sociedad moderna. Los sistemas de IA han evolucionado hacia herramientas con capacidades únicas: autonomía para tomar decisiones, interactividad con humanos y máquinas, y adaptabilidad para aprender y mejorar a partir de la experiencia. Estas características, naturalmente, introducen riesgos, éticos y jurídicos, significativos⁷.

Desde una perspectiva jurídica, la IA desafía los principios tradicionales del Derecho, como la responsabilidad⁸, la privacidad y la transparencia. Casos como el de *State of Wisconsin v. Eric L. Loomis* en Estados Unidos, que cuestionó el uso de algoritmos en decisiones judiciales, o el debate en torno a la implementación de sistemas de vigilancia masiva en China, manifiestan la necesidad de adaptar los marcos normativos a esta nueva realidad. A esto se suma el reto de regular tecnologías que evolucionan más rápido de lo que los legisladores pueden anticipar.

- 5 El test de Turing representaba un criterio para evaluar si una máquina podía mostrar un comportamiento indistinguible del humano en términos de pensamiento. En otras palabras, tal rasgo se suscitaba si un humano no podía distinguirla de otra persona. En este sentido, TURING, A. M.: "Computing Machinery and Intelligence", *Mind*, Vol. 59, núm. 236, 1950, pp. 433-460.
- 6 En Estados Unidos, varias jurisdicciones -California, Arizona y Nevada- diseñaron marcos propios de pruebas para vehículos sin conductor, dando licencias y normas de circulación específicas. Aunque se logró atraer inversión y experimentación -Waymo, Uber y Tesla-, la ausencia de un estándar federal unificado generó cierta inseguridad jurídica para las empresas que deseaban escalar sus operaciones a todo el país.
- 7 Los riesgos, éticos y jurídicos, de la IA han sido objeto de un creciente debate académico, destacando preocupaciones como la falta de transparencia en los algoritmos, los sesgos inherentes en los datos utilizados para el entrenamiento y el impacto en los derechos fundamentales. A este respecto, se recomienda la consulta de CATH, C.: "Governing artificial intelligence: Ethical, legal, and technical opportunities and challenges", *Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences*, Vol. 376, núm. 2133, 2018.
- 8 Puede verse, entre otros, ZURITA MARTÍN, I.: *La responsabilidad por los daños causados por los robots inteligentes como productos defectuosos*, Reus, Madrid, 2020; CAMPOS RIVERA, G.: "Responsabilidad civil derivada del uso de sistemas de IA: Situación actual y retos para un futuro reglamento europeo", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 46, 2022, pp. 173-215; ATIENZA NAVARRO, M.L.: "La responsabilidad civil por daños causados por inteligencia artificial: estado de la cuestión", en AA.VV.: *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Aranzadi, Navarra, 2024, pp. 341-409.

La regulación tradicional, muchas veces concebida para estructuras jerárquicas y estáticas, parece inadecuada para un fenómeno tan dinámico como la IA. En este sentido, surge la necesidad de un enfoque multidisciplinar que combine el Derecho con ciertas disciplinas como la ética⁹, la sociología y la ingeniería para diseñar marcos normativos flexibles, pero efectivos¹⁰.

Se han suscitado diversos debates respecto a la posible regulación de la IA. Una de las principales cuestiones es si dicha ordenación debe ser preventiva, como lo ha planteado la Unión Europea con su Reglamento de IA¹¹, que busca anticipar y mitigar riesgos antes de su materialización generalizada, o más flexible y adaptativa, como ocurre en como Estados Unidos¹², donde las guías sectoriales y las normativas específicas surgen en respuesta a controversias o necesidades puntuales. En el caso de China, su enfoque combina aspectos preventivos, como las regulaciones sobre algoritmos recomendadores¹³, con medidas reactivas para mitigar efectos adversos. Una vez que se ha tomado conciencia de que debe regularse, se discute si es un fenómeno que debe disciplinarse de manera general o específica por sectores. Finalmente, surge la duda de si el marco legislativo actual es adecuado para mitigar los riesgos asociados a la IA, o si sería necesario desarrollar una nueva ordenación jurídica que tenga en consideración sus características.

Las repercusiones éticas de la IA no deben ser subestimadas. Uno de los desafíos más significativos estriba en el sesgo inherente a los algoritmos¹⁴, que, en

9 Sobre la importancia de enfoques, éticos y multidisciplinarios, en la gobernanza de la IA, véase TADDEO, M., y FLORIDI, L.: "How AI can be a force for Good", *Science*, Vol. 361, núm. 6404, 2018, pp. 751-752.

10 En línea con esta perspectiva, la Unión Europea ha diseñado una estrategia digital basada en una serie de principios clave, para impulsar una transformación digital que sea segura, sostenible y centrada en las personas, en consonancia con los valores y derechos fundamentales de la región. Como parte de esta iniciativa, en febrero de 2020, la Comisión presentó el Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza. Este documento establece las opciones para alcanzar un doble objetivo, a saber: fomentar la adopción de la IA y gestionar los riesgos asociados a ciertos usos de esta tecnología emergente.

11 Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

12 Estados Unidos implementó su primera normativa sobre IA en octubre de 2023, a través de una orden ejecutiva emitida por el presidente. Ésta establece principios fundamentales y directrices para garantizar el uso ético y confiable de la IA en las agencias federales, incluyendo aspectos como transparencia, equidad, responsabilidad, seguridad y protección de la privacidad. Además, crea un comité asesor compuesto por expertos del sector privado, la Universidad y la sociedad civil, encargado de verificar la aplicación de estas directrices y proponer mejoras. Cabe destacar que esta normativa no tiene alcance sobre el sector privado ni sobre las aplicaciones militares de la IA.

13 El 1 de marzo de 2022, entró en vigor el Reglamento sobre la administración de recomendaciones algorítmicas de los servicios de información de Internet, emitido por la Administración del Ciberespacio de China junto con otros organismos gubernamentales.

14 El corazón -si se nos permite la expresión- de los sistemas de IA está presente en el algoritmo, que es un elemento esencial que actúa como el motor del proceso. Expresado mediante un lenguaje de programación, el algoritmo posibilita la ejecución de actividades que son registradas y gestionadas por sistemas inteligentes. Las IA emplean estos algoritmos para analizar grandes volúmenes de datos y tomar decisiones basadas en patrones y reglas desarrolladas mediante el aprendizaje automático.

gran medida, procede de los datos empleados para su entrenamiento. Cuando estos datos presentan desigualdades estructurales o carecen de representatividad global, los sistemas de IA pueden perpetuar e incluso exacerbar dichas desigualdades. Este desequilibrio genera sistemas que no reflejan las realidades y necesidades de contextos diversos, aumentando, de esta forma, el riesgo de exclusión y discriminación¹⁵. Para mitigar estos riesgos, debe promoverse la inclusión y la diversidad en todas las etapas del desarrollo de sistemas de IA. Esto incluye garantizar que los catálogos de datos utilizados sean equilibrados y representativos de una amplia variedad de contextos socioculturales y geográficos. Los desarrolladores han de incorporar principios de inclusión, desde las fases iniciales de diseño, asegurando que las decisiones tecnológicas no perpetúen desigualdades. Además, la implementación de supervisión regulatoria y la realización de auditorías algorítmicas periódicas podrían ostentar un papel clave para identificar y corregir sesgos antes de que tengan consecuencias negativas significativas. Estas medidas resultan útiles para fortalecer la confiabilidad y la equidad de la IA, pero también son esenciales para fomentar su aceptación social y garantizar que su impacto sea transformador y equitativo.

La IA generativa -con modelos como el reconocido ChatGPT en el procesamiento del lenguaje natural o Midjourney en la generación de imágenes- ha ampliado la discusión sobre la gobernanza de la IA. Estas herramientas, que pueden producir textos, imágenes e incluso vídeos con altísimo grado de realismo, plantean nuevos dilemas éticos y jurídicos. En primer lugar, la cuestión de los derechos de autor y la propiedad intelectual adquiere relevancia, ya que estos sistemas pueden entrenarse con datos protegidos y generar contenido derivado difícil de rastrear. En segundo lugar, la veracidad y fiabilidad de la información se ve amenazada ante la posibilidad de crear deepfakes creíbles que confundan a la opinión pública¹⁶ o permitan suplantar identidades. Finalmente, el carácter masivo y de fácil acceso a estas tecnologías aumenta los riesgos de uso ilícito, lo que subraya la necesidad de una regulación y autorregulación que contemplen la trazabilidad de los contenidos generados, la atribución de responsabilidad en el supuesto de que se produzcan infracciones y el respeto a los derechos fundamentales. Este fenómeno de la IA generativa pone de relieve la necesidad de crear marcos más flexibles y de alcance internacional que puedan adaptarse a la velocidad con la que estas tecnologías evolucionan.

En este contexto, la autorregulación surge como una alternativa complementaria a las normativas tradicionales. Aunque carece de carácter vinculante, ofrece

15 NOBLE, S. U.: *Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism*, NYU Press, 2018.

16 Diversos políticos y personalidades públicas han sido víctimas de deepfakes, difundidos en redes sociales. En este último sentido, en 2019, circuló un vídeo manipulado del fundador de Facebook -hoy Meta-, Mark Zuckerberg, en el que se le hacía decir frases que nunca pronunció. Tal aspecto pone de relieve la creciente distorsión audiovisual y su potencial para difundir información engañosa.

flexibilidad y rapidez para adaptarse a los cambios tecnológicos¹⁷. Sin embargo, no está exenta de críticas, pues su efectividad depende, en gran medida, de la voluntad de las empresas para adherirse a estándares éticos y transparentes, lo que pone de relieve la importancia de combinarla con supervisión estatal y marcos legales internacionales.

También se aborda el impacto de la IA en la publicidad digital dirigida, una de las aplicaciones más controvertidas de esta tecnología. Este análisis permitirá examinar cómo los marcos regulatorios y las herramientas de autorregulación pueden gestionar los desafíos éticos asociados a la segmentación personalizada de los consumidores, garantizando, de esta manera, un equilibrio entre innovación tecnológica y protección de derechos fundamentales.

Por tanto, abordar la regulación de la IA implica más que una simple adecuación de las leyes existentes¹⁸. Requiere un esfuerzo, coordinado y global, que integre perspectivas técnicas, legales y humanistas, asegurando, por consiguiente, que el desarrollo de la IA sea inclusivo, ético y centrado en el bienestar humano¹⁹.

Este artículo busca responder a cómo superar las limitaciones que presentan las normativas actuales para abordar la complejidad de la IA y sus efectos en ámbitos tan sensibles como la publicidad digital, especialmente en lo que respecta a la protección de los derechos y la dignidad de los usuarios. Para ello, el estudio, en primer término, analiza el potencial de la autorregulación como instrumento complementario, flexible y adaptativo. En segundo lugar, examinará la relevancia de la ética tecnológica en la gobernanza de la IA, con especial consideración del sector publicitario, donde las capacidades algorítmicas pueden generar eventuales riesgos de manipulación y discriminación.

II. HACIA UN EQUILIBRIO NORMATIVO: MODALIDADES DE REGULACIÓN DE LA IA.

La IA, por su naturaleza disruptiva y rápida evolución, suscita desafíos sin precedentes para los marcos regulatorios tradicionales. En este contexto, la

17 LÓPEZ JIMÉNEZ, D. REDCHUCK, A. y VARGAS, L.A.: "The self-regulation of electronic commerce: An appraisal in accordance to the Chilean Law of unfair competition", *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, 2016, Vol. 8, núm. 1, pp. 19-30; LÓPEZ JIMÉNEZ, D.: "La autorregulación en materia de consumo: especial valoración del mundo digital", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17, 2022, pp. 1070-1095.

18 La existencia de marcos regulatorios sólidos puede proporcionar seguridad jurídica, atrayendo inversiones a sectores clave como, entre otros, la salud y los servicios financieros. Sin embargo, estos marcos también pueden imponer costes de cumplimiento significativos, afectando, sobre todo, a las pequeñas y medianas empresas -Pymes-, que carecen de recursos para adaptarse a normativas estrictas. Esto puede dar lugar a una concentración del mercado en manos de grandes corporaciones y ralentizar la innovación en sectores emergentes.

19 Ciertos autores manifiestan que la IA representa una amenaza para el Estado de Derecho. Así, ROSENGRÜN, S.: "Why AI is a threat to the rule of Law", *Digital Society*, Vol. 1, núm. 10, 2022, pp. 1-15.

regulación de la IA exige un replanteamiento que combine enfoques normativos diversos capaces de abordar tanto su carácter técnico como sus consecuencias éticas, sociales y económicas. Este apartado examina dos enfoques fundamentales en la regulación de la IA: las leyes vinculantes²⁰, que ofrecen un control normativo respaldado por la fuerza del Estado, y los mecanismos de autorregulación, que esencialmente destacan por su flexibilidad y capacidad de adaptación en un entorno tecnológico dinámico. Ambos modelos presentan ventajas y limitaciones, pero, como se verá seguidamente, también pueden complementarse²¹.

I. Regulación vinculante de la IA: garantía de confianza o freno a la innovación.

La regulación directa, mediante leyes vinculantes, ha sido históricamente el enfoque más utilizado para establecer controles normativos sobre nuevas tecnologías²². Este modelo, al estar codificado y respaldado por la fuerza del Estado, garantiza claridad y obligatoriedad en su aplicación. Sin embargo, en el contexto de la IA, su implementación presenta desafíos significativos. La rapidez con la que la IA evoluciona contrasta con los tiempos legislativos, lo que puede hacer que las normas queden obsoletas antes de entrar en vigor²³. Además, su carácter rígido dificulta la adaptación a un entorno tecnológico en constante transformación, generando, de este modo, conflictos entre innovación y seguridad jurídica²⁴. Este dilema obliga a los legisladores a explorar enfoques normativos más flexibles y complementarios que permitan responder a los retos que plantea la IA²⁵.

20 Sobre esta cuestión, se sugiere, entre otros, la lectura de GIRGADO PERANDONES, P.: "La regulación de la inteligencia artificial en la Unión Europea y su repercusión en el contrato de seguro", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis, 2022, pp. 3612-3641.

21 Ciertos autores -ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: "El derecho de daños ante la inteligencia artificial: la intervención de la Unión Europea", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 18, 2023, p. 303- se refieren a otra alternativa como es regular a nivel de principios. Tal opción, según tal postura, en primer lugar, posibilita una flexibilidad mayor, lo que evita el riesgo de quedar desfasados. En segundo término, resulta más factible llegar a un acuerdo con relación a unos términos más generales.

22 Respecto a la ordenación de Internet, LÓPEZ JIMÉNEZ, D. DITTMAR, E.C. y VARGAS PORTILLO, J.P.: "Internet regulation: Multidisciplinary perspective", *Utopía y Praxis Latinoamericana*, Vol. 25, núm. Extra 11, 2020, pp. 447-460.

23 La tecnología de la IA evoluciona a un ritmo exponencial, mientras que el proceso legislativo, por su propia naturaleza, formal y garantista, tiende a avanzar con mayor lentitud. Esta disparidad provoca que muchas normas queden obsoletas o sean poco efectivas antes incluso de su entrada en vigor, fenómeno conocido como obsolescencia normativa.

24 Uno de los desafíos más relevantes en la regulación vinculante de la IA es la brecha de conocimiento entre quienes diseñan y aplican las normas -legisladores, jueces y funcionarios públicos- y quienes desarrollan las tecnologías -ingenieros, científicos de datos y especialistas en IA-. Este desfase, denominado technological lag, dificulta la elaboración de leyes efectivas y actualizadas, y aumenta el riesgo de sobre-regulación -normas demasiado rígidas que bloquean la innovación- o infra-regulación -vacíos normativos que dejan al descubierto derechos fundamentales y generan inseguridad jurídica-.

25 La evolución acelerada de las tecnologías supera la capacidad de respuesta de los marcos normativos tradicionales, destacando la necesidad de enfoques regulatorios más dinámicos y adaptativos. Para un análisis detallado sobre la necesidad de enfoques regulatorios flexibles en el ámbito de la IA, véase VEALE, M., y ZUIDERVEEN BORGESJUS, F.: "Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act — Analysing the good, the bad, and the unclear elements of the proposed approach", *Computer Law Review International*, Vol. 22, núm. 4, 2021, pp. 97-112.

La construcción normativa de las leyes vinculantes involucra a diversos actores con roles específicos. El poder ejecutivo²⁶, representado por el Gobierno, lidera la agenda regulatoria mediante la elaboración y presentación de proyectos de ley ante las Cortes Generales, el ejercicio de facultades legislativas extraordinarias -como la aprobación de Decretos-leyes- y la negociación de tratados internacionales que incluyan disposiciones sobre IA. Por su parte, las Cortes Generales²⁷, formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado, se encargan de aprobar estas normas en procesos ordinarios o a través de procedimientos de urgencia, garantizando su conformidad con la Constitución y atendiendo a las demandas sociales. Finalmente, el poder judicial²⁸, con el Tribunal Supremo y, en materias de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional, como órganos de máxima instancia, cumple un papel decisivo al interpretar y aplicar la legislación en casos concretos, estableciendo jurisprudencia que matiza y complementa el marco normativo. En el caso de la IA, este equilibrio de competencias plantea un desafío adicional: garantizar que los marcos legales reflejen tanto la complejidad técnica de estas tecnologías como sus consecuencias éticas y sociales²⁹.

No obstante, sus beneficios, la implementación de leyes vinculantes para la IA presenta ciertos desafíos prácticos. Uno de los más críticos es la falta de conocimiento técnico entre los legisladores, lo que puede dar lugar a normativas que sean ineficaces o excesivamente restrictivas. Además, las empresas tecnológicas suelen operar en múltiples jurisdicciones, lo que dificulta la aplicación de leyes nacionales. Esto hace evidente la necesidad de una cooperación internacional más estrecha para garantizar que las normativas sean coherentes y efectivas. Modelos como el Reglamento de IA de la Unión Europea, que incluye disposiciones sobre categorización de riesgos y requisitos específicos para ciertos sistemas, pueden servir como referencia para superar estas barreras³⁰.

26 El poder ejecutivo desempeña un papel central en la regulación de tecnologías emergentes al establecer políticas estratégicas y promover iniciativas legislativas adaptadas a la evolución tecnológica. En este sentido, MARCHANT, G. E., ALLENBY, B. R., y HERKERT, J. R.: *The Growing Gap Between Emerging Technologies and Legal-Ethical Oversight: The Pacing Problem*, Springer, 2011.

27 Para un análisis comparado sobre los desafíos legislativos en la regulación de sistemas automatizados, incluido su impacto ético y social, véase WACHTER, S., MITTELSTADT, B., y FLORIDI, L.: "Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Should Exist in the General Data Protection Regulation", *International Data Privacy Law*, Vol. 1, núm. 2, 2017, pp. 76-99.

28 Para un estudio interdisciplinar sobre cómo el poder judicial y otros actores jurídicos pueden abordar la gobernanza de tecnologías disruptivas, como la IA, puede verse HILDEBRANDT, M.: *Law for Computer Scientists and Other Folk*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

29 Un examen sobre los desafíos legales que plantean los algoritmos, incluyendo la regulación de la IA, puede verse en EBERS, M., y NAVAS, S.: *Algorithms and Law*, Cambridge University Press, 2020.

30 El RGPD establece una limitación clave para los sistemas de IA en relación con la toma de decisiones automatizadas. Este marco garantiza a las personas el derecho de no ser sometidas a decisiones basadas únicamente en el procesamiento automatizado de datos si estas tienen un impacto legal significativo o afectan, de manera relevante, a sus derechos. Este principio busca proteger a los individuos de decisiones importantes realizadas sin intervención humana directa, asegurando, de esta manera, mayor transparencia y control en los procesos algorítmicos.

Las leyes vinculantes también tienen un impacto significativo en la competitividad global en el campo de la IA. Países con regulaciones más claras y predecibles tienden a atraer más inversión tecnológica, mientras que la incertidumbre normativa puede desincentivar la innovación. En este contexto, la Unión Europea ha buscado liderar la regulación global con el Reglamento de la IA, mientras que China y Estados Unidos han adoptado estrategias más pragmáticas, centradas en estándares técnicos y directrices sectoriales. La interacción entre estas aproximaciones puede determinar el liderazgo global en IA durante las próximas décadas, subrayando la importancia de crear marcos legales que fomenten tanto la confianza como la competitividad.

La complejidad de la IA sugiere que un enfoque regulatorio único puede no ser suficiente. En lugar de ello, algunos expertos plantean un modelo sectorial que aborde las particularidades de cada industria. Así, en el sector salud, la regulación debería priorizar la seguridad del paciente, la validación científica de los algoritmos y la salvaguarda de datos sensibles³¹. Por otro lado, en la publicidad digital, el foco debería estar en la transparencia, el consentimiento informado y la prevención de manipulación psicológica. Este enfoque sectorial permite diseñar normativas más efectivas, alineadas con los riesgos específicos de cada aplicación.

Asimismo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea constituye un referente para entender los límites y obligaciones que deben inspirar la regulación de tecnologías disruptivas. En, el este sentido el artículo 7 consagra el derecho a la vida privada y familiar; y el artículo 8 reconoce, de forma expresa, el derecho a la protección de los datos de carácter personal. Estas disposiciones refuerzan la idea de que todo marco jurídico sobre IA debe garantizar la protección de los derechos y libertades fundamentales de los individuos³².

En el ámbito del Derecho internacional, se han propuesto diversas iniciativas para armonizar la regulación de la IA. Entre ellas destaca la idea de una Ley Modelo o convención global que sirva como referencia para que los Estados adapten sus marcos normativos a los desafíos de estas tecnologías. En América Latina, la Ley Modelo de Inteligencia Artificial para América Latina y el Caribe, impulsada por organismos regionales, busca promover estándares éticos, técnicos y jurídicos que equilibren innovación y protección de derechos fundamentales. Este esfuerzo fomenta la cooperación entre países, pero también busca reducir las asimetrías en el acceso y desarrollo de la IA en una región caracterizada por

31 En el ámbito de la salud, los algoritmos de IA deben garantizar la seguridad del paciente y minimizar los riesgos, éticos y legales, asociados. A este respecto, RAJKOMAR, A., DEAN, J., y KOHANE, I.: "Machine learning in medicine", *New England Journal of Medicine*, Vol. 380, núm. 14, 2019, pp. 1347-1358.

32 El Comité Europeo de Protección de Datos, encargado de velar por la correcta aplicación del RGPD, ha publicado diversas directrices que, si bien no abordan la IA, de manera exclusiva, sí establecen pautas útiles para su desarrollo y uso responsable.

brechas tecnológicas significativas. Esta tipología de modelos³³ pueden ser clave para evitar fragmentaciones normativas y para garantizar que los principios éticos se incorporen desde las primeras fases del diseño normativo.

Ahora bien, las asimetrías en el desarrollo tecnológico, las diferencias culturales sobre la privacidad o la relevancia del control estatal, así como las tensiones geopolíticas y comerciales, dificultan la creación de una Ley Modelo de IA universal. Además, cualquier intento de armonización debe equilibrar los intereses de quienes desean un rápido progreso tecnológico con las demandas de quienes promueven la inclusión, la protección de datos personales y la no discriminación. Estas complejidades ponen de relieve que, si bien la coordinación global es deseable para evitar la fragmentación regulatoria y su efecto frontera, su consecución requerirá una negociación prolongada, el reconocimiento de estándares mínimos compartidos y la flexibilidad para adaptar las normas a las especialidades de cada contexto socioeconómico.

Otro ejemplo relevante en la regulación internacional es el Acuerdo de Asociación de Economía Digital (DEPA), firmado entre Chile, Singapur y Nueva Zelanda. Este tratado tiene como objetivo esencial establecer un marco común que fomente la exportación de bienes y servicios digitales, abordando áreas clave como la regulación de flujos de datos transfronterizos, la igualdad de trato para productos digitales, la identidad digital y la protección de la privacidad. En lo que respecta a la IA, el DEPA promueve principios para su desarrollo ético y su uso responsable, estableciendo un modelo de cooperación internacional que puede servir de referencia para otras regiones. Este tipo de acuerdos refleja la creciente necesidad de abordar la IA desde una perspectiva global³⁴, dada su naturaleza transnacional y su capacidad para transformar mercados y sociedades más allá de las fronteras nacionales.

En mayo de 2023, durante la cumbre celebrada en Hiroshima, el Grupo de los Siete (G7) lanzó una iniciativa que ha dado lugar a la formulación de once principios orientados a empresas y organizaciones dedicadas al desarrollo y uso de sistemas de IA. El código de conducta “Proceso de IA de Hiroshima”, tiene como propósito fomentar el desarrollo de sistemas de IA que sean seguros, confiables y éticos, a nivel global, al mismo tiempo que aborda los riesgos inherentes a esta tecnología. Dicho documento establece un enfoque dinámico, con revisiones periódicas diseñadas para mantener su relevancia frente a la rápida evolución

33 Este tipo de instrumento se inspira en el éxito relativo de otras leyes modelo -por ejemplo, la Ley Modelo de Comercio Electrónico de la CNUDMI-, que en el pasado fomentaron la armonización legislativa en el ámbito del derecho digital. Sin embargo, en la práctica, la adopción efectiva de estas disposiciones suele encontrarse con varios obstáculos como, entre otros, son: la falta de obligatoriedad; la diversidad sociocultural y brechas tecnológicas; y el efecto persuasivo limitado.

34 LÓPEZ ONETO, M.: *Fundamentos para un Derecho de la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 20.

tecnológica. Además, fomenta la colaboración activa con una amplia gama de actores, incluyendo la sociedad civil, el sector académico, la industria privada y organizaciones internacionales. Esta iniciativa busca guiar la implementación responsable de la IA y sentar las bases para un marco internacional que combine la innovación con los valores éticos y sociales compartidos.

El desarrollo de la IA presenta paralelismos con la evolución de otras tecnologías disruptivas³⁵, como Internet o la biotecnología, que también enfrentaron retos regulatorios en sus comienzos. En ambos casos, inicialmente, se subestimaron sus riesgos y no se implementaron salvaguardas adecuadas hasta que ocurrieron incidentes graves, como violaciones masivas de privacidad o consecuencias imprevistas en la salud pública. Estas lecciones revelan la necesidad de anticiparse en la regulación de la IA, estableciendo marcos legales que equilibren la flexibilidad para la innovación con estándares mínimos de seguridad y ética. Los legisladores deben aprender de estas experiencias para evitar errores análogos.

Un aspecto crítico en la regulación vinculante de la IA es encontrar un equilibrio entre promover la innovación tecnológica y garantizar una protección adecuada para los usuarios. Si bien las normativas rígidas pueden disuadir la inversión y el desarrollo de nuevas tecnologías, la ausencia de regulación puede aumentar los riesgos para los derechos humanos y la seguridad. Algunos países han comenzado a adoptar enfoques graduales, estableciendo regulaciones proporcionales al nivel de riesgo asociado a diferentes aplicaciones de IA. A este respecto, los sistemas de bajo riesgo, como chatbots de servicio al cliente, están sujetos a menos requisitos que los sistemas de alto riesgo -como los utilizados en decisiones médicas o judiciales-. Este enfoque permite fomentar la innovación mientras se protegen los derechos fundamentales.

A nivel judicial, la implementación de herramientas de IA ha dado lugar a debates sobre derechos y equidad. Un caso emblemático, que se enunció con carácter previo, es el de *State of Wisconsin v. Eric L. Loomis*, en el que el software COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions) fue utilizado para evaluar el riesgo de reincidencia del acusado, influyendo directamente en la sentencia dictada³⁶. Loomis argumentó que el uso de este algoritmo vulneraba su derecho al debido proceso, destacando la falta de transparencia en los criterios utilizados por el software y los posibles sesgos

35 La tecnología no es ni buena ni mala, pero tampoco es neutral. En este sentido, KRANZBERG, M.: "Technology and history: 'Kranzberg's laws'", *Technology and Culture*, Vol. 27, núm. 3, 1986, p. 545; LOH, J.: *Roboterethik: Eine Einführung*, Suhrkamp, 2019, pp. 205-207.

36 La negativa del fabricante de COMPAS a revelar cómo funciona el algoritmo subyacente, debido a la protección de secretos comerciales, pone en jaque el derecho del acusado a cuestionar las pruebas presentadas en su contra. Esta opacidad suscita riesgos para la equidad procesal, ya que impide verificar la fiabilidad de las herramientas algorítmicas.

relacionados con género y raza³⁷. Este supuesto plantea cuestiones críticas sobre la responsabilidad en el diseño y uso de sistemas predictivos, así como la necesidad de garantizar su validez científica y su alineación con principios de justicia y no discriminación³⁸. Aunque la Corte Suprema de los Estados Unidos se negó a revisar el caso, este episodio ilustra los riesgos de depender de tecnologías opacas en decisiones que afectan derechos fundamentales³⁹, recalcando la importancia de una regulación que promueva la transparencia y la rendición de cuentas.

Un modelo de gobernanza que combine leyes vinculantes con mecanismos de autorregulación puede ofrecer una solución equilibrada a los retos de la IA. Mientras que las normativas establecen límites claros y sanciones en caso de incumplimiento, la autorregulación permite una mayor flexibilidad y rapidez para adaptarse a los cambios tecnológicos. Este enfoque dual ya se aplica en sectores como la protección de datos, donde regulaciones como el RGPD⁴⁰ se complementan con directrices voluntarias de las empresas. En el caso de la IA, una gobernanza, como la que se plantea, podría incluir auditorías independientes, certificaciones éticas y la obligación de informar sobre incidentes relacionados con el uso de algoritmos⁴¹.

2. Autorregulación en la IA: sustituto simbólico o complemento eficaz a la ley.

La autorregulación ha demostrado ser una herramienta eficaz en diversos sectores y contextos, ofreciendo lecciones para su aplicación en la gobernanza de la IA. Algunos ejemplos significativos en materia de autorregulación incluyen el ámbito financiero, la industria farmacéutica y la protección de datos, donde las normativas voluntarias han complementado con éxito los marcos regulatorios tradicionales.

37 Los datos de entrenamiento pueden perpetuar desigualdades estructurales, reforzando discriminaciones históricas.

38 El artículo 120.3 de la Constitución Española establece la exigencia de que las sentencias sean debidamente motivadas. Esto implica que las decisiones judiciales deben realizarse con conocimiento claro sobre cómo se generan y se manejan los datos implicados, además de entender los procesos internos involucrados. La falta de seguimiento y transparencia en estas áreas podría resultar en un incumplimiento de este mandato constitucional.

39 Respecto a las oportunidades y riesgos que la IA representa para los derechos humanos, incluyendo su impacto en el ámbito judicial, se recomienda la lectura de RASO, F., HILLIGOSS, H., KRISHNAMURTHY, V., BAVITZ, C., y KIM, L.: *Artificial Intelligence & Human Rights: Opportunities & Risks*, Berkman Klein Center Research Publication, 2018.

40 Los principios de minimización y limitación de la finalidad del RGPD chocan con la naturaleza intrínseca de la IA, que depende del análisis de grandes volúmenes de datos para funcionar de forma efectiva. Esto genera un dilema práctico que estriba en equilibrar la protección de datos con el desarrollo de algoritmos precisos y útiles. Algunas empresas han puesto de manifiesto ciertas dificultades para cumplir con estas disposiciones, lo que ha llevado a sanciones significativas. Así, por ejemplo, casos como el de Clearview AI demuestran cómo la recopilación masiva de datos sin consentimiento explícito puede violar el RGPD y dar lugar a multas millonarias.

41 Estas herramientas han sido reconocidas como fundamentales para mitigar los riesgos de sistemas opacos y discriminatorios. En este sentido, JOBIN, A., LENCA, M., y VAYENA, E.: "The Global Landscape of AI Ethics Guidelines", *Nature Machine Intelligence*, Vol. 1, núm. 9, 2019, pp. 389-399.

En la Unión Europea, el RGPD ha fomentado la creación de códigos de conducta sectoriales⁴², que permiten a las industrias adaptar las normas de protección de datos a sus necesidades específicas. Estos documentos, aunque no vinculantes, son útiles para implementar buenas prácticas y garantizar la seguridad de los datos personales en ámbitos como el marketing digital y la salud.

En el sector bancario, los Principios para la Banca Responsable, desarrollados por la Iniciativa Financiera del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP FI -United Nations Environment Programme Finance Initiative- por sus siglas en inglés), son un ejemplo de autorregulación que fomenta la sostenibilidad y la responsabilidad social en las operaciones bancarias.

En la industria farmacéutica, las Buenas Prácticas de Fabricación (BPF) representan un estándar voluntario ampliamente adoptado que garantiza la calidad y seguridad de los productos farmacéuticos. Aunque no siempre son de cumplimiento obligatorio, muchas empresas implementan estas prácticas para asegurar la confianza de los consumidores y cumplir con requisitos de mercados internacionales.

El auge del concepto de gobernanza frente a la regulación encuentra un terreno fértil en el ámbito de la IA, sobre todo en lo relativo con su autorregulación. Mientras que la regulación se enfoca en establecer normas legales estrictas y directrices obligatorias, la gobernanza de la IA implica una estructura más dinámica y colaborativa que facilita la adaptación y respuesta rápidas a los desafíos emergentes⁴³. La gobernanza, al implicar un enfoque descentralizado y colaborativo, se adapta a las necesidades de la IA, donde los avances tecnológicos suelen superar la capacidad de las legislaciones tradicionales para adaptarse con rapidez. Además, en un modelo de gobernanza eficaz, las directrices y recomendaciones pueden adaptarse, de manera continua, a medida que surgen nuevas aplicaciones y desafíos técnicos. Esto es esencial en un campo que evoluciona tan rápidamente como la IA, donde una regulación estática podría quedar desfasada. Uno de los esfuerzos de generar estándares éticos es la Recomendación sobre la Ética de la IA de la UNESCO. Estas iniciativas no tienen carácter obligatorio, pero ejercen una influencia significativa sobre las prácticas del sector.

42 Sobre este particular, bajo una normativa pretérita, se recomienda la lectura de LÓPEZ JIMÉNEZ, D. "Los códigos tipo como instrumento para la protección de la privacidad en el ámbito digital: Apreciaciones desde el Derecho Español", *Estudios Constitucionales*, Vol. 11, núm. 2, 2013, pp. 575-614.

43 Un aspecto clave de la gobernanza de la IA es su capacidad para fomentar la cooperación entre el sector público y privado, creando un marco de acción que no solo se limita a cumplir con las leyes, sino que también promueve la innovación responsable.

Aunque la autorregulación facilita una respuesta ágil y adaptable, también plantea interrogantes sobre su efectividad⁴⁴ y transparencia. La falta de supervisión vinculante puede generar riesgos de incumplimiento, especialmente si las empresas priorizan intereses comerciales sobre consideraciones éticas. Por ello, la gobernanza de la IA debe buscar un equilibrio entre la autorregulación y la supervisión estatal, promoviendo un diálogo constante entre ambos enfoques⁴⁵. Este modelo permite aprovechar la flexibilidad de la autorregulación, mientras se establecen estándares internacionales claros y mecanismos de supervisión más sólidos.

Sin embargo, la autorregulación no está exenta de riesgos. Uno de los más destacados es el denominado lavado ético -ethics washing-, mediante el cual las empresas adoptan códigos de conducta y principios aparentemente responsables sin modificar sustancialmente sus prácticas internas⁴⁶. Este fenómeno puede desvirtuar la finalidad de la autorregulación, si no se acompañan las declaraciones de intención con mecanismos que permitan verificar su cumplimiento efectivo. Asimismo, la implementación de auditorías independientes periódicas, efectuadas por entidades especializadas o por organismos acreditados, contribuiría a fomentar la credibilidad de la autorregulación, al proporcionar un examen objetivo del grado de cumplimiento. Además, las sanciones reputacionales, especialmente en mercados con consumidores cada vez más sensibles a los valores corporativos, pueden servir como elemento disuasorio contra el lavado ético, ya que las malas prácticas detectadas y difundidas públicamente erosionan la confianza y el valor de la marca⁴⁷.

Para otorgar una mayor solidez y efectividad a esta interacción entre la regulación vinculante y la autorregulación, resulta oportuno establecer un enfoque

44 La eficacia de la autorregulación depende de un elenco de factores como, entre otros, son: la solidez interna de los códigos de conducta y su aplicabilidad práctica; la interacción con marcos normativos vinculantes; la disponibilidad de incentivos -económicos, reputacionales y de acceso a mercados-; la supervisión ejercida por la sociedad civil y los medios de comunicación; y la consolidación de instancias multilaterales capaces de generar estándares globales.

45 En Canadá, el gobierno federal ha propuesto un código de conducta voluntario para las empresas que desarrollan o implementan sistemas de IA. Este código busca establecer directrices éticas y prácticas responsables en el uso de la IA, promoviendo la transparencia, la equidad y la rendición de cuentas en las aplicaciones tecnológicas.

46 Un ejemplo paradigmático de ethics washing lo ilustra Google, que, tras publicar en 2018, sus ambiciosos principios éticos para el desarrollo de la IA, continuó involucrada en proyectos controvertidos -caso de Project Maven con el Departamento de Defensa de Estados Unidos o el buscador censurado Dragonfly para el mercado chino-. Estas situaciones, sumadas a la salida de destacadas investigadoras en ética de IA, evidenciaron la brecha entre los códigos de conducta divulgados y la práctica empresarial efectiva, reforzando, de esta manera, la crítica de que la autorregulación, sin supervisión ni compromisos vinculantes, puede incurrir en un mero lavado ético.

47 Para asegurar la eficacia de los sistemas de autorregulación, algunos códigos de conducta incorporan mecanismos sancionadores internos -advertencias, multas pecuniarias y/o expulsión publicitada- o prevén la remisión a autoridades si las infracciones son graves. La existencia de estos procedimientos reduce el riesgo de ethics washing, ya que el incumplimiento reiterado puede suponer un daño reputacional significativo.

híbrido más detallado⁴⁸. En este sentido, la ley podría requerir que las empresas que operen con sistemas de IA adopten y cumplan con códigos de conducta o normas técnicas desarrolladas por organismos reconocidos, otorgándoles un estatus cuasi-regulatorio⁴⁹. Estos códigos, una vez evaluados o aprobados por las autoridades competentes, funcionarían como estándares de referencia que, si bien no son estrictamente legales, se integrarían de facto en el entramado regulatorio. Del mismo modo, las sanciones legales podrían modularse en función del grado de cumplimiento de estos estándares voluntarios⁵⁰. Así, una empresa que haya obtenido una certificación ética⁵¹ y que adopte buenas prácticas reconocidas podría ver atenuadas las consecuencias de una infracción. Esta dinámica incentivaría a las compañías a participar activamente en esquemas autorregulatorios de calidad, sin dejar a un lado el peso de la norma jurídica formal. Además, la ley podría prever la publicación de listados de empresas certificadas éticamente, promoviendo efectos reputacionales positivos para quienes asuman compromisos éticos reales. Estas estrategias refuerzan la complementariedad entre normas vinculantes y las derivadas de la autorregulación, y, a su vez, generan un ecosistema de incentivos claros para que la autorregulación deje de ser una mera aspiración retórica y se transforme en una herramienta eficaz de gobernanza de la IA.

Los instrumentos no vinculantes, como las guías éticas y los estándares técnicos, emergen como recursos clave para abordar los desafíos de la gobernanza global en el ámbito de la IA. Estas herramientas, aunque carecen de obligatoriedad legal, pueden servir de base para el desarrollo de normativas nacionales o regionales más específicas. Además, su flexibilidad permite adaptarse rápidamente a los cambios tecnológicos, lo que las convierte en un puente efectivo hacia la creación de marcos legales vinculantes que garanticen coherencia y alineación con los estándares internacionales.

A pesar de sus ventajas, la autorregulación presenta notables desafíos, siendo la fragmentación uno de los más destacados. La proliferación de directrices no vinculantes, por parte de organismos internacionales, asociaciones regionales y

48 En el ámbito de los videojuegos, la Pan European Game Information -PEGI- es un esquema de co-regulación adoptado en numerosos países europeos. Aunque se originó como un código sectorial promovido por la industria, muchos gobiernos lo han reconocido formalmente, incorporándolo a sus políticas de protección de menores y haciendo obligatoria la inclusión de sellos y leyendas en los productos físicos y digitales.

49 El artículo 40 del RGPD promueve la elaboración de códigos de conducta sectoriales para concretar y particularizar sus disposiciones. Estos documentos, una vez aprobados por las autoridades competentes, adquieren relevancia práctica en la aplicación de la norma.

50 Podría implementarse un sistema de control anticipado que permita realizar una evaluación preliminar sobre la legalidad de las acciones llevadas a cabo por los sistemas algorítmicos. Respecto a este particular, para el copy advice, con relación al juego online, puede verse LÓPEZ JIMÉNEZ, D.: "La regulación y autorregulación en la publicidad, patrocinio y actividades asociadas al juego on line", en AA.VV.: *En torno al juego de azar: actividad, regulación y actores* (dir. por A. PALOMAR OLMEDA), Thomson Reuters, Navarra, 2013, pp. 153-268.

51 Cabe reseñar la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, sobre los aspectos éticos de la IA, la robótica y las tecnologías conexas, que incorporó, entre otros aspectos, la denominada certificación europea de conformidad ética.

empresas individuales, ha generado inconsistencias normativas que dificultan su implementación. Esto crea incertidumbre jurídica para desarrolladores y usuarios, al carecer de un marco uniforme que regule la creación y uso de tecnologías de IA. Para abordar este problema, resulta esencial fomentar la armonización internacional mediante la adopción de estándares globales, como los desarrollados por la ISO -Organización Internacional de Normalización- y la IEEE -Instituto de Ingenieros Eléctricos y Electrónicos-, que proporcionan lineamientos técnicos y éticos aplicables en múltiples jurisdicciones.

Además, el hecho de que no requiera aprobación legislativa lo convierte en un mecanismo ágil, pero también vulnerable a cuestionamientos democráticos. La falta de participación de órganos representativos -como Congresos o Parlamentos- puede abrir la puerta a procesos opacos y eventualmente poco inclusivos. En este contexto, las normativas no vinculantes podrían ser utilizadas para evadir los controles democráticos existentes, limitando la rendición de cuentas y aumentando el riesgo de decisiones sesgadas o desalineadas con los intereses de la sociedad. Para contrarrestar estas limitaciones, es relevante establecer mecanismos que promuevan la coherencia entre los instrumentos derivados de la autorregulación, fomentando su alineación con estándares internacionales y marcos éticos ampliamente aceptados. Asimismo, sería recomendable integrar procesos más transparentes e inclusivos, donde actores gubernamentales, no gubernamentales y la sociedad civil puedan participar activamente en la elaboración y supervisión de estas normativas.

Diversas herramientas y estrategias derivadas de la autorregulación de la IA buscan anticiparse a los riesgos, impulsar la innovación responsable y garantizar la observancia de valores fundamentales. Estos mecanismos pueden clasificarse, entre otros criterios, según su propósito y alcance, en cuatro categorías: normativos y de orientación ética; de evaluación y supervisión; de transparencia; de garantía y responsabilidad. Cada una de estas categorías trata determinados aspectos para mitigar los riesgos asociados a la IA, fomentar la confianza pública y asegurar un desarrollo en línea con principios éticos y legales. Esta sistematización permite una mejor comprensión del papel de estos instrumentos, pero también facilita su implementación estratégica en diferentes contextos.

Una categoría significativa en la autorregulación de la IA está constituida por los instrumentos normativos y de orientación ética, que ofrecen marcos voluntarios para incentivar un desarrollo y uso ético de estas tecnologías. Entre estos instrumentos, destacan, entre otros, los códigos de conducta⁵², que son

52 El Comité Económico y Social Europeo ha destacado que la IA debe cumplir con estándares mínimos de seguridad para operar adecuadamente y sin causar perjuicios. Además, propone la creación de un código deontológico universal que garantice que los sistemas de IA respeten, en todo momento, la dignidad humana, la libertad, la privacidad, la diversidad y los derechos fundamentales.

documentos⁵³ que establecen principios éticos y estándares de comportamiento aceptables en la creación, implementación y supervisión de sistemas de IA⁵⁴. Complementando esta herramienta, los comités de ética en IA operan como grupos interdisciplinarios que evalúan proyectos específicos, considerando sus implicaciones éticas y asesoran sobre prácticas responsables. Por último, las alianzas y consorcios industriales⁵⁵ desempeñan un papel esencial al fomentar acuerdos colaborativos entre actores del sector, para desarrollar estándares técnicos y éticos compartidos, estableciendo un enfoque proactivo para abordar los retos éticos y regulatorios asociados a la IA.

Para garantizar que los sistemas de IA cumplan con los estándares éticos, legales y técnicos, se emplean varios instrumentos de evaluación y supervisión. Entre estos mecanismos destacan las auditorías, evaluaciones independientes -realizadas por terceros- que verifican la observancia de principios, regulatorios y éticos, detectando posibles desviaciones⁵⁶ y garantizando la responsabilidad en la implementación de los sistemas de IA. Por su parte, las evaluaciones de impacto algorítmicas representan herramientas para identificar y mitigar riesgos inherentes al diseño, desarrollo y aplicación de algoritmos, incluyendo sesgos, impactos discriminatorios o fallos de seguridad⁵⁷. Finalmente, los entornos de prueba regulatorios, o sandboxes, son espacios controlados que permiten a los desarrolladores probar innovaciones tecnológicas bajo la supervisión de organismos reguladores, asegurando que estas se ajusten a los marcos legales⁵⁸ antes de su implementación a gran escala⁵⁹.

Es fundamental fomentar la transparencia en el desarrollo de sistemas de IA. La transparencia es un pilar esencial, ya que implica la implementación de estrategias destinadas a divulgar información, clara y accesible, sobre el funcionamiento de

53 Para garantizar la integridad y eficacia del sistema, es esencial que la verificación del cumplimiento del código de conducta se realice a través de una entidad independiente. Esta separación asegura una clara distinción entre el organismo encargado de resolver las infracciones y las empresas que participan en el sistema que ellas mismas han establecido. De este modo, se fortalece la transparencia y se minimizan los conflictos de interés, contribuyendo a un entorno más justo y equitativo para todas las partes involucradas.

54 Existen múltiples ejemplos al respecto. Así, en 2019, el sector sanitario del Reino Unido publicó un código de conducta para los sistemas de IA a los que recurría el Servicio Nacional de Salud -NHS-.

55 Un caso relevante es la Partnership on AI, una organización sin ánimo de lucro que reúne a gigantes tecnológicos, instituciones académicas y organizaciones de la sociedad civil para abordar retos éticos y regulatorios asociados a la IA. Esta iniciativa busca promover prácticas responsables en el desarrollo y uso de la IA, centrándose en temas como la transparencia, la equidad algorítmica y la privacidad.

56 Un ejemplo es el uso de auditorías algorítmicas en sistemas de reconocimiento facial, como las aplicadas para identificar sesgos de género y raza en algoritmos comerciales.

57 Las evaluaciones de impacto son obligatorias, bajo el RGPD, de la Unión Europea cuando los algoritmos procesan datos sensibles o toman decisiones automatizadas que afectan significativamente a las personas.

58 Cabe destacar el Real Decreto 817/2023, de 8 de noviembre, que establece un entorno controlado de pruebas para el ensayo del cumplimiento de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial.

59 La Oficina del Comisionado de Información del Reino Unido (ICO) ha desarrollado un Sandbox Regulatorio para apoyar a las organizaciones en la creación de productos y servicios que utilizan datos personales, de manera innovadora y segura, garantizando el cumplimiento de las normativas de protección de datos.

los sistemas de IA, incluidos aspectos como los datos utilizados, los algoritmos empleados y los criterios de decisión. Esta divulgación permite a los usuarios, reguladores y partes interesadas comprender los procesos subyacentes, evaluar posibles riesgos y garantizar la rendición de cuentas. Los programas de formación y certificación profesional⁶⁰ desempeñan un papel decisivo al proporcionar enseñanza especializada a desarrolladores, diseñadores y usuarios de IA, educándolos en prácticas éticas, técnicas responsables y cumplimiento normativo.

Los instrumentos de garantía y responsabilidad son útiles para instaurar un marco de confianza y seguridad en el desarrollo y uso de la IA, asegurando que las partes involucradas asuman sus deberes y respondan por posibles impactos negativos. La certificación representa un proceso para validar que los sistemas de IA cumplen con estándares de calidad, seguridad y fiabilidad, garantizando su conformidad con principios legales, técnicos y éticos -lo cual supone un mecanismo de tutela del consumidor y/o usuario⁶¹-. Dentro de esta última figura, podemos destacar, entre otras, las marcas de certificación, así como las normas ISO⁶². Además, los mecanismos de denuncia y compensación son instrumentos que permiten a las personas poner de relieve casos de uso indebido o impactos adversos de la IA, ofreciendo vías para investigar dichas reclamaciones y brindar remedios adecuados, ya sea a través de medidas correctivas o indemnizaciones. En este último supuesto, una empresa establece un sistema interno para que los usuarios denuncien posibles daños causados por sus sistemas de IA y provee compensaciones por ello.

La necesidad de atender a estas pautas éticas se hace aún más patente cuando consideramos casos documentados de sesgo algorítmico. En efecto, los sistemas de búsqueda pueden reproducir prejuicios raciales, mientras que otros estudios muestran cómo algoritmos de recomendación de empleo o créditos refuerzan desigualdades de género o étnicas en el acceso a oportunidades⁶³. Existen numerosos supuestos en los que el uso de algoritmos ha generado controversias. En este sentido, en 2015, Google Photos etiquetó erróneamente a personas afrodescendientes como gorilas. Se debió a la falta de representatividad en los datos de entrenamiento. Otro caso se suscitó, en 2018, cuando trascendió que

60 El IEEE CertifAIED es un programa de certificación desarrollado por el Instituto de Ingenieros Eléctricos y Electrónicos (IEEE) que evalúa la ética de los Sistemas Autónomos e Inteligentes.

61 DIGNUM, V.: *Responsible Artificial Intelligence. How to Develop and Use AI in a Responsible Way*, Cham, Springer, 2019, pp. 94 a 97.

62 Las principales normas son desarrolladas por organizaciones como la ISO (Organización Internacional de Normalización), la IEC (Comisión Electrotécnica Internacional), el IEEE (Instituto de Ingenieros Eléctricos y Electrónicos), la ITU (Unión Internacional de Telecomunicaciones) y, en el ámbito europeo, el ETSI (Instituto Europeo de Normas de Telecomunicaciones). En este orden de cuestiones, la ISO/IEC 23894:2023 proporciona orientación sobre la gestión de riesgos específicos asociados a la IA.

63 BAROCAS, S., y SELBST, A. D.: "Big Data's Disparate Impact", *California Law Review*, Vol. 104, núm. 3, 2016, pp. 671-732; O'NEIL, C.: *Weapons of Math Destruction. How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, Crown Publishing, Nueva York, 2016.

una herramienta de IA para seleccionar currículum desarrollada por Amazon penalizaba a las mujeres, porque el algoritmo fue entrenado con historiales de contratación mayoritariamente masculinos. De igual manera, varias usuarias denunciaron en 2019 que, a pesar de tener igual o superior solvencia que sus cónyuges masculinos, se les asignaban límites de crédito más bajos en la Apple Card -lo que ponía de manifiesto la supuesta discriminación en los límites de crédito-. Este tipo de situaciones, lejos de ser excepcionales, ponen de manifiesto las consecuencias prácticas de entrenar sistemas con datos poco representativos o sesgados. Al abordar explícitamente la dimensión ética, incluyendo principios rectores internacionalmente consensuados y ejemplos empíricos de sesgo, se refuerza la idea de que la mera adaptación de las leyes existentes no es suficiente. Resulta imprescindible una combinación de regulación formal y autorregulación para asegurar que la IA contribuya al bienestar humano.

En definitiva, las modalidades de regulación de la IA -tanto las vinculantes como la autorregulación- ilustran la complejidad de establecer un marco normativo que sea, a la vez, sólido y suficientemente flexible para adaptarse al dinamismo tecnológico. Sin embargo, para entender las tensiones entre regulación formal, y autorregulación, resulta necesario examinar un contexto específico en el que estas discrepancias se manifiestan de manera intensa. Uno de los ámbitos en los que, en efecto, el uso de la IA plantea retos significativos es, precisamente, la publicidad digital. En este sector, la capacidad de perfilar consumidores, adaptar mensajes publicitarios en tiempo real y potenciar la segmentación automatizada de audiencias revela las limitaciones de los marcos jurídicos vigentes, y la urgencia de contar con instrumentos autorreguladores eficaces.

III. PUBLICIDAD DIGITAL Y ÉTICA EN LA ERA DE LA IA.

La IA ha transformado la publicidad digital, situándola en el centro de la personalización y el análisis predictivo. Sin embargo, estos avances conllevan riesgos éticos significativos que requieren una regulación y autorregulación adecuadas. En el contexto de la publicidad digital y la comunicación masiva, la IA ha demostrado ser una herramienta poderosa tanto para personalizar contenidos como para optimizar estrategias de marketing. Sin embargo, su capacidad para generar y manipular información plantea desafíos, éticos y sociales, de gran envergadura. Estas tecnologías, aunque ofrecen oportunidades para la innovación, también representan riesgos significativos cuando se utilizan sin un marco adecuado de supervisión y control. Entre estos riesgos, la capacidad de la IA para influir en la calidad de la información y manipular percepciones públicas destaca como uno de los más críticos.

Este apartado analizará, en primer término, los impactos y desafíos éticos de la publicidad digital y, a continuación, el papel de los instrumentos de autorregulación como barreras éticas frente a los excesos tecnológicos.

I. Publicidad digital personalizada por IA: innovación publicitaria o manipulación del consumidor.

Tras examinar las bases normativas y éticas para la regulación de la IA, resulta relevante analizar su impacto en áreas específicas. La publicidad digital personalizada, como una de las aplicaciones más influyentes de la IA, destaca por sus avances innovadores y sus consecuencias éticas, lo que la convierte en un caso de estudio para evaluar la efectividad de los marcos regulatorios y autorregulatorios.

En los últimos años se observa un incremento significativo del comercio y la contratación electrónica⁶⁴ que obedece a múltiples factores. En primer lugar, destaca el desarrollo de los servicios digitales, con un papel fundamental del comercio electrónico a través de dispositivos móviles (m-commerce), que ha revolucionado la manera en que los consumidores acceden a bienes y servicios. En segundo lugar, la extensa oferta de productos y servicios disponibles, a través de plataformas digitales, combinada con la incorporación de medios de pago alternativos, ha eliminado barreras de acceso y facilitado transacciones más rápidas y seguras. En tercer término, la confianza y seguridad en las transacciones electrónicas, impulsadas por avances en tecnologías, como la criptografía y la autenticación de dos factores, han fomentado un entorno digital más fiable. Finalmente, la analítica de datos y la IA ha permitido a las empresas personalizar sus estrategias de marketing y afinar la experiencia del usuario, maximizando la conversión de ventas en canales digitales. Esto último posibilita una publicidad digital notablemente personalizada. Un ejemplo de esta práctica es el uso de tecnologías de IA por Amazon, que analiza patrones de compra para recomendar productos, optimizando, de esta forma, la experiencia del consumidor y maximizando las conversiones de ventas. Estas estrategias mejoran la experiencia del usuario, pero, además, ejemplifican cómo la IA puede ser utilizada para fines comerciales altamente eficaces.

La publicidad dirigida es una estrategia avanzada de marketing que permite clasificar a los visitantes de sitios web en determinados grupos según criterios previamente definidos⁶⁵. Estos últimos pueden incluir características demográficas

64 Según los datos más recientes de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), la facturación del comercio electrónico en España durante el primer trimestre de 2024 alcanzó los 21.793 millones de euros, lo que representa un incremento del 13,7% en comparación con el mismo periodo del año anterior. Véase, a este respecto: <https://www.cnmc.es>.

65 En 2019, Facebook -hoy Meta- fue denunciada por el Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano (HUD) de Estados Unidos, así como por diversas organizaciones de derechos civiles, por permitir a anunciantes excluir a ciertos colectivos en anuncios de vivienda, empleo o crédito, utilizando criterios

como edad, género o lugar de residencia, así como preferencias personales, hábitos de navegación e intereses particulares. Al utilizar herramientas como cookies, algoritmos de aprendizaje automático y análisis de datos, la publicidad dirigida no solo identifica patrones de comportamiento, sino que también anticipa las necesidades de los usuarios. Además, este método está evolucionando gracias a la incorporación de tecnologías emergentes, como la IA y la realidad aumentada, que ofrecen experiencias publicitarias inmersivas y aún más personalizadas⁶⁶.

Más allá de clasificar y anticipar, la IA introduce un enfoque dinámico en la publicidad digital al integrar el análisis predictivo y la personalización contextual en tiempo real. Esto permite a las marcas adaptar sus mensajes a los intereses explícitos de los usuarios y reaccionar, de forma inmediata, a cambios en su comportamiento. De esta manera, la IA transforma la publicidad en un proceso interactivo y adaptativo que optimiza tanto la experiencia del usuario como los resultados comerciales.

Uno de los riesgos más destacados es la capacidad de los sistemas de IA para identificar y explotar vulnerabilidades emocionales mediante el análisis de datos personales⁶⁷. La exposición a contenidos altamente personalizados puede desencadenar respuestas emocionales específicas, como ansiedad, urgencia o deseo, influyendo directamente en las decisiones de compra. Esta práctica, aunque eficaz, desde una perspectiva comercial, plantea preguntas éticas sobre los límites de la persuasión en la publicidad. Para minimizar los riesgos psicológicos asociados con la publicidad basada en IA, es fundamental implementar herramientas que informen a los consumidores. Algunas recomendaciones, entre otras, son: exigir que los anuncios incluyan etiquetas que adviertan sobre el uso de técnicas de persuasión emocional o psicológica; obligar a las empresas a realizar auditorías sobre los posibles efectos, emocionales y cognitivos, de sus campañas publicitarias, garantizando que estas cumplan con estándares éticos y legales; y establecer normativas específicas que prohíban la explotación psicológica de colectivos vulnerables, como menores de edad, personas con problemas de salud mental o individuos en situaciones de estrés.

como raza, género o edad. Aunque no se hizo pública una determinada sanción pecuniaria, la compañía se vio obligada a modificar, de manera notable, su plataforma publicitaria y a someterse a supervisión para evitar prácticas discriminatorias.

66 ROBLES MARTÍN LABORDA, A.: "Inteligencia artificial y personalización de precios", en AA.VV.: *Perspectiva legal y económica del fenómeno FinTech*, (Dir. por M. CUENA CASAS), La Ley, Madrid, 2021, pp. 573-598; RUBÍ PUIG, A.: "Elaboración de perfiles y personalización de ofertas y precios en la contratación con consumidores", *Revista de Educación y Derecho*, núm. 24, 2021, pp. 4 y ss.

67 En relación con los derechos de los usuarios y la transparencia exigible en la recolección de datos personales para fines publicitarios, conviene destacar que, en España, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, refuerza las obligaciones impuestas por el RGPD, estableciendo principios de protección reforzada en entornos digitales.

No obstante, este avance también conlleva desafíos. El uso intensivo de datos personales y la implementación de algoritmos⁶⁸ complejos suscitan preocupaciones en torno a la privacidad, la equidad y el consentimiento informado de los consumidores. Un claro ejemplo de estas preocupaciones es el anuncio realizado en julio de 2021 por la compañía norteamericana Facebook, que decidió restringir la publicidad dirigida a menores de 18 años basada en sus intereses y actividades en otros sitios web⁶⁹. Este cambio buscó abordar los riesgos éticos asociados al uso intensivo de datos personales en la segmentación publicitaria, especialmente en poblaciones vulnerables como los menores de edad⁷⁰.

Aunque algunas perspectivas consideran que este tipo de mecanismos puede resultar beneficioso, ahorrando tiempo e incluso dinero a los consumidores, al ofrecerles opciones relevantes, la realidad es que muchos usuarios no son conscientes de que están siendo analizados e, incluso, influenciados para adquirir productos o servicios específicos. Este desconocimiento del entramado tecnológico que respalda una simple sugerencia publicitaria amplifica los riesgos de manipulación⁷¹. La IA y el Big Data no solo permiten la personalización, sino también la explotación de los datos de los consumidores⁷² para predecir y desencadenar respuestas a través de anuncios diseñados para aprovechar aspectos irracionales de la psicología humana.

El fenómeno de la IA engloba prácticas como el aprendizaje automático -machine learning-, que permite dar sentido a grandes volúmenes de datos -Big Data-, generar nuevos conocimientos y actuar en base a ellos. Estas tecnologías potencian la segmentación de los consumidores, considerando correlaciones entre

68 En cuanto a esta cuestión, y en especial su relación con la fijación de precios, véase TUSET VARELA, D.: "El Impacto de la IA en el derecho de la competencia: breve análisis del caso Cornish-Adebiyi, c. Caesars Entertainment", *La Ley*, núm. 84, 7 de Junio de 2024.

69 Otro ejemplo significativo sobre la preocupación ante la publicidad dirigida a menores es la investigación iniciada por la Comisión Europea respecto al funcionamiento de los algoritmos de recomendación de TikTok. Este procedimiento responde a la inquietud de que la plataforma pudiera estar promoviendo contenidos publicitarios o de naturaleza comercial sin la debida transparencia, en concreto entre usuarios menores de edad.

70 La implementación de esta medida presenta ciertos desafíos. Uno de los principales problemas estriba en la dificultad para verificar, de manera efectiva, la edad de los usuarios, ya que las plataformas suelen depender de la autodeclaración que es un método susceptible de errores o manipulaciones. Este vacío pone en duda la efectividad real de la medida, especialmente considerando el acceso temprano de los menores a plataformas digitales. Además, esta restricción implica una mayor responsabilidad para las empresas tecnológicas, que deben desarrollar herramientas más relevantes para la verificación y supervisión, como sistemas de análisis de comportamiento y tecnologías de IA diseñadas para detectar inconsistencias en los perfiles de los usuarios.

71 La mayoría de los usuarios no lee, con detenimiento, los términos y condiciones de las plataformas en línea. Esta falta de atención facilita la explotación publicitaria, pues muchos usuarios desconocen el alcance de la recolección de datos y la manera en que se utilizan para segmentar anuncios. En cuanto a la efectividad de la publicidad personalizada, los anuncios segmentados pueden llegar a duplicar o incluso triplicar la tasa de clics (CTR) en comparación con la publicidad no personalizada.

72 ZUBOFF, S.: *The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*, PublicAffairs, 2019, describe cómo estas estrategias publicitarias pueden derivar en lo que denomina capitalismo de vigilancia, donde los datos del usuario se convierten en un producto explotado comercialmente.

su comportamiento digital (compras, sitios visitados, gustos en redes sociales) y posibles respuestas a los anuncios. Sin embargo, este poder de predicción, si no se supervisa adecuadamente, puede derivar en prácticas discriminatorias, restringiendo el acceso a ciertos productos o servicios según criterios sociales, económicos o de género. Aunque la IA ha revolucionado la publicidad, al explotar la riqueza de información de los consumidores para optimizar procesos, también plantea cuestiones éticas que deben tenerse en cuenta. La transparencia, la supervisión de algoritmos y el respeto a la privacidad de los usuarios son fundamentales para evitar que estas herramientas se conviertan en instrumentos de control.

Uno de los aspectos más preocupantes es el desequilibrio inherente entre consumidores y empresas, acentuado por la asimetría en conocimientos, experiencia y poder de negociación. Este desequilibrio permite a las empresas explotar no solo vulnerabilidades comunes -como la edad o la enfermedad mental-, sino también estados temporales de vulnerabilidad -como el estrés o la urgencia-⁷³.

Para abordar estas preocupaciones, resulta esencial una regulación específica que establezca límites claros sobre cómo las empresas pueden utilizar la IA en materia de publicidad. En este sentido, la Ley de Servicios Digitales (DSA por sus siglas en inglés) de la Unión Europea⁷⁴, exige que las plataformas en línea informen explícitamente a los usuarios cuando reciben publicidad personalizada y revelen los criterios utilizados para dicha segmentación⁷⁵. Este tipo de regulaciones pueden servir como modelo para garantizar la transparencia y el consentimiento informado, al igual que lo hacen las políticas de cookies en los navegadores.

La publicidad digital impulsada por IA ofrece una oportunidad única para fortalecer a los consumidores a través de la transparencia y el control sobre el uso de sus datos personales. En este contexto, es esencial desarrollar herramientas que permitan a los usuarios visualizar, en tiempo real, cómo se utilizan sus datos para personalizar los anuncios que reciben. Estas herramientas podrían incluir: paneles de transparencia que son interfaces accesibles donde los consumidores puedan revisar qué datos personales están siendo utilizados, cómo

73 Tanto Criteo como Google Ads emplean técnicas de retargeting que, mediante algoritmos de seguimiento, muestran anuncios basados en la interacción previa del usuario con un sitio web. La sobreexposición a anuncios dirigidos puede provocar saturación publicitaria y ad fatigue -o fatiga publicitaria-, generando una presión psicológica no deseada. Esta situación ilustra la tensión entre la optimización de las ventas a través de IA y la necesidad de salvaguardar el bienestar del usuario.

74 Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

75 Asimismo, la Ley de Servicios Digitales prohíbe la publicidad personalizada dirigida a menores basada en la elaboración de perfiles y la que utiliza categorías especiales de datos personales, como origen étnico, opiniones políticas u orientación sexual. El RGPD define la creación de perfiles como el tratamiento automatizado de datos personales destinado a analizar o prever aspectos personales, en particular características relacionadas con el comportamiento, las preferencias o la situación de las personas.

se han segmentado sus preferencias y qué criterios han determinado los anuncios mostrados; notificaciones en tiempo real, es decir sistemas que informen a los usuarios cada vez que sus datos se usen para decisiones publicitarias, explicando los algoritmos y parámetros implicados; y control de preferencias personalizadas, que son herramientas interactivas que permitan a los usuarios gestionar el tipo de datos que desean compartir y decidir sobre los niveles de personalización que consideran aceptables. Esto refuerza el concepto de consentimiento informado, promoviendo una publicidad más ética. El desarrollo de estas herramientas debe ser un esfuerzo colaborativo entre gobiernos, empresas tecnológicas y organizaciones de la sociedad civil, garantizando que se conviertan en un estándar global para la protección de los derechos de los usuarios en el ecosistema digital.

Aunque la publicidad es una herramienta legítima y beneficiosa para el comercio, su efectividad depende de que sea utilizada con buena fe y transparencia. Sin embargo, muchas empresas, si bien publican políticas sobre el uso de datos personales, no actúan de manera transparente en la relación contractual. Así, los algoritmos de IA pueden ser diseñados para maximizar conversiones⁷⁶, incluso si esto implica explotar aspectos irracionales de la conducta humana, como impulsos emocionales o sesgos cognitivos. Esto podría interpretarse como una práctica desleal o incluso dolosa, ya que el objetivo principal de la publicidad debería ser informar e instruir, no manipular.

Si bien las normativas vinculantes, como la Ley de Servicios Digitales (DSA) de la UE, abordan algunos de los riesgos, el ritmo de la tecnología exige soluciones complementarias como la autorregulación⁷⁷, que analizaremos a continuación.

2. Códigos de conducta, sellos de calidad y certificaciones: herramientas de autorregulación contra los excesos tecnológicos.

La IA y la publicidad dirigida representan un avance significativo, en términos de eficiencia y personalización, si bien deben existir mecanismos de control que aseguren que estas tecnologías no se conviertan en herramientas de uso indebido. Esto requiere un enfoque equilibrado, que fomente la innovación tecnológica, pero que también proteja a los usuarios de posibles abusos. En este sentido, se podría desarrollar un sello de transparencia algorítmica, que certifique que los sistemas

76 LAMBRECHT, A., y TUCKER, C.: "When does retargeting work? Information specificity in online advertising", *Journal of Marketing Research*, Vol. 50, núm. 5, pp. 561–576, analizan cómo la especificidad de la información puede aumentar las conversiones en campañas de retargeting.

77 En el contexto de la UE, la Ley de Servicios Digitales y el código de conducta sobre desinformación representan un avance hacia formas de co-regulación. Aunque parte de estas iniciativas se basan en compromisos voluntarios de las plataformas digitales, la Comisión Europea ha empezado a dotar de efectos jurídicos a ciertos lineamientos -como la obligación de reportar acciones contra la desinformación o la publicidad engañosa-, so pena de sanciones. De este modo, las grandes plataformas -como Google, Facebook, y Twitter/X- proponen métodos de etiquetado de contenidos, mecanismos de denuncia y auditorías internas. La Comisión Europea supervisa el cumplimiento de esos compromisos y puede imponer multas si las empresas incumplen sus obligaciones.

de IA utilizados por las empresas cumplen con estándares éticos y legales. Este logotipo podría ser supervisado por organismos internacionales independientes, garantizando un nivel de confianza tanto para consumidores como para empresas.

La autorregulación⁷⁸ aporta flexibilidad, pero su eficacia depende, en gran medida, de la existencia de mecanismos de supervisión independientes. Un enfoque que combine instrumentos de autorregulación con inspecciones externas regulares y sanciones claras podría garantizar un mayor nivel de cumplimiento. Un aspecto esencial de la autorregulación es la educación de los consumidores. Los esfuerzos no deben limitarse a proteger al usuario, sino también a formarlo para que comprenda cómo funciona la publicidad digital personalizada y cómo puede gestionar su propia privacidad. La alfabetización digital adquiere especial relevancia en este contexto porque forma a los usuarios para detectar prácticas abusivas, gestionar, de forma activa, sus preferencias y, en última instancia, cuestionar la veracidad de los contenidos a los que se exponen. Al entender mejor cómo se recaban y procesan sus datos, los usuarios pueden tomar decisiones más informadas sobre el consentimiento de uso de su información personal y reconocer cuándo podrían estar siendo objeto de manipulación emocional o discriminación algorítmica. Esta comprensión crítica de las dinámicas publicitarias basadas en IA refuerza la capacidad de la sociedad para exigir mayor transparencia y responsabilidad a las empresas, convirtiendo al consumidor en un agente activo y no meramente pasivo dentro del ecosistema digital. Para fomentar la adopción de prácticas éticas, los gobiernos y organismos internacionales podrían ofrecer incentivos, fiscales o reputacionales, a las empresas que cumplan con estándares avanzados de autorregulación.

En este contexto, los instrumentos de autorregulación surgen como una posible estrategia para abordar los riesgos asociados con la IA en la publicidad digital personalizada. A diferencia de las normativas vinculantes, que suelen ser reactivas y generalistas, la autorregulación permite una mayor flexibilidad a los rápidos cambios tecnológicos. Herramientas como los códigos de conducta, auditorías voluntarias y certificaciones para la transparencia algorítmica ofrecen un marco práctico para alinear la innovación publicitaria con principios éticos fundamentales. A este respecto, podemos referirnos al Transparency and Consent Framework desarrollado por el Interactive Advertising Bureau -IAB-, que proporciona directrices sobre cómo gestionar el consentimiento del usuario de forma responsable.

78 Sobre este fenómeno, en materia de publicidad digital con carácter general, se recomienda la consulta de LÓPEZ JIMÉNEZ, D. DITTMAR, E.C. y VARGAS PORTILLO, J.P.: "The Self-Regulating Jury in the Field of Interactive Advertising", *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, 2023, Vol. 15, núm. 1, pp. 1-30.

La eficacia de estos instrumentos sigue siendo objeto de debate⁷⁹. Si bien ofrecen una respuesta ágil a los desafíos éticos, su naturaleza voluntaria y la falta de mecanismos sancionadores pueden limitar su impacto. Además, existe el riesgo de que estas prácticas se utilicen como un medio para evitar regulaciones más estrictas, lo que plantea interrogantes sobre la necesidad de supervisión externa o marcos híbridos que combinen autorregulación con leyes obligatorias.

Para que la publicidad digital personalizada potenciada por IA alcance su máximo potencial, sin comprometer los derechos de los usuarios, es necesario un enfoque equilibrado. Los instrumentos de autorregulación deben evolucionar hacia modelos más transparentes, participativos y sujetos a auditorías independientes, asegurando que no se conviertan en herramientas simbólicas de cumplimiento. Al mismo tiempo, la colaboración entre los sectores público y privado es esencial para establecer estándares comunes que fomenten la confianza de los consumidores en las tecnologías de IA aplicada a la publicidad.

La implementación y efectividad de estas sugerentes herramientas requieren una reflexión más profunda para garantizar que se traduzcan en verdaderas barreras éticas frente a los excesos tecnológicos. La autorregulación debe centrarse en la transparencia algorítmica, en la responsabilidad corporativa y en el compromiso ético. A este respecto, incluir cláusulas explícitas en los códigos de conducta que prohíban la explotación de vulnerabilidades, emocionales o psicológicas, de los consumidores podría reforzar la confianza en estas herramientas. También sería pertinente incorporar compromisos para garantizar la diversidad y representatividad en los conjuntos de datos utilizados para entrenar los algoritmos, reduciendo, así, los riesgos de sesgos discriminatorios. Este último fenómeno no es exclusivo de los sistemas de IA⁸⁰, ya que está presente en cualquier proceso de toma de decisiones. Asimismo, estos sesgos tienden a replicarse y perpetuarse con el tiempo.

Para que los instrumentos de autorregulación sean efectivos, deben ser diseñados de manera participativa, involucrando no solo a las empresas, sino también a representantes de los consumidores, organizaciones no gubernamentales y expertos en ética tecnológica. Esto garantizaría que los intereses de los usuarios estén debidamente representados y que las políticas desarrolladas sean más inclusivas y equilibradas.

Además, el uso de plataformas digitales para recopilar retroalimentación de los consumidores sobre prácticas publicitarias puede ayudar a identificar áreas problemáticas y promover mejoras continuas en los estándares de autorregulación.

79 CLARKE R.: "Regulatory alternatives for AI", *Computer Law and Security Review*, núm. 35, 2019, pp. 398-409.

80 Los sesgos pueden surgir tanto de los datos utilizados para entrenar los algoritmos como de las decisiones subyacentes en su diseño y programación. Así, conjuntos de datos que reflejan desigualdades históricas o sociales pueden llevar a sistemas automatizados a reproducir esas mismas disparidades.

A este respecto, cabe señalar que sistemas de denuncia accesibles y visibles permitirían a los usuarios reportar prácticas publicitarias que consideren invasivas.

A medida que la IA evoluciona, las herramientas de autorregulación deben adaptarse a nuevas aplicaciones tecnológicas, como el uso de realidad aumentada (RA) y realidad virtual (RV) en la publicidad. Estas tecnologías abren nuevas posibilidades para la personalización, pero también plantean riesgos éticos específicos, como la manipulación sensorial⁸¹ o la explotación de vulnerabilidades emocionales en entornos inmersivos⁸². Estas tecnologías, al integrar entornos digitales inmersivos con la experiencia humana, amplifican los riesgos éticos, jurídicos y sociales asociados con la IA.

La publicidad digital personalizada ejemplifica tanto las oportunidades como los riesgos asociados al uso de la IA en sectores clave. Alcanzar un equilibrio entre innovación y responsabilidad requiere normas claras y adaptativas, un compromiso ético por parte de las empresas y un esfuerzo global por educar y proteger a los usuarios frente a posibles abusos tecnológicos.

Los instrumentos de autorregulación representan una oportunidad única para abordar los desafíos éticos de la publicidad digital personalizada. Sin embargo, su efectividad radica en su diseño participativo, su supervisión transparente y su capacidad de adaptarse a las dinámicas tecnológicas emergentes.

En definitiva, la publicidad digital personalizada, impulsada por tecnologías de IA, representa tanto una herramienta poderosa para la innovación publicitaria como un desafío ético significativo. Si bien estas tecnologías han mejorado la eficiencia y la personalización en la comunicación comercial, también han dado lugar a preocupaciones sobre privacidad, manipulación emocional y equidad. Cabe destacar la necesidad de equilibrar la innovación con una regulación efectiva y principios éticos sólidos. Este balance no solo debe abordar los riesgos asociados a la explotación de datos personales y vulnerabilidades emocionales, sino también fomentar un entorno digital más transparente y responsable.

IV. CONCLUSIONES.

La regulación de la IA enfrenta el desafío de adaptarse a una tecnología en constante evolución. Este estudio pone de manifiesto que las leyes vinculantes,

⁸¹ Los sistemas de RA y RV recopilan datos biométricos como el seguimiento ocular, expresiones faciales o patrones de movimiento, necesarios para personalizar las experiencias inmersivas. Estos datos, al ser extremadamente sensibles, requieren un marco jurídico sólido que garantice su protección frente al uso indebido y su anonimización.

⁸² En entornos inmersivos, la influencia sobre las emociones y comportamientos del usuario es significativamente mayor. Esto plantea riesgos éticos y jurídicos relacionados con la manipulación psicológica, especialmente en publicidad, formación y entretenimiento.

aunque necesarias para establecer límites claros y sancionar abusos, resultan insuficientes para abordar la velocidad de los avances tecnológicos y los riesgos emergentes. En este contexto, la autorregulación se presenta como una estrategia complementaria, permitiendo flexibilidad y capacidad de respuesta ante un entorno dinámico.

Sin embargo, la eficacia de la autorregulación depende de tres factores fundamentales: supervisión independiente, transparencia y compromiso ético. Un modelo de gobernanza que combine leyes vinculantes con instrumentos voluntarios puede ofrecer una solución equilibrada. Lo idóneo, en toda esta materia, reside en que los instrumentos legales se complementen con estas novedosas figuras. Es importante destacar que estas herramientas no deben ser vistas como reemplazos de las normas vinculantes, sino como elementos complementarios. Este enfoque debe garantizar la seguridad jurídica y la equidad, pero también fomentar la inclusión de perspectivas diversas y globales, reduciendo asimetrías en el acceso y la representación de datos. Asimismo, la colaboración entre los sectores público y privado, junto con un esfuerzo por educar a los usuarios y formar a los desarrolladores en prácticas éticas, será esencial para construir un ecosistema sostenible y equitativo.

La gobernanza requiere no solo complementariedad, sino también una integración estructurada. Los instrumentos voluntarios deben estar respaldados por leyes que garanticen su cumplimiento, como la obligación de realizar auditorías independientes o de obtener certificaciones éticas para sistemas de alto impacto. Además, la incorporación de mecanismos legales que promuevan la supervisión independiente y periódica de estos sistemas asegura su capacidad para adaptarse a los rápidos cambios tecnológicos, protegiendo los derechos fundamentales y mitigando riesgos de discriminación, opacidad y falta de equidad.

La publicidad digital dirigida representa un área emblemática donde el impacto de la IA combina avances significativos con riesgos éticos profundos. Las tecnologías basadas en IA han transformado la personalización y segmentación publicitaria, optimizando la eficiencia y el retorno de inversión. Sin embargo, estos beneficios no están exentos de desafíos, entre ellos la invasión a la privacidad, la manipulación psicológica y la explotación de vulnerabilidades de los usuarios.

Este estudio subraya la necesidad de reforzar los marcos regulatorios existentes, como la Ley de Servicios Digitales (DSA) de la Unión Europea, mediante herramientas específicas de autorregulación. Los sellos de transparencia algorítmica, la realización de auditorías independientes y la implementación de sistemas de notificación claros para los usuarios son medidas fundamentales para equilibrar la innovación tecnológica con la protección de derechos fundamentales.

Además, la implicación de actores independientes y la adopción de estándares globales pueden fortalecer la confianza en las prácticas publicitarias, garantizando que las estrategias basadas en IA sean éticas, inclusivas y respetuosas de las libertades individuales. Solo mediante una combinación de regulación estricta, autorregulación efectiva y educación digital será posible maximizar los beneficios de la publicidad dirigida, minimizando sus riesgos y promoviendo un entorno más justo y transparente para todos los participantes del ecosistema digital.

El avance de la IA no debe concebirse únicamente como un desafío tecnológico, sino también como una oportunidad para redefinir los principios éticos y normativos que rigen la sociedad digital. La colaboración internacional debe convertirse en un pilar de la regulación de la IA, promoviendo estándares globales que armonicen las normativas nacionales y aseguren la protección de derechos fundamentales en un entorno digital transnacional. La combinación de enfoques regulatorios y autorregulatorios permitirá mitigar los riesgos inherentes a la IA, y fomentar un desarrollo responsable que priorice el bienestar humano y el respeto por los derechos fundamentales.

Finalmente, cabe destacar la necesidad de no perder de vista el carácter multidimensional de la gobernanza de la IA. Más allá de los aspectos técnicos y legales, se requiere una reflexión constante sobre las implicaciones sociales y éticas de esta tecnología. La integración de valores como la equidad, la transparencia y la diversidad no solo debe ser un objetivo normativo, sino un principio rector en cada etapa del desarrollo e implementación de sistemas de IA. Solo así será posible garantizar que esta tecnología, lejos de exacerbar desigualdades, se convierta en un motor de progreso equitativo y sostenible para la sociedad global.

BIBLIOGRAFÍA.

ATIENZA NAVARRO, M.L.: "La responsabilidad civil por daños causados por inteligencia artificial: estado de la cuestión", en AA.VV.: *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Aranzadi, Navarra, 2024, pp. 341-409.

CAMPOS RIVERA, G.: "Responsabilidad civil derivada del uso de sistemas de IA: Situación actual y retos para un futuro reglamento europeo", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 46, 2022, pp. 173-215.

CATH, C.: "Governing artificial intelligence: Ethical, legal, and technical opportunities and challenges. Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical", *Physical and Engineering Sciences*, Vol. 376, núm. 2133, 2018.

CLARKE R.: "Regulatory alternatives for AI", *Computer Law and Security Review*, núm. 35, 2019, pp. 398-409.

COPELAND, B. J.: *The Essential Turing: Seminal Writings in Computing, Logic, Philosophy, Artificial Intelligence, and Artificial Life*, Oxford University Press, Oxford, Nueva York, 2004.

COTINO HUESO, L.: "El uso jurisdiccional de la inteligencia artificial: habilitación legal, garantías necesarias y la supervisión por el CGPJ", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 21, 2024, pp. 494-527.

DIGNUM, V.: *Responsible Artificial Intelligence. How to Develop and Use AI in a Responsible Way*, Cham, Springer, 2019.

EBERS, M., y NAVAS, S.: *Algorithms and Law*, Cambridge University Press, 2020.

GIRGADO PERANDONES, P.: "La regulación de la inteligencia artificial en la Unión Europea y su repercusión en el contrato de seguro", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis, 2022, pp. 3612-3641.

HILDEBRANDT, M.: *Law for Computer Scientists and Other Folk*, Oxford University Press, Oxford, Oxford, 2020.

JOBIN, A., IENCA, M., y VAYENA, E.: "The Global Landscape of AI Ethics Guidelines", *Nature Machine Intelligence*, Vol. 1, núm. 9, 2019, pp. 389-399.

KRANZBERG, M.: "Technology and history: 'Kranzberg's laws'", *Technology and Culture*, Vol. 27, núm. 3, 1986.

LAMBRECHT, A., y TUCKER, C.: "When does retargeting work? Information specificity in online advertising", *Journal of Marketing Research*, Vol. 50, núm. 5, pp. 561–576.

LOH, J.: *Roboterethik: Eine Einführung*, Suhrkamp, 2019.

LÓPEZ JIMÉNEZ, D. DITTMAR, E.C. y VARGAS PORTILLO, J.P.: "Internet regulation: Multidisciplinary perspective", *Utopia y Praxis Latinoamericana*, Vol. 25, núm. Extra II, 2020, pp. 447–460.

LÓPEZ JIMÉNEZ, D. DITTMAR, E.C. y VARGAS PORTILLO, J.P.: "The Self-Regulating Jury in the Field of Interactive Advertising", *Revista de Direito, Estado e Telecomunicacoes*, 2023, Vol. 15, núm. 1, pp. 1–30.

LÓPEZ JIMÉNEZ, D. REDCHUCK, A. y VARGAS, L.A.: "The self-regulation of electronic commerce: An appraisal in accordance to the Chilean Law of unfair competition", *Revista de Direito, Estado e Telecomunicacoes*, 2016, Vol. 8, núm. 1, pp. 19-30.

LÓPEZ JIMÉNEZ, D.: "La autorregulación en materia de consumo: especial valoración del mundo digital", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17, 2022, pp. 1070–1095.

LÓPEZ JIMÉNEZ, D.: "La regulación y autorregulación en la publicidad, patrocinio y actividades asociadas al juego on line", en AA.VV.: *En torno al juego de azar: actividad, regulación y actores* (dir. por A. PALOMAR OLMEDA), Thomson Reuters, Navarra, 2013, pp. 153-268.

LÓPEZ JIMÉNEZ, D.: "Los códigos tipo como instrumento para la protección de la privacidad en el ámbito digital: Apreciaciones desde el Derecho Español", *Estudios Constitucionales*, Vol. 11, núm. 2, 2013, pp. 575-614.

LÓPEZ ONETO, M.: *Fundamentos para un Derecho de la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

MARCHANT, G. E., ALLENBY, B. R., y HERKERT, J. R.: *The Growing Gap Between Emerging Technologies and Legal-Ethical Oversight: The Pacing Problem*, Springer, New York, 2011.

NOBLE, S. U.: *Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism*, NYU Press, 2018.

O'NEIL, C.: *Weapons of Math Destruction. How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, Crown Publishing, Nueva York, 2016.

ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: "El derecho de daños ante la inteligencia artificial: la intervención de la Unión Europea", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 18, 2023, pp. 1296-1325.

RAJKOMAR, A., DEAN, J., y KOHANE, I.: "Machine learning in medicine", *New England Journal of Medicine*, Vol. 380, núm. 14, 2019, pp. 1347-1358.

RASO, F., HILLIGOSS, H., KRISHNAMURTHY, V., BAVITZ, C., y KIM, L.: *Artificial Intelligence & Human Rights: Opportunities & Risks*, Berkman Klein Center Research Publication, Cambridge, 2018.

ROBLES MARTÍN LABORDA, A.: "Inteligencia artificial y personalización de precios", en AA.VV.: *Perspectiva legal y económica del fenómeno FinTech*, (dir. por M. CUENA CASAS) La Ley, Madrid, 2021, pp. 573-598.

ROSENGRÜN, S.: "Why AI is a threat to the rule of Law", *Digital Society*, Vol. 1, núm. 10, 2022, pp. 1-15.

RUBÍ PUIG, A.: "Elaboración de perfiles y personalización de ofertas y precios en la contratación con consumidores", *Revista de Educación y Derecho*, núm. 24, 2021.

TADDEO, M., y FLORIDI, L.: "How AI can be a force for Good", *Science*, Vol. 361, núm. 6404, 2018, pp. 751-752.

TURING, A. M.: "Computing Machinery and Intelligence", *Mind*, Vol. 59, núm. 236, 1950, pp. 433-460.

TUSET VARELA, D.: "El Impacto de la IA en el derecho de la competencia: breve análisis del caso Cornish-Adebiyi, c. Caesars Entertainment", *La Ley*, núm. 84, 7 de Junio de 2024.

VEALE, M., y ZUIDERVEEN BORGESIU, F.: "Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act — Analysing the good, the bad, and the unclear elements of the proposed approach", *Computer Law Review International*, Vol. 22, núm. 4, 2021, pp. 97-112.

WACHTER, S., MITTELSTADT, B., y FLORIDI, L.: "Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Should Exist in the General Data Protection Regulation", *International Data Privacy Law*, Vol. 1, núm. 2, 2017, pp. 76-99.

YÁÑEZ De ANDRÉS, A.: "Inteligencia Artificial (IA) y Derecho", *La Ley*, núm. 10464, Sección Tribuna, 12 de Marzo de 2024.

ZUBOFF, S.: *The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*, PublicAffairs, New York, 2019.

ZURITA MARTÍN, I.: *La responsabilidad por los daños causados por los robots inteligentes como productos defectuosos*, Reus, Madrid, 2020.

APRENDIZAJE AUTOMÁTICO Y PROTECCIÓN DE DATOS FRENTE A LA IA*

AUTOMATED LEARNING AND DATA PROTECTION WHEN IT COMES TO A

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 856 -871

* 'Acknowledge financial support from: PNRR MUR project PE0000013-FAIR'.



Alfio Guido
GRASSO

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de marzo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

RESUMEN: Tras la introducción del AI Act, la Ley de IA, se plantean preguntas sobre su relación con el Reglamento General de Protección de Datos (Reglamento 2016/679) y, más en general, sobre el vínculo inextricable e ineludible entre los datos (personales y no personales) y las aplicaciones de inteligencia artificial.

Por una parte, la inteligencia artificial, a través del aprendizaje automático, necesita un enorme volumen de datos para aprender y tomar mejores decisiones; por otra parte, la inteligencia artificial permite extraer de los datos inferencias cada vez más recóndita y precisa que luego se incorporan a los flujos de información digital.

Las aplicaciones de inteligencia artificial desestabilizan el equilibrio introducido y establecido por las normas del RGPD y plantean dudas sobre su aplicación a estas tecnologías, así como sobre la protección de las personas con respecto a la información que puede deducirse de sus datos personales gracias al uso de esta herramienta.

PALABRAS CLAVE: Reglamento General de Protección de Datos (RGPD); inteligencia artificial; aprendizaje automático; derecho a la protección de datos personales.

ABSTRACT: *Following the introduction of the AI Act, issues are being raised about its relationship with the General Data Protection Regulation (Regulation 2016/679) and, more generally, about the inextricable and unavoidable link between data (personal and non-personal) and artificial intelligence applications.*

On the one hand, artificial intelligence, through machine learning, needs an enormous amount of data to learn and make better decisions; on the other hand, artificial intelligence makes it possible to draw increasingly concise and precise conclusions from data, which are then incorporated into digital information flows.

Artificial intelligence applications destabilise the balance introduced and established by the GDPR regulations, casting doubt on their application to these technologies, as well as on the protection of individuals with regard to the information that can be derived from their personal data thanks to the use of this tool.

KEY WORDS: General Data Protection Regulation (GDPR); artificial intelligence; machine learning; right to protection of personal data.

SUMARIO.- I. LA RELACIÓN BIUNÍVOCA ENTRE LOS DATOS Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. – II. LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO DEL RGPD FRENTE A LAS APLICACIONES DE IA. – III. RGDP COMPLIANCE Y TRATAMIENTO DE DATOS EN LOS SISTEMAS DE IA. – IV. LA BASE JURÍDICA DEL TRATAMIENTO PARA EL DESARROLLO Y EL ENTRENAMIENTO DE UN PROGRAMA DE IA. – V. IMPULSOS ANTAGÓNICOS A ESCALA EUROPEA: ENTRE LA PROTECCIÓN DEL INDIVIDUO Y LA PROMOCIÓN DE LA ECONOMÍA DE LOS DATOS.

I. LA RELACIÓN BIUNÍVOCA ENTRE LOS DATOS Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL.

Existe un vínculo inextricable e ineludible entre los datos (personales y no personales) que los usuarios de los sistemas informáticos generan e introducen en la infraestructura digital global y el fenómeno de la inteligencia artificial que estamos experimentando¹. Se trata de una relación biunívoca: la inteligencia artificial, a través del aprendizaje automático, requiere una enorme cantidad de datos para aprender a tomar mejores decisiones, pero, por otro lado, permite extraer información cada vez más recóndita y precisa de los datos, haciendo posible sintetizar información a partir de enormes conjuntos de éstos².

En otras palabras, la inteligencia artificial posibilita deducir, relacionar y compilar información a partir de datos de una forma completamente nueva, prácticamente imposible de conseguir hasta hace unas décadas, porque llevaba demasiado tiempo y era excesivamente costosa. De este modo, la inteligencia artificial contribuye decisivamente a producir datos (nuevos o de segunda generación) que luego se incorporan a los flujos de información digital³.

- 1 Cfr. SMUHA, N.A.: "The paramountcy of data protection law in the age of AI (Acts)", *Two decades of personal data protection. What next?, EDPS 20th Anniversary*, 2024, p. 226.
- 2 Cfr. "Artificial Intelligence, robotics, privacy and data protection", *Room Document for the 38th International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners*, Octubre de 2016, www.edps.europa.eu, p. 4.
- 3 Cfr. MANTELERO, A.: "Report on Artificial Intelligence. Artificial Intelligence and Data Protection: Challenges and Possible Remedies", *Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*, 25 de enero 2019; FINOCCHIARO, G.: "Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali", *Giurisprudenza italiana*, 2019, num. 7, p. 1670 (ahora también en *Diritto dell'intelligenza artificiale*, Zanichelli, Bologna, 2024, p. 51); SARTOR, G., LAGIOIA, F.: "Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto", in AA.VV.: *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica* (a cura di U. RUFFOLO), Giuffrè, Milano, 2020, p. 73; PECERE, M., MANDARÀ, E.: *Privacy e IA*, www.medialaws.eu (3 de junio 2021); PERLINGIERI, C.: "Creazione e circolazione del bene prodotto dal trattamento algoritmico dei dati", in AA.VV.: *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia. Atti del 14° Convegno Nazionale 9-10-11 maggio 2019 Grand Hotel Vesuvio – Napoli* (a cura di P. PERLINGIERI, S. GIOVA y I. PRISCO), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 178; VIZZONI, L.: "Dispositivi domotici e dati personali: dalle difficoltà applicative del GDPR alla prospettiva del futuro regolamento e-privacy", *Nuove leggi civili commentate*, 2020, num. 4, p. 1043; PERTOT, T.: "Intelligenza artificiale e circolazione dei dati personali: basi giuridiche per il trattamento ed esigenze di tutela dell'utente-interessato", in AA.VV.: *Diritto privato e nuove tecnologie. Riflessioni incrociate tra esperienze giuridiche a confronto* (a cura di S. TROIANO), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, p. 21.

• **Alfio Guido Grasso**

Investigador en Derecho Privado en la Universidad de Catania. Correo electrónico: alfioguido.grasso@unict.it

Puesto que principalmente queremos averiguar si los mecanismos contenidos en el Reglamento General de Protección de Datos europeo protegen realmente los derechos del interesado – desde el momento de la recogida de datos en adelante –, nos importa especialmente la línea de esta relación bio-unívoca que lleva de los datos a la inteligencia artificial. En particular, nos proponemos verificar – en la medida de lo posible, dentro del carácter de este estudio – 1) si las normas del RGPD son aplicables a las tecnologías de inteligencia artificial, 2) si garantizan la privacidad de la información que puede deducirse de los datos personales y 3) si son compatibles con el cuadro tecnológico actual.

Sin embargo, de forma apenas insinuada, también comentaré algo sobre la dirección de esta relación que pasa de la inteligencia artificial al interesado (tal y como se define en el artículo 4 del RGPD a la persona física identificada o identificable cuya información tiene carácter de dato personal).

II. LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO DEL RGPD FRENTE A LAS APLICACIONES DE IA.

El RGPD, es decir, el Reglamento General Europeo de Protección de Datos, es el primer texto legislativo en el contexto europeo que aborda el fenómeno de la inteligencia artificial, al menos según algunos intérpretes⁴. Otros, en cambio, creen que el Reglamento no tiene en cuenta este fenómeno: razonaría “sólo” sobre datos individuales, mientras que con las aplicaciones de inteligencia artificial y los Big Data, estamos en cambio ante un tratamiento masivo para el que el mismo no ofrece soluciones efectivas⁵.

4 Cfr. SARTOR, G., LAGIOIA, F.: “The Impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on Artificial Intelligence”, *European Parliamentary Research Service PE 641.530*, Junio 2020, quienes, en un estudio para el Parlamento Europeo sobre la relación entre la IA y el tratamiento de datos personales, concluyen que el RGPD ofrece indicaciones significativas para la protección de datos en el contexto de las aplicaciones de IA. Que el Reglamento puede interpretarse y aplicarse de manera que no obstaculice sustancialmente la aplicación de la IA a los datos personales y no ponga a las empresas de la UE en desventaja frente a sus competidoras de fuera de la UE. Que el RGPD no requiere grandes cambios para abordar las aplicaciones de la IA, pero sin embargo, el RGPD no aborda explícitamente una serie de cuestiones relativas a la protección de datos de la IA, dejando lagunas que deben colmarse. Cfr. también GRILLO, L.: “Intelligenza Artificiale e GDPR: un binomio possibile”, *iusinittinere.it*, 26 de abril 2021.

5 FINOCCHIARO, G.: “Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali”, cit., pp. 1676-1677. En la economía de la inteligencia artificial y las plataformas digitales, el papel de los datos es principalmente infraestructural. Sus principales usos son internos a las empresas, para perfilar usuarios, entrenar modelos, producir predicciones, agrupar y ampliar la funcionalidad de productos que a su vez se venden a anunciantes y otros clientes. Por eso se ha abogado por el paradigma de los datos como infraestructura no material: BIETTI, E.: “Data is Infrastructure”, *Theoretical Inquiries in Law* (forthcoming 2024), p. 1. Este argumento adquiere cada vez más importancia a medida que los agentes del mercado y los reguladores lidian con los efectos catalizadores de las redes neuronales y los modelos generativos de IA en los mercados digitales. Entender los datos como infraestructura puede llevarnos más allá de los limitados esfuerzos legales y las soluciones correctoras como la separación de datos, el intercambio de datos y los controles individuales, y ayudarnos a reorientar la forma en que se producen, almacenan y gestionan los datos.

Más que saber en qué se inspiró el legislador europeo para elaborar el Reglamento⁶, me parece más útil pasar a considerar algunos de los puntos de ruptura, o al menos de incompatibilidad, del Reglamento con respecto a las aplicaciones de inteligencia artificial.

Examinaré algunos de los puntos de inflexión del Reglamento a la hora de aplicarlo a los dispositivos de IA, lo que demuestra que muchos de los principios en los que se asienta son inadecuados para regir el empleo de datos por parte de la industria de la IA⁷, salvo algunas excepciones, como el artículo 22 sobre decisiones

6 A pesar de las crecientes pruebas de los efectos negativos asociados al uso irresponsable de la IA y de las lagunas jurídicas que dificultan abordarlos, el poder legislativo de la UE ha demorado durante mucho tiempo la introducción de nuevas normas vinculantes. Uno de los argumentos más importantes en contra de una nueva iniciativa legislativa para salvaguardar mejor los derechos de las personas fue, según SMUHA, N.A.: “The paramouncy of data protection law”, cit., p. 227, el RGPD. Se creía que este reglamento, que también incluía disposiciones sobre el tratamiento automatizado de datos y la toma de decisiones algorítmica, ofrecía suficiente protección para hacer frente a las nuevas amenazas que planteaban los sistemas de IA y que una legislación adicional simplemente sofocaría la innovación.

7 Destacan el carácter crítico de la aplicación de los principios del RGPD a la inteligencia artificial: CAVALCANTI, S., NAVA, G.: “I rapporti tra AI Act e gli altri regolamenti in materia di dati”, in AA.VV.: *Il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale. Commento al Reg. EU N. 1689/2024* (a cura di G. CASSANO, E. M. TRIPODI), Maggioli Editori, Santarcangelo di Romagna, 2024, p. 242; TRIPODI, E. M.: “AI Act e GDPR”, in AA.VV.: *Il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale. Commento al Reg. EU N. 1689/2024* (a cura di G. CASSANO, E. M. TRIPODI), Maggioli Editori, Santarcangelo di Romagna, 2024, p. 247.

automatizadas⁸ (que, sin embargo, no discutiré aquí porque, suponiendo que deban interpretarse como tales, no cambian el panorama general⁹).

En concreto, el Reglamento se apoya en una serie de principios que tienen un alto valor prescriptivo y normativo en sí mismos, pero que, puestos a prueba por la IA, corren el riesgo de no ser cumplidos.

Para ilustrarlo, consideremos algunos ejemplos.

Consideremos el principio de *minimización de datos* (artículo 5(1)(c) RGPD): “Los datos personales serán: c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados (“minimización de datos”)”.

Portanto, el tratamiento solo debe referirse a los datos estrictamente necesarios y pertinentes para el fin perseguido. Sin embargo, como hemos mencionado, la IA requiere enormes cantidades de información y, por lo tanto, recopila y procesa grandes volúmenes de datos, por lo que es difícil conciliar y cumplir realmente este principio, al menos en el caso de los datos que pueden definirse como personales

8 El artículo 22 del RGPD establece en su primer párrafo que “Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”. La convicción general, ahora también del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas – TJCE de 7 de diciembre de 2023, asunto C-634/2 –, es que la norma introduce una prohibición general de tomar decisiones basadas únicamente en sistemas automatizados. Los intérpretes dudan de la validez de la norma, pero es cierto que, si nos basáramos únicamente en ella, podríamos decir que el Reglamento tiene en cuenta la inteligencia artificial y sus aplicaciones en sectores básicos como el *credit scoring*, la contratación en línea, etc (cfr. el considerando 71 en relación con el artículo 22). No me detendré, sin embargo, en el artículo 22, ya que, aunque está situado cerca del derecho de oposición, con el que forma una sección unitaria, es “única” dentro de la ley. Ciertamente, las normas relativas a los derechos y a la información que debe proporcionarse al interesado hacen referencia a ella (y, por tanto, está inmersa en el entramado normativo de los artículos 13, 14 y 15), pero del artículo 22 es difícil deducir una indicación generalizable y exportable a otro lugar. Sin embargo, yo no generalizaría esta referencia, como cualquier otra inferible de la norma en cuestión, porque se refiere a un resultado específico contra el que el legislador levanta mayores barreras, debido al fenómeno de las decisiones significativas adoptadas sin intervención humana. Prueba de ello es que la prohibición de las decisiones automatizadas establecida en el artículo 22 se aplica incluso si el tratamiento automatizado de datos se basa en datos no relativos al interesado, sino a otras personas (la denominada elaboración de perfiles colectivos), e incluso la prohibición se aplica (y, por tanto, también el régimen derogatorio pertinente) si el tratamiento automatizado se basa en datos no personales. Como también observó el Grupo de Trabajo del art. 29, las decisiones automatizadas pueden basarse en cualquier tipo de datos: cfr. Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29, Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, Adoptadas el 3 de octubre de 2017, Revisadas por última vez y adoptadas el 6 de febrero de 2018, 8. Aunque es probable que el artículo 22 se concibiera partiendo del supuesto de que la decisión implicará en última instancia el tratamiento de los datos de esa persona, en la medida en que el derecho que consagra sea operativo con respecto a una persona concreta, ello no significa que la decisión no pueda basarse en el tratamiento de datos de otra persona o incluso de datos no personales (al menos en una fase temprana del tratamiento): cfr. BYGRAVE, L.: “Article 22”, in AA.VV.: *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary* (a cura di C. KUNER, L. BYGRAVE, C. DOCKSEY y L. DRECHSLER), Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 533. De ahí también, como he comentado, la referencia al carácter atípico y peculiar del artículo 22, como si de alguna manera representara una isla independiente de (y dentro de) el resto de requisitos del Reglamento: para más información sobre el artículo 22, consulte mi *GDPR Feasibility and Algorithmic Non-Statutory Discrimination*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2023.

9 TRIPODI, E. M.: “AI Act e GDPR”, cit., pp. 249-250, destaca una serie de principios generales que, en su opinión, fundamentan el artículo 22 del RGPD y que son aplicables a los sistemas de IA, entre ellos el “principio de transparencia y conocibilidad”, el “derecho de acceso al algoritmo”, el “consentimiento a una decisión algorítmica” y el “principio de no exclusividad de la decisión algorítmica”.

(que están regulados por el RGPD)¹⁰. Así pues, a menudo se acumulan cantidades desproporcionadas de datos en relación con los fines del tratamiento¹¹.

Un problema similar surge con el principio de *conservación de datos* limitada temporalmente (Art. 5(1)(e) RGPD), que también es difícil de conciliar con las aplicaciones de IA: “Los datos personales serán: e) mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales; los datos personales podrán conservarse durante períodos más largos siempre que se traten exclusivamente con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sin perjuicio de la aplicación de las medidas técnicas y organizativas apropiadas que impone el presente Reglamento a fin de proteger los derechos y libertades del interesado (“limitación del plazo de conservación”)”.

Una vez más, el almacenamiento de datos utilizados, por ejemplo, para entrenar aplicaciones de inteligencia artificial suele llevar mucho más tiempo del permitido por el Reglamento.

También podemos considerar el principio de *limitación de la finalidad del tratamiento*, que probablemente sea el más cuestionado por la llegada de la IA¹². Los artículos 5 y 6 del RGPD establecen que los datos personales deben recogerse con fines determinados, explícitos y legítimos, y no deben tratarse posteriormente de manera incompatible con dichos fines. Este principio consta de dos elementos: por un lado, el responsable del tratamiento debe explicar claramente la finalidad de la recogida de los datos personales al interesado, ya en el momento de la recogida de los datos, es decir, antes de que tenga lugar el tratamiento propiamente dicho. Por otro lado, el uso posterior o secundario de los datos personales recogidos es posible, pero está limitado por la verificación de su compatibilidad con la finalidad para la que se recogieron inicialmente (artículo 6).

El problema surge cuando la finalidad del tratamiento de datos en el contexto de las aplicaciones de IA no está clara desde el principio, ya que precisamente los datos pueden deducirse y, por tanto, la finalidad misma del tratamiento se deriva de la información que puede inferirse de ellos. En otras palabras, los fines del procesamiento no están siempre definidos desde el principio porque es

10 PELUSO, M.G.: *Intelligenza artificiale e tutela dei dati*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 124.

11 Sin embargo, la necesidad de recopilar grandes cantidades de información y almacenarla está directamente relacionada con la mejora de la tecnología de IA. El trabajo del asistente “inteligente” será más eficaz (y quizá incluso menos discriminatorio) si el dispositivo puede entrenarse con datos suficientemente representativos de toda la base de usuarios: cfr. SARTOR, G., LAGIOIA, F.: “Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto”, cit., p. 73; VIZZONI, L.: “Dispositivi domotici e dati personali”, cit., p. 1049; PIZZETTI, F.: “La protezione dei dati personali e la sfida dell’Intelligenza Artificiale”, in AA.VV.: *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione* (a cura di F. PIZZETTI), Giappichelli, Torino, 2018, p. 5.

12 Cfr. PELUSO, M.G.: “Intelligenza artificiale e tutela dei dati”, cit., p. 117.

precisamente el uso de esa aplicación, gracias también a los datos que produce, lo que hace explícitos los fines del procesamiento posterior¹³.

En el caso de los sistemas de inteligencia artificial, resulta extremadamente complicado determinar, con arreglo al RGPD, todos los fines para los que se han recopilado los datos. Por ejemplo, el responsable del tratamiento puede atribuir fácilmente nuevos fines a la agregación aleatoria de datos que posibilitan los Big Data y sus algoritmos¹⁴.

Testigo de todo esto es el caso ChatGPT resuelto por la autoridad italiana de protección de datos, de suspensión de la plataforma en territorio italiano, donde la violación constatada se refería precisamente al principio de compatibilidad del uso secundario de los datos. No me detendré en este caso, porque existe un informe específico al respecto; me basta con tomarlo como ejemplo para corroborar la tensión existente entre el principio de limitación de la finalidad y las aplicaciones de la IA¹⁵.

Esta referencia final me permite pasar al último punto de mi estudio, que se refiere a los aspectos de cumplimiento de la normativa sobre privacidad en el tratamiento de datos utilizados en el contexto de las aplicaciones de IA.

III. RGDP COMPLIANCE Y TRATAMIENTO DE DATOS EN LOS SISTEMAS DE IA.

Los algoritmos de aprendizaje automático necesitan muchos datos para poder funcionar y representar el escenario en el que deben operar, según se ha mencionado anteriormente. Por lo tanto, además de utilizar datos sintéticos (lo que evita plantear el problema¹⁶), es necesario encontrar conjuntos de datos reales y garantizar el cumplimiento de la base jurídica del tratamiento.

13 FINOCCHIARO, G.: "Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali", cit., p. 1675.

14 Cfr. POULLET, Y.: "Cinq ans apres: le RGPD et les défis du profilage artificielle", *Revue des affaires européennes*, 2021, num. 1, p. 95.

15 Garante para la protección de los datos personales (Garante per la Protezione dei Dati Personali), Provvedimento n. 112 del 30 marzo 2023.

16 Los datos sintéticos son datos creados artificialmente mediante algoritmos especiales, a semejanza de los datos del mundo real. La necesidad de datos sintéticos se debe a la dificultad objetiva que con frecuencia existe para encontrar y disponer de datos reales. El uso de estos últimos es también más conveniente y sostenible desde el punto de vista económico y de ahorro de tiempo en la recopilación de datos. Además, compensa las limitaciones de disponibilidad y las distorsiones que suelen caracterizar el uso de datos reales. Los datos sintéticos aparecieron por primera vez en la década de los setenta, pero no fue hasta hace poco cuando se produjo el punto de inflexión con el desarrollo de las redes neuronales artificiales para clasificar imágenes. Aunque constituyen una solución valiosa para disponer de datos de calidad para la analítica empresarial, entrañan una serie de problemas críticos, tanto en el plano puramente tecnológico como en el de las cuestiones éticas y normativas.

En este sentido, el consentimiento, ya muy menospreciado por los expertos como base jurídica del tratamiento en general (por inadecuado e ineficaz¹⁷), parece aún menos funcional comparado con el tratamiento de datos para o por dispositivos de IA, porque implica e impone un tipo de gestión individual de los datos que es difícil llevar a la práctica con aplicaciones de IA basadas en Big Data¹⁸.

La base jurídica del consentimiento también plantea no pocos problemas cuando los datos van a tratarse en el contexto de sistemas de IA y mediante algoritmos complejos porque, para constituir una base legítima para el tratamiento, el consentimiento debe presentar las características previstas por el RGPD: es decir, debe ser otorgado por el interesado para uno o varios fines determinados y consistir en una manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca (véanse los artículos 4, apartado 11, 6, letra a), y 7 del RGPD¹⁹).

Sin embargo, como se ha señalado oportunamente, no es fácil averiguar si existe o no consentimiento para el tratamiento de datos utilizados en contextos tecnológicos sofisticados²⁰.

No obstante, el consentimiento puede proporcionar un margen operativo y ser la única base jurídica necesaria o adecuada para tratar datos especiales, es decir, los datos sensibles a los que se refiere el artículo 9 del RGPD, en ausencia de al menos una de las excepciones adicionales a la prohibición de tratar estas categorías particulares de datos. Piénsese en los datos sanitarios o biométricos: en estos casos, el consentimiento podría desempeñar un papel incluso exclusivo.

Sin embargo, a este respecto, ha surgido una controversia en relación con la base jurídica para el tratamiento de los datos sanitarios utilizados para crear y entrenar sistemas de inteligencia artificial con fines de investigación científica.

17 Para más información sobre este tema, consulte el volumen titulado *Libertà e liceità del consenso nel trattamento dei dati personali* (a cura di S. ORLANDO), Persona e Mercato edizione, Firenze, 2024.

18 Cfr. THOBANI, S.: *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2016; BRAVO, F.: "Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento dei dati personali", in AA.VV.: *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali* (a cura di G. FINOCCHIARO), Zanichelli, Bologna, 2017, p. 101; LUCCHINI GUASTALLA, E.: "Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori", *Contratto e impresa*, 2018, num. 1, pp. 106-125; VIVARELLI, A.: *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale. Sfide tecnologiche e soluzioni giuridiche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019; IRTI, C.: *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2021.

19 Aunque hay que estar de acuerdo con la opinión de que el consentimiento no debe considerarse jerárquicamente como la principal fuente de legitimación del tratamiento, es cierto que, en el contexto del tratamiento de datos personales para productos/servicios de consumo, aunque puedan invocarse el contrato o los intereses legítimos, el consentimiento suele ser la condición más importante para el tratamiento de mayor riesgo. Y el hecho de que, aunque el RGPD no se base en el consentimiento, cuanto mayor sea el riesgo, más probable será que haya que basarse en el consentimiento del interesado refleja la importancia que, de hecho, asume el consentimiento en el RGPD. Más información en CLIFFORD, D.: *Data Protection Law and Emotion*, Oxford University Press, Oxford, 2024, pp. 114-115.

20 PERTOT, T.: "Intelligenza artificiale e circolazione dei dati", cit., p. 17.

La cuestión es si dejar únicamente a criterio del consentimiento el tratamiento legítimo de los datos sanitarios o introducir otras bases jurídicas, más liberales o menos restrictivas, que no dependan de la autorización del interesado o paciente para la investigación científica.

Por ejemplo, en un proyecto de ley italiano reciente sobre inteligencia artificial, se declara de relevante interés público – y por tanto legítimo a través de una vía distinta del consentimiento – el tratamiento de datos, incluidos los personales, realizado por entidades públicas y privadas sin ánimo de lucro para la investigación y experimentación científica con fines terapéuticos y farmacológicos en la creación de sistemas de inteligencia artificial²¹.

Esto ha generado polémica, ya que se ha opinado que el consentimiento protegería más al individuo. Mientras que el interés público, como base de legitimación del tratamiento, fomenta y facilita la investigación, también puede dar pie a prácticas incontroladas.

Pensando en otros tipos de aplicaciones de inteligencia artificial, como el tratamiento automatizado para emitir una línea de crédito o un contrato de seguro en el que debe establecerse adecuadamente la prima (“credit scoring” o “insurance scoring”)²², no puede descartarse el uso de la base jurídica prevista en

21 El 23 de abril de 2024, el Consejo de Ministros italiano, a propuesta de la presidenta Giorgia Meloni y del ministro de Justicia Carlo Nordio, aprobó el proyecto de ley n.º 1066AS para la introducción de disposiciones y la delegación de poderes al Gobierno en el ámbito de la inteligencia artificial. La norma ha recibido algunas críticas. La primera se refiere al vacío normativo respecto a las entidades que realizan ese tratamiento de datos con ánimo de lucro. Parece darse a entender que están excluidas de esta disposición facilitadora y que se les aplica un régimen más restrictivo (por lo que el tratamiento de datos que realicen no se consideraría de interés público). En segundo lugar, estos tratamientos de datos con fines sanitarios deben someterse a la aprobación de los comités éticos correspondientes y comunicarse al Garante por la protezione dei dati personali (Garante para la protección de los datos personales), y pueden iniciarse treinta días después de dicha comunicación si no han sido objeto de una orden de bloqueo emitida por el Garante, de conformidad con el artículo 8, apartado 3, del proyecto de ley italiana sobre IA que se está examinando. Sin embargo, estos requisitos son contradictorios con la legislación europea (véase más abajo) y con el nuevo texto del artículo 110 del Código de Privacidad italiano, que fue modificado para ajustarse a la legislación europea por el artículo 44, apartado 1-bis, del Decreto Ley n.º 19, de 2 de marzo de 2024, convertido, con modificaciones, por la Ley n.º 56, de 29 de abril de 2024. El actual artículo 110 del Código de Privacidad (pero siga leyendo sobre la contradicción con la legislación europea) excluye tanto la aprobación del Garante como la consulta previa con respecto al uso secundario de datos médicos con fines de investigación científica, ya que el Garante identifica “solo” las garantías que deben observarse: cfr. CASSANO, G.: “Il Disegno di legge italiano in materia di intelligenza artificiale. Prime osservazioni”, in AA.VV.: *Il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale. Commento al Reg. EU N. 1689/2024* (a cura di G. CASSANO, E. M. TRIPODI), Maggioli Editori, Santarcangelo di Romagna, 2024, pp. 966-967. Recientemente, ha entrado con fuerza en el debate sobre este punto —y habrá que tenerlo en cuenta, dado que se trata de un acto regulador supranacional— el reciente Reglamento Europeo sobre un Espacio Europeo de Datos Sanitarios, que en su artículo 53 (letra e II) admite, entre los fines para los que pueden tratarse datos electrónicos sanitarios para uso secundario, también “el entrenamiento, la prueba y la evaluación de algoritmos, también con respecto a productos sanitarios, productos sanitarios para diagnóstico in vitro, sistemas de IA y aplicaciones sanitarias digitales”. Esta posibilidad solo está sujeta a una solicitud (aunque sea analítica) a un organismo responsable del acceso a los datos sanitarios, que, tras realizar una serie de comprobaciones y controles con arreglo al artículo 68, concede la autorización.

22 El credit scoring o referencia crediticia es el proceso de elaboración de perfiles que consiste en rastrear y almacenar los hábitos financieros de una persona en relación con su capacidad de hacer frente a futuros compromisos de pago. Suele tratarse de un índice de probabilidad que se requiere para obtener una línea de crédito. Este mismo tipo de actividad puede utilizarse para calcular el riesgo de seguro de un

el artículo 6, letra b), del Reglamento, es decir, la excepción contractual, cuando el tratamiento sea necesario para la celebración de un contrato en el que el interesado sea parte o para la ejecución de medidas precontractuales adoptadas a petición del interesado²³.

IV. LA BASE JURÍDICA DEL TRATAMIENTO PARA EL DESARROLLO Y EL ENTRENAMIENTO DE UN PROGRAMA DE IA.

Un debate más complejo, y con eso intento avanzar un poco en la investigación, es identificar la base jurídica en el caso de que el tratamiento sirva para desarrollar y entrenar un sistema de IA. El artículo 6, letra f), establece el interés legítimo del responsable del tratamiento como base jurídica solo si no prevalece el interés o derecho y libertad fundamental del interesado.

En este caso, se ha argumentado que el interés legítimo del operador económico/encargado del tratamiento no sería suficiente, es decir, no prevalecería (piense en el ejemplo de la domótica y la inviolabilidad del hogar), sobre el derecho del interesado a la protección de sus datos personales²⁴.

La legitimidad del tratamiento está sujeta, en esencia, a un acto de ponderación que debe llevarse a cabo caso por caso, con el fin de excluir la existencia de intereses, derechos y libertades fundamentales del interesado que deban considerarse preponderantes.

posible cliente y determinar si el contrato es conveniente para la compañía y cuál debería ser la prima correspondiente. El Tribunal de Justicia ha resuelto recientemente que el cálculo automatizado, por parte de una empresa que proporciona información comercial, de un índice de probabilidad relativo a la capacidad de una persona para hacer frente a futuros compromisos de pago, constituye un “proceso automatizado de toma de decisiones” en el sentido del artículo 22 del RGPD, si la celebración, ejecución o terminación de una relación contractual con un tercero al que se comunica dicho índice depende de forma decisiva de la información que contiene.

En el caso que nos ocupa, al demandante se le había denegado un préstamo bancario debido a la puntuación negativa que le había dado Schufa, una empresa privada alemana de calificación crediticia especializada en facilitar a terceros – bancos, intermediarios financieros, pero también agencias inmobiliarias y compañías telefónicas – información comercial relativa a la capacidad de una persona para hacer frente a sus obligaciones de pago. Schufa es la agencia de referencia crediticia más conocida de Alemania.

La cuestión era controvertida, ya que algunas partes cuestionaban si la calificación crediticia podía considerarse un proceso de toma de decisiones automatizado, en el sentido del artículo 22 del RGPD, y por tanto quedar comprendida en la prohibición de decisiones totalmente automatizadas contenida en el mismo. Se argumentó, en particular, que la disposición solo cubriría las decisiones tomadas por los bancos o las instituciones financieras sobre la concesión de créditos y no también la información y las puntuaciones transmitidas por las empresas de referencia de crédito a sus contrapartes contractuales. También había dudas sobre la ambigua referencia de la norma al carácter jurídico o “de alcance similar” de los efectos que deben derivarse de una decisión automatizada para quedar comprendida en el régimen de la disposición, de modo que era razonable una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de la prohibición, limitada únicamente a la decisión de la entidad de crédito de no conceder el préstamo. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 7 de diciembre de 2023, Asunto C-634/21, Pres. A. Arabadjev - Ext. A. Kumin, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2024, num. 6, pp. 715-744, con una nota mía titulada “Decisioni automatizzate e merito creditizio: la Corte di giustizia sul credit-scoring”.

23 PERLINGIERI, C.: “Creazione e circolazione del bene”, cit., p. 188; PERTOT, T.: “Intelligenza artificiale e circolazione dei dati”, cit., p. 13.

24 PERTOT, T.: “Intelligenza artificiale e circolazione dei dati”, cit., pp. 16-17.

Desde este punto de vista, la consideración del interés del operador económico en el desarrollo y optimización del sistema de IA como interés legítimo puede resultar, por tanto, no suficiente para justificar el tratamiento de datos personales, ya que seguiría siendo necesario ponderar dicho interés con los del sujeto “titular” de la información.

Piénsese, por ejemplo, en el ámbito de la instalación de sistemas domóticos o el uso de aplicaciones inteligentes en el teletrabajo: el equilibrio debería alcanzarse en consonancia con el derecho a la inviolabilidad del domicilio²⁵.

V. IMPULSOS ANTAGÓNICOS A ESCALA EUROPEA: ENTRE LA PROTECCIÓN DEL INDIVIDUO Y LA PROMOCIÓN DE LA ECONOMÍA DE LOS DATOS.

Sin embargo, con el fin de concluir ofreciendo una mirada al contexto más general en el que se desarrollan nuestras reflexiones, debemos tener siempre presente que la tendencia a nivel europeo y mundial es garantizar la disponibilidad y circulación de datos para permitir el desarrollo de tecnologías basadas en la IA, ya que es un requisito previo.

Limitándome a las referencias al contexto europeo, baste recordar la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial europea global en materia de robótica e inteligencia artificial (2018/2088(INI))²⁶. Además, el propio RGPD promueve la libre circulación de datos, por no hablar del Reglamento UE 2018/1807 sobre datos no personales.

Además, no hay que olvidar el trasfondo aún más amplio, es decir, la estrategia europea de datos, que se basa precisamente en el reconocimiento de la importancia de la economía de datos y que representa una de las políticas más importantes de la Unión actual²⁷. Dentro de esta estrategia ya se han generado dos pilares: la Ley de Gobernanza de Datos (Data Governance Act) y la Ley de Datos (Data Act), que, aunque tienen temáticas diferentes, ambas arrancan del reconocimiento

25 VIZZONI, L.: “Dispositivi domotici e dati personali”, cit., p. 1034.

26 “Una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica”, *Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica* (2018/2088(INI)) (2020/C 449/06).

27 “The world’s most valuable resource is no longer oil, but data”, *The Economist*, 6 de mayo 2017. Sobre los datos como el recurso más importante en la nueva economía digital y la *data economy* cfr. ZECH, H.: “Data as a tradeable commodity”, in AA.VV.: *European contract law and the digital single market* (a cura di A. DE FRANCESCHI), Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 54; VERSACI, G.: “Note minime sulla circolazione dei dati nei rapporti tra imprese”, *Rivista semestrale del Consiglio Nazionale del Notariato*, 2022, num. 1, p. 3; RICCIUTO, V.: “La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno”, *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2018, num. 4/5, pp. 689-726.

de la importancia de un acceso justo a los datos y una amplia circulación de los mismos²⁸.

Todos estos aspectos deben tenerse en cuenta a la hora de elegir la base jurídica más adecuada para el tratamiento de datos ante el desarrollo de los sistemas de IA, porque parece que el equilibrio normativo entre la necesidad de proteger a la persona y la necesidad de no reprimir o limitar actividades económicas importantes en la sociedad de la información se inclina hacia esta última dirección, con el fin de superar la debilidad tecnológica de la Unión Europea respecto a sus competidores mundiales (especialmente EE. UU. y China).

28 Cfr. HENNEMANN, M., EBNER, G.K., KARSTEN, B., LIENEMANN, G., WIENROEDER, M.: *Data Act. An Introduction*, Nomos, Baden-Baden, 2024.

BIBLIOGRAFÍA

BIETTI, E.: "Data is Infrastructure", *Theoretical Inquiries in Law* (forthcoming 2024).

BYGRAVE, Lee.: "Article 22", in AA.VV.: *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary* (a cura di C. KUNER, L. BYGRAVE, C. DOCKSEY y L. DRECHSLER), Oxford University Press, Oxford, 2020.

BRAVO, F.: "Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento dei dati personali", in AA.VV.: *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali* (a cura di G. FINOCCHIARO), Zanichelli, Bologna, 2017.

CASSANO, G.: "Il Disegno di legge italiano in materia di intelligenza artificiale. Prime osservazioni", in AA.VV.: *Il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale. Commento al Reg. EU N. 1689/2024* (a cura di G. CASSANO, E. M. TRIPODI), Maggioli Editori, Santarcangelo di Romagna, 2024.

CAVALCANTI, S., GILBERTO, N.: "I rapporti tra AI Act e gli altri regolamenti in materia di dati" in AA.VV.: *Il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale. Commento al Reg. EU N. 1689/2024* (a cura di G. CASSANO, E. M. TRIPODI), Maggioli Editori, Santarcangelo di Romagna, 2024.

CLIFFORD, D.: *Data Protection Law and Emotion*, Oxford University Press, Oxford, 2024.

FINOCCHIARO, G.: "Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali", *Giurisprudenza italiana*, 2019, núm. 7, p. 1670.

FINOCCHIARO, G.: *Diritto dell'intelligenza artificiale*, Zanichelli, Bologna, 2024.

GRASSO, A.G.: *GDPR Feasibility and Algorithmic Non-Statutory Discrimination*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2023.

GRASSO, A.G.: "Decisioni automatizzate e merito creditizio: la Corte di giustizia sul credit-scoring", *Banca, borsa e titoli di credito*, 2024, num. n. 6, pp. 715-744.

GRILLO, L.: "Intelligenza Artificiale e GDPR: un binomio possibile", *iusinitinere.it*, 26 de abril de 2021.

HENNEMANN, M., EBNER, G.K., KARSTEN, B., LIENEMANN, G., WIENROEDER, M.: *Data Act. An Introduction*, Nomos, Baden-Baden, 2024.

"Artificial Intelligence, robotics, privacy and data protection", *International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners, Room Document for the 38th*, October 2016, www.edps.europa.eu;

IRTI, C.: *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2021.

LUCCHINI GUASTALLA, E.: "Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori", *Contratto e impresa*, 2018, num. 1, p. 106.

MANTELERO, A.: "Report on Artificial Intelligence. Artificial Intelligence and Data Protection: Challenges and Possible Remedies", *Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*, 25 de enero 2019.

ORLANDO, S. (a cura di): *Libertà e liceità del consenso nel trattamento dei dati personali*, Persona e Mercato edizione, Firenze, 2024.

PECERE, M., MANDARÀ, E.: "Privacy e IA", www.medialaws.eu, 3 de junio 2021.

PELUSO, M.G.: *Intelligenza artificiale e tutela dei dati*, Giuffrè, Milano, 2023.

PERLINGIERI, C., "Creazione e circolazione del bene prodotto dal trattamento algoritmico dei dati", in AA.VV. *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia. Atti del 14° Convegno Nazionale 9-10-11 maggio 2019 Grand Hotel Vesuvio – Napoli* (a cura di P. PERLINGIERI, S. GIOVA, I. PRISCO), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

PERTOT, T.: "Intelligenza artificiale e circolazione dei dati personali: basi giuridiche per il trattamento ed esigenze di tutela dell'utente-interessato", in AA.VV.: *Diritto privato e nuove tecnologie. Riflessioni incrociate tra esperienze giuridiche a confronto* (a cura di S. TROIANO), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022.

PIZZETTI, F.: "La protezione dei dati personali e la sfida dell'Intelligenza Artificiale", in AA.VV.: *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione* (a cura di F. PIZZETTI), Giappichelli, Torino, 2018.

POULLET, Y.: "Cinq ans apres: le RGPD et les defis du profilage artificielle", *Revue des affaires européennes*, 2021, num. 1, p. 87.

RICCIUTO, V.: "La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, num.4-5, p. 689.

SARTOR, G., LAGIOIA, F.: "The Impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on Artificial Intelligence", *European Parliamentary Research Service PE 641.530*, Junio 2020.

SARTOR, G., LAGIOIA, F.: "Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto", in AA.VV.: *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica* (a cura di U. RUFFOLO), Giuffrè, Milano, 2020.

SMUHA, N.A., "The paramountcy of data protection law in the age of AI (Acts)", *Two decades of personal data protection. What next?, EDPS 20th Anniversary*, 2024.

The Economist, "The world's most valuable resource is no longer oil, but data", 6 de mayo 2017.

THOBANI, S.: "I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali", Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2016.

TRIPODI, E. M.: "AI Act e GDPR", in AA.VV.: *Il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale. Commento al Reg. EU N. 1689/2024* (a cura di G. CASSANO, E. M. TRIPODI), Maggioli Editori, Santarcangelo di Romagna, 2024.

VERSACI, G.: "Note minime sulla circolazione dei dati nei rapporti tra imprese", *Rivista semestrale del Consiglio Nazionale del Notariato*, 2022, num. 1, p. 1.

VIVARELLI, A.: *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale. Sfide tecnologiche e soluzioni giuridiche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019.

VIZZONI, L.: "Dispositivi domotici e dati personali: dalle difficoltà applicative del GDPR alla prospettiva del futuro regolamento e-privacy", *Nuove leggi civili commentate*, 2020, num. 4, p. 1032.

ZECH, H.: "Data as a tradeable commodity", in AA.VV.: *European contract law and the digital single market* (a cura di A. DE FRANCESCHI), Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

ATTIVITÀ NEGOZIALE E STRUMENTI DI TUTELA DEL TERRITORIO*

BARGAIN AND LAND PROTECTION INSTRUMENTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 874-893

* Il testo riproduce, con l'aggiunta delle note, la relazione conclusiva tenuta a Catania il 23 novembre 2024 in occasione del Convegno della Fondazione Italiana del Notariato, organizzato in collaborazione con il Consiglio Notarile dei Distretti riuniti di Catania e Caltagirone, dal titolo "Strumenti di tutela del territorio e attività notarile", svoltosi nel complesso monumentale del Monastero dei Benedettini.



Giovanni DI
ROSA

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de abril de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

RESUMEN: Ruolo e funzione del notaio si intrecciano naturalmente con l'attività negoziale (contrattuale e non), alla quale è ordinariamente sottesa la corrispondente realtà economica. Tracciate, pertanto, alcune, sia pure sommarie, coordinate deputate a inquadrare la figura notarile, l'indagine si sviluppa attraverso la disamina dei rapporti tra pubblico e privato in ordine ai rapporti tra libertà dei privati e controllo dell'ordinamento. Vengono così fornite alcune indicazioni di carattere ricostruttivo al fine di meglio delineare lo spazio dell'autonomia privata, quale espressione di interessi individuali, rispetto agli strumenti approntati dall'ordinamento per definire i limiti dell'attività negoziale in ragione della relativa incidenza nel territorio, sul versante pertanto pubblicistico della tutela di interessi generali. I settori normativi oggetto di particolare interesse sono così rappresentati, anche perché oggetto di recenti interventi legislativi e/o giudiziali, dalla disciplina dei beni (non solo immobili) di interesse storico, culturale e artistico; dalla regolazione dell'assicurato, risalente godimento di beni (immobili) da cui trarre svariate utilità a beneficio di determinate collettività; infine, dalle disposizioni, ora concernenti la regolarizzazione dell'attività edificatoria dei privati quanto all'assetto territoriale che ne deriva, ora relative, in particolare, alla tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire.

PALABRAS CLAVE: Attività notarile; autonomia negoziale e controlli dell'ordinamento; tutela del territorio; destinazione immobiliare.

ABSTRACT: *The notary's role and function are naturally intertwined with negotiation activity (contractual and otherwise), to which the corresponding economic reality is ordinarily underlying. Having traced, therefore, some, albeit sketchy, coordinates deputed to frame the notary figure, the investigation develops through the examination of the relations between public and private in order to the relations between the freedom of private individuals and the control of the system. Some indications of a reconstructive nature are thus provided in order to better delineate the space of private autonomy, as an expression of individual interests, with respect to the instruments prepared by the legal system to define the limits of negotiating activity by reason of its incidence in the territory, on the therefore publicistic side of the protection of general interests. The regulatory sectors of particular interest are thus represented, also because they are the subject of recent legislative and/or judicial interventions, by the regulation of property (not only real estate) of historical, cultural and artistic interest; from the regulation of the assured, dating enjoyment of (real estate) assets from which to derive various utilities to benefit particular communities; finally, by the provisions, now concerning the regularization of the building activity of private individuals as to the resulting land use, now relating, in particular, to the protection of the property rights of purchasers of property to be built.*

KEY WORDS: Notary activity; private patrimonial rules and Law controls; land protection; real estate use.

SUMARIO.-I.UNABREVEINTRODUZIONE.-II.METODOEMERITONELLAPROFESSIONE NOTARILE.- III. INTERESSI INDIVIDUALI E RAGIONI DELLA COLLETTIVITÀ. LE TECNICHE DI COMPOSIZIONE TRA LIBERTÀ, CONTEMPERAMENTO E CONFORMAZIONE.- IV. AMBITI TRADIZIONALI E NUOVI SETTORI DI INTERVENTO.- V. PROPRIETÀ IMMOBILIARE E CIRCOLAZIONE GIURIDICA. I BENI DI INTERESSE STORICO-ARTISTICO E GLI USI CIVICI.- VI. DISCIPLINA E TUTELA PRIVATISTICA IN COSTRUCENDO.

I. UNA BREVE INTRODUZIONE.

Ringrazio, anzitutto, la Fondazione Italiana del Notariato e, in particolare, il Consigliere nazionale, Direttore della Scuola del Notariato e Amico carissimo, Notaio Diego Barone, per l'assai gradito invito alla odierna, prestigiosa iniziativa, sia pure onerato di un compito gravoso ma altrettanto importante. Concludere, infatti, una giornata molto ricca di spunti e di sollecitazioni, ma certamente foriera di ulteriori sviluppi, non è per nulla agevole, quantunque stimolante. Proverò, dunque, a fare sintesi, nella prospettiva indicata dal titolo del mio contributo, rispetto pertanto ad alcune delle tematiche che hanno formato oggetto delle articolate relazioni delle due sessioni, nella direzione contrassegnata da un complessivo quadro ricostruttivo al cui interno si colloca questa riflessione conclusiva.

Mi sia consentito, tuttavia, iniziare con alcuni ricordi che testimoniano i risalenti, stretti legami con la classe notarile, sin dalla prima lezione alla Scuola del notariato catanese "Jacopo da Lentini", ormai quasi venticinque anni or sono, in sostituzione, allora, del compianto professore Carmelo Lazzara, all'epoca Ordinario di Diritto civile nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania, e unitamente, in quella circostanza, alla carissima Gabriella Ardini, Notaia peraltro proveniente dalla comune Scuola del mio Maestro, il professore Lucio Ricca, all'epoca Ordinario di Diritto privato nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania, prematuramente scomparso subito dopo l'uscita dal ruolo. Da qui è nata una collaborazione costante che mi ha portato per circa un ventennio a insegnare stabilmente alla Scuola e a frequentare assiduamente le iniziative di aggiornamento e formazione che si sono susseguite sia a livello locale sia a livello nazionale (ultima in ordine di tempo quella organizzata "a mani riunite", per usare un'espressione nota ai civilisti di estrazione germanica, con la Scuola Superiore della Magistratura, sul "Ruolo dell'autonomia privata nella tutela dei diritti delle persone", nella splendida sede di Castel Capuano, a Napoli, dal 25 al 27 marzo 2024). In questo contesto si colloca poi il fecondo rapporto instaurato con i più bravi studenti dei miei corsi universitari (prima di Istituzioni di diritto privato e poi

• Giovanni Di Rosa

Professore ordinario di Diritto privato nell'Università degli Studi di Catania. E-mail: gdirosa@lex.unict.it

di Diritto civile), diversi dei quali sono adesso validissimi Notai, sia nei Distretti riuniti di Catania e Caltagirone sia altrove.

II. METODO E MERITO NELLA PROFESSIONE NOTARILE.

Discutere, come oggi si è fatto, dei rapporti tra strumenti di tutela del territorio e attività notarile e, quanto al mio contributo, delle relazioni tra attività negoziale e strumenti di tutela del territorio, significa in buona sostanza, almeno dal mio punto di vista, muovere da un dato che risulta del tutto preliminare per la rilevanza che esso assume. Penso cioè al ruolo e alla funzione, con i connessi profili di qualificazione giuridica, del notaio, anche in termini di responsabilità, all'interno della dinamica delle relazioni tra pubblico e privato, che il convegno ha appropriatamente proposto e che indubbiamente appaiono inscindibilmente correlate con la sua figura. Sono noti al riguardo gli orientamenti, recentemente richiamati in un lavoro di sintetica ma puntuale visione di insieme, che ritengono il notaio “figura *ibrida* nella quale confluiscono i ruoli di pubblico ufficiale e di libero professionista”, in disparte la avvertita assenza di altrettanta chiarezza in ordine ai confini esistenti tra i due ruoli medesimi. È certa, comunque, la coesistenza tra pubblica funzione e libera professione, ciò che ha costituito la base, come ancora precipuamente avvertito, “per l'individuazione dei due predicati che tradizionalmente vengono ascritti alla funzione notarile: rispettivamente, la funzione di certificazione e la funzione di adeguamento”².

Storicamente, peraltro, il potere di attribuire pubblica fede ai documenti sottoscritti dal notaio viene riconosciuto solo a partire dalla seconda metà del secolo XI³, rispetto alle pur risalenti origini della figura a cui tuttavia corrispondeva in età imperiale, quale *notarius*⁴, uno schiavo che svolgeva sostanzialmente le funzioni di stenografo⁵. L'attività certificativa sarebbe stata normativamente

1 ROMEO, P.: “La responsabilità professionale del notaio”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 1612, richiamando al riguardo Cass., 16 dicembre 2014, n. 26369, *Giur. it.*, 2015, p. 548, con nota di RIZZUTI M.: “Gli ultimi interventi della Cassazione in materia di responsabilità notarile”.

2 ROMEO, P.: “La responsabilità professionale del notaio”, cit., p. 1612, con riferimento al pensiero di D'ORAZI FLAVONI, M.: “La responsabilità civile nell'esercizio del notariato”, in *Scritti giuridici*, Consiglio notarile di Roma, 1965, II, p. 965 e alla menzione, quanto alla funzione di adeguamento, contenuta in Cass., 23 maggio 2006, n. 12113, *Vita not.*, 2006, p. 1513; adde, con particolare riguardo ai profili di responsabilità disciplinare, TOMASI, S.: “Applicazioni rigoriste e interpretazioni adeguatrici in tema di responsabilità notarile”, nota a Cass., 30 luglio 2020, n. 16433 e Cass., 31 luglio 2020, n. 16519, *Giur. it.*, 2021, p. 2068 ss.

3 Al riguardo AMELOTI, M.: “Notaio (dir. rom.)”, in *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, p. 553, rileva la continuità tra l'originario l'istituto del notariato, che fa risalire al medioevo, e l'attuale connotazione moderna.

4 Segnala GUALAZZINI, U.: “Documentazione e documento (dir. interm.)”, in *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 563 s., la lentezza del processo di attribuzione al *notarius* o *tabellio* di quelle prerogative e di quelle mansioni che, in seguito, lo investiranno della delicatissima pubblica funzione; altresì TALAMANCA, M.: “Documentazione e documento (dir. rom.)”, in *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 553 ss.; più di recente SCACCHETTI, M.G.: “Notaio nel diritto romano”, in *Digesto disc. priv. (sez. civ.)*, XII, Utet, Torino, 1995, p. 241 ss.

5 Una puntuale ricostruzione riassuntiva può leggersi in Russo, F.: *La responsabilità professionale del notaio*, Dissertazione per il Diploma di licenza magistrale, Scuola Superiore di Catania – *Mediterranean University*

riconosciuta dalla legge 16 febbraio 1913, n. 89, recante ordinamento del notariato e degli archivi notarili, meglio nota come legge notarile, il cui art. 1, comma 1 definisce i notari come “ufficiali pubblici istituiti per ricevere gli atti tra vivi e di ultima volontà, attribuire loro pubblica fede, conservarne il deposito, rilasciarne le copie, i certificati e gli estratti”. Parimenti, a garanzia dell'autonomia privata egli svolge altresì un'attività deputata ad assicurare l'adeguamento dell'intento empirico delle parti alle regole giuridiche, così da coniugare il raggiungimento del relativo scopo perseguito con il rispetto dei canoni dell'ordinamento, possibile solo attraverso una previa accurata indagine della volontà delle parti in corrispondenza con la *voluntas legis*⁶.

III. INTERESSI INDIVIDUALI E RAGIONI DELLA COLLETTIVITÀ. LE TECNICHE DI COMPOSIZIONE TRA LIBERTÀ, CONTEMPERAMENTO E CONFORMAZIONE.

Nel complessivo contesto delineato possono allora individuarsi, per come meglio proverò a rappresentare nel prosieguo, da un lato lo strumento contrattuale, massima espressione dell'autonomia privata patrimoniale, dall'altro gli strumenti di controllo (e, quindi, di tutela) del territorio, quali tecniche (privatistiche e pubblicistiche) funzionali ad assicurare (in taluni casi anche) la conformazione dell'atto di autonomia privata agli interessi (non individuali ma) generali, ossia dell'intera collettività. Questo intreccio privato-pubblico si misura attraverso le scelte che ai privati possono competere (nel senso che agli stessi sono consentite) a fronte delle limitazioni dell'esercizio dell'autonomia privata, in varie direzioni e con diversa valenza effettuale. Queste ultime, in particolare, possono operare sia per il tramite dell'applicazione degli istituti privatistici di tipo invalidante-sanzionatorio, come nel caso del ricorso alla categoria della nullità, sia pure oggi messo in discussione da qualcuno dei relatori sotto il profilo della reale funzionalità; sia per il tramite del riferimento agli istituti pubblicistici deputati, nelle forme previste, a garantire il rispetto di quanto predisposto a tutela di posizioni, ascrivibili alla generalità dei consociati e, dunque, di rango poziore. Se, pertanto, l'attività negoziale è veicolo e traino delle attività economiche, strumento di realizzazione della circolazione della ricchezza, costituendo essa la forma giuridica della libertà di iniziativa economica privata ai sensi dell'art. 41 Cost., sia pure nei limiti originari, ma anche nuovi, ivi previsti, la stessa non può porsi in contrasto con interessi di carattere generale, della cui tutela lo Stato è responsabile. Da qui, peraltro, la conferma della stretta relazione tra interessi individuali e interessi collettivi

Center, Anno accademico 2016-2017, Catania, 2017.

6 Si tratta di indicazioni ricavabili dai molteplici contributi dottrinali in merito, tra cui, solo per limitare il richiamo alle voci enciclopediche, DI FABIO, M.: “Notaio (dir. vig.)”, in *Enc dir.*, XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, p. 565 ss.; DI FABIO, M.: “Notaio”, in *Enc. dir., Aggiornamento*, III, Giuffrè, Milano, 1999, p. 791 ss.; MAZZOLA, M.: “Notaio e notariato”, in *Digesto disc. priv. (sez. civ.)*, XII, Utet, Torino, 1995, p. 230 ss.; VELLANI, G.: “Notaio e notariato”, in *Digesto disc. pubbl.*, X, Utet, Torino, 1995, p. 169 ss.

nel rapporto tra libertà e legalità, rispetto a cui il notaio si presenta come figura imprescindibile per realizzare l'una, quanto al soggetto privato, e l'altra, quanto al soggetto pubblico, proprio attraverso la duplice funzione in precedenza evidenziata.

Possono così richiamarsi talune classi di casi, certamente non esaustive, di ausilio per comprendere in quale maniera e con quali modalità può realizzarsi quanto sopra sinteticamente rappresentato, traducendo esse la varia operatività degli strumenti di tutela del territorio. Vi sono infatti situazioni rispetto alle quali l'ordinamento interviene, e decisamente, per contrastare un certo tipo di attività materiale con riflessi negativi quanto alla corrispondente circolazione immobiliare (è questo il caso dell'abusivismo edilizio e della prevista nullità dell'atto negoziale dispositivo). Vi sono poi situazioni ove può ravvisarsi, all'interno delle forme negoziali di esercizio dell'iniziativa economica privata, una stringente relazione tra il contenuto dell'atto di autonomia privata e l'incidenza della prevista regolazione legale di natura imperativa, preordinata alla tutela di un certo tessuto socio-economico e, dunque, funzionale allo stesso territorio di riferimento (è questo il caso della circolazione di immobili in corso di costruzione sia in ordine alla disciplina dell'atto sia in ordine alla disciplina del rapporto). Vi sono altresì situazioni in cui l'ordinamento non esclude l'operare dell'atto di autonomia privata in quanto esso non è negativamente valutato, pur tuttavia lo indirizza, sostanzialmente conformando (in maniera diversamente articolata) la circolazione immobiliare, verso la soddisfazione (o in via di primaria assunzione o in via di assicurata permanenza) di interessi non individuali (è questo il caso della insistenza sul bene privato di vincoli storico-artistici o di usi civici). Vi sono ulteriori situazioni ove il miglior utilizzo del territorio, nell'ottica della più efficiente razionalizzazione, viene realizzato attraverso la combinazione di atti di autonomia privata e adesivo intervento pubblico (è questo il caso dei trasferimenti di volumetria o cessioni di cubatura, in uno con le convenzioni urbanistiche). Vi sono, infine, situazioni nelle quali l'ordinamento interviene a supporto e sviluppo dell'autonomia privata quanto alla realizzazione di iniziative di rilievo generale e collegate a una valorizzazione delle risorse naturali presenti sul territorio medesimo (è questo il caso degli enti del terzo settore rispetto alle comunità energetiche rinnovabili).

Di ciò si proverà a dare conto in un duplice percorso, deputato per un verso a segnalare ambiti sia di risalente sia di più recente interesse, indirizzato per altro verso a indagare, proprio per il tramite del ruolo assunto delle relative *regulae iuris* di riferimento, specifiche vicende di rilievo.

IV. AMBITI TRADIZIONALI E NUOVI SETTORI DI INTERVENTO.

Nel molteplice e articolato complesso tipologico sopra brevemente delineato, nella classica dicotomia legge-autonomia privata, segnatamente contrattuale, si

collocano dunque, rispetto all'attività notarile per come inquadrata in ordine al ruolo del notaio, sia settori, per così dire, tradizionali, uno per tutti la materia urbanistica, oggi interessata dalla recentissima novella di cui alla legge 24 luglio 2024, n. 105, di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 29 maggio 2024, n. 69, recante disposizioni urgenti in materia di semplificazioni edilizia e urbanistica, sia anche settori nuovi, ma non meno importanti, ritenuti giustamente sfidanti, nel delineato quadro della tutela ambientale e della sostenibilità nel processo di sviluppo socio-economico. In ordine al primo, si può sinteticamente rilevare che la cosiddetta legge salva-casa è in realtà un limitato intervento, sia pure di rilievo, con cui, lasciando impregiudicata la questione relativa al più volte richiesto, completo riordino del decreto del Presidente della Repubblica, 6 giugno 2001, n. 380, contenente il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, si è operato in tema di procedure di regolarizzazione degli immobili, mutamenti di destinazioni d'uso e accertamento di conformità urbanistica. Le introdotte significative semplificazioni non hanno peraltro dissipato tutta una serie di dubbi, a partire dall'intervento sui cosiddetti titoli abilitativi e sullo stato legittimo dell'immobile, intrecciandosi in questa vera e propria giungla normativa questioni di politica del diritto ed esigenze di tutela di diritti fondamentali, come è quello all'abitazione e alla connessa tutela costituzionale del risparmio attraverso cui consentirvi l'accesso. Peraltro, in ordine alla circolazione immobiliare non può ritenersi che vi siano stati cambiamenti di sorta, atteso che la commerciabilità degli immobili deve essere esclusa solo se nell'atto traslativo o di divisione è assente la dichiarazione del titolo edilizio con cui è stata approvata l'attività edilizia o di recupero⁷.

Rispetto poi al secondo, l'individuato modello di partecipazione, quanto allo sviluppo sostenibile del territorio, rappresentato dalle Comunità Energetiche Rinnovabili (CER), trova oggi un ulteriore, significativo termine di raffronto nella possibilità alle stesse recentemente riconosciuta di qualifica quale Ente del Terzo Settore (ETS) dalla legge 26 luglio 2023, n. 95, di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 29 maggio 2023, n. 57, recante misure urgenti per gli enti territoriali, nonché per garantire la tempestiva attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza per il settore energetico, il cui art. 1, comma 1 ha confermato, attraverso un richiamo diretto, la possibilità che il fine e le attività svolte da una CER siano riconducibili alle attività di interesse generale degli ETS; correlativamente, l'art. 5, comma 1, lett. e), decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, Codice del terzo settore, contenente per l'appunto l'elencazione delle attività di interesse generale, è stato modificato con l'aggiunta di un espresso richiamo "alla

⁷ In tal senso Cass., sez. un., 22 marzo 2019, n. 8230, pubblicata in diverse riviste e per la cui disamina, all'interno di un complessivo discorso di carattere generale, può qui rinviarsi a PETRELLI, G.: "La nullità urbanistica alla luce della sentenza delle sezioni unite n. 8230/2019", in *Biblioteca on line della Fondazione Nazionale del Notariato*, ove ampie indicazioni bibliografiche di riferimento.

produzione, all'accumulo e alla condivisione di energia da fonti rinnovabili a fini di autoconsumo, ai sensi del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199⁸.

V. PROPRIETÀ IMMOBILIARE E CIRCOLAZIONE GIURIDICA. I BENI DI INTERESSE STORICO-ARTISTICO E GLI USI CIVICI.

In ordine poi al precedentemente richiamato rapporto tra regole di legge, attività negoziale e tutela del territorio, sia rispetto alla conservazione dell'esistente assetto sia rispetto alla relativa destinazione di natura pubblicistica, con tratti di comune mantenimento della preesistente situazione giuridica deputata ad assicurare una particolare fruizione con caratteri di generalità, un particolare ambito di relazione è *rinvenibile nel settore (anch'esso oggi ampiamente affrontato) della circolazione giuridica dei beni immobili in proprietà privata*. Al riguardo, come noto, ogni sistema giuridico organizza e predispone, in ragione delle esercitate opzioni di politica del diritto rispetto ai modelli economici di riferimento, apposite regole preordinate ad assicurare la circolazione della ricchezza, in relazione alle diverse forme assunte e assumibili da quest'ultima, quale complesso di beni materiali e immateriali, così traducendosi la corrispondente rilevanza a livello economico e il consequenziale riconoscimento a livello normativo⁹. In questa sede non si tratta, ovviamente, di riprendere tradizionali principi generali e note categorie giuridiche, si pensi al riguardo alla classica distinzione tra beni mobili e beni immobili e alla disciplina codicistica della forma degli atti e, segnatamente, dei contratti contenuta nell'art. 1350 c.c.¹⁰; occorre piuttosto evidenziare i possibili diversi criteri ordinanti quanto alla specifica funzione che gli stessi sono destinati ad assolvere, dedicando particolare attenzione ai diritti reali immobiliari¹¹.

È possibile allora in merito distinguere tra regole circolatorie preclusive e regole circolatorie permissive, operandosi rispetto a queste ultime un ulteriore, articolato distinguo tra regole di piena (e massima) ammissibilità circolatoria e regole di limitata (e controllata) ammissibilità circolatoria. La prospettata differenziazione

8 Parimenti è accaduto quanto alla corrispondente modifica, in ordine alle attività d'impresa di interesse generale, dell'art. 2, comma 1, lett. e) decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 112, di revisione della disciplina in materia di impresa sociale, nel contesto degli "interventi e servizi finalizzati alla salvaguardia e al miglioramento delle condizioni dell'ambiente e all'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali".

9 Il pensiero corre necessariamente, anche in ordine ai criteri individuati per risolvere i vari problemi della circolazione giuridica, all'opera di CARNELUTTI, F.: *Teoria giuridica della circolazione*, Cedam, Padova, 1933, per la cui attenta analisi, adesso, ADDIS, F.: "Francesco Carnelutti e la teoria giuridica della circolazione", in *Rileggere i «classici» del diritto civile italiano (1920-1935)* (a cura di G. PERLINGIERI), Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2024, p. 143 ss.

10 Su cui, tra diversi e più di recente nella manualistica, CALVO, R.: *Diritto civile*, II, *Il contratto*³, Zanichelli, Bologna, 2023, p. 113 ss.; per una disamina espressamente dedicata SICA, S.: *Atti che devono farsi per iscritto*, in *Il codice civile. Commentario* (fondato da P. SCHLESINGER e continuato da F.D. BUSNELLI), Art. 1350, Giuffrè, Milano, 2003; sui rapporti tra risalente tradizione e nuove esperienze legislative in tema di forma contrattuale, nitidamente, AMAGLIANI, R.: *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1999.

11 Mi fa piacere qui ricordare al riguardo i vari contributi contenuti nel *Codice della proprietà e dei diritti immobiliari* (a cura di F. PREITE e M. DI FABIO), Wolters Kluwer-Utut, Milano-Torino, 2015.

opera dunque su diversi piani, provvedendo propriamente a segnalare il fine al quale tende la relativa disciplina circolatoria. Da un lato, dunque, regole permissive *tout court*, deputate cioè a consentire, senza limitazione alcuna e nel senso della più ampia ammissibilità, i trasferimenti della ricchezza oppure regole permissive ma con possibilità circolatoria limitata, dirette cioè a consentire, sulla base di determinati presupposti o entro limiti prefissati, i trasferimenti della ricchezza (rispetto, ad esempio, ai soggetti, all'oggetto oppure quanto alle modalità), espressione pertanto di un controllo che non esclude ma solamente limita l'atto dei privati rispetto alla finalità circolatoria. Dall'altro, invece, in senso diametralmente opposto, regole preclusive, destinate cioè a escludere in maniera assoluta (attraverso la tecnica del divieto) i trasferimenti della ricchezza, a motivo di ritenuti rilevanti interessi sovraordinati, che determinano quindi un'assenza di potere dispositivo da parte del titolare¹².

Si è pertanto in presenza di distinti regimi circolatori, servendo tale terminologia a indicare un complesso di regole di disciplina degli atti che vi fanno riferimento¹³ e in ordine alla cui relativa rilevanza debbono qui segnalarsi, quanto ai controlli (e ai vincoli) di natura pubblicistica sulla proprietà privata, per un verso la disciplina dei beni (non solo in verità immobili) di interesse storico, culturale e artistico, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, Codice dei beni culturali e del paesaggio; per altro verso, la regolazione dell'assai risalente fenomeno (di impatto economico e di interesse giuridico) dell'assicurato godimento (in forme diverse e a determinate collettività) di beni immobili (segnatamente appezzamenti di terreno) da cui trarre svariate utilità, tipiche comunque all'origine di un'economia prevalentemente agricola e pastorale ma con importanti e permanenti strette connessioni con la tutela del paesaggio. Entrambi i contesti di riferimento suggeriscono alcune brevi riflessioni alla luce di recenti decisioni giudiziali, rese peraltro ai massimi livelli, l'una del giudice di legittimità in funzione nomofilattica¹⁴, l'altra del giudice delle leggi¹⁵.

Quanto alla prima, relativa al caso di Palazzo Giustiniani a Roma, rispetto al complesso sistema delineato nelle originarie previsioni degli artt. 5 e 29 della legge 20 giugno 1909, n. 364, sulle antichità e le belle arti, con la disposta inalienabilità dei beni di interesse artistico in assenza della denuncia al Ministero della pubblica

12 D'obbligo qui il richiamo, sia pure in termini generali, al risalente, ma sempre concettualmente stimolante, contributo di PUGLIATTI, S.: "L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti", ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, III, 1948-1957, Giuffrè, Milano, 2011, p. 115 ss.

13 Viene presa qui in prestito una formula utilizzata, all'interno di un articolato percorso argomentativo, da GABRIELLI, G.: "Regime patrimoniale della famiglia", in *Digesto disc. priv. (sez. civ.)*, XVI, Utet, Torino, 1997, p. 334, sia pure con riguardo alle tematiche di ordine patrimoniale familiare e, in particolare, al regime patrimoniale della famiglia.

14 Si tratta di Cass., sez. un., 26 gennaio 2024, n. 2481, *Rassegna dir. moda e arti*, 2023, 2, p. 196 ss., con nota di RUSSO, F.: "Sulla validità ed efficacia degli atti di alienazione di beni di interesse storico artistico in caso di omessa denuncia. Il caso di Palazzo Giustiniani (Cass., sez. un., 26 gennaio 2024, n. 2481)".

15 Ossia Corte cost., 15 giugno 2023, n. 119, *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, I, p. 1280 ss., con nota di TOMASI, S.: "Usi civici e limiti alla circolazione della proprietà".

istruzione e la prescritta nullità di pieno diritto delle alienazioni in violazione dei divieti ivi contenuti, possono qui richiamarsi gli affermati principi di diritto. L'uno, concernente la ravvisata giurisdizione del giudice amministrativo quanto alla domanda di accertamento del diritto di proprietà nei confronti della pubblica amministrazione se il fatto estintivo di quello costitutivo del diritto fatto valere è un provvedimento amministrativo di esercizio della prelazione artistica, emanato sulla base di una norma attributiva del relativo potere e non in carenza assoluta di potere. L'altro, secondo cui la dichiarazione di nullità, di cui all'art. 29 l. n. 364/1909, delle alienazioni effettuate contro i divieti contenuti nella legge stessa è condizione di legittimità dell'esercizio del potere di prelazione previsto dall'art. 6 della medesima legge.

Per quanto qui di interesse, in ordine al rapporto tra l'atto dispositivo compiuto in assenza di *denuntiatio* e il vincolo rappresentato dalla prelazione legale, il giudice nomofilattico attribuisce alla dichiarazione governativa di nullità dell'atto di alienazione una funzione che non sembra in linea con le previsioni della l. n. 364/1909. Invero, nel caso di specie, ai precedenti proprietari di Palazzo Giustiniani era stato notificato, con atto del 23 ottobre 1909, l'importante interesse artistico del bene e, al momento della stipula della compravendita, erano pertanto certamente operanti, *ratione temporis*, sia l'art. 5 l. n. 364/1909, ai cui sensi, rispetto alle cose di cui sia stato portato formalmente a conoscenza l'importante interesse storico, archeologico, paleontologico o artistico, "Colui che come proprietario o per semplice titolo di possesso (le) detenga (...), non può trasmetterne la proprietà o dimetterne il possesso senza farne denuncia al Ministero della pubblica istruzione", sia il relativo art. 29, in forza del quale "Le alienazioni, fatte contro i divieti contenuti nella presente legge, sono nulle di pieno diritto". La radicale sanzione prevista mal dunque si coniuga con la possibilità di una pronuncia giudiziale diversa da quella (eventualmente) meramente dichiarativa. Infatti, in ipotesi (come quella in esame) di omessa denuncia l'atto negoziale dispositivo non produrrebbe alcun effetto traslativo, essendo preclusa qualsiasi modificazione giuridica in tal senso dalla disposta nullità di pieno diritto¹⁶. In disparte ogni più puntuale rilievo in questa sede sulla confermata previsione della nullità nella disciplina che nel tempo si è sostitutivamente succeduta (ossia, prima la legge 1° giugno 1939 n. 1089, recante tutela delle cose d'interesse artistico o storico¹⁷, poi il decreto legislativo 29 ottobre

16 Ad avviso di CASU, G.: "Beni culturali e contrattazione immobiliare – Studio 23 giugno 1998, n. 2011", in www.notariato.it/it/lufficio_studi, la formula "nullità di pieno diritto" avrebbe avuto solamente "lo scopo di evitare che la nullità richiedesse la pronuncia giudiziaria ai fini della sua operatività, come talvolta si richiedeva nel sistema del codice civile del 1865, e come espressamente si desumeva dall'omologa norma contenuta nell'art. 1 del R.D.L. 22 novembre 1925, n. 2192, che, nel regolare la materia poi trasfusa nella legge 1089, stabiliva la formale dichiarazione di nullità da parte della pubblica amministrazione". Del resto la stessa Cass., 15 luglio 1944, n. 438, *Rep. gen. annuale giur. it.*, Utet, Torino, 1948, 85, si era pronunciata nel senso che "la sanzione (della nullità) funziona per il solo fatto dell'inosservanza dell'obbligo della denuncia, indipendentemente dall'esercizio del diritto di prelazione da parte dello Stato".

17 Da ultimo richiamata, *ratione temporis*, da Cass., 15 luglio 2024, n. 19350, in www.ilcaso.it, a proposito dell'incidenza del vincolo artistico e culturale non soltanto sull'immobile, ma anche sugli arredi, sulle

1999, n. 490, contenente il testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, e, infine, il già menzionato d.lgs. n. 42/2004), appare difficile valutare questa continuità di scelta normativa in termini diversi da una chiara presa di posizione di netta contrarietà nei confronti dell'operare difforme dei privati. Risulta pertanto irrilevante, nel caso di specie, l'omessa dichiarazione governativa prevista dal regio decreto legge 22 novembre 1925, n. 2192, recante la quale non avrebbe potuto rimediare in alcun modo alla mancata produzione degli effetti dell'atto traslativo compiuto in assenza della richiesta denuncia¹⁸.

Quanto, invece, alla seconda, la dichiarata illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 3 della legge 20 novembre 2017, n. 168, recante norme in materia di domini collettivi, nella parte in cui, riferendosi ai beni indicati dall'art. 3, comma 1, non esclude dal regime di inalienabilità le terre di proprietà di privati, sulle quali i residenti del comune o della frazione esercitano usi civici non ancora liquidati, si innesta su un contenzioso relativo a due procedure esecutive immobiliari in cui erano stati posti in vendita, sul presupposto della loro alienabilità, beni pignorati gravati da usi civici¹⁹. Una volta entrata in vigore, nelle more dei due giudizi, la disciplina di cui alla l. n. 168/2017 e, pertanto, la richiamata previsione di generale inalienabilità di tutti i beni collettivi (senza dunque alcuna distinzione, come sopra riferito), il giudice rimettente ha ravvisato la necessità di sciogliere il rilevato dubbio di legittimità costituzionale quanto all'operata parificazione, ritenuto non manifestamente infondato per violazione degli artt. 3, 24 e 42 Cost., onde potere decidere in ordine all'emissione del decreto di trasferimento relativamente alle procedure esecutive interessate.

La decisione della Corte costituzionale, che ritiene per l'appunto fondata la questione, si segnala altresì per avere sostanzialmente spostato la ormai pluridecennale attenzione giudiziale in materia dai consueti, contrastati rapporti tra ordinamento statale e ordinamenti regionali; essa costituisce dunque un importante punto di riferimento sia, ovviamente, in ordine alla soluzione adottata, che appare certamente condivisibile, sia, più in generale, quanto all'inquadramento

decorazioni, sui cimeli storici e sulla relativa licenza di esercizio con riferimento alla vicenda che ha portato alla convalida della intimata licenza di finita locazione dell'Antici Caffè Greco, considerato immobile rappresentativo della vita artistica e culturale della città di Roma; si è infatti al riguardo ritenuto che la richiamata classificazione del bene immobile in esame, sulla base di un provvedimento amministrativo emesso ai sensi degli artt. 1 e 2 l. n. 1089/1939, oggetto di contratto di locazione a suo commerciale, comporti solamente per il proprietario l'obbligo di garantire la continuità della destinazione del bene nei termini indicati dal provvedimento istitutivo di quel vincolo.

18 Giustamente allora Russo, F.; "Sulla validità ed efficacia", cit., rileva che "non appare nel giusto la Corte nel ritenere la dichiarazione governativa condizione di legittimità dell'esercizio del potere di prelazione giacché la relativa portata, meramente dichiarativa, in nessun modo avrebbe inciso sulla situazione di fatto già creata in forza dell'operare delle norme".

19 Sulla complessa materia degli usi civici, nel quadro di una compiuta ricostruzione della relativa evoluzione normativa, JANNARELLI, A.: "Passato e presente degli "usi civici" nel diritto vivente: dalla legge del 1927 a quella del 2017. Brevi cronache di un'evoluzione incompiuta", *Riv. dir. agr.*, 2002, II, p. 121 ss.

dei diritti di uso civico e al relativo regime circolatorio²⁰. Rispetto proprio a quest'ultimo profilo viene richiamata la comunque risalente dicotomia tra "*iura in re aliena*, gli usi civici che gravano sulla proprietà privata e *iura in re propria*, il demanio civico"²¹, unitamente alla rilevata "permanenza del vincolo paesaggistico, che continua a conformare la proprietà privata pur se liberata dagli usi civici"²². A fronte dell'operato distinguo di cui all'art. 3, comma 1, l. n. 168/2017 quanto ai beni (tutti egualmente collettivi, indipendentemente dalle forme giuridiche del godimento) rispetto alle differenti tipologie di diritti che ivi insistono (ossia, da un lato, i diritti di uso civico su beni privati altrui, ma anche in proprietà pubblica e, dall'altro, il patrimonio civico o demanio civico in proprietà collettiva), si rileva l'incongruenza della contrapposta unicità della soluzione normativa prevista per il relativo regime giuridico, indicato dall'art. 3, comma 3, l. n. 168/2017 in linea di continuità per tutti i beni collettivi (anche quelli che, essendo in proprietà di soggetti pubblici o soggetti privati, non appartengono per espressa previsione di legge al patrimonio civico o demanio civico, non essendo dunque in proprietà collettiva) in termini di inalienabilità, non suscettibilità di usucapione e perpetua destinazione. In particolare se ne accerta la incompatibilità con gli artt. 3 e 42, comma 2, Cost. proprio alla luce della *ratio* della complessiva disciplina contenuta nella l. n. 168/2017. Per un verso, infatti, il giudice delle leggi evidenzia la primaria, comune rilevanza della destinazione del bene piuttosto che l'incidenza della corrispondente titolarità (se cioè collettiva oppure, diversamente, pubblica o privata), in ordine dunque alla soddisfazione dell'interesse sotteso. In tal senso, cioè, la distinzione tra le situazioni giuridiche soggettive, che pure non è secondaria, appare parimenti funzionale alla realizzazione dell'interesse a cui le stesse risultano preordinate²³, rilevando qui, dal punto di vista delle categorie giuridiche, i noti e indagati rapporti tra beni e cose in senso giuridico²⁴, nella misura in cui, relativamente alla "*fattispecie degli usi civici in re aliena*, il medesimo bene è oggetto sia del diritto di proprietà, che qui non è collettiva, bensì pubblica o privata, sia del diritto collettivo di uso civico"²⁵. Per altro verso, poi, la piena tutela degli usi civici, ossia dei diritti di uso civico non ancora

20 Gioia qui ricordare che di recente Cass., 29 maggio 2023, n. 15035, in www.ilcaso.it, ha ribadito che il notaio incaricato della stipula di un atto avente a oggetto diritti reali immobiliari è tenuto a verificare l'eventuale sussistenza di usi civici mediante l'acquisizione del certificato di destinazione urbanistica del bene, escludendo nel caso di specie la relativa responsabilità per l'avvenuto regolare espletamento di tale attività (quantunque gli usi civici fossero menzionati in una risalente perizia ma non risultassero dall'acquisito certificato di destinazione urbanistica).

21 Corte cost., 15 giugno 2023, n. 119, cit., p. 1284.

22 Corte cost., 15 giugno 2023, n. 119, cit., p. 1285, segnalandone, a differenza del già previsto meccanismo liquidatorio, il tratto innovativo.

23 Sul rapporto tra l'interesse, quale presupposto del procedimento di qualificazione, e la situazione giuridica soggettiva consequenziale, per tutti, BIGLIAZZI GERI, L.-BRECCIA, U.-BUSNELLI, F.D.-NATOLI, U.: *Diritto civile*, I.I., *Norme, soggetti e rapporto giuridico*, Utet, Torino, 1987, p. 260 ss.

24 Su cui, autorevolmente, PUGLIATTI, S.: "Beni e cose in senso giuridico", ora in Id., *Scritti giuridici*, IV, 1958-1964, Giuffrè, Milano, 2011, p. 429. Per una ricostruzione dei relativi ordini di problemi e degli sviluppi dottrinali sul punto rinvio, nel contesto deputato a indagare la configurazione giuridica dell'istituto della multiproprietà, a DI ROSA, G.: *Proprietà e contratto. Saggio sulla multiproprietà*, Giuffrè Milano, 2002, p. 82 ss.

25 Corte cost., 15 giugno 2023, n. 119, cit., p. 1286.

liquidati e gravanti sulla proprietà privata, è comunque assicurata da quei tratti che li accomunano, pur escludendosene la riconducibilità, ai diritti reali tipizzati, cioè, tra gli altri, inerenza e *ius sequelae*²⁶, unitamente alla prevista presenza (e permanenza) del vincolo paesaggistico.

Consequenziale risulta quindi affermare che “L’inalienabilità della proprietà privata gravata da usi civici non ancora liquidati non presenta (...) alcuna ragionevole connessione logica con la conservazione degli stessi e, per il loro tramite, con la tutela dell’interesse paesistico-ambientale (...). L’interesse del legislatore del 2017 di dare continuità all’interesse paesistico-ambientale, anche una volta che gli usi civici siano stati per ipotesi liquidati (art. 3, comma 6) è correlata alla mancata irreversibile trasformazione del territorio prima della eventuale liquidazione, ma non palesa alcuna connessione con le vicende circolatorie del diritto di proprietà antecedenti al possibile ricorso a tale procedimento”²⁷.

Non è dunque in discussione il disegno legislativo nel complesso, certamente animato dai migliori intenti organizzativi, in un intrecciato rapporto tra godimento collettivo, tipologie di beni deputati ad assicurarlo e corrispondenti profili di qualificazione normativa rispetto alle situazioni giuridiche soggettive insistenti sui beni medesimi e relativo regime circolatorio. L’eliminata, per via giudiziale, unica e comune disciplina circolatoria consegna un quadro coerente e conforme (anche) ai principi costituzionali di tutela della proprietà privata, senza pregiudizio alcuno per gli interessi delle collettività beneficiarie, permettendo così la decisione “della Consulta (...) di risolvere il tema della validità degli atti di trasferimento dei beni gravati da usi civici con riferimento anche alle possibili cautele che dovranno adottare gli operatori del diritto con particolare riferimento alla classe notarile”²⁸.

VI. DISCIPLINA E TUTELA PRIVATISTICA IN COSTRUIENDO.

Venendo adesso all’ultimo dei settori qui brevemente passati in rassegna, l’attenzione sarà rivolta all’attività edificatoria, che, proprio per l’incidenza

26 Sulle tradizionali caratteristiche distintive delle situazioni reali, in contrapposizione alle quelle obbligatorie, riassuntivamente nella manualistica, tra diversi e da ultimo, CALVO, R.-CIATTI CAIMI, A.: *Diritto privato*⁶, Zanichelli, Bologna, 2024, p. 74 ss.; adde DI ROSA, G.: “Diritti reali di godimento e diritti reali di garanzia”, in *Codice della proprietà e dei diritti immobiliari* (diretto da F. PREITE e M. DI FABIO), Wolters-Kluwer, Milano-Torino, 2015, sub art. 810, p. 24 ss.; ampiamente, nella trattatistica, CHIARELLA, M.L.: *Diritti reali di godimento*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato* (diretto da P. PERLINGIERI), Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020, p. I ss. L’indagine più compiuta al riguardo, sia dal punto di vista storico-costruttivo, nella articolata disamina della cultura giuridica susseguitasi nel tempo, sia per quanto attiene alle ricadute operative rispetto alle scelte effettuate dal legislatore del 1942, si deve comunque a BELFIORE, A.: *Interpretazione e dottrina nella teoria dei diritti reali*, Giuffrè, Milano, 1979.

27 Corte cost., 15 giugno 2023, n. 119, cit., p. 1287.

28 TOMASI, S.: “Usi civici e limiti alla circolazione della proprietà”, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, I, p. 1291, segnalando peraltro la necessità, ai fini della certezza del diritto, del ricorso *de iure condendo* “ad alcuni strumenti quali l’indicazione, con riferimento ai terreni, di tali diritti nei certificati di destinazione urbanistica rilasciati dai Comuni oppure prevedere un regime di trascrivibilità degli stessi facendo leva sul meccanismo di cui all’art. 2645-quater c.c.”.

determinata sull'assetto territoriale, è oggetto, dal punto di vista pubblicistico, di regolazione edilizia e urbanistica. Sotto il profilo privatistico, oltre a quanto già in precedenza riferito in termini generali, può invece segnalarsi la disciplina, ormai risalente ma destinataria di recenti interventi legislativi, contenuta nel decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122, recante disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, a norma della legge 2 agosto 2004, n. 210²⁹. Possono al riguardo mettersi in evidenza, per quel che qui può rilevare, le questioni concernenti i profili soggettivi e oggettivi, la garanzia fideiussoria, tutte attinenti alla dimensione del contratto come atto, e l'assicurazione dell'immobile, relativa alla dimensione del contratto come rapporto³⁰, nonché il contenuto contrattuale³¹. In questo complessivo contesto si segnalano, perché di significativa importanza, il tema dell'area di operatività (e, dunque, di copertura) della disciplina in esame, sia con riferimento alla nozione di immobile da costruire (secondo la previsione dell'art. 1, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 122/2005), sia con riguardo alla correlata applicabilità dal punto di vista temporale (quanto alla previsione dell'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 122/2005), peraltro recentemente aggiornata con l'introduzione di un comma 1 *ter* da parte dell'art. 387 del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, che contiene una regola di corrispondente adeguamento, per l'appunto sotto il profilo temporale, alle introdotte modifiche.

Un particolare rilievo assume, poi, la previsione relativa all'indicazione degli estremi del permesso di costruire o della richiesta nel caso in cui non fosse stato ancora rilasciato (art. 6, comma 1, lett. i), d.lgs. n. 122/2005)³², con la singolare e non condivisibile conseguenza che, in assenza anche della richiesta, la nuova disciplina non potrà trovare alcuna applicazione. Si tratta della classica ipotesi di cosiddetta vendita su carta o in pianta, secondo quanto disposto, altresì, dall'art.

29 Per una prima, articolata disamina può rinviarsi, tra diversi, a PETRELLI, G.: *Gli acquisti di immobili da costruire*, Ipsoa, Milano, 2005; nonché al volume collettaneo *Tutela dell'acquirente di immobili da costruire: applicazione del d.lgs. 122/2005 e prospettive* (a cura della FONDAZIONE ITALIANA PER IL NOTARIATO), Il Sole 24 ore, Milano, 2006.

30 Sulla distinzione, all'interno della vicenda contrattuale, tra la dimensione del fatto rispetto a quella del rapporto, esemplarmente, RICCA, L.: *Contratto e rapporto nella permuta atipica*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 39 ss.

31 Si riprende qui, con ulteriori sviluppi e adeguati aggiornamenti, l'ordine di idee seguito in DI ROSA, G.: "Circolazione immobiliare e contrattazione preliminare", *Riv. dir. civ.*, 2011, in particolare p. 119 ss. e ripreso in DI ROSA, G.: *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti. Lineamenti di parte generale*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 313 ss. Il tipo di problemi a cui si accennerà brevemente in testo ha formato oggetto di una compiuta indagine, all'interno peraltro di un lavoro di più ampio respiro, da parte di GUZZARDI, G.: *La permuta atipica. Trattati ricostruttivi e regole operazionali*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 197 ss.; per qualche ulteriore, specifico riferimento, tra i tantissimi contributi, GUZZARDI, G.: "Fallimento del venditore e acquisto di immobile da costruire", nota a Trib. Padova, 30 maggio 2019, *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 1206 ss. e GUZZARDI, G.: "Tutela del promissario acquirente di immobili da costruire e abuso del diritto", commento a Cass., 12 luglio 2022, n. 21966, *Pactum*, 2022, p. 549 ss.; in precedenza D'AMICO, G.: "Vendita dell'immobile da costruire e fallimento", *Dir. fall.*, 2007, p. 213 ss.

32 Indicazioni in verità non richieste dalla disciplina pubblicistica di riferimento, se non per i contratti definitivi, ossia traslativi, di cui all'art. 46, comma 1, d.P.R. n. 380/2001, ma che rilevano in positivo, come correttamente evidenziato da RIZZI, G.: "Il contenuto del contratto preliminare", *Consulente immobiliare*, 2005, p. 1729, al fine di consentire l'ottenimento dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a concludere il contratto ai sensi e per gli effetti dell'art. 2932 c.c.

I, comma I, lett. d), d.lgs. n. 122/2005, su cui, in stretta connessione con il senso di questa disamina, può risultare di interesse qualche, sia pur breve, precisazione³³. Gli immobili da costruire, ossia l'oggetto della programmata acquisizione, sono normativamente individuati, appunto, come quelli per i quali "sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità" (art. I, comma I, lett. d), d.lgs. n. 122/2005). Viene dunque così assicurata una tutela massima rispetto al termine finale di realizzazione del bene; diversamente sembra invece doversi ritenere rispetto al momento iniziale della decorrenza della tutela. Al riguardo, infatti, appare centrale la richiesta del permesso di costruire come requisito di operatività della tutela rispetto agli immobili da costruire. Proprio allora muovendo dal riferimento alla presentazione del permesso di costruire come elemento iniziale dell'arco temporale di tutela, i giudici di legittimità (in maniera per la verità coerente con la lettera della legge) hanno escluso dall'ambito di applicazione della disciplina di tutela il contratto preliminare avente a oggetto edifici esistenti soltanto "sulla carta", ossia già allo stato di progetto ma per i quali non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire o un titolo equipollente³⁴. Il dettato normativo e la consequenziale interpretazione fornita dalla giurisprudenza creano non poche difficoltà. Nella pratica, infatti, è possibile che al momento della stipula del contratto preliminare di vendita immobiliare non sia stata depositata la richiesta di permesso di costruire, anche a fronte della corresponsione di un acconto da parte del promissario acquirente, che rimane così sprovvisto delle nuove, e più incisive, tutele. Il giudice delle leggi ha però recentemente affermato la legittimità della scelta normativa ritenendola, quale opzione di politica regolatoria del mercato, essenzialmente discrezionale³⁵. Resta il dubbio, tuttavia, che la discrezionalità politica costituisca piuttosto una scelta (in questo caso) irrazionale, sembrando irragionevole escludere dal raggio di tutela gli acquirenti di un bene per il quale ancora non è stato richiesto neanche il permesso di costruire.

Che si tratti di un ordine di problemi che non può ritenersi compiutamente risolto sembra emergere altresì da un successivo intervento giudiziale che ha questa volta dichiarato fondato la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. I, comma I l. n. 210/2004, I, comma I, lettera d), e 9, comma I, d.lgs. n. 122/2005, in riferimento all'art. 3 Cost.³⁶. Si è ritenuta

33 Per significativi rilievi critici al riguardo, in un segnalato contesto di luci e ombre della normativa in esame, LUMINOSO, A.: *La compravendita*⁶, Giappichelli, Torino, 2015, 197 ss.

34 Si tratta della decisione di Cass., 10 marzo 2011, n. 5749, *Notariato*, 2011, p. 383 ss., con nota di LIOTTI, G.: "La Suprema Corte si pronuncia sui requisiti di validità del preliminare di vendita "sulla carta" e *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 952 ss., con nota di STEFINI, U.: "L'applicazione della normativa di tutela degli acquirenti di immobili da costruire e il problema degli immobili per i quali non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire"

35 Il riferimento è a Corte cost., 19 febbraio 2018, n. 32, *Foro it.*, 2018, I, p. 1493.

36 Si richiama qui la decisione di Corte cost., 24 febbraio 2022, n. 43, in *www.ilcaso.it*.

infatti discriminatoria l'esclusione degli acquirenti su pianta o carta dall'ambito di operatività della disciplina in esame rispetto alla tutela offerta dall'attribuito diritto di prelazione nell'acquisto dell'immobile ai sensi dell'art. 9 d.lgs. n. 122/2005, da far valere nella vendita forzata dell'immobile, conseguente alla situazione di crisi del costruttore. La prevista limitazione, in rapporto sia alla *ratio* della richiamata preferenza sia all'assetto di interessi ove la preferenza medesima si colloca, è stata così ritenuta in evidente contrasto con il principio di eguaglianza, non trovando fondamento alcuno l'operata (ma ingiustificata) distinzione tra categorie di soggetti. Secondo il giudice delle leggi, infatti, "non appresta, invero, protezione a chi nutra un mero affidamento nella realizzazione dell'immobile, come nel caso della tutela offerta dall'obbligo del costruttore di prestare la fideiussione, rispetto al quale la citata sentenza n. 32 del 2018 ha ritenuto non irragionevole l'esclusione dalla disciplina di affidamenti meno consolidati e, pertanto, meno meritevoli di tutela. Al contrario il diritto di prelazione sorte ex lege sul duplice presupposto che l'immobile sia stato realizzato e che l'alloggio sia stato destinato, dopo la consegna, ad abitazione principale dell'acquirente o del coniuge o di un parente di primo grado. Il diritto di prelazione, attraverso la pretesa a essere preferiti a parità di condizioni nella vendita forzata, persegue, dunque, la finalità di preservare un interesse giuridico attuale, il diritto inviolabile all'abitazione, che scaturisce, sul presupposto dell'avvenuta consegna dell'immobile all'acquirente o al promissario acquirente, dalla destinazione dell'alloggio a soddisfare un bisogno esistenziale primario della persona e della sua famiglia"³⁷.

37 Corte cost., 24 febbraio 2022, cit.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Tutela dell'acquirente di immobili da costruire: applicazione del d.lgs. 122/2005 e prospettive* (a cura della FONDAZIONE ITALIANA PER IL NOTARIATO), Il Sole 24 ore, Milano, 2006.

AA. VV., *Codice della proprietà e dei diritti immobiliari* (a cura di F. PREITE e M. DI FABIO), Wolters Kluwer-Utut, Milano-Torino, 2015.

ADDIS, F.: "Francesco Carnelutti e la teoria giuridica della circolazione", in *Rileggere i «classici» del diritto civile italiano (1920-1935)* (a cura di G. PERLINGIERI), Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2024, p. 143 ss.

AMAGLIANI, R.: *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1999.

AMELOTTI, M.: "Notaio (dir. rom.)", in *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, p. 553 ss.

BIGLIAZZI GERI, L.-BRECCIA, U.-BUSNELLI, F.D.-NATOLI, U.: *Diritto civile, I.I., Norme, soggetti e rapporto giuridico*, Utet, Torino, 1987, p. 260 ss.

BELFIORE, A.: *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Giuffrè, Milano, 1979.

CALVO, R.: *Diritto civile, II, Il contratto*³, Zanichelli, Bologna, 2023, p. 113 ss.

CALVO, R.-CIATTI CÀIMI, A.: *Diritto privato*⁶, Zanichelli, Bologna, 2024, p. 74 ss.

CARNELUTTI, F.: *Teoria giuridica della circolazione*, Cedam, Padova, 1933.

CASU, G.: "Beni culturali e contrattazione immobiliare – Studio 23 giugno 1998, n. 2011", in www.notariato.it/it/ufficio_studi.

CHIARELLA, M.L.: *Diritti reali di godimento*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato* (diretto da P. PERLINGIERI), Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020, p. I ss.

D'AMICO, G.: "Vendita dell'immobile da costruire e fallimento", *Dir. fall.*, 2007, p. 213 ss.

D'ORAZI FLAVONI, M.: "La responsabilità civile nell'esercizio del notariato", in *Scritti giuridici*, Consiglio notarile di Roma, 1965, II, p. 965.

DI FABIO, M.: "Notaio (dir. vig.)", in *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, p. 565 ss.

DI FABIO, M.: "Notaio", in *Enc. dir., Aggiornamento*, III, Giuffrè, Milano, 1999, p. 791 ss.

DI ROSA, G.: *Proprietà e contratto. Saggio sulla multiproprietà*, Giuffrè Milano, 2002, p. 82 ss.

DI ROSA, G.: "Circolazione immobiliare e contrattazione preliminare", *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 119 ss.

DI ROSA, G.: "Diritti reali di godimento e diritti reali di garanzia", in *Codice della proprietà e dei diritti immobiliari* (diretto da F. PREITE e M. DI FABIO), Wolters-Kluwer, Milano-Torino, 2015, sub art. 810, p. 24 ss.

DI ROSA, G.: *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti. Lineamenti di parte generale*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 313 ss.

GABRIELLI, G.: "Regime patrimoniale della famiglia", in *Digesto disc. priv. (sez. civ.)*, XVI, Utet, Torino, 1997, p. 334.

GUALAZZINI, U.: "Documentazione e documento (dir. interm.)", in *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 561 ss.

GUZZARDI, G.: *La permuta atipica. Tratti ricostruttivi e regole operazionali*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 197 ss.

GUZZARDI, G.: "Fallimento del venditore e acquisto di immobile da costruire", nota a Trib. Padova, 30 maggio 2019, *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 1206 ss.

GUZZARDI, G.: "Tutela del promissario acquirente di immobili da costruire e abuso del diritto", commento a Cass., 12 luglio 2022, n. 21966, *Pactum*, 2022, p. 549 ss.

JANNARELLI, A.: "Passato e presente degli "usi civici" nel diritto vivente: dalla legge del 1927 a quella del 2017. Brevi cronache di un'evoluzione incompiuta", *Riv. dir. agr.*, 2002, II, p. 121 ss.

LIOTTI, G.: "La Suprema Corte si pronuncia sui requisiti di validità del preliminare di vendita "sulla carta"", *Notariato*, 2011, p. 386 ss.

LUMINOSO, A.: *La compravendita*⁸, Giappichelli, Torino, 2015, 197 ss.

MAZZOLA, M.: "Notaio e notariato", in *Digesto disc. priv.* (sez. civ.), XII, Utet, Torino, 1995, p. 230 ss.

PETRELLI, G.: "La nullità urbanistica alla luce della sentenza delle sezioni unite n. 8230/2019", in *Biblioteca on line della Fondazione Nazionale del Notariato*.

PETRELLI, G.: *Gli acquisti di immobili da costruire*, Ipsoa, Milano, 2005.

PUGLIATTI, S.: "L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti", ora in Id., *Scritti giuridici*, III, 1948-1957, Giuffrè, Milano, 2011, p. 115 ss.

PUGLIATTI, S.: "Beni e cose in senso giuridico", ora in Id., *Scritti giuridici*, IV, 1958-1964, Giuffrè, Milano, 2011, p. 429.

RICCA, L.: *Contratto e rapporto nella permuta atipica*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 39 ss.

RIZZI, G.: "Il contenuto del contratto preliminare", *Consulente immobiliare*, 2005, p. 1729

RIZZUTI M.: "Gli ultimi interventi della Cassazione in materia di responsabilità notarile", *Giur. it.*, 2015, p. 548 ss.

ROMEO, P.: "La responsabilità professionale del notaio", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 1612 ss.

RUSSO, F.: *La responsabilità professionale del notaio*, Dissertazione per il Diploma di licenza magistrale, Scuola Superiore di Catania – Mediterranean University Center, Anno accademico 2016-2017, Catania, 2017.

RUSSO, F.: "Sulla validità ed efficacia degli atti di alienazione di beni di interesse storico artistico in caso di omessa denuncia. Il caso di Palazzo Giustiniani (Cass., sez. un., 26 gennaio 2024, n. 2481)", *Rassegna dir. moda e arti*, 2023, 2, p. 205 ss.

SCACCHETTI, M.G.: "Notaio nel diritto romano", in *Digesto disc. priv.* (sez. civ.), XII, Utet, Torino, 1995, p. 241 ss.

SICA, S.: *Atti che devono farsi per iscritto*, in *Il codice civile. Commentario* (fondato da P. SCHLESINGER e continuato da F.D. BUSNELL), Art. 1350, Giuffrè, Milano, 2003.

STEFINI, U.: "L'applicazione della normativa di tutela degli acquirenti di immobili da costruire e il problema degli immobili per i quali non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire", *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 955 ss.

TALAMANCA, M.: "Documentazione e documento (dir. rom.)", in *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 548 ss.

TOMASI, S.: "Applicazioni rigoriste e interpretazioni adeguatrici in tema di responsabilità notarile", *Giur. it.*, 2021, p. 2068 ss.

TOMASI, S.: "Usi civici e limiti alla circolazione della proprietà", *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, I, p. 1287 ss.

VELLANI, G.: "Notaio e notariato", in *Digesto disc. pubbl.*, X, Utet, Torino, 1995, p. 169 ss.

VIENTOS LUSITANOS: LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL
PORTUGUÉS EN MATERIA DE MENORES

*LUSITANIAN WINDS: THE REFORM OF THE PORTUGUESE CIVIL
CODE IN MATTERS OF MINORS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 894-919

Pablo MURUAGA
HERRERO

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de marzo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza la reforma del Código Civil portugués aprobada en abril de 2025, centrada en la regulación del estatuto jurídico de los menores de edad. Esta reforma, en particular, ha prohibido el matrimonio a los menores de dieciocho años, eliminando así la posibilidad de emancipación por esta vía y suprimiendo, como consecuencia de lo anterior, la figura del menor emancipado en Portugal. Como consecuencia, también se eleva la edad mínima para otorgar testamento, limitándola exclusivamente a los mayores de edad. Igualmente, se examinan críticamente estas modificaciones y se plantea la posible influencia de esta reforma en el Derecho español.

PALABRAS CLAVE: Menor de edad; menor emancipado; emancipación; capacidad para testar; matrimonio de menores de edad; estatuto jurídico del menor.

ABSTRACT: *This paper analyzes the reform of the Portuguese Civil Code approved in 2025, focused on the regulation of the legal status of minors. This reform prohibits marriage to minors under eighteen years of age, thus eliminating the possibility of emancipation by this means and abolishing the figure of the emancipated minor in Portugal. As a consequence, the minimum age for granting a will is also raised, limiting it exclusively to those of legal age. These modifications are also critically examined and the possible influence of this reform on Spanish law is discussed.*

KEY WORDS: *Minors; emancipated minors; emancipation; testamentary capacity; marriage of minors; legal status of minors.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN HISPANOLUSA.- II. LA REFORMA DEL AÑO 2025: MATRIMONIO, EMANCIPACIÓN Y CAPACIDAD PARA TESTAR.- I. El matrimonio de menores.- A) La regulación anterior a 2025 y comparativa con España.- B) La reforma que lo desencadenó todo.- 2. ¿Seguirán existiendo menores emancipados en Portugal?.- 3.- Hacer testamento es cosa de mayores –de edad–.- 4.- Un último aspecto reseñable de la reforma portuguesa: el dolo del menor.- 5.- Una breve comparación del estatuto del menor en la Unión Europea.- III. ¿INFLUIRÁ –O DEBERÍA INFLUIR– LA REFORMA PORTUGUESA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL?

I. INTRODUCCIÓN HISPANOLUSA.

“*De Espanha, nem bom vento, nem bom casamento*” afirma el refranero portugués y representa hasta cierto punto –no sin ironía– cómo han sido las relaciones históricas entre los dos estados que más territorio ocupan de la Península Ibérica. Más de mil kilómetros de frontera compartida, la Raya o *A Raia*, que representa las espaldas de ambos países¹, pues rara vez se han mirado de frente, a pesar de que la realidad histórica de cada uno de ellos no se entienda completamente sin la del otro –y sin ambos y sin los Tratados de Tordesillas y de Zaragoza no se entienda gran parte del mundo actual–. Las fricciones –inerciales en su mayoría– de tiempos pretéritos –como ocurre con Olivenza u *Olivença*, cuestión que aparece y desaparece intermitentemente, emulando al Guadiana, frontera natural entre ambos estados– o los clichés en ambas naciones hacen palidecer un patrimonio común, sus mutuas influencias y estrechas relaciones² –más escasas, empero, de lo que de la proximidad geográfica se pudiera deducir–. Ahora bien, por ir centrando el tiro, ¿qué ha sucedido entre los Derechos portugués y español? ¿Se han influido mutuamente? ¿O ambos se han fijado principalmente en otros modelos y ordenamientos jurídicos, dándose la espalda, y solo con disimulo y de reojo han mirado a su vecino geográfico más próximo?

Sin adentrarnos en exceso en estas cuestiones –y cuya respuesta es afirmativa: se han influido³, aunque, lo reitero, quizá no tanto como podría haberse previsto–, no podemos obviar que gran parte de nuestro sustrato, al menos en el ámbito del Derecho privado, es compartido, ya sea por los rescoldos del Derecho romano,

1 Se afirma que José SARAMAGO sostuvo que España y Portugal “son como dos hermanos siameses que nacieron unidos por las espaldas y que jamás se han visto las caras”.

2 Piénsese, por ejemplo, en la regulación de la adquisición de la nacionalidad española de acuerdo con los arts. 22 y 24 CC, que contemplan un régimen especial para, entre otros, los ciudadanos portugueses.

3 MARÍN PÉREZ, P.: “El nuevo Código civil portugués”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 223, núm. 4, 1967, p. 446. Este autor afirma (p. 446) que “existe un paralelismo evidente entre los sucesos españoles y los lusitanos; unas veces es España quien da la pauta; otras nos precede Portugal; pero, en definitiva, el paralelismo existe siempre. [...] Este paralelismo se advierte de igual modo en lo que se refiere al proceso de codificación y a sus fuentes inspiradoras, si bien Portugal realizó antes que España, por circunstancias diversas, la codificación de su Derecho civil”.

ya sea por la influencia que en ambos países tuvo el Código napoleónico⁴ —y el superestrato, como consecuencia de su pertenencia a la Unión Europea, es cada vez más parecido o, al menos, sigue una misma dirección—. Es cierto, no obstante, que la codificación civil se produjo primero en el país de los fados y posteriormente en el de la copla, por más que el primer Código civil portugués, de 1867, se inspirase claramente en el Proyecto de García Goyena de 1851⁵.

Con todo, cada sociedad, efectivamente, es distinta y su Derecho, una muestra de ella, avanzando cada uno en su propia dirección, con resultados distintos, a pesar de los constantes transvases —las fronteras, en la mayoría de las ocasiones, no son murallas para las mutuas influencias—. Sin embargo, ello no debe impedir que, aunque se deambule por caminos diversos, se pierda de vista los cambios que se van realizando en el otro país. Por tal razón, en ocasiones, cuando uno de los dos estados —en este caso o Portugal o España— lleva a cabo alguna modificación legislativa —o se plantea llevarla a cabo—, la doctrina científica no duda en analizar tales cambios y plantearse la conveniencia o inconveniencia de su implantación —o *importación*— en su respectivo país⁶, pues, ya se sabe, siguiendo ahora al refranero español, que “cuando las barbas de tu vecino veas cortar, pon las tuyas a remojar”; o lo que es lo mismo: *quando las leyes de tu vecino veas cambiar...*

Esto es, en cierta medida, lo que ha acontecido recientemente en Portugal con la aprobación de la *Lei n.º 39/2025, de 1 de abril*, por la que se ha modificado su *Código Civil*, su *Código do Registro Civil* y su *Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo*⁷. ¿Qué interés puede despertar esta modificación legislativa en España? El objetivo principal de la reforma, como se recoge en el preámbulo de la norma, es la prohibición del matrimonio de los menores de edad, prohibición que podría trasladarse a España a la vista de que el art. 46 CC únicamente prohíbe contraer matrimonio a “[l]os menores de edad no emancipados”, es decir, que en España a

4 En general, sobre la codificación portuguesa, vid. MARÍN PÉREZ, P.: “El nuevo”, *passim*.

5 Curiosamente, este código ha sido ampliamente alabado por la doctrina científica, a pesar de que en la práctica tuvo escasa influencia. Entre otros, vid. BARBAS HOMEM, A. P.: “O Código de Seabra na história do Direito civil”, *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 77, 2017, pp. 45-61. Por su parte, PETIT CALVO, C.: “España y el Código civil portugués (1867)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 66, núm. 2, 2013, pp. 530 y 531, no duda en afirmar que este código “presentó tanta originalidad de técnica y contenido y se leyó en su momento con tal interés [...] que merece la pena recordar sus principales aspectos y las razones que lo singularizaron en un panorama legal dominado por el *Code Napoléon*”. Igualmente, vid. las alabanzas de CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. I, 10.ª ed., Reus, Madrid, 1961, p. 159.

6 Como muestra, verbigracia, vid. PINTO MONTEIRO, A.: “Sobre a modificação judicial de penas contratuais ‘manifestamente excessivas’ – A proposta espanhola de 2023”, *Revista de Derecho Civil*, vol. XI, núm. 4, 2024, pp. 139-161; TEIXEIRA PEDRO, R.: “Los pactos sucesorios renunciativos celebrados por las personas que van a casarse una con la otra: una novedad introducida por la reforma de 2018 en el Derecho portugués”, en AA. VV.: *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones. Uma mirada comparativa* (coord. por M. P. REPRESA POLO y M. T. ÁLVAREZ MORENO), Reus, Madrid, 2022, pp. 265-278; o REIS MOREIRA, A.: “La reforma del Código Civil portugués respecto al estatuto del animal”, *Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 9, núm. 3, 2018, pp. 80-91.

7 *Lei n.º 147/99, de 1 de setembro*.

partir de los dieciséis años –siempre que se esté emancipado– se puede contraer matrimonio.

Y, a pesar de lo que el lector pudiera imaginar –creyendo que el número de matrimonios en el que al menos uno de los contrayentes sea menor de edad no es un fenómeno habitual–, lo cierto es que en España la celebración de estos matrimonios no es una cuestión del todo menor –tampoco mayor–, de acuerdo, al menos, con las cifras que contempla el Instituto Nacional de Estadística: desde el año 2015, momento en el que se aumentó la edad legal para contraer matrimonio, en España lo han contraído 367 menores –27 hombres y 340 mujeres–⁸, aunque mostrando una tendencia bajista. No obstante, aunque el debate de los matrimonios infantiles⁹ nunca deje de estar del todo ausente de la palestra jurídico-política¹⁰ –y este sea precisamente el motivo que ha llevado a cambiar la legislación del país luso¹¹–, lo interesante de la reforma portuguesa está en sus aledaños, pues, casi como si fueran piezas de dominó, al cambiar la edad legal de matrimonio se ha suprimido la emancipación y, al suprimirla, se ha aumentado la edad legal –ahora se requiere ser mayor de edad– para otorgar testamento –entre otras razones porque la legislación portuguesa, como se verá a continuación, se había construido no en torno a edades fijas, como en el caso español, sino alrededor de la institución de la emancipación–.

De esta suerte, dejando a un lado el aumento de la edad legal para contraer matrimonio, de la reforma portuguesa cabe destacar, al menos, tres cuestiones. En primer lugar, la supresión de la emancipación como institución en el ordenamiento jurídico portugués –la cual, como se comentará seguidamente, ya tenía una extensión bastante reducida si se la compara con la emancipación española–. En segundo lugar, el aumento de la edad legal para poder otorgar testamento, impidiendo que cualquier menor de dieciocho años pueda otorgarlo. Y, en tercer lugar, sobre todo, la configuración del estatuto jurídico del menor de edad, es decir, qué razones –o sinrazones– determinan qué es lo que puede, o no, realizar de manera legal, pues con estas modificaciones legislativas, en Portugal, un menor ya no puede contraer matrimonio u otorgar testamento, pero sí que puede,

8 Disponibles en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=6532>. Si se comparan estas cifras con las anteriores a la reforma sí que podemos observar, cómo paulatinamente, este número se ha reducido. En el periodo entre 2006 y 2014, en España contrajeron matrimonio 1.510 menores de edad –58 menores de 16 años–.

9 Se considera matrimonio infantil a aquel contraído, al menos, por un menor de 18 años, de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, salvo en aquellos supuestos en los que un concreto estado otorgue la mayoría de edad antes del decimoctavo cumpleaños.

10 Entre otros, *vid.*, v. gr., DIEZ PERALTA, E.: *El matrimonio infantil y forzado en el Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, *passim*; o VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Matrimonios forzados. Análisis jurídico y empírico en clave victimológica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, *passim*.

11 Precisamente, una de las razones del cambio de normativa se encuentra en que, de acuerdo con las autoridades, entre el año 2015 y el año 2023, en Portugal, de acuerdo con el Instituto de Registos e Notariado, contrajeron matrimonio 836 menores de edad, con cifras ascendentes: 130 en 2021, 158 en 2022, 178 en 2023, 227 en 2024 y 65 en 2025 hasta la modificación.

verbigracia, a partir de las dieciséis primaveras, ser responsable penalmente, llevar a cabo una actividad profesional o solicitar el cambio de género. Y, entonces, surge la pregunta capital: ¿qué es lo que determina, en definitiva, que sí que puedan realizar ciertos actos y hechos con trascendencia jurídica y no puedan realizar otros cuya trascendencia jurídica y personal es perfectamente equiparable? ¿Se es maduro para ser penalmente responsable, pero no se es para contraer matrimonio? Es decir, ¿un menor puede asumir las consecuencias penológicas de sus conductas – porque se le presupone que ya tiene capacidad suficiente como para comprender las consecuencias de sus actos–, pero no puede contraer matrimonio porque su voluntad puede no estar del todo formada y siempre sobrevuela el fantasma de los matrimonios forzados –que, efectivamente, son una preocupación; aunque quizá, aquí, como tantas otras veces, estén *pagando justos por pecadores*–? ¿Es mejor la prohibición *ex ante* o un control cierto y efectivo *ex post*? Algunas que otras dudas surgen a la vista de la regulación portuguesa, en particular, si trasladamos lo allí reformado al ordenamiento jurídico español. ¿Son convenientes y adecuados los vientos lusitanos que pueden arribar a España desde el otro lado de la frontera? ¿O más que nunca deberíamos hacer nuestro el refrán del país vecino: “*De Portugal, nem bom vento, nem bom casamento [e nem boas leis]*”?

II. LA REFORMA DEL AÑO 2025: MATRIMONIO, EMANCIPACIÓN Y CAPACIDAD PARA TESTAR¹².

I. El matrimonio de menores.

A) La regulación anterior a 2025 y comparativa con España.

El art. 1600 del *Código Civil* portugués –en adelante, CCP–, tanto antes de la reforma acaecida en 2025 como en la actualidad, dispone que “[t]ienen capacidad para contraer matrimonio todas las personas que no tengan ninguno de los impedimentos matrimoniales establecidos por la ley”. De este modo, se ha de acudir a los arts. 1601 y ss. CCP, debiéndose centrar nuestra atención, en particular, en el art. 1601 CCP. En este precepto se señalaba hasta la reforma del año 2025, bajo la rúbrica de «impedimentos absolutos», que “[s]on impedimentos, para contraer matrimonio con cualquier otra persona, los siguientes: a) ser menor de dieciséis años; demencia notoria, incluso durante intervalos lúcidos, y la decisión de acompañar, cuando el respectivo juicio así lo determine; c) matrimonio anterior no disuelto, católico o civil, aunque no se haya hecho la respectiva inscripción en el registro civil”.

12 La reforma de la *Lei n.º 39/2025, de 1 de abril* tiene una mayor extensión que lo que aquí se va a analizar. Realmente se han modificado los arts. 125, 126, 128, 129, 1601, 1699, 1817, 1842, 1846, 1857, 1860, 1861, 1876, 1877, 1880, 1893, 1900, 1904-A, 1913, 1933, 1939, 1940, 1947, 1980, 1991, 2189 y 2274 del *Código Civil* portugués, además de preceptos de otras normas.

Es decir, en Portugal, hasta la reforma de abril de 2025, no podían casarse los menores de dieciséis años de edad, pero sí aquellos que estuvieran comprendidos en la franja de edad entre los dieciséis años y los dieciocho, y sin que hubiera ninguna referencia a la emancipación como sí que ocurre en España, puesto que en este último país, desde el año 1981, el art. 46 CC dispone que «[n]o pueden contraer matrimonio: 1.º Los menores de edad no emancipados. 2.º Los que estén ligados con vínculo matrimonial». Ello implica, a la postre, que para poder contraer matrimonio en España es necesario, al menos, tener dieciséis años y, además, estar emancipado¹³.

Las diferencias entre ambos sistemas saltan a simple vista: en uno se opta por recurrir a una concreta edad –un criterio objetivo, sin que sea necesario llevar a cabo ninguna actuación por parte del menor de edad– y en el otro se decide utilizar el criterio de la emancipación –en el que claramente se exige una actuación *proactiva* del menor, pues no es un estado al que se acceda instantáneamente, como sí que ocurre con la mayoría de edad¹⁴–.

La gran semejanza, no obstante, no estaba –comparando ambos sistemas– en el mismo hecho de utilizar la emancipación como criterio para contraer matrimonio, sino en la necesidad de actuar de manera activa, desde el año 2015, para obtener la emancipación como requisito previo para poder contraerlo –no se impide el matrimonio de un menor, pero sí que puede suponer un embarazo para su consecución, una traba jurídica que con el mero transcurso del tiempo desaparece; ¿acaso quien quiere casarse con dieciséis o con diecisiete años no puede esperarse a los dieciocho años y ahorrarse unos trámites?–.

B) La reforma que lo desencadenó todo.

El art. 1601 CCP, tras la reforma que se comenta en esta ocasión, no ha variado sustancialmente a simple vista, pero sí que tiene una serie de consecuencias de gran impacto, que no se terminaron de prever o de vislumbrar en el momento de la tramitación legislativa –al menos, es lo que se deduce de los trabajos prelegislativos y de los diversos debates políticos– y, por tal razón, el título de este apartado, «La reforma que lo desencadenó todo», tiene tintes cercanos a lo épico o a lo epopéyico –o a lo *lusiado*, si me apuran, rememorando a CAMÕES¹⁵–; porque,

13 Conviene recordar, no obstante, que el art. 314 CC – art. 239 CC en la actualidad–, hasta la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, disponía que “[l]a emancipación tiene lugar: 1.º Por la mayor edad. 2.º Por el matrimonio del menor. 3.º Por concesión de los que ejerzan la patria potestad. 4.º Por concesión judicial”. No obstante, la actual regulación no contempla el matrimonio del menor como causa de emancipación, sino que es requisito previo su emancipación para poder contraerlo.

14 *Vid.*, respecto de la emancipación, los arts. 239, 241, 242, 243, 244 y 245 CC. Ahora bien, a pesar de lo dicho, no podemos obviar que la emancipación por concesión de los padres no exige una actuación desmesurada del menor, pues, en cierto modo, basta con su consentimiento a la iniciativa de aquellos.

15 Luís Vaz de CAMÕES publicó en 1572 *Os Lusíadas*, considerada la primera epopeya en portugués.

en efecto, el cambio de ese precepto es lo que ha determinado que dediquemos estas páginas a una reforma que, en apariencia –reitero–, parece menor.

Actualmente, el art. 1601 CCP tiene el mismo contenido que antes de la reforma –citado *ut supra*–, excepto en lo referente al primer impedimento, pues ahora en el precepto se establece que es un impedimento «[s]er menor de dieciocho años», buscando, según el preámbulo de la norma, una mayor protección de los derechos de los menores –reiterando ese mantra¹⁶–. Liviana y superficialmente, parece que, en efecto, el cambio no es tan significativo como he dejado entrever: ¿tanto importa un cambio de dos años? ¿Tiene alguna enjundia aumentar en dos años la edad legal para contraer matrimonio? Realmente lo es, pues representa una pieza más de un engranaje de un reloj que es el estatuto jurídico del menor¹⁷.

Nuestro objetivo o nuestra reflexión, no obstante, no van encaminadas hacia ese cambio del estatuto del menor –aunque también–, sino en las consecuencias y en las repercusiones que tal modificación ha tenido en el ordenamiento jurídico portugués.

¿Por qué? Para responder correcta y completamente esta pregunta conviene, sin embargo, explicar previamente algunas cuestiones aludidas, consecuencia de las modificaciones realizadas por la *Lei n.º 39/2025, de 1 de abril*: la edad para otorgar testamento y la supresión de la emancipación. La modificación del art. 1601 CCP y la derogación o modificación de los preceptos en los que se regulan esas otras instituciones han provocado que nos encontremos con el embrollo actual y que bien podrían recordar, como ya señalé, al juego del dominó –y a su efecto–; o al efecto mariposa –o, por ser más literario, a BRADBURY y su *A Sound of Thunder*–: el cambio de un artículo del *Código Civil* portugués provoca cambios –no esperados– en otras instituciones jurídicas y hace que en el país vecino –en este caso, en España– nos replanteemos nuestras propias instituciones.

16 ¿El aumento de la edad legal del matrimonio realmente implica una mayor protección de los derechos de los menores? Aunque consideremos que sí que puede implicar esa mayor protección, no podemos perder de vista que el aumento supone, a su vez, una merma de la libertad del menor. ¿Son realmente los dieciocho años la dorada medianía en materia de protección del menor?

17 En los debates parlamentarios se vertieron argumentos a favor y en contra de la modificación. Así, se afirmó, por ejemplo, que “[s]i consideramos que un menor de dieciocho años no puede conducir, no podemos permitirle casarse”, que “hacer coincidir la mayoría de edad con la edad para casarse es un paso lógico y necesario”, que mantener la edad legal para contraer matrimonio en los dieciséis años es “una respuesta meditada y equilibrada que salvaguarda la autonomía de los jóvenes sin descuidar la protección contra los abusos”, que es una reforma inconsistente porque “a los dieciséis años un joven puede trabajar, puede ser considerado penalmente responsable de sus actos o solicitar el cambio de género”. En definitiva, una serie de argumentos que lo que hacen no es otra cosa que constatar que, tal vez, el estatuto jurídico del menor de edad –ora en Portugal, ora en España– no es totalmente coherente. Y la edad para contraer matrimonio no deja de ser una pieza más de todo ese engranaje –podríamos afirmar que relojero– que, aunque en ocasiones funcione correctamente –*hasta un reloj parado da la hora exacta dos veces por día*–, está repleto de aspectos y cuestiones que requieren de una revisión no fragmentaria o parcial, sino completa, casi como si de una enmienda a la totalidad se tratara. Aunque volvamos al final de este artículo a esta cuestión –la del estatuto jurídico del menor de edad– no podemos obviar que tal estudio excede de nuestro cometido en esta ocasión y, por ello, nos limitaremos, a lo sumo, a realizar alguna apreciación puntual.

2. ¿Seguirán existiendo menores emancipados en Portugal?

Cada cierto tiempo –muy de vez en cuando–, la emancipación reaparece –y con ella los menores emancipados– en la conversación jurídica, política y social; ya sea para su supresión –¿sigue teniendo algún sentido esta institución en la actualidad?–, ya sea por alguna utilidad que se le ha encontrado o le pretende encontrar –el utilitarismo o pragmatismo de la emancipación–¹⁸. Con todo, se trata de una situación jurídica de la persona que se encuentra entre la mayoría de edad –y el pleno ejercicio de la capacidad jurídica– y la minoría de edad, produciéndose la extinción de la autoridad a la que estaba sujeto el menor de edad –patria potestad o tutela¹⁹–, otorgándosele una mayor autonomía, aunque sin que se pueda equiparar a la del mayor de edad por la existencia, para ciertos negocios jurídicos, de una serie de limitaciones²⁰. En definitiva, la emancipación “equivale a independizar o independizarse, pese a no haber llegado aún a la mayoría de edad, de la patria potestad o tutela a la que en principio está sujeto el menor de edad”²¹.

Si bien el concepto de “emancipación” –o su sustrato– es compartido en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos²², las causas o las razones o los supuestos que permiten que el menor de edad *transmute* no son los mismos en todos ellos, sino que, en cada uno, han ido variando, ampliándose o limitándose, atendiendo a las más diversas razones.

18 Estas cuestiones las traté de manera pormenorizada en MURUAGA HERRERO, P.: “Estado actual de la emancipación”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 22, 2025, pp. 258-303. Como indiqué en su momento, en ciertas ocasiones “aparecen resoluciones judiciales y administrativas [...] que vuelven a traer el foco sobre esta institución, encontrándole, desde un punto de vista utilitarista y pragmático, funciones, aptitudes o capacidades que hacen que ese final se postergue en el tiempo”. Igualmente, con carácter reciente, *vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “Capacidad del menor emancipado para aceptar o repudiar la herencia: un caso singular”, *Revista de Derecho Privado*, vol. 108, núm. 4, 2024, pp. 79-113.

19 Utilizamos en un sentido amplio los términos “emancipación” y “menor emancipado” para englobar no solo al menor que estaba sujeto a patria potestad, sino también al que estaba sujeto a tutela. Es cierto que, en este último caso, el Código Civil hace referencia al beneficio de la mayor edad –pues el tutor no puede conceder la emancipación del menor de edad que esté a su cargo–. No obstante, aunque la terminología es distinta, las consecuencias jurídicas de ambas instituciones son las mismas. Se trata de una distinción terminológica sin ningún efecto práctico. Por ello, aquí se utiliza de manera genérica el término, comprendiendo con ello las dos situaciones.

20 Sobre el concepto de emancipación, entre otros, *vid.* GETE-ALONSO CALERA, M. C.: “La edad”, en AA.VV.: *Manual de Derecho Civil I. Introducción y derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 169.

21 LASARTE ÁLVAREZ, C.: “La capacidad de obrar: edad y emancipación de menores”, en AA.VV.: *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas* (coord. por M. P. POUS DE LA FLOR, R. A. LEONSEGUI GUILLOT y F. YÁÑEZ VIVERO), Exlibris, Madrid, 2009, p. 11.

22 Se debe recordar que la institución jurídica de la emancipación tiene su origen en Roma. Desde entonces, aunque con algunos cambios y con divergencias en torno a sus significancias o alcances –pues la institución romana de la que proviene se vinculaba con la propiedad de los esclavos y con la pérdida de esa propiedad, es decir, con la libertad otorgada por los señores–, ha estado vigente en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno a lo largo de la historia, llegando –también en la mayoría– hasta la actualidad. Precisamente, sobre esta cuestión, sobre el transcurso histórico de la emancipación, *vid.* GARCÍA VÁZQUEZ, M. C.: “De la ‘emancipatio’ a la emancipación”, en AA.VV.: *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, vol. 3 (dir. por J. GARCÍA SÁNCHEZ), BOE, Madrid, 2021, pp. 335-348.

Basta con comparar, por ejemplo, los arts. 239 y 243 CC, en los que se recogen, teóricamente, cuatro causas –la mayoría de edad, la concesión por parte de quienes ejerzan la patria potestad, la concesión judicial y la vida independiente–²³, con la propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil en la que únicamente se contempla como causa de emancipación la concesión por quien ejerce la patria potestad y la concesión judicial. O compárense estas causas con las contempladas en el *Code Civil* francés, que, en los arts. 413-I y ss., recoge que la emancipación se producirá automáticamente por el matrimonio²⁴ o por concesión judicial –a partir de los dieciséis años–, previa petición de quienes ejerzan la patria potestad o del consejo de familia. O igualmente compárense con las causas recogidas en el § 7002 del *Family Code* de California, en el que se contempla que un menor, a partir de los catorce años, se emancipará por haber contraído matrimonio o constituido una unión de hecho, por haber entrado en las Fuerzas Armadas de Estados Unidos o por concesión judicial.

¿Y cuáles son las causas de emancipación en Portugal? La historia legislativa reciente de la emancipación en Portugal es, efectivamente, la *crónica de una muerte anunciada*²⁵. El art. 304 del *Código Civil* portugués de 1867 contemplaba como causas de la emancipación el matrimonio del menor o la concesión de los padres o del consejo de familia, si habían faltado ambos progenitores. Y así se mantuvo en el tiempo hasta que, con la aprobación del *Código Civil* de 1966 –art. 132 CCP–, se ampliaron las causas por las que un menor podía emanciparse: a las anteriores de 1867 se añadió la concesión judicial. Sin embargo, esta ampliación duró poco tiempo, puesto que el art. 16 del *Decreto-Lei 496/77* –que entró en vigor el 1 de

23 Afirмо “teóricamente” porque el precepto contempla como causa de emancipación el alcance de la mayor edad, cuando, precisamente, la mayoría de edad es un estado distinto al del emancipado. Se trata de un precepto que ha sido criticado reiteradamente. Entre otros, *vid.* LETE DEL RÍO, J. M. y OGAYAR AYLLÓN, T.: “Art. 314”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. IV (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), 2.ª ed., Edersa, Madrid, 2004, electrónico.

24 En España, como se recordó anteriormente, el matrimonio hasta el año 2015 también fue causa de emancipación. Curiosamente, en Francia, para contraer matrimonio se requiere ser mayor de dieciocho años, por lo que, a simple vista, parece que el matrimonio como causa de emancipación no tiene utilidad alguna. Sin embargo, el art. 148 del *Code Civil* francés contempla que los menores de edad pueden contraer matrimonio previo consentimiento de sus progenitores, lo que implica que, realmente, la emancipación por matrimonio pueda llegar a asimilarse a la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad de nuestro ordenamiento jurídico. Si por regla general los aumentos de la edad para contraer matrimonio se deben a una mayor protección de los menores –y evitar los posibles matrimonios forzados–, ¿se consigue realmente tal protección si se permite el matrimonio del menor previa autorización de los progenitores?

25 A diferencia de lo que ocurre, en mi opinión, en España. Es cierto que la emancipación –por su estrecha franja de aplicación, tan solo dos años, de los dieciséis a los dieciocho– tiene un ámbito de aplicación reducido; es igualmente cierto que los tiempos han cambiado –y la sociedad con ellos– y que ya no es habitual que un menor de dieciocho años lleve una vida independiente a la de sus progenitores o que pretenda llevarla a cabo –por ejemplo, ¿cuántos menores de edad trabajan?–. Sin embargo, como ya tuve oportunidad de expresar en otra ocasión [*vid.* MURUGA HERRERO, P.: “Estado actual”, cit., *in fine*], en algunos supuestos, la emancipación es realmente útil –aunque pueda llegar a representar alguna fricción con un posible fraude de ley– y su conservación, con causas amplias como las contempladas en el Código Civil español, a pesar de que se utilice en pocas ocasiones, constituye una ventaja frente a su total desaparición. ¿Qué problemas plantea conservar esta institución, aunque su utilidad sea menor que en tiempos pasados?

abril de 1978— redujo el contenido del art. 132 CCP, reconociendo únicamente como causa de emancipación del menor de edad el matrimonio²⁶. Y ahora, casi cincuenta años después de aquellos cambios, el art. 7 de la *Lei n.º 39/2025, de 1 de abril* deroga el art. 132 CCP, lo que implica la supresión completa de la institución de la emancipación del *Código Civil* portugués²⁷.

Es la consecuencia natural de los cambios: si la única forma de que un menor de edad se emancipe es a través del matrimonio y prohíbo el matrimonio a los menores de edad, ¿qué ámbito de aplicación le queda a la emancipación en el ordenamiento jurídico portugués? Ninguno. Y con la modificación legislativa ha desaparecido la emancipación del ordenamiento jurídico portugués; ya no habrá más menores emancipados en Portugal²⁸ —excepto, claro está, que los vientos hagan que la carabela legislativa apunte, de nuevo, en otra dirección—.

3. Hacer testamento es cosa de mayores —de edad—.

Uno de los negocios jurídicos de mayor importancia —tanto desde un punto de vista práctico como teórico— en la vida de toda persona es el testamento; representación por antonomasia —aunque no sea la única— del instrumento que recoge las disposiciones *mortis causa*; expresión de la libertad de la persona que decide cuál será el destino de sus bienes, derechos y obligaciones tras su fallecimiento. Ahora bien, el testamento, pieza esencial de la libertad de testar²⁹, por su especialidad y transcendencia, está sometido a una serie de requisitos y

26 En tan solo once años —de 1966 a 1977—, el ámbito de concesión de la emancipación se redujo sustancialmente. ¿La razón principal para que se produjera este cambio? Mediante esa misma norma se redujo la mayoría de edad de los veintiún años a los dieciocho años. Cambio que también se produjo en Italia, pues el art. 390 del *Codice Civile* italiano, tras la reforma de la *Legge 8 marzo 1975*, solamente contempla como causa de emancipación el matrimonio del menor. En estas mismas fechas también se produjo el cambio de la mayoría de edad en España y la reducción de la edad para emanciparse, aunque en el caso español, como ya se ha visto, sin reducirse las causas de la emancipación. Ahora bien, en Portugal, de manera similar a lo ocurrido en Francia, a pesar de la dicción literal de los preceptos señalados, de acuerdo con el art. 1612 CCP, para que la emancipación fuera plena —es decir, tuviera todos los efectos previstos— se requería que los progenitores del menor autorizasen el matrimonio o que, en su defecto, lo autorizase la autoridad competente, siempre que el menor presentara suficiente madurez física y mental y existieran razones que justificaran la celebración del matrimonio.

27 Figura ya inexistente, también, en otros códigos civiles europeos, como es el caso del BGB alemán o del *Code Civil* suizo. En cambio, en Argentina, se ha decidido mantener vigente en el art. 27 de su *Código Civil y Comercial* de la Nación del año 2015 la emancipación por matrimonio.

28 No obstante, como es lógico y como consecuencia de la seguridad jurídica de las relaciones creadas, el art. 6 de la *Lei 39/2025, de 1 de abril* establece que “[l]os matrimonios entre mayores de 16 y menores de 18 años celebrados legalmente antes de la entrada en vigor de esta ley, así como la emancipación de los menores resultante de ellos, continúan válidos y, hasta que ambos cónyuges alcancen la mayoría de edad, continuarán rigiéndose por las normas modificadas o derogadas por esta ley”. Por tanto, durante dos años, como máximo, desde la entrada en vigor de la citada norma, en Portugal continuará habiendo menores emancipados y matrimonios contraídos por menores, representando las últimas representaciones —los últimos coletazos de vida— de una institución jurídica histórica.

29 Entendida esta libertad, siguiendo a VERDERA SERVER, como “transcendencia de la voluntad del causante en el destino ‘mortis causa’ de sus bienes”, y que comprende al mismo tiempo “la facultad de decidir el destino de sus bienes, con carácter preferente a los criterios legales [...] y la libertad para decidir el contenido del testamento”: VERDERA SERVER, R.: *Contra la legítima*, Fundación Notariado, Madrid, 2022, p. 51.

elementos que lo diferencian de los restantes negocios jurídicos. De todos ellos, pues no es nuestro objetivo realizar un análisis circunstanciado de tal institución, sí que hay uno que presenta un punto de unión —especialmente sensible— con el tema aquí tratado: la capacidad para otorgar testamento. Es decir, ¿quién puede, y quién no, otorgar testamento de manera válida?

A grandes rasgos podemos distinguir tres modelos para determinar la capacidad de las personas para llevar a cabo determinados actos y negocios jurídicos, cuya elección es una cuestión de política legislativa. En primer lugar, la objetivación de la capacidad a través de la edad³⁰ —criterio que aporta seguridad jurídica, pero que no es un retrato fidedigno de la realidad—. En segundo lugar, la subjetivación de la capacidad a través de la madurez de la persona³¹ —criterio más respetuoso con el desarrollo de la personalidad y con la realidad, pero que lastra la seguridad jurídica—. Y, en tercer lugar, una opción intermedia, si bien cercana a la objetivación de la edad, a través de la utilización de los estados civiles como determinativos de la capacidad de una persona³². Ahora bien, ¿puede, o no, otorgar testamento un menor de edad? La respuesta, como era de esperar, dependerá de lo que haya decidido cada legislador.

En España, hemos de partir de los arts. 662 y 663 CC, que recogen, respectivamente, el principio general de que cualquier persona tiene capacidad para testar y dos privaciones expresas de tal capacidad. Así, este segundo precepto dispone que “[n]o pueden testar: 1.º La persona menor de catorce años”³³. Por tanto, en España, como regla general, para poder otorgar testamento, abierto o cerrado³⁴, se requiere ser mayor de catorce años —optando el legislador por un criterio objetivo³⁵—. Este criterio, adoptado por el legislador en el año 1889, ha

30 Vid., v. gr., el art. 175 CC, respecto de la capacidad para ser adoptante, en el que se establece que este debe ser mayor de veinticinco años.

31 Vid., v. gr., los arts. 154, 156, 161, 172, 172.TER, 173, 176.BIS y 178 CC, respecto del derecho de los menores a ser oídos en determinadas circunstancias, atendiendo a su madurez —aunque unido igualmente a un criterio de edad—.

32 Vid., v. gr., el art. 247 CC, que utiliza el estado civil de la emancipación para determinar lo que puede, o no, realizar el menor emancipado.

33 En un sentido coincidente se regula en la Ley 184 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, en el art. 408 del Código de Derecho Foral de Aragón y en los arts. 421-3 y 421-4 del *Codi Civil* catatán. En el caso del Derecho foral del País Vasco no hay previsiones expresas —aplicándose, por tanto, el régimen del Código Civil—, excepto para el testamento mancomunado, requiriendo el art. 24 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco que “ambos testadores tienen que hallarse emancipados en el momento del otorgamiento”.

34 Como excepción, el art. 688 CC exige para otorgar testamento ológrafo que el testador sea mayor de edad.

35 RUBIO GARRIDO afirma que el precepto, en realidad, no contiene ninguna prohibición, sino que es “más bien una manifestación de la capacidad natural de la persona humana”. En esencia, el autor presupone que a toda persona de catorce años se le presupone ya una capacidad natural bastante como para poder comprender el fenómeno de la muerte y el destino de sus bienes tras tal trágico acontecimiento. Vid. RUBIO GARRIDO, T.: “Artículos 662 a 666”, en AA. VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. IV (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5121. En el mismo sentido, vid. MESA MARRERO, C.: “Régimen jurídico de los menores e incapaces en el Derecho sucesorio”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 43, 2002, pp. 166 y 167.

sido objeto de no pocos debates: ¿tiene realmente un menor de catorce o de quince años capacidad para otorgar testamento? ¿O se debería haber optado por un criterio subjetivo –su efectiva madurez–? ¿O se debería haber optado por un criterio objetivo, pero más restrictivo –v. gr. los dieciséis o los dieciocho años–?³⁶ Sin embargo, a pesar de las posibles conversaciones *de lege ferenda*, el texto de la norma es claro y la objetivación en los catorce años constituye un criterio certero y seguro³⁷.

¿Cuál era y es, en cambio, la situación en Portugal? El art. 2189 CCP, en su redacción originaria, disponía que no pueden otorgar testamento “a) Los que no hayan cumplido dieciocho años, a menos que estén emancipados por matrimonio”. Es decir, teniendo en cuenta que la mayoría de edad estaba situada en los veintiún años, permitía otorgar testamento a los menores de edad a partir de los dieciocho años y a los menores emancipados por matrimonio. En 1977, al reducir el *Decreto-Lei 496/77* la mayoría de edad a los dieciocho años, el legislador portugués tuvo ante sí diversas opciones para regular la capacidad para otorgar testamento: i. modificar el precepto y permitir que menores de dieciocho años –v. gr. catorce años como en el caso español³⁸– pudieran otorgar testamento junto con los menores emancipados por matrimonio –única causa de emancipación que se conservó–; o ii. no modificar el criterio de los dieciocho años y solo permitir otorgar testamento al mayor de edad y al menor emancipado. De esta suerte, se

36 RUBIO GARRIDO señala que el criterio seguido es una “muestra del *favor testamenti*, que se justifica adicionalmente porque por el testamento no pueden darse efectos perjudiciales para el testador, que, además, siempre podrá revocar el testamento en el futuro [...], ni para los legitimarios, que tienen sus derechos concedidos por la ley, ni para los acreedores, suficientemente protegidos, y porque, dado que dicha edad se refiere a los testamentos notariales, se confía en que los fedatarios advertirán al menor suficientemente acerca de la trascendencia del acto”: RUBIO GARRIDO, T.: “Artículos 662 a 666”..., *cit.*, p. 5120. En cambio, VAQUER ALOY ha defendido que debería aumentarse esta edad, puesto que el otorgamiento de capacidad para testar a los catorce años responde a una realidad histórica en la que se podía trabajar a partir de los diez años y en la que la esperanza de vida era de tan solo treinta y cinco años: VAQUER ALOY, A.: “Perspectives de futur en l'àmbit del Dret català de successions”, en AA. VV.: *Reglaments europeus del Dret català de contractes, família i successions* (coord. por INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA), Documenta Universitaria, Girona, 2019, pp. 445-446 [vid., igualmente, a favor de la posible modificación de la edad para otorgar testamento, aunque centrado en el Derecho catalán, GARRIDO MELERO, M.: *El testamento y su interpretación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 187]. No obstante, como indica PÉREZ GALLARDO, “si bien la existencia de un patrimonio es una de las razones de más peso para el otorgamiento de testamento, su carencia no priva a la persona de otorgarlo. Si no le priva al adulto para ello, por idénticas razones no se le debe cercenar tal derecho al adolescente con madurez para el acto”: PÉREZ GALLARDO, L. B.: “Autonomía progresiva y capacidad para testar de las personas menores de edad”, *Revista de Derecho Privado*, vol. 105, núm. 1, 2021, p. 48. Con todo, hay otro argumento utilizado para defender la edad de catorce años para otorgar testamento que, en mi opinión, tiene cierto peso: “que si el menor de edad, mayor de 14 años no otorga el testamento, no puede otorgarlo nadie por él ya que no sería admisible la concurrencia al acto, para aprobarlo, del representante legal”. Vid. RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de sucesiones*, t. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 220.

37 Teniendo en cuenta, además, que los menores de edad pueden otorgar testamento únicamente ante notario, con el plus de seguridad que ello representa.

38 Y la misma regla se sigue en el caso austriaco. La plena capacidad para otorgar testamento en Austria se obtiene con la mayoría de edad. Sin embargo, a partir de los catorce años, de acuerdo con el § 569 ABGB, se podrá otorgar testamento oralmente ante un tribunal o un notario, previendo –aunque fuera innecesario– que “[e]l tribunal o el notario deberán velar por que la declaración del testamento se haga de forma libre y meditada”.

decantó por esta segunda opción y el precepto pasó a establecer simplemente que no podían otorgar testamento “a) Los menores no emancipados”, con lo que la capacidad para otorgarlo se hacía depender de haber alcanzado la mayoría de edad o de estar emancipado –se puede observar cómo Portugal, de los modelos esbozados anteriormente, optó por el de los estados civiles y no por la edad o por la madurez del menor–.

En la actualidad, al suprimirse la institución de la emancipación, el art. 2189 CCP se ha visto igualmente obligado a alterar sus términos; y dos nuevas opciones tenía el legislador portugués: i. alterar la edad para otorgar testamento –v. gr. dieciséis años como en el caso francés³⁹ o, por qué no, doce años como en Escocia⁴⁰–; o ii. vincular la capacidad para otorgarlo con la mayoría de edad. Y, como ya he ido avanzando a lo largo de las páginas anteriores, se optó por esta segunda posibilidad y el art. 2189 CC dispone desde abril de 2025 que no pueden otorgar testamento “a) Los menores de edad”⁴¹. En resumen: en Portugal actualmente un

39 De acuerdo con los arts. 903 y 904 del *Code Civil* francés, no pueden testar los menores de dieciséis años y mientras se sea menor de edad –es decir, entre los dieciséis y los dieciocho años– no se tiene total libertad para otorgar testamento. A diferencia de la mayoría de edad en Francia, que sí ha sido alterada –de los veintiún años a los dieciocho–, la edad para otorgar testamento no ha sido modificada desde la promulgación del *Code*.

La misma edad se requiere para otorgar testamento en Alemania de acuerdo con el § 2229 BGB, el cual dispone que “[u]n menor solo podrá otorgar testamento cuando haya cumplido los dieciséis años”.

En el mismo sentido, a partir de los dieciséis años, los menores en Bélgica, de acuerdo con el art. 4138 de su *Código Civil*, pueden otorgar testamento, aunque con una serie de límites en torno a las cuantías máximas permitidas. Con todo, el caso belga resulta chocante o paradigmático de las incongruencias que presenta en general el estatuto jurídico del menor de edad: solo pueden otorgar –con limitaciones– testamento los menores de edad a partir de los dieciséis años, pero el art. 3 de su Ley de Eutanasia permite que un menor de edad –con independencia de su edad– pueda someterse a este procedimiento siempre que tenga capacidad de discernimiento, efectúe la petición de manera voluntaria, razonada y reiterada y siempre que padezca “una situación médica con pronóstico de no recuperación y padece un sufrimiento físico constante e insuportable, sin alivio posible, que causará el fallecimiento en un plazo de tiempo breve y resulta de una afección accidental o patológica grave e incurable”. Entonces, por ejemplo, un menor de doce años, en tales circunstancias, puede solicitar la eutanasia, pero no puede otorgar testamento. Es decir, se le permite disponer de la vida, pero no de sus bienes materiales.

Y una situación similar la encontramos en Países Bajos, donde el art. 4:55 de su *Código Civil* permite a los menores de dieciséis años otorgar testamento, al mismo tiempo que su respectiva Ley de Eutanasia permite solicitarla a partir de los doce años –aunque con el consentimiento de los padres–.

40 Dispone la sección 2.2 de la *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991* que “[t]oda persona mayor de doce años tendrá capacidad testamentaria”. No obstante, cabe tener en cuenta que Escocia es el único estado de Europa en el que la mayoría de edad se adquiere a los dieciséis años.

41 Siguiendo así el ejemplo de Italia. En este país, cuando la mayoría de edad estaba fijada en los veintiún años, se contemplaba la capacidad para otorgar testamento a partir de los dieciocho años. Sin embargo, cuando se redujo la mayoría de edad a los dieciocho años en el 1975, la capacidad para otorgar testamento no se alteró y se mantuvo en los dieciocho años. Así, en la actualidad, el art. 591 del *Codice Civile* dispone que no pueden otorgar testamento “los que no hayan alcanzado la mayoría de edad”. Sobre el caso italiano y su comparativa con el ordenamiento jurídico español, vid. BARBA, V.: “Acotaciones sobre la capacidad para otorgar testamento en Italia. Escuela comparación con España. Dogmática e innovación por dos caminos muy distintos”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, 2024, pp. 41-78.

Esta opción –la de no permitir que se otorgue testamento a los menores de edad– es la seguida también en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte, de acuerdo con la sección séptima de la *Wills Act 1837*, excepto que se trate de un soldado en servicio o de un marinero en navegación, en cuyo caso no se establece ningún requisito de edad para poder otorgar testamento. Para una aproximación general al sistema inglés –y, en particular, a la capacidad para otorgar testamentos–, vid. ANDERSON, M.: “Una aproximación al Derecho de sucesiones inglés”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 59, núm. 3, 2006, pp. 1259 y ss.

La mayoría de edad como criterio para otorgar esta capacidad también es el criterio seguido en Suiza, de acuerdo con el art. 468 del *Code Civil* suizo.

menor de edad ya no puede otorgar testamento, sino que habrá que esperar a que alcance la mayoría de edad, los dieciocho años, para que pueda decidir sobre el destino de sus bienes.

¿Por qué razón? No hay ninguna que sea totalmente terminante: i. una protección del patrimonio familiar⁴²; ii. la consideración de que los dieciocho años constituyen un indicador de la plena capacidad; o iii., relacionado con la anterior, una forma de proteger a los menores de edad ante posibles influencias. Ninguna de ellas, como señalaba, es una razón de peso. Por ejemplo, ¿dónde están las evidencias científicas para considerar los dieciocho años como la objetivación de la madurez⁴³? ¿Por qué no antes? ¿Por qué no después? ¿Qué justifica que en materia de menores se opte por la prevención —ex ante— para otorgar testamentos y no por la reacción —ex post—, teniendo en cuenta, además, el papel que podrían cumplir ciertos funcionarios públicos como son los notarios? En definitiva, testar en Portugal, ahora —y, también, en cierto modo, antes— es cosa de mayores.

4. Un último aspecto reseñable de la reforma portuguesa: el dolo del menor.

Hasta este punto se han esbozado algunas de las cuestiones que hemos considerado de mayor relevancia de la reforma acontecida en Portugal: la capacidad para contraer matrimonio, la supresión de la emancipación y la capacidad para otorgar testamento. Sin embargo, como ya se advirtió, no son las únicas, algunas de las cuales tienen incidencia en las relaciones contractuales con menores.

En la actualidad, tanto en Portugal como en España, un menor de edad no es una persona incapaz, sino que paulatinamente se le ha ido reconociendo una mayor capacidad para realizar los más diversos actos con trascendencia jurídica⁴⁴

Igualmente es la regla general en Estados Unidos, excepto en los estados de Georgia —catorce años— y Luisiana —dieciséis años—. Sin embargo, se contempla la posibilidad de otorgar testamento por menores de edad en California, Florida, Idaho, Indiana, Iowa, Kansas, Michigan, Missouri, Nebraska, New Hampshire, Nuevo México, Oregón, Carolina del Sur, Texas y Virginia, atendiendo a circunstancias especiales —variando de un estado a otro— como es el hecho de haber entrado en las fuerzas armadas, haber contraído matrimonio o haberse emancipado. Sobre la cuestión de la edad en este país, vid. GLOVER, M.: “Rethinking the Testamentary Capacity of Minors”, *Missouri Law Review*, vol. 79, 2014, pp. 69-118.

42 No se ha de olvidar que los ascendientes son legitimarios, tanto en Portugal como en España. Ante la imposibilidad de otorgar testamento, la herencia de todo menor de edad pasa inmediatamente, por la sucesión legal, a sus ascendientes más próximos, salvo que ya tuviera descendientes. En realidad, con independencia de la edad a partir de la cual se permita testar, impedir que un menor de edad otorgue testamento fortalece la sucesión forzosa de los padres o, en general, de los ascendientes. Con ello, se fortalece, en cierta medida, el patrimonio familiar al impedir que los bienes que, por un casual, tuviera un menor, por ejemplo, de trece años puedan salir de tal patrimonio. Y está claro que, en su mayoría, son casos de laboratorio, pero basta con pensar en supuestos en los que un menor ha heredado de otra persona —un abuelo o un tío, por ejemplo— o un menor que ha obtenido cantidades pecuniarias por sus actividades profesionales —piénsese en los menores que se dedican a la actuación—.

43 Vid. las reflexiones de VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: “El grado de madurez en los menores de edad. Dificultades en su valoración y apreciación”, *La Ley Derecho de Familia*, núm. 36, 2022, electrónica.

44 JORDANO FRAGA ya concluyó en su día que el art. 162 CC reconocía capacidad de obrar al menor de edad atendiendo a sus capacidades naturales: JORDANO FRAGA, F.: “La capacidad general del menor”, *Revista de Derecho Privado*, 1984, núm. 68, p. 892. Como señala CARRASCO PERERA, “hoy no existe incapacitación

—capacidad que aumenta a la par que su madurez, pues no es lo mismo un menor de cinco años que uno de diecisiete—. En concreto, en el ámbito contractual, en España, el art. 1263 CC dispone que los menores no emancipados, además de los contratos permitidos por las leyes, tendrán capacidad para celebrar aquellos contratos que sean “relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales”, mientras que en Portugal, en el art. 127 CCP, se establece que serán válidos, entre otros, “[l]os negocios jurídicos relativos a la vida ordinaria de los menores que, estando dentro del ámbito de su capacidad natural, sólo impliquen gastos o enajenación de bienes de escasa cuantía”; preceptos que claramente siguen una misma idea programática⁴⁵.

Una reflexión interesante, relacionada con el precepto señalado, la encontramos en el art. 126 CCP, el cual dispone, tras la reforma —aunque esta haya sido mínima—, que “[u]n menor que utiliza el engaño para hacerse pasar por un adulto con el fin de llevar a cabo un acto no tiene derecho a invocar la anulabilidad [de tal acto]”: si un menor finge ser mayor de edad para llevar a cabo cualquier acto jurídico que siendo menor no podía realizar, no podrá posteriormente instar la anulabilidad de dicho acto⁴⁶; es decir, lo que se conoce como el dolo del menor; pues el contrato no se habría llevado a cabo si no hubiera sido por el engaño del menor de edad. La reforma, en torno a este precepto, que, como digo, ha sido mínima y limitada a un cambio terminológico, ha perdido una valiosa oportunidad: la aclaración de si los padres podrán, o no, instar la anulabilidad del contrato realizado por su hijo, a pesar del engaño de este⁴⁷, pues, en teoría, estarían legitimados para interponer la acción correspondiente.

El Código Civil español no contiene ninguna norma expresa equiparable. No se dice en ningún momento si el mismo menor podrá instar la anulabilidad del contrato por su falta de capacidad, ni se indica si los representantes legales del menor podrán instar la anulabilidad de un contrato realizado por su hijo menor de edad, haciéndose pasar por mayor de dieciocho años, cuando dicho contrato no sea propio de su edad. ¿Qué regla aplicamos a un contrato realizado por quien no tiene capacidad para ello, pero que se ha servido del engaño para que la otra parte considerase que sí que la tenía?

judicial ni, en puridad, sujetos carentes de capacidad general de obrar, ni siquiera los menores”: CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de contratos*, 4.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2024, p. 201.

45 No obstante, a pesar de la similitud de estos artículos, la sistemática no es idéntica. En el *Código Civil* portugués se sigue considerando que el menor de edad es incapaz, pues el art. 123 CCP dispone que “[s]alvo disposición en contrario, los menores carecen de capacidad para ejercer derechos”.

46 Una concreción de uno de los supuestos básicos del abuso de derecho: la prohibición de ir contra actos propios.

47 Esta cuestión ha sido ampliamente debatida por la doctrina portuguesa, sin que se haya llegado a dar una respuesta unánime. Entre otros, vid. CARVALHO FERNANDES, L. A.: *Teoria Geral do Direito Civil I*, 4.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2007, pp. 317 y 318; u OLIVEIRA ASCENÇÃO, J. DE: *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 186 y 187.

Al final, se trata de determinar si el ordenamiento jurídico va a optar por continuar protegiendo al menor de edad –el régimen de los arts. 1302 y 1304 CC⁴⁸–, sin perjuicio de su responsabilidad por los daños causados al tercero; o por proteger al tercero de buena fe –impidiendo que el menor de edad pueda instar la anulabilidad–. ¿Y en qué posición quedan los representantes legales? El Código Civil no da respuesta alguna⁴⁹ y la redacción del art. 1302 CC parece mostrarnos un camino favorable hacia la anulabilidad del contrato por parte del menor o su representantes, pues no indica que el dolo del menor pueda impedir que el contrato sea anulado por su falta de capacidad⁵⁰. Sin embargo, la respuesta debe ser contraria a tal posibilidad, ya que, a pesar de la dicción de tales preceptos, permitir instar la acción de anulabilidad al menor puede constituir una muestra de abuso del derecho, vedado por el art. 7 CC: *venire contra factum proprium* –o aquel *malitia suplet aetatem*–⁵¹. No obstante, igual que sucede en el Derecho portugués –y su oportunidad perdida–, en el Derecho español tampoco parece haber una respuesta a la posible acción de anulabilidad de los representantes legales del menor que actuó dolosamente en la contratación.

5. Una breve comparación del estatuto del menor en la Unión Europea.

A lo largo de las páginas previas se han ido apuntando algunas de las claves de la reforma del *Código Civil* portugués, comparando tal regulación con la española, principalmente, y en algunos momentos con otras legislaciones –sobre todo de países de la Unión Europea–. Con el objetivo de buscar una cierta claridad del estatuto jurídico del menor, a continuación, se expone, a modo de resumen, la situación del menor, en torno a las situaciones analizadas, en los diversos países de la Unión Europea.

48 Sin olvidar tampoco la redacción del art. 1314.º CC, que claramente representa un supuesto concreto de protección del menor en el ámbito contractual.

49 Estos casos no son simplemente supuestos de laboratorio. Solo hay que pensar en las relaciones contractuales de los menores en internet, ya sea mintiendo en preguntas básicas sobre su edad, ya sea utilizando documentos de sus padres. Piensen en este caso: un menor de edad se crea una cuenta falsa en una red social que exige ser mayor de edad, debiendo demostrarlo –aunque esto sea fantástico– a través del DNI. El menor utiliza, sin el conocimiento del padre, su documento, se crea la cuenta y contrata, para hacerse *influencer*, grandes cantidades de dinero en publicidad, pagadas con una tarjeta de crédito de sus padres. ¿Ese contrato es anulable por los padres del menor por carecer este de capacidad suficiente? ¿El engaño del menor condena a los padres a no poder instar su anulabilidad? ¿Hasta qué punto la diligencia de los padres –o negligencia– puede tenerse en cuenta no para responder de los posibles daños causados, sino para instar la anulabilidad del contrato?

50 Esta es la opinión, por ejemplo, de CAMACHO CLAVIJO, S.: *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*, Reus, Madrid, 2005, p. 143.

51 Vid., a este respecto, las reflexiones de CARRASCO PERERA, Á.: *Tratado del abuso de derecho y del fraude de ley*, Civitas, Cizur Menor, 2016, electrónico, § 5.º.5. Igualmente, con carácter general sobre el dolo del menor, vid. RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: “Responsabilidad negocial de los actos realizados por menores de edad no emancipados. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 2013, pp. 1985-1994.

País	Edad matrimonio (regla general)	Adelanto edad matrimonio ⁵²	Emancipación ⁵³	Edad para testar ⁵⁴
Misma edad matrimonio y testamento				
Austria	18	No	No	18
Bulgaria	18	Sí (16) ⁵⁵	16	18
Chipre	18	Sí (16) ⁵⁵	No	18
Dinamarca	18	No	No	18
Grecia	18	Sí (sin edad) ⁵⁶	No	18
Irlanda	18	No	No	18
Italia	18	Sí (16) ⁵⁵	16	18
Polonia	18	Sí (16) ⁵⁵	16	18
Portugal	18	No	No	18
Diferente edad matrimonio y testamento⁵⁷				
Alemania	18	No	No	16
Bélgica	18	Sí (16) ⁵⁵	15	16
Croacia	18	Sí (16) ⁵⁵	No	16
Francia	18	Sí (16) ⁵⁵	16	16
Letonia	18	Sí (16) ⁵⁵	No	16
Lituania	18	Sí (16) ⁵⁵	16	16
Luxemburgo	18	No	16	16
Malta	18	Sí (16) ⁵⁵	16	16
Países Bajos	18	No	No	16
Rumanía	18	Sí (16) ⁵⁵	16	16
Suecia	18	No	No	16
Rep. Checa	18	Sí (16) ⁵⁵	16	15
Eslovaquia	18	Sí (16) ⁵⁵	No	15
Eslovenia	18	Sí (15) ⁵⁸	No	15
Estonia	18	Sí (15) ⁵⁸	No	15

52 A pesar de que la regla general en todos los países de la Unión Europea es que es necesario tener dieciocho años para contraer matrimonio, varios de ellos contienen excepciones que permiten el matrimonio antes de tal edad.

53 No obstante, como se indicó, las causas de cada país son distintas.

54 Sin perjuicio de que en algunos de los estados señalados, alcanzar la edad indicada no implique la plena libertad testamentaria.

55 En Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Eslovaquia, España, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y Rumanía se permite el matrimonio a partir de los dieciséis años, pero no como regla general, sino que, según el país, se necesitará o bien autorización judicial, o bien consentimiento de los representantes legales, o bien que el menor esté emancipado, estableciendo en varios casos requisitos que justifiquen tal matrimonio para ser autorizado.

56 Grecia, previa autorización judicial, permite el matrimonio de los menores, aunque sin establecer una edad mínima a partir de la cual se puede contraer matrimonio, edad que, en definitiva, dependerá del juicio que realice la autoridad correspondiente, atendiendo, entre otros factores, a la madurez del menor.

57 Países ordenados de acuerdo con la edad permitida para testar.

58 Eslovenia y Estonia permiten el matrimonio del menor a partir de los quince años, previa autorización de la autoridad judicial correspondiente.

Finlandia	18	No	No	15
España	18	Sí (16) ⁵⁵	16	14
Hungría	18	Sí (16) ⁵⁵	No	14

Como se observa en el cuadro anterior, cabe destacar, en primer lugar, que todos los países de la Unión Europea han establecido en los dieciocho años la edad mínima para contraer matrimonio –aunque admitiendo en su mayoría, dieciocho estados, ciertas excepciones–; en segundo lugar, que en la actualidad son mayoría los países en los que ha desaparecido la institución de la emancipación –o nunca existió–; y, en tercer lugar, que la mayoría de los países –un total de dieciocho– permite testar a los menores de edad.

Si profundizamos un poco más en los datos expuestos, podemos observar cómo Austria, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Grecia, Irlanda, Italia, Polonia y Portugal han optado por considerar que es necesaria la misma edad tanto para contraer matrimonio como para otorgar testamento, aunque en cinco de ellos se permita adelantar la edad para la celebración del connubio, pero no para testar –¿puede ser alguien maduro, si ese es el criterio, para casarse pero no para decidir qué hacer con sus bienes?; llamando poderosamente la atención la situación que actualmente se da en Grecia–. Dentro del grupo de países en los que la edad diverge para un negocio jurídico y para el otro, como regla general, no hay un criterio claro que permita extraer una razón a la correlación entre las edades. ¿Qué justifica una edad u otra? Igualmente ¿qué justifica que en un país se permita el adelanto de la edad para contraer matrimonio? Más allá de estas cuestiones, también llama la atención el hecho de que países próximos –jurídica y socialmente– han optado por perspectivas diversas en el tratamiento del menor; a pesar de sus constantes influencias. Compárese la regulación del menor en Alemania y en Austria; la de Dinamarca con Suecia; la de Bulgaria con Rumanía; o la de España con Portugal o Italia.

III. ¿INFLUIRÁ –O DEBERÍA INFLUIR– LA REFORMA PORTUGUESA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL?

El estatuto jurídico del menor de edad se caracteriza por estar diseñado caóticamente, sin orden ni concierto; un *totum revolutum*, en el que, en ocasiones, pueden hacer lo más y, sin embargo, no lo menos, olvidando aquel *qui potest plus, potest minus*, tantas veces repetido en el Derecho para justificar las más diversas decisiones o interpretaciones. El ordenamiento jurídico portugués es una muestra de ello y la reforma acontecida –con sus luces y sus sombras– no ha contribuido a aclarar totalmente tal situación; y lo mismo se puede afirmar del ordenamiento jurídico español, en el que el estatuto del menor no es que se caracterice por unas notas de seguridad.

No hay una clave –para su entendimiento– que sea exacta. Se utiliza la madurez –o una edad fija vinculada a esta supuesta madurez– para justificar tanto lo uno –que pueda realizar ciertos actos– como lo otro –que no pueda realizarlos–, pero sin que todo su estatuto jurídico esté vertebrado por la coherencia. Pensemos en que un menor de edad, a partir de los catorce años, conforme al art. 1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, es penalmente responsable y puede cumplir una condena y, en cambio, no puede contraer matrimonio –aunque nuestro sistema jurídico permita la nulidad, la separación y el divorcio sin ninguna complejidad–; y no puede contraer tal matrimonio –salvo que esté emancipado–, pero sí que puede prestar su consentimiento, a partir de los dieciséis años, para mantener relaciones sexuales. No pueden los menores de edad contraer matrimonio –a pesar de que pueda disolverse–, pero sí que se permite, conforme al art. 19 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, que un menor de edad, entre los doce y los dieciséis años, pueda solicitar la modificación genital –irreversible– “siempre que, por su edad y madurez, pueda consentir de manera informada a la realización de dichas prácticas”. ¿Y dónde quedan la edad y la madurez en el matrimonio? Se utilizan criterios de edad, de madurez y de estado civil todos al mismo tiempo y sin un orden claro. ¿Por qué no optar por un criterio único, al menos en Derecho privado? Por claridad y por coherencia, aunque sea.

Si comparamos las regulaciones actuales de Portugal y de España, podemos observar cómo ambos países comparten una visión similar en materia de matrimonio, pues, en principio, no pueden contraerlo los menores de dieciocho años, excepto en España, siempre que los menores estén emancipados. Cuestión distinta es que esto deba seguir siendo así. Se opta por la prohibición, por la prevención, ante el temor de los posibles matrimonios forzados, y no por la reacción posterior frente a estos, sin buscar un respeto a la voluntad –y a la madurez– de los menores de edad –a pesar de que buscamos su respeto en la gran mayoría de los negocios jurídicos en los que pueden intervenir o, al menos, eso se afirma–, que pueden tantas cosas, pero no contraer matrimonio. Claro está que no es el supuesto habitual –la sociedad no está repleta de *Romeos y Julietas*–, pero el matrimonio ya no es una institución perpetua –*hasta que la muerte os separe*–, ya no hay causas para el divorcio, ni tiempos mínimos de duración del matrimonio. La protección del menor es importantísima, pero es incongruente un sistema que permite realizar tantísimos actos y negocios jurídicos a los menores de dieciocho años –a pesar de la irreversibilidad de algunos de ellos– y no contraer matrimonio. El ordenamiento jurídico cuenta con operadores suficientemente cualificados como para poder valorar la voluntad de la persona en el matrimonio –tenga la edad que tenga–. Si se le permite al menor realizar tantos actos jurídicos,

¿por qué no optar por un sistema que permita el matrimonio del menor de edad solo con ciertos controles? ¿Por qué pueden lo más y no lo menos?

En cambio, las divergencias entre Portugal y España sí que están presentes en los otros aspectos que aquí se han expuesto: mientras España continúa con la vigencia de la emancipación –con amplias opciones para obtenerla– y permite testar –ante notario– a partir de los catorce años, Portugal ha decidido suprimir la primera institución –aunque ya tenía un ámbito bastante reducido– y no permite testar a ningún menor de edad.

La emancipación, aunque su utilidad se haya visto mermada extraordinariamente en la actualidad, sigue constituyendo una opción viable –o facilitadora– en determinadas circunstancias para el desarrollo de ciertas relaciones jurídicas –piénsese en un menor de edad de dieciséis o diecisiete años que realiza alguna actividad profesional por cuenta propia–. La supresión de la emancipación –como ha hecho Portugal o como han hecho otros tantos ordenamientos jurídicos– no implicaría un cambio sustancial o copernicano en la regulación española de la edad o de la capacidad jurídica de los menores –y de su ejercicio–, aunque podamos reconocer –y lo reconozcamos– su provecho –o la comodidad de su utilización– en alguna situación. Ahora bien, ¿se trata de una institución tan costosa –jurídica y económicamente– en su mantenimiento como para suprimirla? ¿Su conservación crea complejidades? ¿Todo lo que no presente las mayores utilidades debe ser eliminado? Tampoco comparto que se deba aumentar la edad para testar a los dieciocho años. No es, en absoluto, habitual que un menor de edad tenga patrimonio o que se plantee otorgar un testamento. Ahora bien, ¿por qué no puede disponer de sus bienes para después de su muerte? ¿Por el miedo a que esté viciada su voluntad? En el caso de España, solo se permite que otorguen testamento ante notario. ¿No es suficiente esta medida para cerciorarse de que la voluntad no está viciada? Además, todo testamento es revocable y su eficacia se ve postergada al momento en el que el testador haya fallecido. ¿No son suficientes medidas para garantizar la libre disposición *mortis causa* de los bienes del menor? Más interesante me parecería que se incorporase un artículo similar al del dolo del menor a nuestro ordenamiento jurídico –aunque previendo también la cuestión de los representantes legales–, pues de ese modo se despejaría cualquier posible duda existente sobre la anulabilidad del contrato del menor.

Con todo ello, no pretendo indicar que es necesario que el ordenamiento jurídico permita casarse a los menores de edad o que puedan otorgar testamento. En cambio, es incongruente que sí que puedan llevar a cabo algunas actuaciones, pero no otras, cuya trascendencia –no solamente jurídica– puede ser mayor.

Quizá, en algún momento, los vientos reformadores –portugueses o no– deban hacer que el legislador se replantee el completo estatuto jurídico del menor, para dotarlo de coherencia, congruencia y consistencia.

BIBLIOGRAFÍA

ANDERSON, M.: "Una aproximación al Derecho de sucesiones inglés", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 59, núm. 3, 2006, pp. 1243-1282.

BARBA, V.: "Acotaciones sobre la capacidad para otorgar testamento en Italia. Escueta comparación con España. Dogmática e innovación por dos caminos muy distintos", *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, 2024, pp. 41-78.

BARBAS HOMEM, A. P.: "O Código de Seabra na história do Direito civil", *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 77, 2017, pp. 45-61.

CAMACHO CLAVIJO, S.: *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*, Reus, Madrid, 2005.

CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de contratos*, 4.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2024.

CARRASCO PERERA, Á.: *Tratado del abuso de derecho y del fraude de ley*, Civitas, Cizur Menor, 2016, electrónico.

CARVALHO FERNANDES, L. A.: *Teoria Geral do Direito Civil I*, 4.^a ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2007.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. I, 10.^a ed., Reus, Madrid, 1961.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "Capacidad del menor emancipado para aceptar o repudiar la herencia: un caso singular", *Revista de Derecho Privado*, vol. 108, núm. 4, 2024, pp. 79-113.

DÍEZ PERALTA, E.: *El matrimonio infantil y forzado en el Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

GARCÍA VÁZQUEZ, M. C.: "De la 'emancipatio' a la emancipación", en AA.VV.: *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, vol. 3 (dir. por J. GARCÍA SÁNCHEZ), BOE, Madrid, 2021, pp. 335-348.

GARRIDO MELERO, M.: *El testamento y su interpretación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

GETE-ALONSO CALERA, M. C.: "La edad", en AA.VV.: *Manual de Derecho Civil I. Introducción y derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 155-179.

GLOVER, M.: "Rethinking the Testamentary Capacity of Minors", *Missouri Law Review*, vol. 79, 2014, pp. 69-118.

JORDANO FRAGA, F.: "La capacidad general del menor", *Revista de Derecho Privado*, 1984, núm. 68, pp. 881-904.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: "La capacidad de obrar: edad y emancipación de menores", en AA.VV.: *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas* (coord. por M. P. POUS DE LA FLOR, R. A. LEONSEGUI GUILLOT y F. YÁÑEZ VIVERO), Exlibris, Madrid, 2009, pp. 7-18.

LETE DEL RÍO, J. M. y OGAYAR AYLLÓN, T.: "Art. 314", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. IV (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), 2.^a ed., Edersa, Madrid, 2004, electrónico.

MARÍN PÉREZ, P.: "El nuevo Código civil portugués", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 223, núm. 4, 1967, pp. 446-480.

MESA MARRERO, C.: "Régimen jurídico de los menores e incapaces en el Derecho sucesorio", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 43, 2002, pp. 159-234.

MURUAGA HERRERO, P.: "Estado actual de la emancipación", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 22, 2025, pp. 258-303.

OLIVEIRA ASCENSÃO, J. DE: *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. I, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

PÉREZ GALLARDO, L. B.: "Autonomía progresiva y capacidad para testar de las personas menores de edad", *Revista de Derecho Privado*, vol. 105, núm. 1, 2021, pp. 43-60.

PETIT CALVO, C.: "España y el Código civil portugués (1867)", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 66, núm. 2, 2013, pp. 529-586.

PINTO MONTEIRO, A.: "Sobre a modificação judicial de penas contratuais 'manifestamente excessivas' – A proposta espanhola de 2023", *Revista de Derecho Civil*, vol. XI, núm. 4, 2024, pp. 139-161.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: "Responsabilidad negocial de los actos realizados por menores de edad no emancipados. Análisis doctrinal y jurisprudencial", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 2013, pp. 1967-1998.

REIS MOREIRA, A.: "La reforma del Código Civil portugués respecto al estatuto del animal", *Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 9, núm. 3, 2018, pp. 80-91.

RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de sucesiones*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

RUBIO GARRIDO, T.: "Artículos 662 a 666", en AA. VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. IV (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5111-5142.

TEIXEIRA PEDRO, R.: "Los pactos sucesorios renunciativos celebrados por las personas que van a casarse una con la otra: una novedad introducida por la reforma de 2018 en el Derecho portugués", en AA. VV.: *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones. Una mirada comparativa* (coord. por M. P. REPRESA POLO y M. T. ÁLVAREZ MORENO), Reus, Madrid, 2022, pp. 265-278.

VAQUER ALOY, A.: "Perspectives de futur en l'àmbit del Dret català de successions", en AA. VV.: *Reglaments europeus del Dret català de contrates, família i successions* (coord. por INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA), Documenta Universitaria, Girona, 2019, pp. 403-458.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: "El grado de madurez en los menores de edad. Dificultades en su valoración y apreciación", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 36, 2022, electrónica.

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

VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Matrimonios forzados. Análisis jurídico y empírico en clave victimológica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.



MADRES Y PADRES AFINES EN CUBA. FUNCIÓN
ASISTENCIAL Y “PLURIPARENTALIDAD JERARQUIZADA” EN
LOS BORDES DE LA FILIACIÓN

*AFFINE PARENTS IN CUBA. ASSISTENTIAL FUNCTION AND
“HIERARCHISED PLURI-PARENTHOOD” ON THE THRESHOLDS
OF FILIATION*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 920-935



Nicolò
CEVOLANI

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

RESUMEN: El Código de las Familias introduce en Cuba una regulación orgánica de la parentalidad afín, es decir, la relación entre las hijas y los hijos y la nueva pareja del progenitor en el seno de la familia reconstituida. Esbozado brevemente el marco constitucional, se examina el estatuto del progenitor afín, analizando sus deberes y facultades: se destaca, en particular, el papel subsidiario y complementario que se le atribuye, en relación con el desempeñado por la familia de origen, a imagen de una “pluriparentalidad jerarquizada”, según la fórmula, particularmente elocuente, de la doctrina argentina. Las hipótesis de multiparentalidad tipificadas por el legislador cubano invitan a profundizar en la relación entre madres y padres afines y progenitores – por así decirlo, plenos – ya sean originarios o sobrevenidos, dentro de tales escenarios.

PALABRAS CLAVE: Madres y padres afines; Código de las Familias de Cuba; responsabilidad parental; multiparentalidad.

ABSTRACT: *The new Código de las Familias brings to Cuba an organic regulation of affine parenthood, the relationship between children and step-parent in the reconstituted family. After a brief outline of the constitutional framework, the statute of the affine parent is examined, analysing duties and powers. The subsidiary and complementary role of the affine parent in relation to the family of origin is highlighted, in a manner akin to a form of “hierarchised pluri-parenthood”, to borrow the particularly eloquent formula used by Argentine scholars. The configurations of multi-parenthood introduced by the Cuban legislator encourage a closer examination of the relationship between affine parents and – so to speak – full parents, whether by origin or through subsequent legal attribution, within such scenarios.*

KEY WORDS: Affine parents; Cuban Families Code; parental responsibility; multi-parenthood.

SUMARIO.- I. EL PRINCIPIO DE PLURALIDAD FAMILIAR Y LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS EN CUBA.- II. LAS MADRES Y LOS PADRES AFINES. DEBERES.- I. Facultades.- III. LAS MADRES Y LOS PADRES AFINES Y LA MULTIPARENTALIDAD. BALANCE DE ATRIBUCIONES.

I. EL PRINCIPIO DE PLURALIDAD FAMILIAR Y LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS EN CUBA.

Para introducir la parentalidad afín en Cuba, conviene detenerse brevemente en el hábitat normativo que la rodea. Desde hace algunos años, la recodificación del derecho de familia en el ordenamiento cubano ha dado que hablar¹, y el debate cobró impulso con una primera iniciativa editorial² destinada a examinar esta peculiar “forma técnica” y las políticas jurídicas perseguidas por el codificador cubano.

La construcción de la parentalidad afín, en particular, parte del reconocimiento legislativo de las familias reconstituidas, en la consagración general del pluralismo como cifra denotativa de la reforma. Un elemento, el pluralismo, ya firmemente establecido por la Constitución de 2019, en la dirección de un principio de pluralidad familiar³: el título III del texto constitucional está dedicado precisamente a “Las familias”, en plural, y la disposición inicial contiene pasajes significativos.

Así, el artículo 81, párrafo I, de la Constitución cubana, otorga el reconocimiento y la protección del Estado a las familias, cualquiera sea su conformación⁴. El primer período del mismo párrafo I, a su vez, esclarece el espíritu de las normas constitucionales sobre la familia: se centra en el individuo, en lugar de la institución

1 Ley de 22 de julio de 2022, n.º 156, ratificada mediante referéndum el 25 de septiembre de 2022. Sobre la medida y la confirmación, en Cuba, de un código autónomo para el derecho de familia, v. SEDA, M.: “El actual derecho de familia italiano y el nuevo Código de las Familias cubano comparados”, *Revista cubana de derecho*, 2024, n. 4, pp. 370 ss.

2 AA.VV.: *Un nuevo derecho para las familias (a propósito del nuevo Código de las Familias de Cuba)* (dirigido por L.B. PÉREZ GALLARDO y G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, coordinado por M. GARCÍA MAYO, edición al cuidado de C.A. AGURTO GONZALES, S.L. QUEQUEJANA MAMANI y B. CHOQUE CUENCA), Santiago (Chile), Ediciones Olejnik, 2023.

3 PÉREZ GALLARDO, L.B.: “Responsabilidad parental en la familia ensamblada. La noción que ofrece el Código de las familias de Cuba”, en AA.VV.: *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad* (dirigido por L.B. PÉREZ GALLARDO y M.D.M. HERAS HERNÁNDEZ), Santiago de Chile, Olejnik, 2022, p. 522. En cuanto a la atención que la Constitución cubana otorga al pluralismo, v. PÉREZ GALLARDO, L.B.: “El principio de pluralidad familiar en la Constitución cubana de 2019”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, 2021, n. 18, pp. 993-1028. La nueva carta constitucional, así como el impacto que ha suscitado en el derecho privado, han sido objeto de examen por AA.VV.: *Costituzione e diritto privato. Una riforma per Cuba* (coordinado por A. BARENGHI, L.B. PÉREZ GALLARDO, M. PROTO), Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

4 “El Estado reconoce y protege a las familias, cualquiera sea su forma de organización [...]”.

familiar, y consagra el derecho, inherente a cada persona, de formar su propia familia⁵. El título III prosigue evitando, en la medida de lo posible, definiciones o clasificaciones – prefiriendo delegarlas a la ley ordinaria –, con una inclinación a legitimar las variadas hipótesis socialmente adscribibles al fenómeno familiar. De manera significativa, el artículo 82 contempla el matrimonio como “una de las formas de organización de las familias” y, posteriormente, aborda la unión de hecho, sin declarar agotado el elenco de las formaciones familiares.

En este clima, en el artículo 84, párrafo 3, de la Constitución se vislumbra un primer indicio del involucramiento del grupo de los afines en el cuidado de la prole⁶. La norma extiende el deber de mantener a los menores, de los padres a los parientes, consanguíneos o justamente afines, con una apertura plenamente consonante con la interpretación que posteriormente habría de hacer el Código de las familias⁷.

El Código retoma y desarrolla las motivaciones inspiradoras de la Constitución cubana. La elevación del pluralismo a principio rector⁸ explica el uso del plural para identificar la codificación, “de las familias”⁹, tomado del Título III de la carta constitucional. Entre las diversas implicaciones del pluralismo dentro del Código, la emergencia de las familias reconstituidas constituye el punto de conexión entre dicho principio pluralista y la parentalidad afín.

Anteriormente, el ordenamiento cubano – y en particular el anterior Código de Familia, en singular – no contemplaba una regulación estructurada de la familia reconstituida. El nuevo Código, mediante la introducción de este instituto, ha buscado afrontar el cambio de la sociedad cubana, y en especial la fractura de la familia nuclear matrimonial, junto con la necesidad de superar su monopolio normativo sobre las relaciones familiares¹⁰. La intervención legislativa se volvió tanto más apremiante precisamente con la Constitución de 2019, que proclama el derecho de toda persona a constituir una familia (art. 81 Const.), dentro del más amplio *milieu* constitucional dedicado al desarrollo de la personalidad individual¹¹.

5 “Toda persona tiene derecho a fundar una familia”.

6 “Las madres y los padres u otros parientes consanguíneos o afines que cumplan funciones de guarda y cuidado tienen el deber de dar alimentos a niñas, niños y adolescentes, respetar y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos, protegerlos de todos los tipos de violencia y contribuir activamente al desarrollo pleno de su personalidad”, cursiva del autor.

7 PÉREZ GALLARDO, L.B.: “Responsabilidad parental en la familia ensamblada”, cit., p. 523.

8 SESTA, M.: “Il nuovo Código del las Famílias della Repubblica di Cuba”, *Famiglia e diritto*, 2023, n. 12, p. 1157.

9 PÉREZ GALLARDO, L.B. y ÁLVAREZ TABIO ALBO, A.M., “Motivi e caratteri del nuovo Código de las Famílias di Cuba” (traducido por N. CEVOLANI), *Famiglia e diritto*, 2023, n. 12, p. 1160. Acerca de la pertinencia de conservar el singular, v. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *El derecho de familias hoy. Nuevas tendencias legales y jurisprudenciales*, Madrid, Reus, 2025, p. 10 s.

10 PÉREZ GALLARDO, L.B.: “Responsabilidad parental en la familia ensamblada”, cit., p. 522.

11 PÉREZ GALLARDO, L.B.: “Responsabilidad parental en la familia ensamblada”, cit., p. 522.

(y de la ya mencionada y marcada connotación pluralista del ordenamiento de las familias).

Por lo demás, esta exteriorización del principio de pluralidad familiar también puede vincularse a la influencia de las experiencias constitucionales latinoamericanas y de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como lo señalan los propios comentaristas cubanos¹², con una alusión operativa al método comparado¹³.

II. LAS MADRES Y LOS PADRES AFINES. DEBERES.

La parentalidad afín está regulada en los artículos 180 a 188 del Código de las Familias. Nos encontramos dentro del Título V (de los once que conforman el Código), dedicado a la responsabilidad parental (arts. 136 y ss.).

En primer lugar, el artículo 180 identifica como madre o padre afín¹⁴ al cónyuge o conviviente del progenitor; en virtud de la conformación de familias reconstituidas. Más propiamente, se trata de cada uno de los integrantes de la pareja de los progenitores que ejercen la custodia conjunta, o de la pareja del progenitor que ostenta la custodia exclusiva. Deben estar unidos en matrimonio o formar una pareja afectiva de hecho¹⁵. En cuanto a las hijas y los hijos afines, se consideran como tales las y los menores de edad que conviven con el progenitor afín.

El artículo 181 regula la relación entre progenitores e hijas e hijos afines. Se establece como deber primordial el de “promover un vínculo afectivo significativo con las hijas y los hijos de su cónyuge o pareja de hecho afectiva” (los afectos

12 PÉREZ GALLARDO, L.B.: “Responsabilidad parental en la familia ensamblada”, cit., p. 523.

13 Por la influencia ejercida por la comparación en la redacción del Código de las Familias, cfr. SESTA, M.: “Il nuovo Código del las Familias della Repubblica di Cuba”, cit., p. 1157.

14 Se da cuenta de la distinta elección onomástica en Argentina para la figura análoga, en aquel ordenamiento, del “progenitor afín”, que, por lo demás, ha inspirado al legislador cubano: PÉREZ GALLARDO, L.B.: “Responsabilidad parental en la familia ensamblada”, cit., pp. 525 s. La preferencia por los términos “madres” y “padres” se debe al carácter social, y no biológico, del vínculo (al trasfondo biológico se acercaría, en cambio, el término “progenitor”): PÉREZ GALLARDO, L.B.: “Responsabilidad parental en la familia ensamblada”, cit., p. 524. Sobre la distinción entre padre y progenitor, v. también MÉNDEZ TRUJILLO, I.M.: “Estatuto jurídico de las familias ensambladas desde una mirada al Código de las Familias de Cuba”, AA.VV.: *Un nuevo derecho para las familias (a propósito del nuevo Código de las Familias de Cuba)* (dirigido por L.B. PÉREZ GALLARDO y G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, coordinado por M. GARCÍA MAYO, edición al cuidado de C.A. AGURTO GONZALES, S.L. QUEQUEJANA MAMANI y B. CHOQUE CUENCA), Santiago (Chile), Ediciones Olejnik, 2023, p. 148. Se profundiza en la comparación entre la institución argentina y la cubana NOTRICA, F.B.: “La figura de madre y padres afines. Un análisis comparado entre el Código Civil y Comercial argentino y el nuevo Código de familias cubano”, AA.VV.: *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad* (dirigido por L.B. PÉREZ GALLARDO y M.D.M. HERAS HERNÁNDEZ), Santiago de Chile, Olejnik, 2022, pp. 497 ss.

15 Cabe señalar que en el ordenamiento argentino – modelo, como se ha dicho, del legislador cubano – solo el matrimonio “genera vínculos de parentesco por afinidad”, NOTRICA, F.B.: “La figura de madre y padres afines”, cit., p. 500 (v. el art. 536, Código Civil y Comercial).

constituyen un verdadero *leitmotiv* de la nueva codificación¹⁶): de este deber se derivan los poderes conferidos al progenitor afín (véase el párrafo siguiente) respecto de las hijas y los hijos afines, así como la obligación de colaborar en su educación y formación.

Por separado, el artículo 185 impone la prestación de alimentos, en un contexto distinto al de la promoción del vínculo afectivo, lo que parece subrayar la distinción entre los perfiles asistenciales y los afectivo-educativos. La obligación alimentaria del progenitor afín es de carácter residual, y se activa únicamente cuando no puedan asumirla los padres del menor, los abuelos u otros ascendientes (art. 28, párr. 1). Esta obligación sigue el destino del vínculo entre el progenitor afín y el progenitor biológico: cesa en caso de ruptura de la pareja, ya sea por divorcio o por disolución de la unión afectiva de hecho (art. 185, párr. 2).

Aquí se advierte cómo la configuración legislativa de la unión afectiva de hecho, definida como un proyecto de vida en común, estable, notorio y de al menos dos años de duración (art. 306, párr. 1)¹⁷, carece, en sí misma, de un momento formal necesario que sancione su finalización, así como su inicio (art. 307). Existe una constatación notarial *a posteriori* (art. 309, párr. 2), pero requiere el acuerdo de las partes.

En los demás casos, cuando falta armonía entre los excónyuges o exparejas y es necesario recurrir al juez, se trata de identificar el momento exacto de la crisis irreversible: el episodio capaz de quebrar a la pareja, y con ella, a la propia parentalidad afín. Es preciso determinar un umbral mínimo de gravedad en la ruptura. ¿Cuánto tiempo debe haber transcurrido desde la separación del hogar común¹⁸? También las rupturas y reconciliaciones intermitentes dificultan la operación de delimitar la parentalidad afín y las pretensiones que sobre ella se fundan¹⁹.

Por otro lado, el deber de prestar alimentos ("obligación legal de dar alimentos") a las hijas y los hijos afines puede sobrevivir a la ruptura del vínculo

16 PÉREZ GALLARDO, L.B. y ÁLVAREZ TABIO ALBO, A.M.: "Motivi e caratteri del nuovo Código de las familias di Cuba", cit., p. 1161; SESTA, M., "Il nuovo Código del las Famílias della Repubblica di Cuba", cit., p. 1157 (cfr. asimismo las "Considerazioni conclusive", ivi, p. 1159). Sobre la promoción de la socioafectividad como principio, v. MÉNDEZ TRUJILLO, I.M.: "Estatuto jurídico de las familias ensambladas desde una mirada al Código de las Familias de Cuba", cit., p. 141.

17 PÉREZ GALLARDO, L.B. y ÁLVAREZ TABIO ALBO, A.M.: "Motivi e caratteri del nuovo Código de las familias di Cuba", cit., p. 1169.

18 Es precisamente en el transcurso del tiempo compartido donde se reconoce un factor decisivo para "[l]a cimentación y confirmación de la identidad de la familia ensamblada": MÉNDEZ TRUJILLO, I.M.: "Estatuto jurídico de las familias ensambladas desde una mirada al Código de las Familias de Cuba", cit., p. 163.

19 Para algunos temas de dudosa resolución en torno a la aplicación de la parentalidad afín a las meras convivencias, con referencia al Código Civil y Comercial argentino (v. las referencias supra, en las notas 14 y 15), cfr. FULCHIRON, H.: "¿Un estatuto para el progenitor afín?", *Rivista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2016, n. 1, pp. 37 ss.

de pareja durante cierto tiempo (art. 185, párr. 2). Si en el pasado el progenitor afín se hizo cargo efectivamente del sostenimiento de la prole²⁰ (es decir, si no se limitó a cubrir los medios mínimos de subsistencia) y el cambio de *ménage* derivado de la separación repercutió negativamente en sus hijas y los hijos, el juez puede mantener la obligación alimentaria. Su duración se determina a partir de tres parámetros: 1) las condiciones económicas del obligado; 2) las necesidades de los beneficiarios; 3) el tiempo de convivencia con los mismos²¹.

Más en general, la relación entre madre o padre e hija o hijo afines puede resistir la disolución de la pareja, incluso en el conflicto entre progenitor biológico y madre o padre afín, cuando subsista “un régimen de guarda, cuidado y comunicación”²² dispuesto por el juez (art. 186). La norma no entra en el detalle de las modalidades ni del contenido de la medida, dejando, al parecer, amplios márgenes de discrecionalidad al órgano que la concede²³.

La continuación de este contacto con el menor está sujeta a la valoración de ciertos factores: 1) el interés superior del propio menor; 2) la solidez del vínculo afectivo entre progenitor e hija o hijo afines; 3) la existencia de otras hijas e otros hijos dentro de la pareja en crisis; 3) la consistencia del interés del progenitor afín en conservar la relación; 4) la carga de los compromisos del progenitor no guardador. Estas condiciones parecen enumeradas por el precepto en orden decreciente y reflejan una jerarquía de intereses: en primer lugar, el interés del menor afín y de los demás menores involucrados²⁴; en segundo plano, el del progenitor afín; por último, deben ponderarse las circunstancias del progenitor que queda en segundo plano, no guardador, pero tampoco privado de la responsabilidad parental, a fin de verificar las posibilidades reales de su presencia. Como puede advertirse, en este punto aflora la complementariedad de la familia reconstituida respecto de la familia de origen, aunque este aspecto se desarrolla con más amplitud al tratar las prerrogativas reconocidas al progenitor afín.

La guarda y el régimen de comunicación también pueden fundarse en un acuerdo consensuado entre progenitor y madre o padre afín. Dicho acuerdo da origen al nuevo arreglo, si es homologado por el notario, con el parecer previo del

20 Debe tenerse en cuenta el artículo 215, párrafo primero, que impone la obligación de mantener a las hijas y los hijos del cónyuge con quienes se conviva.

21 Acerca de la espesura del tiempo, v. *supra* nota 18.

22 En el epígrafe del artículo se lee: “La guarda, el cuidado y el régimen de comunicación a favor de la madre o el padre afín”; en el texto, en cambio: “un régimen de guarda, cuidado y comunicación”. Lo mismo ocurre con el art. 187.

23 Cfr. MÉNDEZ TRUJILLO, I.M.: “Estatuto jurídico de las familias ensambladas desde una mirada al Código de las Familias de Cuba”, cit., p. 156.

24 Sobre la figura de los “hermanos afines”, MÉNDEZ TRUJILLO, I.M.: “Estatuto jurídico de las familias ensambladas desde una mirada al Código de las Familias de Cuba”, cit., p. 156 s.

fiscal, y con la intervención significativa del progenitor no guardador y no privado de la responsabilidad parental²⁵ (art. 187).

En síntesis, la razón fundamental del mantenimiento de las relaciones entre madre y padre e hijas e hijos afines se imputa a la protección del vínculo socioafectivo, descomponible en varios ejes: el principio de igualdad entre hijas e hijos; la posesión constante de estado de las hijas y los hijos afines; el principio de solidaridad familiar²⁶. Cabe mencionar otra posibilidad, más disruptiva, de conservación del vínculo: la parentalidad socioafectiva, que puede ser declarada judicialmente sobre la base de presupuestos muy similares, y que implica una filiación plena (art. 59, v. el último párrafo). La articulación entre ambas figuras debe interpretarse a la luz de la mayor o menor intensidad de la relación entre progenitor e hijo afines: en el primer caso se configura la filiación socioafectiva; en el segundo, el régimen de guarda, cuidado y comunicación.

La atención constante a las personas en situación de discapacidad se señala como uno de los rasgos más distintivos del nuevo Código²⁷, y el estatuto del progenitor afín no constituye una excepción. Así lo establece el art. 188, que indica al juez y al notario la necesidad de atender especialmente a la presencia, precisamente, de hijas e hijos en situación de discapacidad.

I. Facultades.

El repertorio de atribuciones de las madres y los padres afines se inspira en la complementariedad respecto del papel de la familia de origen (lo cual vale, en términos más generales, para todas las relaciones centradas en la familia recompuesta cubana)²⁸, y esta lógica se explica bien por la flexibilidad y la deferencia ante las prerrogativas de los padres titulares de la responsabilidad parental. El padre o madre afín no puede prevalecer sobre el disenso del progenitor titular de la guarda (art. 181, párr. 2), ni interferir en los derechos de quienes ostentan la responsabilidad parental (art. 181, párr. 3); se trata, en suma, de un papel suplente. Desde esta perspectiva, la parentalidad afín se define como una cooperación²⁹ o, en palabras de la doctrina argentina, "una pluripaternidad jerarquizada"³⁰.

25 La previsión denota aún una articulación bajo el signo de la subsidiariedad entre la familia de origen del menor y su madre o padre afín.

26 MÉNDEZ TRUJILLO, I.M.: "Estatuto jurídico de las familias ensambladas desde una mirada al Código de las Familias de Cuba", cit., p. 159.

27 PÉREZ GALLARDO, L.B. y ÁLVAREZ TABIO ALBO, A.M.: "Motivi e caratteri del nuovo Código de las familias di Cuba", cit., p. 1161.

28 PÉREZ GALLARDO, L.B.: "Responsabilidad parental en la familia ensamblada", cit., pp. 519 s.

29 PÉREZ GALLARDO, L.B.: "Responsabilidad parental en la familia ensamblada", cit., pp. 524.

30 NOTRICA, F.B.: "La figura de madre y padres afines", cit., p. 503, PÉREZ GALLARDO, L.B.: "Responsabilidad parental en la familia ensamblada", cit., p. 526, los cuales recuerdan ALESI, M.B.: "Deberes y derechos de los padre e hijos afines. Modelos de duplicación y sustitución de la función parental en la familia ensamblada", en AA.VV.: *Código Civil y Comercial. Familia: Filiación y responsabilidad parental* (dirigido por A. KEMELMAJER

El artículo 181 describe las facultades de las madres y los padres afines en relación con los actos cotidianos relativos a la educación de los menores en el ámbito doméstico y a las decisiones particularmente urgentes: los comentaristas remiten tales actos al contexto sanitario – con intervenciones impostergables – y al ejercicio de derechos del menor en procedimientos cautelares³¹. Aquí parecen presentarse los mayores inconvenientes vinculados al cuidado por terceros. Todo se funda en los hechos y no es difícil imaginar situaciones poco claras: ¿quién puede pretender representar legítimamente al menor, sin una referencia documental? El acogimiento por parte de terceros podría nacer únicamente del hábito relacional y de la frecuencia de convivencia entre la madre o el padre y las hijas y los hijos afines.

El artículo siguiente, el 182, confiere mayor densidad a la función de la madre o del padre afín, que pasa de ser complemento a (parcial) coprotagonista³², mediante delegación – se prevé aquí una referencia documental que pueda ser esgrimida ante terceros – por parte de su cónyuge o pareja, progenitor del menor, que por un cierto período y por cualquier motivo³³ no se halle en condiciones de ejercer sus propias prerrogativas³⁴; siempre que el otro progenitor titular de la responsabilidad parental no esté en condiciones de sustituirle. Se trata de la transmisión de una parte de las facultades del progenitor al padre o madre afín, mediante un acto registrable y renovable.

La norma remite a las reglas previstas para la delegación de la responsabilidad parental, de alcance general, y en particular al art. 145, párrs. 2 y 3³⁵. Dada la naturaleza del acto, la norma exige ciertos requisitos. La delegación debe registrarse en escritura pública ante notario o ser homologada judicialmente, con intervención del fiscal y previa audiencia del menor con edad y madurez suficientes³⁶ (art.

DE CARLUCCI y M. HERRERA), *La Ley*, 2015, Suplemento Especial, p. 218. Emplea también la expresión “pluriparentalidad jerarquizada” MÉNDEZ TRUJILLO, I.M.: “Estatuto jurídico de las familias ensambladas desde una mirada al Código de las Familias de Cuba”, cit., p. 145.

31 PÉREZ GALLARDO, L.B.: “Responsabilidad parental en la familia ensamblada”, cit., p. 526.

32 MÉNDEZ TRUJILLO, I.M.: “Estatuto jurídico de las familias ensambladas desde una mirada al Código de las Familias de Cuba” cit., pp. 146 s.

33 “[R]azones de viaje, misiones oficiales en el exterior, enfermedad o situación de discapacidad transitoria, o alguna otra causa”.

34 PÉREZ GALLARDO, L.B.: “Responsabilidad parental en la familia ensamblada”, cit., p. 530, señala que el instrumento de la delegación tiene por objeto dar cobertura a una práctica ampliamente difundida, cuando, durante cierto tiempo, no hay modo de que el progenitor pueda prestar los cuidados necesarios a los hijos, remitiendo a FORNASARI, L.: “Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental: delegación del cuidado personal”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2021, n. 99, p. 56.

35 No se mencionan los dos párrafos siguientes del art. 145, lo que parece explicarse por el carácter extrafomal que presentan, al quedar fuera de la regulación del acto. Con todo, sus respectivos contenidos deben entenderse ya comprendidos en la arquitectura de la parentalidad afín: el párrafo 4 garantiza a los titulares de la responsabilidad parental un control sobre la educación y la enseñanza; el párrafo 5 contempla la pérdida de la responsabilidad parental por parte de uno de los progenitores y prevé la concentración del poder de delegación en el otro.

36 He aquí una aplicación concreta del reconocimiento a los menores de edad de una *capacidad progresiva*, entendida como el derecho a ser tenidos en cuenta en los procesos decisionales que les afectan, con un

145, párr. 2). Puede durar un máximo de un año y ser renovada bajo las mismas formalidades, pero deben constar las razones del nuevo otorgamiento y "deben participar las personas que intervienen" (art. 145, párr. 3). La doctrina cubana deduce, por vía interpretativa, supuestos adicionales de extinción de la delegación, más allá de la expiración de su vigencia. Inspirándose en la doctrina argentina, se señalan en particular la desaparición del progenitor afín, su renuncia, la revocación por parte del progenitor delegante, el cese del impedimento correspondiente y la orden del juez en caso de litigio entre progenitores y madre o padre afines³⁷.

El artículo 183 añade requisitos para conferir la delegación especial al padre o madre afín: la actitud cautelosa del legislador revela la delicadeza del contexto, también con vistas al acogimiento por terceros. Se exige un "vínculo afectivo significativo" entre madre o padre afín con la hija o el hijo, junto con la convivencia estable de la familia recompuesta y el cumplimiento de los deberes de la madre o del padre afín, enunciados previamente (art. 181, párr. 1). Las otras dos condiciones – la consulta con el progenitor no guardador ("cuando resulte posible") y la audiencia del menor con edad o madurez suficiente – parecen reproducir las del art. 145, párrs. 2 y 3. Por otra parte, se subraya que los progenitores titulares de la responsabilidad parental mantienen poderes de control y vigilancia³⁸.

Una última hipótesis cierra el crescendo potestativo de la parentalidad afín³⁹. El artículo 184 contempla la consolidación de las prerrogativas anejas a la parentalidad afín, que alcanzan aquí su cénit y se igualan a la responsabilidad parental plena. Conviene detenerse en esta diferencia: ya no hablamos de una "pluriparentalidad jerárquica", sino de una verdadera "situación de coparentalidad", una "cotitularidad en el ejercicio de la responsabilidad parental"⁴⁰.

Ante todo, debe haberse producido la desaparición del otro progenitor, distinto del compañero o compañera del padre o madre afín, o su pérdida de la responsabilidad parental. Además, debe existir un "vínculo afectivo significativo" entre la madre o el padre afín y la hija o el hijo afín. Por último, el acuerdo entre el padre o madre afín y su pareja, progenitor titular de la responsabilidad parental, debe ser homologado judicialmente, siempre con la intervención del fiscal. Este ejercicio conjunto de prerrogativas cesa con la disolución de la pareja

peso proporcional a su edad y grado de desarrollo: MÉNDEZ TRUJILLO, I.M.: "Estatuto jurídico de las familias ensambladas desde una mirada al Código de las Familias de Cuba", cit., pp. 152 ss.

37 PÉREZ GALLARDO, L.B.: "Responsabilidad parental en la familia ensamblada", cit., p. 532 s.

38 NOTRICA, F.B.: "La figura de madre y padres afines", cit., p. 505 s.

39 No obstante, v. PÉREZ GALLARDO, L.B.: "Responsabilidad parental en la familia ensamblada", cit., pp. 528 y 530, quien considera más avanzada la delegación con respecto al contenido de las atribuciones que implica (aun con un alcance limitado y una vocación marcadamente contingente, ligada a la situación de emergencia del caso).

40 PÉREZ GALLARDO, L.B.: "Responsabilidad parental en la familia ensamblada", cit., p. 529: El A. convierte al progenitor afín en un "cotitular de la responsabilidad parental".

o con la restitución de la responsabilidad parental al otro progenitor – distinto del compañero de la madre o del padre afín –, siempre que en este último caso no resulte más beneficiosa para el menor la continuidad del régimen compartido⁴¹. De este modo, parece que se configura una especie de triarquía en el ejercicio de las facultades parentales, condicionada, sin embargo, a la armonía persistente de la pareja formada por el progenitor y su cónyuge o pareja afín. La eventual extensión adicional – es decir, un segundo ejercicio conjunto entre el progenitor que recupera la responsabilidad parental y su pareja – parece un escenario abstracto (pues requeriría que el primer progenitor, inicialmente único titular, hubiese perdido antes el ejercicio de la responsabilidad parental, seguido de su reintegro).

Los consistentes puntos de contacto entre esta incorporación a la responsabilidad parental plena y la delegación de facultades reflejan un sustrato común: el “vínculo afectivo significativo” entre madre o padre afín e hija o hijo y la aprobación judicial (notoriamente excluida la vía notarial, lo cual subraya aún más el carácter excepcional del ejercicio conjunto de la responsabilidad parental⁴²; aunque también aquí – y sobre todo aquí – se prevé la expedición de un documento presentable ante terceros) condicionan la posible fragmentación de la responsabilidad parental entre más de dos sujetos, con la necesidad de armonizar diversas voces. El derecho cubano de la filiación no rehúye la coralidad; por el contrario, la promueve en la fórmula de la multiparentalidad: la posibilidad de reconocer más de dos progenitores respecto de una misma hija o de un mismo hijo constituye una de las opciones de política jurídica más notables de la nueva codificación⁴³.

III. LAS MADRES Y LOS PADRES AFINES Y LA MULTIPARENTALIDAD. BALANCE DE ATRIBUCIONES.

Precisamente las hipótesis de *multiparentalidad* parecen desafiar la parentalidad afín. Si se considera su carácter supletorio y subsidiario, la potencial – aunque excepcional – multiplicación de vínculos parentales plenos aleja las posibilidades de la parentalidad afín. Los límites intrínsecos de esta institución, complementaria y residual, se agrandan en un contexto que admite múltiples vínculos parentales: la

41 La doctrina subraya la irrelevancia, en sí misma, del cambio de parecer del progenitor pareja del afín, que desee retractarse y rehusar la responsabilidad conjunta: PÉREZ GALLARDO, L.B.: “Responsabilidad parental en la familia ensamblada”, cit., p. 529.

42 Para una “interpretación correctora del artículo 184.2”, que permita admitir también en este caso la posibilidad de recurrir al notario, v. sin embargo PÉREZ GALLARDO, L.B.: “Responsabilidad parental en la familia ensamblada”, cit., p. 528.

43 PÉREZ GALLARDO, L.B. y ÁLVAREZ TABIO ALBO, A.M.: “Motivi e caratteri del nuovo Código de las familias di Cuba”, cit., pp. 1165 ss., spec. p. 1168. V. también PÉREZ GALLARDO, L.B.: “La multiparentalidad en el derecho familiar cubano: una opción posible”, AA.VV.: *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad* (dirigido por L.B. PÉREZ GALLARDO y M.D.M. HERAS HERNÁNDEZ), Santiago del Chile, Olejnik, 2022, pp. 200 ss.

adición de canales hacia la parentalidad plena, mediante la instauración de figuras *tout court* parentales, resta aún más espacio a la parentalidad afín.

La *multiparentalidad* consiste precisamente en el reconocimiento simultáneo de la calidad de progenitor a más de dos sujetos respecto de una misma hija o de un mismo hijo (arts. 55 ss.)⁴⁴. En el trasfondo se perfila la confluencia entre los paradigmas que fundamentan el vínculo de filiación reconocido por el ordenamiento: la biología, la voluntad y la socioafectividad (art. 50)⁴⁵.

Conviene detenerse brevemente en este punto. El Código de las Familias distingue entre una multigenitorialidad originaria y una sobreviviente. La primera se refiere a la filiación asistida y a la gestación por sustitución. Se trata de un proyecto de vida compartido, además de por los comitentes, por quien dona los gametos o por la madre gestante (art. 56.I.a); y, en general, por cualquier proyecto que involucre a más de dos personas en la concepción (art. 56.I.b). El eventual cónyuge o pareja de quien dona los gametos o de la gestante puede añadirse, expresando su consentimiento ante el oficial del Registro del Estado Civil (art. 57), de la misma manera que los demás progenitores. De otro modo, podría aspirar a la parentalidad afín, aunque esta se ve en gran medida aplanada por la concurrencia de, al menos (salvo ulteriores desarrollos), otros tres progenitores. Si cambiara de parecer, podría – cabe suponer – solicitar al juez una adopción integradora, en la medida en que concurren los presupuestos que se indicarán más adelante (el consentimiento debería ser extendido a todos los progenitores restantes no privados de la responsabilidad parental, distintos del cónyuge o pareja del adoptante).

La multigenitorialidad sobreviviente se recoge en dos supuestos: la filiación socioafectiva (art. 58.a), y, como ya se ha anticipado, la adopción integradora (art. 58.b). Ambas son atribuidas judicialmente; la primera se basa en la relación de hecho, conforme a lo previsto en general para el parentesco socioafectivo (art. 21). Deben evaluarse el vínculo con el menor y la conducta *more parentis* del adulto (art. 59.2), lo cual parece incompatible con una parentalidad afín ya establecida con otros. Es interesante destacar que están legitimados para solicitar el pronunciamiento judicial el propio menor y el fiscal (art. 59.3).

La peculiar adopción integradora representa un verdadero salto cualitativo respecto de la parentalidad afín: el cónyuge o pareja del progenitor adopta al hija o al hijo de este, quien puede conservar el vínculo con el otro progenitor sobreviviente, siempre que consienta en ese esquema o haya sido privado de la

44 SESTA, M.: "Il nuovo Código del las Familias della Repubblica di Cuba", cit., p. 1158.

45 PÉREZ GALLARDO, L.B. y ÁLVAREZ TABIO ALBO, A.M.: "Motivi e caratteri del nuovo Código de las familias di Cuba", cit., p. 1165.

responsabilidad parental (art. 103). El objetivo declarado (art. 104) es conferir una estructura estable a los vínculos socioafectivos en el seno de la familia reconstituida. Es esencial que el otro progenitor – madre o padre de origen –, ajeno a la familia recompuesta de que se trate, en vida y consiente o privado de la responsabilidad parental, no mantenga una relación “intensa, frecuente y positiva” con la hija o el hijo (art. 105): si, por el contrario, tal relación subsiste, resulta de aplicación precisamente la parentalidad afín, la cual queda descartada en ausencia de un vínculo efectivo con el progenitor ajeno a la pareja de referencia.

Estas hipótesis de multiparentalidad son expresamente calificadas como excepcionales⁴⁶. Desde un punto de vista sistemático, al menos, resulta fácil reiterar la observación inicial: la multiplicación abstracta de vínculos parentales ordinarios reduce el margen de la parentalidad afín, cuando no tiende a excluirla por completo, como en el caso de la multigenitorialidad sobreviniente, que presupone un terreno fértil – una relación afectiva basada en una presencia significativa en la vida del menor – en muchos aspectos semejante al que requiere la parentalidad afín (dependiente de la conservación de una relación efectiva con el otro progenitor, ajeno a la familia recompuesta en cuestión).

Las madres y los padres afines, en definitiva, podrían enfrentarse a un número creciente de progenitores ordinarios, y sus potestades quedar en segundo plano. En estos casos, y quizás de forma más general, la nueva institución parece ofrecer mejores resultados en el ámbito de los deberes ligados a la cotidianidad efectiva con el menor, más que en el plano de las potestades asignadas. Se prestaría mejor a la vocación asistencial, consustancial a las contingencias de la convivencia, que a los perfiles potestativos.

En otras palabras, los deberes y los poderes corren el riesgo de no ir de la mano: si se piensa en una familia con escasos o muy escasos ingresos, no es evidente que entre el conjunto de los progenitores se halle una contribución patrimonial más fácilmente que una participación en las decisiones que deben tomarse. Destaca así la función asistencial de la parentalidad afín, más llamada al frente alimentario que al decisorio. En tal caso, la participación en la asistencia al menor es superior a la participación en el esfuerzo por su asistencia y su cuidado, material y espiritual.

La madre o el padre afín que se vea más interpelada o interpelado en el ámbito asistencial y alimentario podría, probablemente, invocar la intervención del juez para hacer valer sus razones respecto a la vida de la hija y del hijo afín, en caso, por ejemplo, de obstrucción por parte de los progenitores plenos. El caso parece

46 Mereca transcribir el artículo 55, párrafo 1: “Como regla general, las hijas y los hijos tienen dos vínculos filiatorios”; y el siguiente artículo 56 –rubricado precisamente “Excepcionalidad de la multiparentalidad”–, “Excepcionalmente, una persona puede tener más de dos vínculos filiatorios, sea por causas originarias o por causas sobrevinientes”.

amparado por el art. 189 del *Código de las Familias*, o bien podría recurrirse a la intervención judicial en virtud de una de aquellas "decisiones ante situaciones de urgencia" que el art. 181.I.c concede a la madre o al padre afín (con esa tonalidad cautelar de sus prerrogativas que ha subrayado la doctrina cubana⁴⁷). Sin embargo, no es del todo evidente la solidez de esta hipótesis, en la que el progenitor afín somete al juez la gestión de la responsabilidad parental, incluso en litigio con su propio cónyuge o pareja (si este estuviera de acuerdo con la cuestión, se habría activado en primera persona). Esto abriría una fisura en la relación que condiciona la propia parentalidad afín y el vínculo con el menor.

Más en la raíz, podría contemplarse la inclusión del progenitor afín en la responsabilidad parental conjunta, asimilable, desde el punto de vista potestativo, a una nueva hipótesis de parentalidad sobreviniente. No parece casual, en este punto, la decisión de hacer accesible la responsabilidad parental conjunta únicamente por vía judicial – quedando excluida la vía notarial –, en un ámbito más propicio para la intervención del fiscal (siempre obligatoria): si lo estima oportuno, este podrá solicitar, en cambio, la constitución de la parentalidad socioafectiva, con la plena filiación sobreviniente. Lo mismo vale para la continuación de las relaciones tras la ruptura de la unión entre el progenitor y el progenitor afín, si la guarda y el régimen de comunicación no parecen garantizar lo suficiente.

47 V. supra, nota 31.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Un nuevo derecho para las familias (a propósito del nuevo Código de las Familias de Cuba)* (dirigido por L.B. PÉREZ GALLARDO y G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, coordinado por M. GARCÍA MAYO, edición al cuidado de C.A. AGURTO GONZALES, S.L. QUEQUEJANA MAMANI y B. CHOQUE CUENCA), Santiago (Chile), Ediciones Olejnik, 2023.

ALESÍ, M.B.: "Deberes y derechos de los padre e hijos afines. Modelos de duplicación y sustitución de la función parental en la familia ensamblada", AA.VV.: *Código Civil y Comercial. Familia: Filiación y responsabilidad parental* (dirigido por A. KEMELMAJER DE CARLUCCI y M. HERRERA), *La Ley*, 2015, Suplemento Especial, pp. 197 ss.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *El derecho de familia hoy. Nuevas tendencias legales y jurisprudenciales*, Madrid, Reus, 2025.

FORNASARI, L.: "Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental: delegación del cuidado personal", *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2021, n. 99, pp. 55 ss.

FULCHIRON, H.: "¿Un estatuto para el progenitor afín?", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2016, n. 1, pp. 37 ss.

MÉNDEZ TRUJILLO, I.M.: "Estatuto jurídico de las familias ensambladas desde una mirada al Código de las Familias de Cuba", AA.VV.: *Un nuevo derecho para las familias (a propósito del nuevo Código de las Familias de Cuba)* (dirigido por L.B. PÉREZ GALLARDO y G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, coordinado por M. GARCÍA MAYO, edición al cuidado de C.A. AGURTO GONZALES, S.L. QUEQUEJANA MAMANI y B. CHOQUE CUENCA), Santiago (Chile), Ediciones Olejnik, 2023, p. 139 ss.

NOTRICA, F.B.: "La figura de madre y padres afines. Un análisis comparado entre el Código Civil y Comercial argentino y el nuevo Código de familias cubano", en AA.VV.: *Avances y tensiones en el Código Civil y Comercial argentino y el Código de las familias cubano* (dirigido por M. HERRERA y L.B. PÉREZ GALLARDO, coordinado por C. BEGUIRISTAN, N. DE LA TORRE, F.P. NOTRICA), Buenos Aires, Editores del Sur, 2023, I parte, pp. 497 ss.

PÉREZ GALLARDO, L.B. y ALVAREZ TABIO ALBO, A.M., "Motivi e caratteri del nuovo Código de las Familias di Cuba" (traducido por N. CEVOLANI), *Famiglia e diritto*, 2023, n. 12, pp. 1160 ss.

PÉREZ GALLARDO, L.B.: "La multiparentalidad en el derecho familiar cubano: una opción posible", AA.VV.: *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad* (dirigido por L.B. PÉREZ GALLARDO y M.D.M. HERAS HERNÁNDEZ), Santiago de Chile, Olejnik, 2022, pp. 200 ss.

PÉREZ GALLARDO, L.B.: "Responsabilidad parental en la familia ensamblada. La noción que ofrece el Código de las familias de Cuba", en AA.VV.: *Derecho de las familias contemporáneo. Avances y tensiones en el Código Civil y Comercial argentino y el Código de las familias cubano* (dirigido por M. HERRERA y L.B. PÉREZ GALLARDO, coordinado por C. BEGUIRISTAN, N. DE LA TORRE, F.P. NOTRICA), Buenos Aires, Editores del Sur, 2023, I parte, pp. 519 ss.

SESTA, M.: "Il nuovo Código del las Familias della Repubblica di Cuba", *Famiglia e diritto*, 2023, n. 12, pp. 1155 ss.

SESTA, M.: "El actual derecho de familia italiano y el nuevo Código de las Familias cubano comparados", *Revista cubana de derecho*, 2024, n. 4, pp. 370 ss.

LA ATRIBUCIÓN AL MENOR DE LA CAUSA DE
DESHEREDACIÓN

*ATTRIBUTION OF THE CAUSE OF DISINHERITANCE TO THE
MINOR*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 936-959

Natalia MUÑIZ
CASANOVA

ARTÍCULO RECIBIDO: 27 de abril de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

RESUMEN: La desheredación de los menores ha sido objeto de una importante revisión en la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de fecha 15 de enero de 2024 en la que el centro directivo concluye que los menores pueden ser privados de la legítima siempre que la causa que se alegue para ello les pueda ser atribuida. El objeto de este estudio será analizar, a la luz de la referida resolución, el alcance de la calificación registral para negar eficacia a la desheredación de un menor y las circunstancias que han de concurrir para que se le pueda atribuir la causa de desheredación.

PALABRAS CLAVE: Sucesión; desheredación; legítima; menor de edad; maltrato psicológico.

ABSTRACT: *The disinheritance of minors of age has been subject to a major revision in the Resolution of the Directorate General for Legal Certainty and Public Faith dated 15 January 2024 in which it concludes that minors may be deprived of compulsory share which is alleged to be attributable to them. The purpose of this study will be to analyse, in the light of the above-mentioned Resolution, the scope of the registration qualification for denying effectiveness to the disinheritance of a minor and the circumstances that must exist in order for the cause of disinheritance to be attributed to him.*

KEY WORDS: *Succession; disinheritance; compulsory share; minor of age; psychological abuse.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO.- II. BREVE PANORÁMICA SOBRE LA DESHEREDACIÓN.- III. EL CONTEXTO LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA DE 15 DE ENERO DE 2024.- IV. ALCANCE DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL SOBRE LA DESHEREDACIÓN DEL MENOR.- V. LA IMPUTABILIDAD DEL MENOR EN SU DESHEREDACIÓN.- VI. LA POLÉMICA DESHEREDACIÓN CONDICIONAL.

I. PLANTEAMIENTO.

Los profundos cambios experimentados en la concepción de familia, en su estructura, las relaciones interpersonales entre sus miembros y el contexto económico en el que se desenvuelven aconsejan acometer, cuanto antes, una profunda revisión del Derecho de sucesiones. No es esta una afirmación aislada¹ ni gratuita. Tanto la doctrina más cualificada, como jueces, abogados, notarios y registradores llevan años reclamando una reforma que, entre otras cosas, suprima o limite el actual sistema de legítima. Pero la tan ansiada reforma no se produce y cuando el Derecho no se adecua a la realidad social y a los valores sobre los que se sustenta, la reacción no se hace esperar. No es difícil encontrar muestras de ello. Basta poner el foco en la práctica notarial de la última década para apreciar un aumento exponencial en el número de desheredaciones², inequívoca respuesta frente al riguroso sistema de legítimas. Esta tendencia ha tenido, a su vez, un claro reflejo en los tribunales de justicia que han advertido un incremento proporcional en el número de procedimientos que traen causa de esas desheredaciones. Este desajuste del sistema, poco deseable, es un indicador más de la dificultad de seguir manteniendo la legítima como límite infranqueable a la voluntad del testador³.

1 Me uno con esta afirmación a una parte importante de la doctrina entre la que cabe citar, entre otros, a O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima", *Diario la Ley*, núm. 8592, 2015, p. 4; y GOMÁ LANZÓN, I.: "¿Tienen sentido las legítimas en el siglo XXI?", en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar perfiles críticos y comparados* (dir. por F. CAPILLA RONCERO, M. ESPEJO LERDO DE TEJADA y F.J. ARANGUREN URRIZA, coord. por J.P. MURGA FERNÁNDEZ y C. HORNERO MÉNDEZ), Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 73; BERMEJO PUMAR, M^a.M.: "La llamada legítima crediticia", en AA.VV.: *Las legítimas*, cit., p. 119, PARRA LUCÁN, M.A.: "Las legítimas en la propuesta de Código Civil elaborada por la asociación de profesores de Derecho Civil", en AA.VV.: *Las legítimas*, cit., pp. 193-210.

2 La desheredación, que tradicionalmente era una práctica que los notarios consideraban excepcional al estar limitada por la casuística extrema recogida en el art. 853 CC, ha cobrado un gran auge en los últimos años, en gran medida por la flexibilización de la interpretación de las causas de privación de la legítima realizada por el Tribunal Supremo.

3 La jurisprudencia se ha hecho eco también de esta necesaria revisión de la legítima. Cabe citar en este sentido la STS 24 mayo 2022 (ROJ: STS 2068/2022) en la que expresamente se recoge lo siguiente: "El mantenimiento en el Código Civil de la legítima sucesoria, prácticamente en los términos de 1889, creo que no se acomoda a una sociedad, una familia y una economía tan distintas de las de entonces. Tal vez sería mejor, en vez de ampliar por vía jurisprudencial el entendimiento de las causas de desheredación una modificación sustancial de la propia institución".

Frente a otras instituciones recogidas en origen por el Código Civil, sometidas a numerosas revisiones, la legítima permanece férreamente instalada en nuestro ordenamiento, sin esenciales modificaciones desde su concepción inicial. La inercia del legislador por conservarla prácticamente incólume ha movido a los tribunales a abrir la puerta a interpretaciones flexibles de la figura de la desheredación, única vía de la que disponen para tratar de limitarla. Esta práctica que impulsa a los tribunales a asumir funciones pseudo legislativas no está, a mi modo de ver, exenta de peligros. Destaco, entre ellos, la importante inseguridad jurídica que genera y el desconcierto que produce entre quienes deben interpretar el alcance de estas resoluciones. Buena prueba de ello son las diferentes posturas que, tanto la doctrina como la jurisprudencia menor, adoptaron tras las sentencias del Tribunal Supremo que relajaron la interpretación restrictiva de las causas de desheredación, abriendo con ello un cauce para la debilitación de la legítima.

Sobre el nuevo enfoque dado por la jurisprudencia a las causas de desheredación se ha pronunciado profusamente la doctrina⁴ y, cuando el tema podría darse por agotado, la figura resurge de nuevo tras una importante resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de fecha 15 de enero de 2024, que aborda la interesante cuestión de la desheredación del menor. El objeto de este estudio será analizar, a la luz de la referida resolución, los supuestos en los que puede privarse al menor de su legítima, los requisitos que han de concurrir y las garantías que el sistema establece para proteger sus derechos al amparo de ese principio, tan asentado en nuestro sistema, que persigue buscar en todo caso el interés superior del menor.

II. BREVE PANORÁMICA SOBRE LA DESHEREDACIÓN.

Tal y como tiene establecido la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, la desheredación es la institución mediante la cual el testador, en virtud de un acto o declaración testamentaria expresa, priva voluntariamente de su legítima a un heredero forzoso en base a una de las causas establecidas taxativamente en la ley. Al ser una figura esencialmente causal, los motivos en los que se funda deben haber concurrido en el momento en el que se otorga el testamento en el que se recoge esta disposición y estar debidamente explicitados en él⁵. Cabe hacerlo mediante referencia a la norma que los tipifica, pero lo suyo es que se imputen

4 Cfr. BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “Abandono de personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, 2016, pp.289-302; ARAQUE GARCÍA, A.: “Concreción del maltrato psicológico como causa de desheredación: la falta de relación familiar continuada”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, pp. 2510-2533; DEL CAMPO ÁLVAREZ, B.: “El maltrato psicológico como causa de desheredación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en AA.VV.: *Las legítimas*, cit., pp. 361-366.

5 No existe en nuestro Código Civil un artículo que expresamente recoja que la causa de desheredación debe concurrir al tiempo de otorgar el testamento, pero esta es la doctrina que, de forma reiterada, mantienen tanto la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, como nuestros tribunales.

al desheredado, que debe estar perfectamente identificado en el testamento, los concretos hechos que dan lugar a la pérdida de su condición de legitimario. Estos hechos deben de cumplir, además, con el requisito de la certeza. El artículo 850 CC nos recuerda que la prueba de la certeza de la desheredación corresponderá a los herederos del testador si el desheredado la negase⁶.

Como tiene reconocido De Barrón Arniches⁷, desheredar es una manifestación de la libertad de testar, una fórmula con la que el causante sanciona determinadas conductas reprobables de sus allegados mediante la privación de la porción legitimaria. La existencia o no de la desheredación dependerá, en último término, de la voluntad del causante que puede no ejercitarla o, pese a haberla ejercitado, dejarla sin efecto si se produce la reconciliación. En este sentido hemos de recordar que, para que la disposición que priva de la legítima resulte de aplicación, el artículo 856 CC expresamente contempla que no debe haber reconciliación posterior del ofensor y del ofendido ya que, de concurrir, dejaría sin efecto la desheredación realizada.

Nuestra norma establece que pueden ser desheredados tanto hijos y descendientes como padres y ascendientes e incluso el cónyuge. No obstante, a los efectos de este estudio, nos centraremos en las causas de desheredación que afectan a hijos y descendientes recogidas en los artículos 852 y 853 CC.

Dispone el Código Civil, en el artículo referido, que: serán justas causas para desheredar a los hijos y descendiente, además de las señaladas en el artículo 756 CC con los números 2º, 3º, 5º y 6º, las siguientes: haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda y haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.

El artículo 756 CC contempla, en puridad, las causas de indignidad sucesoria que, al incorporarse al precepto transcrito, se convierten también en causas de desheredación. Ambas figuras, desheredación e indignidad, tienen importantes similitudes en la medida que son sanciones civiles en el ámbito sucesorio, se producen por causas tasadas y tienen carácter personalísimo. No obstante,

6 La prueba de la desheredación es de gran relevancia ya que un porcentaje importante de las desheredaciones son impugnadas judicialmente. De ahí que resulte tan significativo en la práctica que las cláusulas de desheredación se redacten con detalle. El causante debe expresar en ellas cuales son los comportamientos de sus descendientes que considera reprobables y que constituyen el motivo de la desheredación. Ha de indicar también la situación física o emocional en la que se encuentra como consecuencia de tal comportamiento. Sería deseable que, en la medida de lo posible, se aportaran indicios de prueba o se dejara constancia de posibles testigos que puedan refrendar la postura del causante sobre las causas que llevan a privar de la legítima. No obstante, la norma no exige esta prueba *ex ante*. Tal y como se desprende del citado artículo 850 CC, cabe una prueba *ex post*, que desplegarán los herederos del testador en caso de que se impugne la desheredación.

7 DE BARRÓN ARNICHES, P.: "La evolución de la jurisprudencia en materia de desheredación por maltrato psicológico al causante: una vuelta de tuerca para ganar en seguridad jurídica (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2023)", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXXVII, 2024, fasc. I (enero-marzo), pp. 353-380.

existen entre ellas importantes diferencias, como señala Jordano Fraga⁸. Entre las principales cabe destacar que la indignidad opera de forma automática o *ipso iure*, mientras que la desheredación se hace depender de la voluntad del causante que es quien decide, al otorgar testamento, si la conducta del legitimario da lugar a la privación de la legítima. Para que opere la causa de indignidad no es necesario su conocimiento por parte del causante ofendido, se puede apreciar incluso si se basa en hechos producidos o descubiertos con posterioridad a la muerte del testador. Además, el régimen de remisión de la indignidad sucesoria no coincide totalmente con el de la desheredación.

La jurisprudencia ha venido manteniendo tradicionalmente que las causas de desheredación debían interpretarse de forma restrictiva. No cabía en este ámbito una interpretación analógica o extensiva. De este modo, no se consideraba admisible la desheredación sin concurrencia de causa legal expresa imputable personalmente al desheredado o basada en causas distintas de las contempladas al efecto en el Código Civil. Tratando de no apartarse esencialmente de esta máxima, los tribunales han intentado ajustarse a la realidad social flexibilizando su interpretación de las causas de desheredación y de la forma en la que deben constar indicadas en el testamento.

En concreto, entre las causas de desheredación de padres a hijos, antes señaladas, el artículo 853 CC se refiere al maltrato de obra y la injuria grave. Típicamente, la jurisprudencia identificó el maltrato de obra con la agresión o violencia física, pero el Tribunal Supremo, en sus STS 3 junio 2014 y 30 enero 2015⁹, ha dado un importante giro en su interpretación, suavizándola para admitir la posibilidad de asimilar el maltrato psicológico al maltrato de obra a los efectos de la desheredación. Tras la consolidación de esta doctrina¹⁰, el maltrato psicológico debe constituir una actuación injustificada de abandono por parte del heredero que determine un menoscabo o lesión de la salud física o mental del causante. No basta con que exista, sin más, ausencia de relación. Es necesario que ese desapego origine un daño en la salud física o psicológica del causante para que pueda constituir causa de desheredación¹¹. Este matiz es importante ya que los tribunales no pueden configurar por vía interpretativa una nueva causa autónoma

8 JORDANO FRAGA, F.: *Indignidad sucesoria y desheredación (algunos aspectos conflictivos de su recíproca interrelación)*, Comares, Granada, 2004, p. 2-14.

9 STS 3 junio 2014 (ROJ: STS 2484/2014) y 30 enero 2015 (ROJ: STS 565/2015).

10 Cfr. STS 27 junio 2018 (ROJ: STS 2492/2018), STS 13 mayo 2019 (ROJ: STS 1523/2019), STS 24 mayo 2022 (ROJ: STS 2068/2022), STS 19 abril 2023 (ROJ: STS 1676/2023) y STS 5 junio 2024 (ROJ: STS 3300/2024).

11 La STS 27 junio 2018 (ROJ: STS 2492/2018) insiste en que “en el sistema legal vigente no toda falta de relación afectiva o trato familiar puede ser enmarcada, por vía interpretativa, en las causas de desheredación establecidas de modo tasado por el legislador. Es preciso ponderar y valorar si, en atención a las circunstancias del caso, el distanciamiento y la falta de relación son imputables al legitimario y además han causado un menoscabo físico o psíquico al testador con entidad como para poder reconducirlos a la causa legal del maltrato de obra prevista en el artículo 853, 2º CC”.

de desheredación basada únicamente en la falta de relación familiar ya que esto es algo que nuestro Derecho común no contempla¹².

Debo insistir, por tanto, en que no estamos ante una nueva causa de desheredación sino ante una modalidad del maltrato de obra que surge de la reinterpretación, a la luz de la nueva situación socioeconómica, de esta tradicional causa de privación de la legítima. En definitiva, para que pueda privarse a un descendiente de su legítima por maltrato psicológico es preciso observar un abandono o ruptura de relaciones con sus padres de carácter voluntario e injustificado y con un cierto recorrido temporal de forma que pueda derivarse de él un daño físico o psíquico al causante. Resultará fundamental a la hora de determinar si estamos ante una desheredación justa si la ausencia de relación está o no justificada y a quien debe imputarse¹³. También será muy relevante determinar las consecuencias que esta ausencia de relación ha producido en el causante.

La desheredación de descendientes cobra especial complejidad cuando los privados de la legítima son menores. Precisamente esta es la cuestión que será objeto de análisis y para la que tomaremos como referencia la interesante resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de fecha 15 de enero de 2024, que aborda esta cuestión.

III. CONTEXTO DE LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA DE 15 DE ENERO DE 2024.

El supuesto que es objeto de análisis por el centro directivo no es infrecuente en la práctica. Cuando un padre toma la difícil decisión de desheredar a un hijo, si este tiene descendientes, debe disponer también la situación en la que quedarán sus nietos. Si no establece nada al respecto, en virtud del derecho de representación, regulado en el artículo 857 del CC, los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima. Pero no siempre la voluntad del testador será que los descendientes del desheredado le representen en el testamento. Si bien es cierto que el Código Civil contempla medidas para evitar la administración paterna del patrimonio adquirido por sus hijos en estas circunstancias¹⁴, no lo es menos que

12 Si lo hace, por ejemplo, el Código Civil de Catalunya, en cuyo art. 451-17, apartado e) expresamente se establece que el causante puede privar a los legitimarios de su derecho a la legítima si se produce ausencia manifiesta y continuada de la relación familiar entre ambos si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario.

13 Resulta clave para determinar la validez de la desheredación el juicio de imputabilidad, pero a nadie se le escapa la dificultad de su análisis, especialmente en los casos de ruptura de las relaciones familiares como consecuencia de crisis de pareja.

14 El artículo 164 CC exceptúa de la administración paterna los bienes adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hayan sido justamente desheredados o no hubiesen podido

en ocasiones la voluntad del testador será que su patrimonio no pase, en modo alguno, a esa rama de la familia.

Como he indicado, la desheredación no solo del hijo sino también de los nietos adquiere especial dificultad en el caso de que los desheredados sean menores de edad. Precisamente este es el supuesto que se aborda en la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 15 de enero de 2024, en la que se cuestiona la inscripción de una escritura de partición y adjudicación de herencia otorgada por dos herederos, hijos de la causante, en base a un testamento en el que la testadora desheredó, por maltrato psicológico, a su otro hijo y a sus nietos, hijos del desheredado, de trece y ocho años respectivamente en el momento en el que se otorga el testamento. La causante alega que los desheredados la han despreciado e ignorado, visitándola sólo de forma ocasional e interesada cuando han precisado algún tipo de ayuda. Mantiene que su trato personal con ella es escaso y que este comportamiento no se corresponde con el cariño y afecto que se le debe dar a una abuela. Sostiene, en definitiva, que esta actitud constituye maltrato psicológico injustificado e inmerecido. La resolución no recoge la existencia de ninguna alusión expresa en el testamento a los daños que esta falta de relación con su hijo y sus nietos ha producido a la causante. Desconocemos si no existe tal referencia en el testamento o se ha obviado por entender que no resulta de interés para el recurso.

La registradora se opuso a la inscripción de la escritura de adjudicación del testamento por apreciar dos defectos. El primero y más relevante parte de considerar que, siendo menores de edad dos de los legitimarios desheredados, no puede prescindirse de su intervención en la partición de la herencia ya que carecen de aptitud para que les sea jurídicamente imputable la conducta que constituye la causa legal de desheredación. El segundo motivo en el que se fundamenta la calificación negativa hace referencia a que no consta reflejado en la escritura de adjudicación sometida a su valoración si los nietos desheredados tienen o no descendientes. Este motivo no será objeto de análisis en la medida en la que no resultó controvertido ya que el notario, en el recurso que planteó frente a la calificación negativa de la registradora, reconoció el defecto e informó que había sido subsanado mediante la manifestación de los otorgantes siguiendo la doctrina consolidada por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública¹⁵.

heredar por causa de indignidad que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador especialmente nombrado.

- 15 Respecto a la prueba de la inexistencia de descendientes del desheredado la Dirección General afirmó en su resolución de 29 de septiembre de 2010, reiterada en otras muchas posteriores, que: "El problema de fondo radica en dilucidar si, desheredados los hijos del testador y conservando sus descendientes ulteriores su derecho a la legítima (cfr. artículo 857 del CC), basta con afirmar el desconocimiento de si existen tales descendientes ulteriores o es preciso algún tipo de acreditación de este extremo (...) Hay que partir del principio general de que, dada la dificultad, o incluso a veces la imposibilidad de probar tales hechos negativos ha sido mantenida por la Dirección General en el supuesto de premorencia de un heredero legítimo al señalar que no es preciso justificar que haya dejado descendientes que ostenten

Por su parte, el notario que autorizó la escritura controvertida planteó recurso frente a la calificación negativa recibida. En él cuestionó la competencia de la registradora para negar eficacia a un testamento en el que se ordena la desheredación de los dos nietos menores de edad sin que los tribunales de justicia hayan decretado la ineficacia del testamento en el correspondiente juicio contradictorio iniciado a instancia de la parte legitimada para ello. Puso en dudas también que la registradora pudiera tener competencia para afirmar, como hace en su calificación, que los dos menores no tienen aptitud para ser desheredados.

IV. ALCANCE DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL SOBRE LA DESHEREDACIÓN DEL MENOR.

Si bien el centro directivo, en la resolución analizada, no se pronuncia de una forma clara sobre este aspecto¹⁶ ya que su análisis se centra en valorar la aptitud de los menores para ser desheredados, considero necesario hacer un apunte sobre la competencia de la registradora para cuestionar *ab initio*, sin necesidad de un pronunciamiento judicial previo, la eficacia de un testamento en el que se deshereda a menores.

Tal y como el notario mantiene en su recurso, la Dirección General tiene reconocido de forma reiterada en su doctrina¹⁷ que “la privación de eficacia del contenido patrimonial de un testamento exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso instado por quien esté legitimado para ello, provoque su pérdida de eficacia (total o parcial); y ello porque el principio constitucional de salvaguarda judicial de los derechos (cfr. artículo 24 de la Constitución Española) en conjunción con el valor de ley de la sucesión que tiene el testamento formalmente válido (cfr. artículo 658 CC), conduce inexorablemente a la necesidad de una declaración judicial para privar de efectos a un testamento que no incurra en caducidad ni en vicios sustanciales de forma”.

Sin apartarnos de esta formulación, tan reiterada por la Dirección General, no podemos obviar que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria obliga a los registradores a calificar, bajo su responsabilidad, “la legalidad de las formas extrínsecas de los

derecho a la legítima (resolución de 3 de marzo de 1912). La cuestión ha sido suficientemente esclarecida desde hace tiempo por este centro Directivo en las Resoluciones citadas y en los Vistos y cuya doctrina debe reiterarse una vez más”. Así las cosas, entendemos que es suficiente para subsanar el defecto observado por la registradora con la manifestación en la que los otorgantes dicen desconocer la existencia de descendientes de los nietos desheredados.

16 Inicialmente supedita la valoración de esta cuestión a la previa determinación de si los menores tienen o no aptitud para ser desheredados, pero tras pronunciarse sobre ello, omite el análisis sobre la competencia de la registradora para negar la eficacia del testamento en el que se deshereda a dos menores de edad.

17 Cfr. Resoluciones de 5 de octubre de 2018, 3 de octubre de 2019, 5 de noviembre de 2020 y 20 de septiembre de 2021.

documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro". Por su parte, el artículo 65 de la Ley Hipotecaria establece que las faltas de los títulos sujetos a inscripción pueden ser subsanables o insubsanables. Para distinguir las faltas subsanables de las insubsanables y extender o no, en consecuencia, la anotación preventiva a que se refiere el mencionado precepto el registrador deberá atender tanto al contenido como a las formas y solemnidades del título y a los asientos del Registro con él relacionados.

A tenor de lo dispuesto en los preceptos mencionados los registradores son competentes para calificar, no sólo las formas extrínsecas de los documentos públicos que se presenten a inscripción, sino también cuestiones intrínsecas como la capacidad de los otorgantes y la validez o nulidad de los pactos, contratos y obligaciones consignadas en el título sometido a su valoración. No cabe, a mi modo de ver, otra interpretación ya que imponiéndoles el artículo 65 de la Ley Hipotecaria la obligación de negar la inscripción de los documentos que adolecen de faltas insubsanables, que son aquellos que producen necesariamente la nulidad de la obligación, deben poder entrar a analizar su validez.

Desde esta perspectiva, resulta muy útil el análisis que el registrador pueda hacer sobre la capacidad de los intervinientes en la escritura en la medida en la que estamos ante un requisito esencial de validez del negocio jurídico. No obstante, el juicio de capacidad que este fedatario tiene atribuido debe ser debidamente ponderado ya que se circunscribe a comprobar o revisar, basándose exclusivamente en lo que resulte del propio título sometido a calificación y en los asientos registrales, si, a su juicio, los intervinientes en un acto o contrato tienen la capacidad necesaria. Esta función, no exenta de tensiones con la fe pública notarial¹⁸, constituye una garantía adicional proporcionada por el sistema registral español que redunde en la defensa del orden público y la seguridad jurídica preventiva.

Otra importante dimensión material de la calificación es la validez del acto o negocio jurídico. En virtud de ella, el registrador debe verificar que el acto dispositivo cuya inscripción se pretende no infringe normas imperativas, ni adolece de defectos que afecten a su eficacia jurídica. La función calificadora no es, ni puede ser en este punto, un control jurisdiccional, pero sí un control jurídico

18 Aunque el juicio notarial sobre la capacidad de los otorgantes goza de presunción de veracidad en virtud del principio de fe pública notarial, el registrador no queda exento de efectuar su propia valoración dentro de los límites establecidos por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. El notario hace un juicio personal y directo de la capacidad de los intervinientes, basado en su presencia física en el acto. Este juicio notarial se presumirá válido y suficiente. El Registrador, por su parte, calificará la legalidad del acto documentado en la escritura, incluyendo la capacidad de los intervinientes en la medida en que resulte de los documentos aportados.

preventivo orientado a depurar del tráfico jurídico aquellos actos que sean nulos, ineficaces o contrarios a normas imperativas. Se configura, por tanto, como un control de legalidad sustantiva *ex ante*, en contraste con el control judicial *ex post*. En definitiva, ha de comportarse como un control técnico que opere como filtro previo dirigido a la protección del tráfico jurídico.

Así las cosas y, aun cuando no toda la doctrina comparte mi parecer¹⁹, considero que, si lo que priva de eficacia al testamento entronca con la capacidad de las partes o con la validez de los actos dispositivos, la registradora está legitimada para negar *ab initio*, sin necesidad de previo pronunciamiento judicial, su eficacia. Lógicamente para ello no puede extralimitarse en su calificación de los términos establecidos en el art. 18 de la Ley Hipotecaria y, por tanto, ha de basarse exclusivamente en el contenido de la escritura sometida a calificación y en lo que se desprenda de los asientos del Registro. Y exactamente esto es lo que, en mi opinión, hace la registradora en este caso. Hemos de recordar que el artículo 14 de la Ley Hipotecaria establece que: “el título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos *ab intestato* y la declaración administrativa de heredero *ab intestato* a favor del Estado, así como, en su caso, el certificado sucesorio europeo”. A mayor abundamiento, el artículo 77,1 del Reglamento Hipotecario recoge que: “en la inscripción de bienes adquiridos o que hayan de adquirirse en el futuro en virtud de contrato sucesorio se consignarán, (...). El contenido de la certificación del Registro General de Actos de Última Voluntad, cuando fuere necesaria su presentación y las particularidades de la escritura, testamento o resolución judicial en la que aparezca la designación de heredero”.

El alcance de este precepto ha sido delimitado por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, entre otras, en su resolución de 29 de julio de 2022 en la que indica lo siguiente: “por el contrario, en la delación testamentaria lo prevalente es la voluntad del causante. El testamento es un negocio jurídico que, en tanto que manifestación de la voluntad del causante, se constituye en ley de la sucesión (cfr. artículo 658 del Código Civil). El mismo, como título sustantivo de la sucesión hereditaria (cfr. artículo 14 de la Ley Hipotecaria), junto, en su caso, con el título especificativo o particional, serán los vehículos para que las atribuciones hereditarias sobre bienes o derechos concretos puedan acceder al Registro. Desde esta perspectiva, la calificación del título sucesorio, con arreglo al artículo 18 de la Ley Hipotecaria y conforme a los medios y límites fijados en el mismo, ha de ser integral, como la de cualquier otro título inscribible, incluyendo en el caso del testamento, por su condición de negocio jurídico, no sólo la legalidad de las formas extrínsecas, sino también la capacidad del otorgante, y la validez

19 Cfr. REPRESA POLO, M^a P.: “La desheredación del menor de edad. Imputabilidad de la causa de desheredación”, *Revista Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n° 126, septiembre 2024, pp. 4-8.

de las cláusulas testamentarias. Por otra parte, desde el punto de vista formal, la doctrina de este centro directivo admite (véanse Resoluciones citadas en los «Vistos») como suficiente a los efectos del Registro, que al ser el testamento el título fundamental en la sucesión testamentaria y conforme al artículo 3 de la Ley Hipotecaria, aquél ha de aportarse al Registro, bien sea en copia autorizada o en testimonio por exhibición, e incluso relacionado en la escritura de partición, pero en este último caso no basta con que el notario relacione sucintamente las cláusulas del testamento, sino que ha de expresar la exactitud de concepto entre lo relacionado y el texto original, con expresa constancia de que no existen cláusulas que amplíen o modifiquen lo inserto”.

A tenor de lo expuesto no tendrá acceso al Registro de la Propiedad una escritura de partición de herencia que no lleve incorporada o acompañada la copia autorizada del testamento o una relación detallada de sus disposiciones bajo la fe del notario. Desde esta perspectiva no puede considerarse, en mi opinión, que la registradora se haya extralimitado en su calificación ya que el juicio que realiza se basa en lo que se desprende de las escrituras sometidas a su valoración.

Hechas estas aclaraciones procede llevar el análisis al caso concreto. En este sentido debe tenerse en cuenta que el poder de exclusión legitimaria del testador ha de descansar necesariamente en la imputación al desheredado de una causa legal de desheredación. Para ello, el desheredado debe ser susceptible de imputación al tiempo de otorgarse el testamento. El análisis de la imputabilidad entra de lleno en la necesaria revisión que debe hacer la registradora de la validez de los actos dispositivos recogidos en la escritura que se somete a su análisis. De este modo, si observa que la causa de desheredación que se atribuye a los menores no casa con su aptitud o idoneidad para responsabilizarse de ella, la registradora, desde mi punto de vista, puede hacerlo constar a través de una calificación negativa.

La doctrina previa de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública²⁰ da pie a esta interpretación ya que reconoce que, con carácter general, en el ámbito extrajudicial gozan de plena eficacia los actos y atribuciones particionales que se ajusten al testamento, aunque conlleven exclusión de los derechos legitimarios, mientras no tenga lugar la impugnación judicial de la disposición testamentaria que priva de la legítima. Sin embargo, esta afirmación queda limitada ya que, a renglón seguido, establece que “esta doctrina no empece para que se niegue ab initio eficacia a las desheredaciones que no se funden en una causa de las tipificadas en la ley o que se refieran a personas inexistentes al tiempo del otorgamiento del testamento o a personas que, de modo patente e indubitado (por ejemplo, un recién nacido), resulte que no tienen aptitud ni las mínimas condiciones de

20 Cfr. Resoluciones de 25 de mayo de 2017, 3 de octubre de 2019 y 5 de noviembre de 2020.

idoneidad para poder haber realizado o ser responsables de la conducta que se les imputa”.

Si bien el ejemplo del recién nacido es la situación más extrema que, tratándose de menores, puede servir para ejemplificar la falta de imputabilidad, esto no impide que pueda extenderse el argumento a menores en otras franjas de edad que, de forma objetiva, tampoco reúnan las mínimas condiciones de idoneidad para poder responsabilizarse de la conducta que se les imputa. Siguiendo esta línea argumental, a mi modo de ver, ningún reproche puede hacerse a la registradora por su calificación en el supuesto analizado.

V. LA IMPUTABILIDAD DEL MENOR EN SU DESHEREDACIÓN.

No encontramos en nuestro ordenamiento jurídico norma alguna que declare, de forma expresa y con carácter general, la incapacidad de los menores de edad para actuar válidamente en el orden civil.

La legislación sobre protección de menores y la jurisprudencia parten actualmente del principio de que los menores, según sus condiciones de madurez y con las limitaciones establecidas por el legislador, tienen capacidad para el ejercicio de derechos por sí mismos, tanto en su esfera personal como patrimonial.

Esta ambigua regulación exige examinar cada caso concreto teniendo en cuenta que, cuando no encontremos una previsión legal específica, habrá que atender al supuesto analizado y cubrir la falta de regulación expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento²¹. Lo que no cabe es aplicar automáticamente una regla general de incapacidad que no existe ni se aviene con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad. Por el contrario, en los casos en los que existe una previsión legal expresa se estará a lo que esta disponga, como sucede cuando legalmente se fija una edad concreta para determinados actos. Existen múltiples ejemplos de ello en nuestro Código Civil²².

21 Artículos 1, 3 y 4 CC.

22 La propia resolución analizada, en su Fundamento de Derecho 7, se hace eco de la corriente desarrollada, que dimana del art. 39 de la Constitución y que va encaminada al reconocimiento de los derechos de los menores y a su protección jurídica. También recoge que, pese a que el Código Civil no regula ordenadamente la situación del menor de edad, al disciplinar el contrato u otros negocios jurídicos, regula qué puede y no puede hacer el menor. De este modo, el menor puede formalizar por sí mismo ciertos actos o negocios jurídicos en los que basta la capacidad natural de querer y entender para realizarlos y, por ello, no establece un tope mínimo de edad: la posesión, la ocupación de muebles, el tesoro y la usucapión (art. 443 CC); la aceptación de donaciones que nos sean condicionales u onerosas (arts. 625 y 626 CC); aceptar ofertas y perfeccionar negocios gratuitos puros. Los hijos, si tuvieran suficiente juicio, han de ser oídos siempre antes de adoptar decisiones, en el ejercicio de la patria potestad, que les afecten (art. 154 CC, párrafo cuarto del CC); con más de doce años, habrá de prestar consentimiento para la adopción (art. 177 CC); con catorce años puede otorgar testamento excepto el ológrafo (arts. 663 y 688 CC); pactar capitulaciones matrimoniales en régimen de separación o de participación (art. 1329 CC), hacer donaciones por razón del matrimonio en capitulaciones o fuera de ellas con autorización de sus padres o tutor (art. 1338 CC), optar por la nacionalidad española (art. 20 CC) y por la vecindad civil (artículo 14

A tenor de lo expuesto, aun cuando no existe norma expresa que determine la posibilidad de que un menor sea desheredado, no podemos rechazar esta hipótesis, siempre y cuando tenga la madurez física y mental necesaria para este concreto acto. Negar, a priori, la posibilidad de privar de la legítima a los menores se compadece poco con la actual tendencia a reconocerles capacidad de actuar por sí mismos en el tráfico jurídico siempre que sus aptitudes lo aconsejen. Pudiera resultar incongruente, tal y como se recoge en la resolución analizada, que al menor se le reconozca, por ejemplo, capacidad para otorgar testamento, pero no para ser desheredado²³. Por tanto, entiendo que debemos partir de la premisa de que, algunos menores, pueden ser desheredados. Para dilucidar en qué casos se podría producir su privación de la legítima debemos entrar a valorar las concretas causas de desheredación aplicables a los menores ya que, en mi opinión, no todas ellas exigen la misma capacidad.

El análisis de las causas de indignidad contenidas en el apartado primero del artículo 756 CC, en el primer párrafo de su apartado 2²⁴ y en el apartado tercero son las que, a mi modo de ver, tienen un examen más diáfano ya que, en todas ellas, se requiere que el desheredado haya sido condenado por sentencia firme. Para ello es preciso que al menor se le pueda exigir responsabilidad penal y, por tanto, debe haber cumplido los catorce años a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Pero, aun cuando consideráramos que la indignidad no es una cuestión penal y sometiéramos estos supuestos a un análisis de capacidad puramente civil, considero que los supuestos que regulan estos preceptos son lo suficientemente graves y excepcionales como para afirmar que una persona de catorce años es capaz para entender su alcance y las consecuencias que se pueden derivar de mantener estas conductas. De este modo, si incurre en cualquiera de ellas, en mi opinión, podría ser justamente desheredado.

El resto de los supuestos contemplados por el artículo 756,2 CC²⁵ difícilmente serán de aplicación cuando el desheredado sea un menor, bien porque no

CC); con 16 años pueden realizar actos de administración ordinaria de los bienes adquiridos mediante su trabajo o industria (art. 164,3 CC), ser emancipados (art. 241 CC), contraer matrimonio (art. 46 CC), etc.

- 23 No quiere esto decir que la capacidad exigida para otorgar testamento tenga necesariamente que coincidir con la capacidad para ser desheredado.
- 24 El artículo 756 CC en su apartado primero, establece que son incapaces para suceder por causa de indignidad: "El que fuera condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida, o a pena grave por haber causado lesiones o por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante, su cónyuge, persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes". Continúa el apartado segundo extendiendo el régimen de la indignidad "al que fuera condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes". Por último, el apartado tercero contempla el supuesto de quien "hubiese acusado al causante de delito para el que la ley señala pena grave, si es condenado por denuncia falsa.
- 25 Nos referimos en concreto a los párrafos segundo y tercero del apartado 2º del art. 756 CC en los que se contempla como causas de desheredación el haber sido condenado por sentencia firme a pena grave por

tiene encaje en los tipos que regulan los delitos contra los derechos y deberes familiares, bien porque no cabe que los menores de edad sean tutores, curadores o acogedores por lo que no pueden ser removidos por esta causa e incurrir, por tanto, en causa de indignidad.

Las causas de indignidad que afectan a la libertad de testar, recogidas en el artículo 756, 5° y 6°, no exigen una sentencia condenatoria, pero ha de existir intencionalidad ya que el precepto contempla que concurra amenaza, fraude o violencia dirigida a obligar al testador a hacer testamento o revocar el que tuviese hecho. En mi opinión, también en este supuesto podría aplicarse la regla de los catorce años, haciendo un paralelismo con la edad mínima para exigir responsabilidad penal, ya que en este periodo se dispone del suficiente raciocinio y madurez como para comprender el perjuicio que ocasionan este tipo de actuaciones violentas, fraudulentas o intimidatorias y, por tanto, a partir de esa edad, cabría la desheredación.

La negativa injustificada a prestar alimentos es un supuesto excepcional en el caso de los menores ya que, normalmente estarán sujetos a la patria potestad y es poco probable que cuenten con recursos propios suficientes. Realiza un análisis muy detallado de esta cuestión, con extenso análisis doctrinal y jurisprudencial, GÓMEZ VALENZUELA²⁶. Distingue este autor en su estudio entre la situación del menor sometido a la patria potestad y la del emancipado. En el primer caso, considera que no estamos, en puridad, ante una negativa injustificada a prestar alimentos sino ante un supuesto de no contribución a las cargas familiares. Para que el menor pudiera ser desheredado por este motivo, además de contar con el suficiente discernimiento para entender el concepto de solidaridad familiar, es preciso que cuente con suficientes bienes y tenga su administración en aplicación de lo dispuesto en el artículo 164 CC, ya que, en el caso contrario, es decir, cuando la administración de los bienes la ostentan los titulares de la patria potestad, bastaría con que aplicaran los bienes a cubrir las cargas. Este supuesto cuenta con la dificultad añadida de que el artículo 853, 1° CC regula exclusivamente como causa de desheredación la negativa injustificada a prestar alimentos. No contempla la desheredación por no contribuir a las cargas familiares. Para poder admitir esta situación como causa de desheredación sería precisa una interpretación analógica por parte de los tribunales que equipare ambos supuestos.

haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada y haber sido privado por resolución firme de la patria potestad o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo.

26 GÓMEZ VALENZUELA, M.A.: "La desheredación del menor de edad", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, pp. 424 y ss.

Hipótesis distinta es la del menor emancipado en la que no habría impedimento alguno para que se le pueda desheredar por la negativa a prestar alimentos. Extinguida la patria potestad por la emancipación, cualquier demanda de alimentos deberá someterse al régimen de los artículos 142 CC y siguientes. Si los padres se encuentran en situación de necesidad y el menor emancipado, con bienes suficientes, niega los alimentos, podría incurrir en justa causa de desheredación. Debe observarse que para que se de esta circunstancia el menor tendría que haber cumplido los dieciséis años.

El maltrato de obra y la injuria grave son figuras que se regulan conjuntamente pero que tienen perfiles propios. Por maltrato de obra hemos de entender el ejercicio de violencia física o psicológica que lesione la integridad del legislador. Por su parte, las injurias graves han de entenderse como actuaciones dirigidas a menoscabar la fama y la consideración del causante. En los dos casos se requerirá voluntariedad o intencionalidad y tener conciencia del daño que pretende infligirse. Al tratarse de conductas que vulneran de forma grave el respeto a los progenitores y que resultan claramente reprochables, considero que un menor, con catorce años cumplidos, dispone de la suficiente madurez como para comprender su alcance y poder responsabilizarse de las consecuencias derivadas de su actuación. De nuevo en este caso se puede hacer coincidir la edad para responder penalmente con la edad para afrontar consecuencias civiles claramente lesivas de las relaciones familiares. No obstante, este límite de edad no puede operar de forma automática. Habrá que atender a las concretas circunstancias del entorno familiar ya que, en ocasiones, la actuación del menor estará muy condicionada por la educación recibida y los comportamientos que se produzcan en su entorno más cercano.

Hechas estas consideraciones respecto a las distintas causas de desheredación que pudieran afectar a los menores nos centraremos en el análisis del maltrato psicológico al ser la causa más frecuente de desheredación de los menores y la que ha sido tratada en la resolución de 15 de enero de 2024, tomada como referencia para este trabajo. No podemos negar que la privación injustificada a un abuelo del contacto con sus nietos puede llegar a considerarse maltrato psicológico. La propia 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 se hace eco de la importancia de esta relación y de la necesidad de protegerla. Como indica su Exposición de Motivos, los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia y son el principal agente de solidaridad en la sociedad civil. Sensibilizados por esta situación, la norma busca reforzar la relación entre ambos, tanto en el caso de ruptura familiar, como en el de simple dejación de obligaciones. De este modo, incluye un nuevo inciso en el artículo 90 CC en el que articula un régimen de visitas y

comunicaciones específico para los abuelos, siempre que redunde en interés del menor. Por su parte, el artículo 160 CC, en sus incisos segundo y tercero, prohíbe que, sin justa causa, se impidan las relaciones personales del hijo, entre otros, con sus abuelos, habilitando la posible intervención de la autoridad judicial en caso de incumplimiento de esta disposición.

Ninguna duda ofrece la importancia que puede llegar a tener la relación de los nietos con sus abuelos ni el sufrimiento que puede ocasionar que se les prive de su compañía, pero la pregunta que habrá de hacerse al analizar la desheredación de un menor por maltrato psicológico hacia su abuelo es hasta qué punto se le puede imputar esa ausencia de relación que constituye la causa de privación de la legítima.

Desde esta perspectiva, me atrevo a observar que, a diferencia de los supuestos antes mencionados de incapacidad para suceder por indignidad (atentar contra la vida, causar lesiones, ejercer violencia física o psíquica, atentar contra la libertad sexual, etc.), el maltrato psicológico no requiere una actuación activa, claramente reproducible incluso para la comprensión un menor. La mera ausencia de relación es una actitud pasiva de la que es mucho más difícil para un menor derivar la causación de un daño. Es muy posible, además, que esa falta de relación no sea imputable al menor sino a su progenitor, que pudiera haber ejercido una influencia negativa en la percepción que sus hijos tengan de los abuelos y en su relación con ellos. Debe tenerse en cuenta que no siempre se van a dar las circunstancias para que un menor pueda tener con sus abuelos una relación autónoma, distinta de la de sus padres.

Tampoco es descartable que la actitud de los abuelos, en escenarios de conflicto familiar, contribuya activamente al abandono o ausencia de relación ya que pueden ser ellos los que huyan de cualquier tipo de contacto con esa rama de la familia. Estas connotaciones, junto con todo el entramado de circunstancias que pueden acaecer en los conflictos familiares, hacen que, en mi opinión, se deba ser especialmente cauteloso a la hora de analizar la capacidad del menor para ser desheredado por esta causa.

Como ya he advertido, y la doctrina de la Dirección General se ha encargado de recordar siempre que ha tenido ocasión, la exclusión legitimaria del testador ha de estar basada en la imputación al desheredado de una causa legal de desheredación. Por eso es preciso que quien vaya a ser privado de la legítima sea susceptible de imputación, esto es, que al tiempo de formalizar el testamento haya nacido y tenga aptitud o idoneidad para que le sea jurídicamente imputable la conducta que constituye la causa legal esgrimida. Recoge expresamente la resolución analizada que, "aunque es cierto que el Código Civil, a diferencia de lo que hizo algún texto legal anterior como Las Partidas, no expresa ni concreta

la capacidad para ser desheredado, lo que no cabe duda es que se requiere un mínimo de madurez física y mental para que una persona pueda ser civilmente responsable del acto que se le imputa”.

Hecho este análisis, el centro directivo, en su resolución de 15 de enero de 2024, da un importante paso adelante y considera que, por debajo de un determinado límite de edad del desheredado, debe partirse, *ab initio*, de su inimputabilidad sin que sea preciso contar para ello con un pronunciamiento judicial. El límite que fija para considerar que el menor pudiera ser imputable es el de los catorce años. Se basa para ello en que es la edad exigida para otorgar testamento (salvo el ológrafo), y la establecida como tope mínimo para la exigencia de responsabilidad sancionadora según dispone la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. En el supuesto analizado, al tener los desheredados la edad de ocho y trece años en el momento en el que se formalizó el testamento que se les privó de la legítima, la Dirección General considera que debe confirmar la calificación de la registradora al considerarles inimputables.

Fijar un límite por debajo del cual se considere que un menor no reúne la aptitud necesaria para que se le pueda imputar una causa de desheredación me parece un avance necesario ya que unifica criterios y actúa en favor de la seguridad jurídica. A nadie se le escapa la dificultad de determinar en qué concreta edad se debe establecer este tope. Sin duda podemos encontrar argumentos para rebatir que lo óptimo sean los 14 años fijados por la Dirección General y que no resulte más adecuado determinar otra edad más próxima a los dieciocho años²⁷. Pero lo cierto es que no cabe hablar de una solución arbitraria por parte de la Dirección General que, como he indicado, ha tratado de dar razón de su decisión y, en abstracto, resulta tan convincente como la de quienes sostienen la necesidad de elevarla. Creo que los catorce años es un límite objetivo de mínimos, muy lógico si se une con la edad mínima de imputabilidad penal ya que tendría muy poco sentido que a un menor no se le pudieran aplicar las causas de indignidad por no ser susceptible de responsabilidad penal y que, en cambio, se le pudiera desheredar por maltrato psicológico.

A partir de ahí habrá que estar abiertos a la casuística, especialmente cuando se apele al maltrato psicológico como causa de desheredación. No sería descartable que un menor, cumplidos los 14 años, en un escenario en el que las relaciones familiares están lo suficientemente deterioradas como para plantearse la privación de la legítima, no cuente con la autonomía necesaria para mantener una relación con sus abuelos distinta de la que mantienen sus padres. Si no existe contacto

27 Cfr. VAQUER ALOY, A.: “La desheredación de los legitimarios menores de edad (a propósito de la RDGSJFP de 15 de enero de 2024)”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXVII, 2024, fasc. IV (octubre-diciembre), p. 1946. Considera este autor que solo por encima de los 16 años cabe plantearse que pueda imputarse exclusiva o eficientemente al menor la falta de relación familiar continuada y manifiesta con el causante.

con ellos desde temprana edad, es difícil que se pueda atribuir al menor la causa del desafecto. Creo, incluso, que en estas circunstancias puede no percatarse de que, con su actitud pasiva, esté causando algún daño. En consecuencia, comparto que, por debajo de los 14 años, no puede concurrir esta causa de desheredación y por encima de esta edad, hasta que el nieto desheredado alcance una verdadera autonomía, es muy probable que la causa de desheredación no se sostenga ante un tribunal²⁸.

Elevar la edad a dieciséis años no me parece una solución definitiva. Insisto en que habrá que estar a la casuística y considero que en el análisis de la imputabilidad del menor que debe realizar el juez, una vez superados los catorce años, más que atender al dato objetivo de la edad, será preciso dilucidar el grado de autonomía del menor para mantener una relación con sus abuelos independiente de la que estos mantienen con sus padres. Para ello será importante, entre otras cosas, la cercanía física entre ambos. Si un nieto de catorce años, que vive próximo a su abuelo y que pudiera haber mantenido una relación afectiva con él, producida la ruptura de las relaciones familiares lo evita y puede percibir directamente el efecto que esta falta de atención le causa, podría estar produciendo un maltrato psicológico que le sería imputable. En cambio, si el menor, aún con dieciséis años, vive lejos de su abuelo, no tiene ningún contacto ni relación afectiva con él ni una percepción directa del efecto que la falta de relación está causando, sería más difícil, a mi modo de ver, que se le pudiera imputar la causa de desheredación. Estos ejemplos, imperfectos por cuanto que están despojados de las múltiples connotaciones que pueden rodear a la ruptura de las relaciones en el seno de una familia, pretenden únicamente ilustrar que el límite de los catorce años puede no ser definitivo a la hora de imputar al menor la causa de desheredación, que la solución no está en elevar la edad de desheredación a los dieciséis años y que habrá que valorar en cada caso concreto la autonomía del menor y las causas concretas que han dado lugar a la ruptura de las relaciones.

Por último, hemos de indicar que los efectos de la desheredación hecha a menores inimputables, por tanto, sin causa, son los recogidos en el artículo 851 CC que establece la privación de la legítima hecha en estas circunstancias anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima”.

28 Resulta muy ilustrativa a este respecto la reciente STS 5 junio 2024 (ROJ: STS 3300/2024), en la que un padre pretende desheredar a una hija con la que no mantiene relación desde que cumplió los siete años. Considera en este caso el Tribunal Supremo “no es la hija, quien rompiendo normales y exigibles normas de comportamiento abandona al padre enfermo (quien, por otra parte, no precisaba ayuda para su cuidado), sino que es el padre quien, tras haber abandonado a la hija siendo una niña, pretende hacer recaer sobre ella el reproche y las consecuencias de que no sintiera afecto por él”.

VI. LA POLÉMICA DESHEREDACIÓN CONDICIONAL.

La resolución analizada abre de nuevo la polémica de la desheredación condicional ya que uno de los nietos desheredados, que en el momento en el que se otorga el testamento tiene 13 años, cuando se abre la sucesión ha cumplido los 18 años y, por tanto, ya se considera imputable. Al hilo de esto, algunos autores vuelven a plantearse la posibilidad de la desheredación condicional. Consideran que la voluntad de la testadora de privar al nieto de la legítima es clara. Si lo hizo cuando contaba con 13 años, considerando erróneamente que era imputable, con más razón querría que se le desheredara si ha mantenido el comportamiento durante los años transcurridos hasta la apertura del testamento, en los que ha aumentado su capacidad de entender y querer. En defensa de sus argumentos sostienen que “del mismo modo que se ha defendido la ineficacia de las disposiciones testamentarias en caso de causas sobrevenidas que no fueron tenidas en cuenta por el testador, con más razón si cabe estas circunstancias deben servir para confirmar su eficacia cuando sean las mismas que justificaron la cláusula testamentaria”. Invocan además la controvertida doctrina del Tribunal Supremo sobre la interpretación del artículo 761,1 CC. Consideran que “su aplicación a este supuesto podría llevar a entender que la desheredación es eficaz por cuanto creyendo el testador que el legitimario era imputable no lo era, pero como en el momento de abrirse la sucesión esa condición que era falsa ha pasado a ser cierta y resulta esencial para la eficacia de la disposición testamentaria podemos confirmar esta”²⁹.

No comparto esta interpretación. No estamos hablando en este caso de una cláusula testamentaria cualquiera sino de la que da lugar a la desheredación que, como he indicado, es esencialmente causal y, por tanto, no puede estar sometida a condición. La desheredación debe hacerse puramente. Aunque el Código no contiene una prohibición expresa de la desheredación condicional, su carácter excepcional y la necesidad de que esté fundada en una de las causas recogidas taxativamente en la norma deben llevar, en mi opinión a rechazarla. Como es sabido, la condición es un acontecimiento futuro e incierto del cual depende el nacimiento o la extinción de la obligación. Opera como una herramienta jurídica que permite a las partes adaptar sus vínculos obligacionales a la incertidumbre del futuro, sin renunciar al control jurídico de sus consecuencias. Esta incertidumbre, condicionalidad o contingencia esenciales en la condición jurídica casan poco, a mi modo de ver, con la certeza de la causa que debe de concurrir para que pueda haber justa desheredación.

Desde esta perspectiva, la causa que lleva a privar de la legítima a un legitimario ha de concurrir en el momento en el que se produce la desheredación y estar

29 REPRESA POLO, M.ª P.: “La desheredación”, cit., pp. 16 y 17.

recogida en el testamento identificando, de forma indubitada, el heredero al que se le atribuye esta conducta. Por tanto, a la hora de determinar la imputabilidad de un desheredado menor de edad, se deberá de tomar en consideración la situación vigente en el momento en el que se otorga el testamento no a la que concurra en su apertura. Insisto en que este planteamiento tiene detractores y puedo entender las razones que llevan a refutarlo, que imagino están en consonancia con la búsqueda de soluciones novedosas que nos permitan adecuarnos a la realidad social, pero creo que la desazón que nos produce no disponer de los recursos normativos necesarios en el contexto socioeconómico actual no debe llevarnos a aplicar las normas como nos gustaría que fueran en lugar de como son.

Ni siquiera creo que, de *lege ferenda*, pudiera plantearse incluir en nuestro ordenamiento una especie de desheredación condicionada en la que el testador pudiera privar de la legítima a sus herederos si, a futuro, incurren en algún comportamiento constitutivo de causa de desheredación. Imagino que, de permitirse algo así, esta estipulación se convertiría en una suerte de cláusula de estilo que se incorporaría por sistema y *ad cautelam* en todos los testamentos, dejando al albur de los legitimarios que resulten beneficiados por la desheredación la decisión de si se ha dado cumplimiento o no a la condición. Indudablemente esto augura una judicialización sistemática de los testamentos en los que se incluyan estas disposiciones. Creo sinceramente que este no es el camino que debemos transitar.

En definitiva, con la actual regulación y especialmente con la reiterada doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública a este respecto, no veo ninguna posibilidad de mantener en el supuesto analizado la existencia de una desheredación condicional.

BIBLIOGRAFÍA

ARAQUE GARCÍA, A.: "Concreción del maltrato psicológico como causa de desheredación: la falta de relación familiar continuada", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17 bis, 2022, pp. 2510-2533.

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "Abandono de personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, 2016, pp.289-302.

BERMEJO PUMAR, M^a.M: "La llamada legítima crediticia", en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar perfiles críticos y comparados* (dir. por F. CAPILLA RONCERO, M. ESPEJO LERDO DE TEJADA y F.J. ARANGUREN URRIZA, coord. por J.P. MURGA FERNÁNDEZ y C. HORNERO MÉNDEZ), Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 119.

DE BARRÓN ARNICHES, P.: "La evolución de la jurisprudencia en materia de desheredación por maltrato psicológico al causante: una vuelta de tuerca para ganar en seguridad jurídica (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2023)", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXXVII, 2024, fasc. I (enero-marzo), pp. 353-380.

DEL CAMPO ÁLVAREZ, B.: "El maltrato psicológico como causa de desheredación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar perfiles críticos y comparados*, (dir. por F. CAPILLA RONCERO, M. ESPEJO LERDO DE TEJADA y F.J. ARANGUREN URRIZA, coord. por J.P. MURGA FERNÁNDEZ y C. HORNERO MÉNDEZ), Aranzadi, Pamplona, 2019 pp. 361-366.

GOMÁ LANZÓN, I.: "¿Tienen sentido las legítimas en el siglo XXI?", en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar perfiles críticos y comparados*, (dir. por F. CAPILLA RONCERO, M. ESPEJO LERDO DE TEJADA y F.J. ARANGUREN URRIZA, coord. por J.P. MURGA FERNÁNDEZ y C. HORNERO MÉNDEZ), Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 73.

GÓMEZ VALENZUELA, M.A.: "La desheredación del menor de edad", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, pp. 424 y ss.

JORDANO FRAGA, F.: *Indignidad sucesoria y desheredación (algunos aspectos conflictivos de su recíproca interrelación)*, Comares, Granada, 2004, pp. 2-14.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima", *Diario la Ley*, núm.8592, 2015, p.4.

PARRA LUCÁN, M.A.: "Las legítimas en la propuesta de Código Civil elaborada por la asociación de profesores de Derecho Civil", en AA.VV., *Las legítimas y la libertad de testar perfiles críticos y comparados* (dir. por F. CAPILLA RONCERO, M. ESPEJO

LERDO DE TEJADA y F.J. ARANGUREN URRIZA, coord. por J.P. MURGA FERNÁNDEZ y C. HORNERO MÉNDEZ), Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 193-210.

REPRESA POLO, M^a P.: "La desheredación del menor de edad. Imputabilidad de la causa de desheredación", *Revista Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n° 126, septiembre 2024, pp. 4-8.

VAQUER ALOY, A.: "La desheredación de los legitimarios menores de edad (a propósito de la RDGSJFP de 15 de enero de 2024)", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXVII, 2024, fasc. IV (octubre-diciembre), p. 1946.



RECENSIONES

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *El Derecho de familia hoy: Nuevas tendencias legales y jurisprudenciales*, ed. REUS, Madrid, 2025, 258 pp.



Si cualquiera de nosotros, los juristas, o cualquier ciudadano, lego en Derecho, quisiera, de forma sencilla y amena, conocer todos los problemas y las cuestiones que las familias (y el plural no es casual) hoy plantean en el mundo de las leyes y nuestros tribunales, es decir, en la vida cotidiana misma, es el que les voy a recensionar, en mi opinión, el libro más recomendable actualmente (ante la variada, y variopinta, panorámica de los muchos libros que hay con idéntica temática y pretensión).

La monografía del Prof. De Verda y Beamonte es, en efecto, una obra completa sobre el actual Derecho de familia en España, pues en ella están todos los problemas que hoy suscitan las familias (aunque no estén todos los que son, según veremos, lo que se explica, como en toda obra, por las querencias que cualquier autor presenta hacia ciertos temas, que le son más “queridos” o afines por haber sido ya previamente investigados por el propio autor; lo cual, en mi caso sin ir más lejos, me hubiera permitido abordar unos temas con más detenimiento

que otros, o incluso en su detrimento u olvido —vaya, pues, el “mea culpa” por delante—). Con todo, y al margen de gustos personales, está en la presente obra todo lo que uno debe de saber para conocer el actual “status quaestionis” de las familias en España.

El Prof. De Verda, tras plantearse en la Introducción (pp. 9-14), el dilema entre si hablar del Derecho de familia (en singular, según él defiende) o del Derecho de las familias (en plural, según parece estar ahora de moda por influencia del nuevo Código cubano), estructura toda su monografía (de 258 páginas) en tres grandes capítulos: en el primero de ellos (de unas 100 páginas), dedicado a las “líneas fuerza o principios rectores del Derecho de familia”, aborda diversas cuestiones familiares bajo tres principios: el del libre desarrollo de la personalidad, el de igualdad y el de protección del interés superior del menor (diluyendo entre todos ellos, la dignidad y la libertad); en el segundo capítulo (pp. 125 a 185), titulado “la petrificación del Derecho de familia codificado y su superación por la práctica jurisprudencial” (tan presente, junto con sentencias de tribunales inferiores y con toda su rica casuística, a lo largo de toda la obra), aborda diversos temas: como la supresión del carácter excepcional de la guarda compartida; el enriquecimiento, también por obra del Tribunal Supremo, del desnutrido art. 93.I del Código civil, sobre pensión de alimentos; la todavía insuficiente regulación del art. 96 CC, sobre atribución del uso de la vivienda familiar; o como la reformulación del art. 97 CC, sobre pensión compensatoria. Por último, en el tercer capítulo del libro (que comprende desde la p. 186 hasta el final), aborda el Prof. De Verda algunos temas que han sido recientemente reformados por el propio legislador (como el de las personas con discapacidad, o el de la tenencia y cuidado de los animales domésticos en caso de crisis matrimoniales), o bien temas que requieren de una pronta solución legislativa ante la jurisprudencia que al autor de la obra no convence (como es la posible responsabilidad por daños, especialmente causados por infidelidades, en Derecho de familia), con el que la obra queda concluida.

Naturalmente, como sucede prácticamente con cualquier tema, y con cualquier obra, cada cual hubiera estructurado la monografía de otro modo. Por mi parte, sin caer en tan fácil, como inútil e injusta tentación, sí me permito destacar como expresada en toda la obra del Prof. De Verda la consabida, y cada vez más admitida (especialmente, en Derecho de Familia), teoría tridimensional del Derecho, en cuya virtud, sin entrar “hic et nunc” en cuál de sus elementos es vértice preponderante, todo el Derecho se vertebra en tres elementos esenciales: principio, realidad y norma. En cierto modo, a cada uno de ellos, y siguiendo tal orden, se dedica la monografía del Prof. De Verda, lo que a mi modo de ver hace que resulte algo desmedida la “petrificación” con que el autor califica el Derecho de familia codificado, que solo es superado por la práctica jurisprudencial (como

expresión de la realidad a que me refiero cuando he recordado aquella visión tridimensional del Derecho).

Sin quitarle su parte de razón en que las reformas de nuestro Código civil no han sido en los últimos tiempos tan frecuentes y profundas como debieran, tal vez, haber sido, tampoco cabe olvidar que, precisamente, en materia de familia, donde actualmente la sociedad es tan variada y tan cambiante con suma celeridad, es imposible que el Derecho legislado vaya respondiendo con ininterrumpidas reformas al compás de aquel ritmo social, debiendo ser, entonces, nuestros tribunales, y nuestra jurisprudencia con su innata función complementadora que le asigna el propio Código civil (en su art. 1.6), los que deban actualizar el Derecho de familia codificado, reinterpretándolo, precisamente, desde aquella realidad social (destacada por la recordada teoría tridimensional del Derecho), a la que el Código debe adecuarse, según prevé él mismo (ahora en su art. 3.1 CC), cuando se refiere a la llamada interpretación sociológica o evolutiva, tan presente en el Derecho de familia de hoy, y, por ello, en la obra del Prof. De Verda; presente casi a modo de “Leit Motiv”, con efectos muchas veces correctores de la ley (como es propio de tal criterio interpretativo), como sucedió con la progresiva descausalización del divorcio o con la posible temporalidad de la pensión compensatoria (antes de que el legislador, en 2005, hiciera lo propio reformando el Código civil), o como, según señala De Verda en su obra (pp. 126-139), ha sucedido más recientemente con la superación, por obra también jurisprudencial, del carácter excepcional de la custodia compartida, donde más que la tenencia y cuidado compartidos o el reparto temporal convivencial del hijo importa la toma de decisiones sobre su educación y futuro consensuada por parte de sus progenitores; o como ha sucedido con el desarrollo práctico que el parquísimo art. 93.1 del CC, sobre alimentos, ha tenido por obra también del Tribunal Supremo, y que el Prof. De Verda expone también con cierto detalle (en pp. 139-153); o como ha sucedido con el art. 96 del CC, sobre atribución del uso de la vivienda familiar, tan enriquecido por nuestra jurisprudencia, y que a pesar de su reciente reforma (en 2021), sigue siendo, en opinión del Prof. De Verda, insuficiente (cuando trata el tema con detenimiento, en pp. 154-166), señalando como carencias de aquel art. 96, que no prevea el caso en que los hijos estén en guarda y custodia compartida, que no se regule a quién corresponden los gastos de la vivienda (desde el pago de las cuotas de comunidad, hasta el IBI), ni cuáles puedan ser las causas de extinción del uso de la vivienda (al margen de la expiración del plazo determinado “ad hoc” para tal uso).

Tal vez analizada la norma (de nuestro Código, y de otras leyes autonómicas a lo largo de toda la obra), desde aquella realidad social a la que aquélla se aplica, tal vez hubiera podido estructurarse toda la obra desde los principios que inspiran tales normas para resolver aquellas exigencias que la realidad social familiar suscita hoy en España (según la superioridad de los principios que le son propios según

su papel como musa inspiradora de todas las normas y como destino final para su interpretación, según cabe observar en los arts. 1.4 y 3.1 “in fine” de nuestro Código Civil). Como hemos visto, el Prof. De Verda sigue tal proceder, inspirado en los principios, —tan solo— en el primer tercio de su libro:

En efecto, en el primer capítulo, como hemos visto desde su propio título (“líneas fuerza o principios rectores del Derecho de familia”), analiza en primer lugar el “principio del libre desarrollo de la personalidad” (pp.15-102), destacando la evolución habida en nuestro Derecho de familia desde el interés general de la familia a los intereses individuales de cada uno de sus miembros como expresión de su libre desarrollo de la personalidad, donde observa el autor varios hitos (hasta tres):

Como primer hito, la ruptura de la identificación de la familia con el matrimonio (pp. 16 ss), para dejar el palenque abierto a las parejas de hecho, que sin ser análogas al matrimonio ni tener un respaldo constitucional expreso y directo, encuentran cada vez mayor reconocimiento (jurisprudencial y legislativo autonómico); de tales parejas no casadas el Prof. De Verda, no solo expone su estado actual en nuestra jurisprudencia para los casos de ruptura (recordando su consolidada negativa a aplicar por analogía las normas del matrimonio sobre separación y divorcio, permitiendo tan solo aplicar supletoriamente el principio del enriquecimiento injusto cuando sea procedente), sino que también apunta (en pp. 24 ss), con gran acierto a mi modo de ver, la posibilidad de que tales parejas, antes de la ruptura y para su normal convivencia, se sometan a una comunidad de ganancias, aunque sin poder someterse directamente al régimen de gananciales (solo aplicable a los matrimonios), por ejemplo, pactando una sociedad irregular de ganancias (del art. 1669), o bien acuerden, en previsión de una posible ruptura, una indemnización, para su fijación o para su renuncia anticipada, siempre que tal pacto indemnizatorio no condicione la propia libertad de mantener o romper la pareja ni suponga una sanción por tal ruptura, ni se alteren sustancialmente en el momento de la crisis las circunstancias en que se pactó aquel resarcimiento (siendo, pues, en su opinión aplicable, también a las parejas de hecho, la cláusula “rebus sic stantibus”).

Como segundo hito se refiere el Prof. De Verda a la personalización del matrimonio (pp. 34 ss), donde, a mi modo de ver, De Verda se deja llevar por sus querencias temáticas antaño ya investigadas, dedicando una buena parte del segundo hito a los impedimentos matrimoniales (y las pp. 37 a 73 a la nulidad matrimonial, donde tal vez tan solo tengan más repercusión social hoy los matrimonios forzosos, o forzados, celebrados por coacción o miedo grave, o los matrimonios simulados por razones de conveniencia), pasando por encima, sin embargo, de hitos tan importantes como la desacralización del matrimonio y la

permisión de otras formas de celebración religiosas diversas de la católica, o como el divorcio (introducido en 1981, reformado para descausalizarlo en 2005 y así desjudicializarlo con el llamado divorcio notarial en 2015), o como la progresiva desnaturalización del matrimonio, y de las relaciones de pareja en general, desde la abolición de los impedimentos biológicos matrimoniales hasta la consagración, en 2005 (hace justo ahora 20 años), del matrimonio entre personas del mismo sexo, temas todos ellos que simplemente se mencionan o describen someramente en la presente obra, cuando son manifiesta expresión del libre desarrollo de la personalidad, de la dignidad, de la libertad y, también, de la propia igualdad de la persona; un principio al que, no obstante, se refiere De Verda después (pp. 102 a 109), para tan solo abordar la donación de gametos y la fecundación póstuma, que bien se podría haber abordado antes, en el tercer hito de aquel primer principio, referido a la reproducción asistida como alternativa a la natural o biológica, donde, para resolver la determinación de la filiación, el Prof. De Verda distingue varias hipótesis (la de mujer inseminada y casada con varón, o con mujer, o conviviente, sin casarse, con un varón, o bien pareja de hecho de otra mujer, donde el autor se detiene para referirse más a la reciente jurisprudencia habida sobre la maternidad por posesión de estado que a la reciente reforma, tan necesaria ante la terquedad de nuestros tribunales, que vino a reconocer, finalmente, lo que hubiera debido de ser obra jurisprudencial: la comaternidad en favor de la mujer que es pareja, casada o no, de la inseminada; del mismo modo obvia otras posibles hipótesis, también discutibles (como la inseminación de mujer sin pareja, o la posible copaternidad en parejas, casadas o no, de hombres, cuya libertad e igualdad, respecto de las demás personas y parejas, suele ser tan olvidada, como en el tema de la maternidad subrogada, que en esta parte de su obra el Prof. De Verdad trata brevemente para posponer su tratamiento más detenido en otro lugar (en pp. 114-124), referido al interés superior del menor (en pp. 109-124), para así, con nuestro Tribunal Supremo, anteponer tal interés a aquellos otros principios de libertad e igualdad, y la biología a las voluntades y afectos cuando hoy es, justamente, al revés.

Al ser el principio de protección del interés superior del menor una expresión del de igualdad, en cuanto proporcional, como expresión del de justicia (que exige tratar de igual forma a los iguales y de desigual forma a los desiguales, protegiendo en la desigualdad al débil frente al fuerte), encajan aquí perfectamente dos cuestiones que en la obra aquí recensionada se posponen al tratar ciertos temas como recientemente reformados por el legislador; tales son: por un lado, las medidas de apoyo a las personas con discapacidad (pp. 187-203, donde más bien trata el tema desde la perspectiva del Derecho de la persona más que como una cuestión de Derecho de familia, por mucho que los familiares suelen ser los apoyos más habituales de aquellas personas); y, por otro, la tenencia y cuidado de los animales domésticos en el caso de crisis -tan solo- matrimonial (tras ser reformado, entre otros, nuestro Código civil por la ley de animales de finales de 2021), donde el autor

(en pp. 203-222) destaca la observancia del bienestar del animal, como ser vivo dotado de sensibilidad, aunque subordinándolo a los intereses de los miembros de la familia (especialmente al superior de los hijos menores, con cuya guarda y custodia es deseable que coincida la del animal, según apunta De Verda con apoyo en numerosas sentencias de nuestros tribunales inferiores), y al margen de a quién corresponda la titularidad dominical de la mascota; un bienestar, el del animal que ha de protegerse, que bien puede calificarse como otro principio general del Derecho -también del- de familia, tan justo como los demás tendentes a proteger al más vulnerable (aunque, como en este caso, se trate de un animal), y que, como tal principio con su posible función integradora, bien pudiera servir también para resolver los casos de crisis familiar en parejas de hecho que se disputan la tenencia del animal, más allá de quien sea su dueño, no tanto porque tales parejas sean análogas a las matrimoniales (que no lo son, según explica el propio De Verda también en este tema), sino porque el rechazo del legislador estatal a regular tales uniones no puede ir en perjuicio del bienestar del animal por el simple hecho de que sus cuidadores convivientes no estén casados, como tampoco puede ir en perjuicio del interés de los hijos, sean o no estos matrimoniales. De Verda, en cambio, con el común de la doctrina opina (en pp. 218-223), que la no previsión de tales crisis familiares por parte del legislador estatal ha sido un acierto, y que aquella disputa sobre el animal en parejas no casadas ya rotas, al margen del caso de copropiedad expresamente previsto en el art. 404 del CC tras su reforma, solo puede resolverse según a quién de sus miembros corresponda la propiedad del animal. Flaco favor se hace con ello para el bienestar del animal.

También subyace la idea de justicia, en cuanto igualdad proporcional, en el estudio, eminentemente jurisprudencial, que el Prof. De Verda realiza (en pp. 139-153), sobre la pensión de alimentos, donde rige como máxima la proporcionalidad (respetándose siempre el “mínimo vital” por hijo), como así se observa cuando en favor de los hijos emancipados o mayores de edad solo se justifica la prestación de alimentos a su favor cuando sean convivientes, dependientes y su necesidad de recibir alimentos les sea inimputables.

También late la idea de justicia, como protección del más débil, en la atribución del uso de la vivienda familiar, que regula el art. 96 CC, donde el Prof. De Verda elogia, precisamente (p. 154), que en tal atribución se prescindiera de a quién corresponde la titularidad dominical de la vivienda y de cuál sea el régimen económico del matrimonio, para centrarse en el interés más merecido de protección (el de los hijos, ante todo, sobre todo si son menores de edad, o, en su defecto, el del cónyuge más débil); una protección que, con acierto también en opinión de De Verda, refuerza el art. 96 del CC tras su última reforma (de 2021), al permitir expresamente la inscripción del derecho de uso en el Registro de la Propiedad, para así hacerlo eficaz, y protegerlo, frente a terceros.

En la solidaridad posconyugal fundamenta reiteradamente De Verda la pensión compensatoria, reformulada en el art. 97 CC (que trata en pp. 166-185), al justificarla en la dedicación a la familia o a la actividad profesional del otro cónyuge, y no en las necesidades habidas tras la ruptura matrimonial; por ello mismo critica con razón De Verda que la pensión se extinga por convivencia o matrimonio del excónyuge acreedor de la pensión, y aconseja, para poner punto final a la pareja, que su pago sea desde un principio único, lo que, al modo francés, debería ser incentivado con beneficios fiscales, para así dejar de ser una hipótesis extraña, como actualmente lo es en España, donde el pago de la pensión compensatoria suele ser periódico.

Por último, y muy relacionado con la propia dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, a que el Prof. de Verda se refiere al principio de su obra cuando estudia los principios generales del Derecho de familia, al final -sin embargo- de la obra, trata el tema de los “¿Daños en el Derecho de familia?” (pp. 222-254), así formulado, entre interrogantes, por lo debatido que resulta el tema más allá de la responsabilidad por daños expresamente previsto en el Código civil, y que tan raros son de ver en la realidad (como son, de una parte, la indemnización en caso de incumplimiento injustificado de la promesa de matrimonio -art. 43 CC-, y, de otro lado, en caso de nulidad matrimonial causada dolosa o negligentemente, prevista en el art. 98 CC, y que en su escasa aplicación práctica suele darse en los supuestos de reserva mental y de error en las cualidades de la persona). Más debatido, y cada vez menos extraño en la realidad, es la posibilidad de reclamar una indemnización por los daños morales que causa el incumplimiento de los deberes conyugales contenidos en los arts. 67 y 68 CC, sobre todo, por el de infidelidad, que el Prof. De Verda defiende, con toda la razón en nuestra opinión, como daño moral causado a los derechos de la personalidad (como pueden ser el honor, la intimidad y la propiedad imagen), o a la propia dignidad diría yo, por inobservancia de lo que son auténticos deberes jurídicos (aunque no sean exigibles coactivamente “in natura”); todo lo cual se defiende en esta obra con apoyo en la jurisprudencia extranjera (habida en varios países de nuestro entorno), pero en contra de la nuestra que se mantiene, de momento, en una posición contraria a reconocer tal resarcimiento de un daño que desea mantener en el terreno de la moralidad, de la alegalidad, acaso como si el deber incumplido, causante del daño, fuese también puramente moral, alegal.

Y esta es, en fin, así expuesta someramente, la obra completa, y compleja, que el Prof. De Verda nos ofrece a todos cuantos -sean juristas o legos- quieran conocer el estado actual del Derecho de familia en España; ¿o de las familias? Acabo así, con tal interrogante, con el inicio de la obra aquí recensionada, donde su autor, ante tal dilema, se mantiene firme, y tradicional, al hablar de un Derecho de familia, así, en singular, a pesar de la variedad y heterogeneidad de familias y

modelos familiares hoy existentes, tanto en sentido horizontal (conformadas por muy diferentes relaciones de pareja, casadas o de hecho, que estudia De Verda, o de parejas separadas, divorciadas, reconstruidas, ensambladas, ... que el Prof. De Verda, sin embargo, ni menciona); así como en un sentido vertical, donde los hipotéticos modelos familiares (surgidos de la naturaleza o la biología, de la adopción, o de la inseminación, ...), son tantísimos (desde familias monoparentales, con un padre o una madre, a familiares multiparentales, con un padre y una madre, con dos padres, dos madres, o con una padre póstumo, ...).

No obstante tal variedad y heterogeneidad, el Prof. De Verda (p. 10 ss), prefiere seguir hablando de un Derecho de familia, en singular, pues aunque todos los modelos familiares vistos en la obra encajen de algún modo en el art. 39 de nuestra Constitución, que en cierto modo se refiere a la familia en general, no todos serían admisibles (piénsese, por ejemplo, en matrimonios polígamos, consuetudinarios o en los que son impuestos, todos ellos inconstitucionales por ser contrarios al orden público interno), y los que son admitidos no lo son con igual protección por parte de la Constitución (piénsese, por ejemplo, en el matrimonio, expresamente previsto, y tutelado, en el art. 32 de la Constitución, frente a las parejas no casadas, cobijadas genéricamente en aquel otro art. 39 por ser familias, y donde la mayor protección se dispensa a los hijos y a las madres). Mas si esa es, precisamente, la realidad constitucional de la familia, reconocida y protegida con diverso alcance según a qué familia o a qué miembro de la familia se refiera, ¿no justificaría esa diversidad que, precisamente, se hablara del Derecho de las familias, en plural, tal como también se habla de los Derechos reales, del Derecho de obligaciones y contratos, o del Derecho de sucesiones, según sea testada o intestada? Del mismo modo en que no cabe hablar del Derecho real, por muy prototípico que sea la propiedad, como tampoco de un Derecho de contrato, por muy modélica que sea la compraventa, tampoco parecería adecuado hoy ya seguir hablando de un Derecho de familia, por mucho que el matrimonio con hijos sea aún el patrón mayoritario... Aunque bien pudiera recordarse, en contra de tal plural, que a pesar de la diversidad de personas que hay (entre físicas y jurídicas, sobre todo), tan solo hay un Derecho de la persona...

Quede, pues, la cuestión simplemente planteada como mero botón de muestra de lo sugerente que resulta la completa obra hasta aquí recensionada.

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Sevilla

ORTEGA GIMÉNEZ, A.: *Litigios sobre bienes culturales en clave de derecho internacional privado (De la dama de oro al Caso Cassirer)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 263.



I. Sirvan las palabras que siguen para recensionar el libro del Profesor Doctor D. Alfonso Ortega Giménez titulado “Litigios sobre bienes culturales en clave de derecho internacional privado (De la Dama de oro al Caso Cassirer)”.

Acéptenme antes de hacerlo que acuda a una pequeña digresión. Esta obra se presentó a los premios que la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación otorga, en concreto en la edición de 2024, a monografías originales e inéditas sobre materias jurídicas. Y resultó ganadora. Precisamente, en el acto de entrega a su autor del VIII Premio de estudios jurídicos me correspondió, como miembro del Jurado, glosar el currículum y los méritos del galardonado y, claro es, destacar los aspectos esenciales de la obra premiada.

Comprenderán entonces los términos de la presente recensión.

2. Me corresponde efectuar la laudatio del Profesor Ortega Giménez. Como todos conocen es un pequeño discurso que se pronuncia en elogio de una

persona y que, en muchos casos, sobre todo cuando no se conoce personalmente al homenajeado, discurre con una enumeración de méritos.

Me permitirán, sin embargo, que huya del concepto clásico. Lo entenderán en seguida: su *curriculum* se extiende a 120 folios. Y no extraña pues en su haber tiene numerosos premios en docencia e investigación. Entre ellos, y debo reconocerles que es el que más curiosidad me ha despertado, Búho de oro al mejor profesor, y el más sobresaliente quizá, el premio extraordinario de doctorado.

En todo caso, el Doctor Alfonso Ortega es profesor titular de derecho internacional privado en la Universidad Miguel Hernández; también ponente habitual en materias de su disciplina tanto en España como en el extranjero; y asimismo autor de un número ingente de publicaciones con participaciones en libros que superan los doscientos cincuenta.

Y a ello se añade que es doctor honoris causa por varias universidades y que, además, acaso lo que prima dado el foro en el que nos encontramos, tiene una estrecha relación con el mundo de la Abogacía, lo que sin duda constituye una simbiosis inmejorable entre la práctica y la enseñanza de la que se habrán podido aprovechar todos sus alumnos.

3. La cuestión radica en que esta huida de la *laudatio* tradicional me ha llevado a un escenario inesperado, con la presencia de varios actores en principio, incluso, totalmente ajenos al mundo del derecho.

Quien no recuerda hoy los islotes de certeza y ese mar de incertidumbre en el que navegaba el sociólogo francés Edgar Morin (*Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, Unesco, 2021). Pareciera que sus ideas, sus enseñanzas, sus advertencias se han convertido con los años en una realidad extrema, aplastante si se quiere. Desde luego, no hace falta explicar que en estos tiempos avistar tierra firme es tarea casi imposible.

Pese a ello, no tengo duda que hemos de seguir navegando. Podrá pensarse que para realizar este viaje se requiera aprehender el mundo de otra manera. Y es verdad. Pero también lo es que para afrontar lo inesperado no podemos ni debemos desprendernos de aquellas pequeñas cosas que cantó Joan Manuel Serrat al recoger el Premio Princesa de Asturias de las Artes 2024.

Positivamente, hoy estamos aquí por una de ellas.

Por la obra que presentó el Profesor Ortega Giménez al Premio de Estudios Jurídicos de la Real Academia. Una obra que nos conduce a un mundo fascinante: el de las relaciones entre el arte y el derecho. Y un mundo que, para quienes

disfrutamos con una y otra forma de expresión, de interpretación, no deja de hacernos presente esos recuerdos, gratificantes sin duda, que nos asaltan como “ladrones detrás de una puerta”.

Y de nuevo lo entenderán enseguida: la obra que se premia hoy nos sumerge, a través de un análisis profundo y extraordinariamente documentado en el complejo universo de los litigios sobre bienes internacionales. De la Dama de Oro al caso Cassirer, figura en su subtítulo.

Muchos de ustedes recordaran aquella película. Reconozco que cuando la vi me quedé tan solo con la historia de aquella mujer judía que huyó de Viena durante la II Guerra Mundial y regresó sesenta años después para reclamar las propiedades que los nazis confiscaron a su familia, entre ellas aquel famoso “Retrato de Adele Bloch-Bauer”, que pintó Gustav Klimt en 1907. Me quedé, insisto, con el drama vivido por quien fue la única heredera sobreviviente, olvidándome en el fondo de la problemática jurídica que traía consigo.

Un olvido que terminó abruptamente cuando leí, leímos, el estudio que se trajo a nuestra consideración. El Profesor Ortega Giménez consiguió llevarnos hacia uno de los desafíos jurídicos más complejos de nuestro tiempo: la restitución de bienes culturales desplazados, expoliados o adquiridos en contextos de dominación, guerra o desequilibrio económico.

Y lo consiguió, como es de imaginar, desde la perspectiva del derecho internacional, una disciplina que, como él demuestra con brillantez, no es meramente técnica, sino también profundamente política y humana a la vez.

4. Alfred Hitchcock me diría que me quedara aquí. Cuando estrenó *psicosis* recomendaba encarecidamente a los espectadores que no contaran la película. La maldición del conocimiento, explicaban los psicólogos.

Inicialmente no pretendía enfrentarme a la maldición.

O quizá sí.

Lo cierto es que he sucumbido y no puedo terminar sin una breve alusión al caso Cassirer del que se han hecho eco los medios de comunicación en los últimos tiempos.

Lo siento por Hitchcock, pero en mi caso la maldición del conocimiento no funcionó, al contrario, la lectura de la obra premiada constituyó un revulsivo. Debo confesarles que la noticia con otros ojos, con los ojos que me abrieron las páginas escritas por el profesor Ortega. Ustedes cuando las lean también lo harán

y se plantearán cual podrá ser la decisión de la Corte Federal de Apelaciones del Noveno Circuito, con sede en California, respecto al cuadro de Camille Pissarro expropiado por el régimen Nazi a la familia Cassirer y adquirido por la Fundación Thyssen-Bornemisza años después. La anulación por la Corte Suprema de EE. UU. de la resolución del tribunal de apelaciones declarando que la Fundación no estaba obligada a devolver la pintura en cuestión vuelve a abrir interrogantes pasados y en la búsqueda de su respuesta solo puedo recomendarles el libro que hoy se presenta.

5. Y, ahora sí, debo terminar:

Felicitando, como no podía ser de otra forma, al Doctor D. Alfonso Ortega Giménez con el deseo que este reconocimiento se convierta en una de aquellas pequeñas cosas que, sin guardarlas en el cajón, nos permiten poner rumbo a ese océano de incertidumbre en el que estamos inmersos y navegar por sus aguas desde el estímulo a seguir creando, investigando y enseñando con la misma pasión que ha guiado su trayectoria hasta ahora.

María Pía Calderón Cuadrado

Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia

ORTEGA GIMÉNEZ, A.: *Litigios privados internacionales sobre prestación de alimentos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2025, 140 pp.



La obra que se reseña a continuación inaugura la colección *CUADERNOS DE TRANSFERENCIA DE CONOCIMIENTO* que dirige su autor, el Dr. D. Alfonso Ortega Giménez, y que bajo el paraguas de la prestigiosa editorial Tirant lo Blanch (editorial jurídica más prestigiosa de España, según el índice SPI del CSIC de 2022 y, además, desde 2014, ocupa el primer puesto como editorial académica más prestigiosa en el mismo índice) abre las puertas a una nueva propuesta (en formato de bolsillo) fresca y de fácil lectura, la cual contribuye a dar cabida a una de las funciones de la Academia: la transferencia del conocimiento al entorno social.

La sociedad actual se caracteriza, entre otros aspectos, por el incremento de los matrimonios entre personas de distinta nacionalidad, las familias con residencia en diferentes países, el aumento de las crisis matrimoniales internacionales, las diferencias entre los derechos sustantivos de los diferentes Estados, o las dificultades que los desplazamientos transfronterizos plantean a la hora del cobro de una pensión compensatoria reflejan la necesidad de que los Estados actúen en un ámbito reservado, por tradición, a la esfera privada familiar.

Como puede inferirse al leer este trabajo sobre prestación de alimentos, vemos que se presenta con un perfil muy práctico que tiene por objeto de clarificar y resolver las dudas que se plantean en la materia a partir de los tres sectores clásicos del Derecho internacional privado: el sistema español de competencia judicial internacional; las normas de determinación de la ley aplicable al fondo del asunto; y el reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de las resoluciones en la materia.

Si partimos por considerar que, en términos generales, todas las legislaciones admiten la existencia de un “derecho de alimentos” en virtud del cual las personas que se hallan en situación de necesidad económica pueden reclamar una ayuda material a sus parientes, siempre que éstos dispongan de recursos económicos para ello, se entiende claramente el sentido y alcance de este estudio: acercar al lector a una figura clave del Derecho de familia, especialmente, en el Derecho de familia internacional, para alcanzar una mayor claridad sobre cómo funciona el sistema de Derecho internacional privado español cuando es necesario demandar o pedir alimentos para una persona que así lo requiere, en situaciones transfronterizas.

La singularidad de este estudio radica en que el autor se centra en las cuestiones aplicables a la pensión compensatoria entre cónyuges/excónyuges, dejando a un lado los supuestos relacionados con demandas de alimentos en otros supuestos más generales, los cuales han sido suficientemente tratado, como afirma el autor “nos encontramos ante una cuestión que, en los últimos años, ha cobrado especial actualidad, como consecuencia del creciente carácter multicultural de nuestra sociedad”.

Tras dedicar la primera parte dedicada exponer las claves para entender en qué consiste y cómo funciona el Derecho internacional privado español, como marco lógico para entender el resto de las cuestiones que siguen, el autor se mete de lleno el estudio de las cuestiones clásicas de naturaleza iusprivatista aplicables a los procedimientos dirigidos a obtener compensación económica por separación o divorcio entre cónyuges, en el marco de situaciones transfronterizas.

Así, decide recrear un supuesto práctico que invita a seguir el iter lógico de estudio de un caso, tal y como lo haría un profesional y, en primer lugar, entra a analizar el el sistema español de competencia judicial internacional en materia de compensación económica por separación o divorcio entre cónyuges, a lo que dedica varias páginas para abordar los distintos foros de competencia judicial internacional; para luego, en segundo lugar, analizar cómo se determina la ley aplicable a la compensación económica por separación o divorcio; y por último, las cuestiones relativas al reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de las resoluciones en esta materia.

Con el enfoque crítico que caracteriza a los estudios del profesor Ortega Giménez dedica un último apartado para plantear cuáles son los “desafíos y perspectivas futuras en el ámbito de la compensación económica por separación o divorcio “ ante la gran dispersión de instrumentos legales aplicables en esta materia y las dificultades que ello conlleva, de modo que se atreve a proponer algunas soluciones como la mediación para evitar la judicialización de litigios, o incluso la creación de una plataforma digital en la que se puedan volcar los datos económicos de las partes para facilitar la fijación de esta pensión a la autoridad competente, entre otras cuestiones muy interesantes que, por su gran impacto, merecen de un estudio más sosegado y amplio.

Este primer Cuaderno de la colección iniciada por Tirant cumple sobradamente el rol que antes mencionaba, el de la Academia y sus académicos para con la sociedad, de manera que estamos en condiciones de afirmar que la funcionalidad práctica de este trabajo permite visualizar, con mayor claridad, las principales cuestiones que en materia de prestación de alimentos ante matrimonios entre personas de distinta nacionalidad se le plantean en el día a día del trabajo a los operadores jurídicos, mostrando que estamos ante un tema que no se queda en lo teórico, sino que es eminentemente práctico

Lerdys Saray Heredia Sánchez
PAD, Universidad “Miguel Hernández” de Elche

COBAS COBIELLA, M^a E.: *El negocio jurídico testamentario*, Dykinson, Madrid, 2025, 198 pp.



Ha aparecido en la reciente literatura jurídica una obra escrita por la profesora María Elena Cobas Cobiella, de indudable interés, que lleva por título “El negocio jurídico testamentario”.

En ella la autora analiza minuciosamente esta cardinal figura del Derecho de sucesiones, a la luz de sus profundos conocimientos de la materia, elaborando una construcción muy personal y sugerente con un lenguaje claro y sencillo, lo que hace fácil y amena su lectura.

Partiendo de la calificación del testamento como negocio jurídico, procede a un detallado estudio del mismo (estructura, forma y contenido), que tiene en cuenta las categorías tradicionales, de las que es perfectamente conocedora, siendo especialmente sugerente el capítulo tercero, en el que se exponen los instrumentos para el diseño de la planificación sucesora, en particular, en el ámbito de la empresa familiar; resaltándose en ella la importancia instrumental de la intervención del Notario.

El título de la obra no debe llamar a engaño, pues en ella, junto un hondo análisis de la figura negocial desde los moldes clásicos, se propone una revisión crítica de la misma, con ingeniosas sugerencias, que desbordan el estricto ámbito del negocio testamentario, extendiéndose también, en general, al ámbito del Derecho de Sucesiones, en cuyo marco aquél se desenvuelve (un ejemplo de ello puede verse en las reflexiones realizadas sobre el actual sistema legitimario, que se califica como “un yugo para la expresión de la libertad de disposición”).

La modernidad que impregna la obra se puede observar, entre tantos aspectos, en la propuesta de flexibilización de las formas testamentarias, haciéndose eco de los actuales debates en torno al testamento digital, el testamento por videollamada o el testamento ológrafo electrónico, expresándose la preocupación de que “los testamentos vayan acompasados a los retos de la sociedad tecnológica”.

Son de especial interés las propuestas que se realizan en el tema de la sucesión digital, a veces con apoyo en otros ordenamientos jurídicos (como el francés), alejadas de la vieja lectura exclusivamente patrimonialista del testamento, con una exposición crítica del art. 96 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que pone de manifiesto las insuficiencias del precepto.

Estamos, en definitiva, ante un libro, que, junto a un innegable valor pedagógico, ofrece un amplio abanico de sugerencias en orden a la necesaria modernización del Derecho de Sucesiones.

José Ramón de Verda y Beamonte.

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valencia

