

REAL ACADEMIA ARAGONESA
DE
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

ANUARIO

2025



REAL ACADEMIA ARAGONESA
DE
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

ANUARIO

2025



Edita: Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

Depósito Legal: Z 243-2026

Imprime: Imprenta Arilla, S.L.

Prolongación Paseo del Muro, 33 - Ejea de los Caballeros (Zaragoza)

SUMARIO

PRESENTACIÓN	7
A cargo del Excmo. Sr. Don José Luis Merino Hernández Académico de Número. Presidente	
DISCURSOS.....	13
UN NUEVO DERECHO MONETARIO. DESAFÍOS PARA LA CIENCIA JURÍDICA Discurso pronunciado el 16 de junio de 2025 por el Ilmo. Sr. D. Enrique D. Gross Académico Correspondiente	
	15
CONFERENCIAS.....	39
EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. UN CONTENIDO PARA UN DERECHO Conferencia pronunciada el 17 de enero de 2025 por el Excmo. Sr. D. Luis Alberto Gil Nogueras Académico de Número	
	41
LA DESHEREDACIÓN DE MENORES, CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO ARAGONÉS Conferencia pronunciada el 7 de abril de 2025 por el Dr. D. Antonio Vaquer Aloy Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Lleida	
	57
LA EMPRESA FAMILIAR EN ARAGÓN: VALOR ECONÓMICO, COHESIÓN SOCIAL Y CONTINUIDAD JURÍDICA Conferencia pronunciada el día 23 de septiembre de 2025 por Don Ramón Alejandro Balet, Presidente de la Asociación de Empresa Familiar de Aragón	
	69
DERECHO Y CONSUMO Conferencia pronunciada el día 16 de diciembre de 2025 por el Excmo. Sr. D. Felipe Zazurca González Académico de Número	
	73

REUNIÓN DE PRESIDENTES DE ACADEMIAS JURÍDICAS EN COMUNIDADES CON DERECHO CIVIL PROPIO

La reunión se celebró en Zaragoza el día 14 de octubre de 2025,
con presencia de los presidentes de las academias aragonesa, catalana,
gallega y la presidenta de la academia de las Islas Baleares 103

PRESENTACIÓN

A cargo del Presidente de la
Real Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación
Excmo. Sr. D. José Luis Merino Hernández 105

VALOR DE LA ACADEMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ DE CATALUNYA EN LA DEFENSA DEL DERECHO CIVIL PROPIO

Por el Excmo. Sr. D. Francesc Tusquets Trias de Bes
Presidente de la
Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya 109

EL ESTUDIO Y LA DEFENSA DEL DERECHO CIVIL PROPIO DE LAS ILLES BALEARS, COMO MEDIO PARA ALCANZAR LOS FINES DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE LAS ILLES BALEARS

Por la Excma. Sra. Doña Pilar Ferrer Vanrell
Presidenta de la Real Academia de Jurisprudencia
y Legislación des Illes Balears 119

PREMIOS PARA JURISTAS JÓVENES 2025

PREMIO DE DERECHO PRIVADO “CASTÁN TOBEÑAS”

LA REVISIÓN DE UNA SENTENCIA DE INCAPACITACIÓN:
Cuestiones vinculadas a la nueva legislación para el apoyo
a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
Autora: Doña Inés-María García Lavilla 135

PREMIO DE DERECHO PÚBLICO “GASCÓN Y MARÍN”

LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA ALGORÍTMICA:
Una propuesta doctrinal desde la dogmática de la acción administrativa
y la teoría general de los actos.
Autor: Don Jesús-Ali Tahiri Moreno 181

PRESENTACIÓN

Un año más el Anuario de la Real Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación cumple su misión: recoger en sus páginas las principales actuaciones llevadas a cabo por los Académicos.

En esta ocasión el discurso que transcribe tiene la singularidad de haber sido pronunciado por un Académico Correspondiente radicado en la República Argentina. Enrique Gross fue uno de los primeros premiados en los comienzos de la andadura de la academia. Luego, por su dedicación a la actividad de la institución, especialmente con su participación en el V Congreso Iberoamericano de Academias Jurídicas, celebrado en Zaragoza, en 2005, mereció ser nombrado Académico Correspondiente. Ahora, su discurso viene a ser una nueva manifestación de su afecto académico.

Cuatro interesantes conferencias se han pronunciado durante el año. El Académico de Número Don Luis Alberto Gil Nogueras, con la precisión y conocimientos a que nos tiene acostumbrados, ha hablado del libre desarrollo de la personalidad. El profesor Antonio Valer Aloy, catedrático en la Universidad de Lleida, se ha adentrado en una problemática realmente interesante: la posibilidad o no de desheredar a un hijo menor de edad. Don Ramón Alejandro Balet, Presidente de la Asociación de Empresa Familiar de Aragón nos ha hecho partícipes de sus profundos conocimientos de la empresa familiar en nuestra Comunidad. Y, por fin, Don Felipe Zazurca González ha finalizado el curso académico con su interesante conferencia sobre Consumo y Derecho.

Los presidentes de las Academias jurídicas de Cataluña y Baleares explicaron el origen y evolución de sus respectivas instituciones y explicaron las aportaciones que éstas realizan a la evolución del derecho civil propio de su Comunidad.

Los dos premios para juristas jóvenes este año han sido ganados por aragoneses. El de Derecho privado, “Castán Tobeñas”, por la egresada en el grado de

la Abogacía, con un trabajo muy bien trabado sobre la posibilidad de revocar una sentencia judicial de incapacitación, a la luz de la nueva legislación en la materia. Y el de Derecho público, “Gascón y Marín”, por el joven profesor universitario, Jesús-Alí Tahiri Moreno, con un trabajo muy interesante sobre la actuación algorítmica de la administración.

**DISCURSOS
DE
INGRESO**

PRESENTACIÓN

A cargo del Excmo. Sr. Don José Luis Merino Hernández
Académico de Número. Presidente

En la primavera del año 2001, me encontraba en la ciudad argentina de Córdoba, invitado por la Academia de Derecho y Ciencias Sociales, presidida por el Dr. D. Luis Moisset de Espanés -a quien hemos homenajeado en el libro *In Memoriam*- y asistiendo al Congreso Iberoamericano de Academias Jurídicas, representando a la Academia Aragonesa, en la ciudad argentina de Córdoba.

En alguno de los descansos que se producían en las actuaciones congresuales, me reuní con un grupo de estudiantes, egresados de la universidad cordobesa. Entre ellos estaba Enrique Gross. Les hablé de los premios de la Academia Aragonesa, y cómo uno de Derecho público lo había conseguido un compañero de ellos, Rodrigo Ranz –al que tuvimos el placer de escucharle el pasado año, en el homenaje a Luis Moisset en el citado libro “*In Memoriam*”-.

Enrique Gross se hizo eco de mi información, y el año siguiente recibíamos en la Academia su trabajo “*El Estado de Mercado y el Sistema Jurídico*”, que obtuvo el VI Premio “Gascón y Marín” de Derecho público, premio que vino a recoger personalmente en 2003.

Desde entonces, ha mantenido un contacto permanente con esta Academia. En el año 2005, participó en el V Congreso Iberoamericano de Academias Jurídicas, que se celebró en Zaragoza, representando a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Su permanente contacto con la Academia, con la participación que la lejanía le permitía, hizo que la Mesa de gobierno lo propusiera para Académico Correspondiente, nominación que se aprobó en el pleno celebrado en 2018.

Enrique Gross reside habitualmente en Misiones, histórica provincia de la República Argentina. Se graduó en Derecho en la universidad de Córdoba, donde le conocí, como Abogado y Procurador, en el año 2002. En 2009 se graduó en el Instituto Universitario Ortega y Gasset, en Alta Dirección de Gobierno y Políticas Públicas. Y en 2019, participó en el Instituto de Investigación y Educación Económica, en el Real Colegio Complutense en Harvard

Como asesor jurídico ha ocupado diferentes cargos en la Administración pública argentina.

En 2022, con la editorial Prometeo, publica dos interesantes libros: “La candidez progresista” y “Terraplanismo monetario e indulgencia jurídica”, ambos íntimamente ligados con la temática del discurso que seguidamente va a pronunciar.

Discurso que voluntariamente ha querido pronunciar, pues como es sabido los Académicos Correspondientes no tienen obligación de hacerlo. Por ello, nuestro agradecimiento ha de ser doble: la voluntariedad y el esfuerzo de cruzar el Atlántico para estar unas horas con nosotros.

Desde hace años, Enrique se siente atraído por todo lo que se relaciona con el sistema monetario. Ya en el trabajo que hizo en su momento y que le granjeó el premio “Gascón y Marín” se ocupaba de la preocupación que le genera el sistema monetario y su encaje en el sistema jurídico. Conseguir que éste evite la desigualdad social que aquél puede producir.

El 15 de agosto de 1971, el sistema monetario internacional sufrió un duro revés en el llamado “Nixon Shock”. El presidente norteamericano, con el intento de atajar la importante inflación que sufría su país y el déficit en su balanza comercial, anunció unilateralmente una serie de medidas económicas que incluían la suspensión de la convertibilidad del dólar al oro, el llamado hasta entonces “patrón oro”, además de una sobretasa arancelaria del 10% a las importaciones (que Donald Trump ha vuelto a recordar) y una congelación de precios y salarios. Un anuncio que marcó el fin de los “Acuerdos de Breton Woods”, adoptados en 1944 tras la II Guerra Mundial, y el inicio del sistema de tipos de cambio fluctuantes.

Y con ello, la desaparición del papel moneda “convertible” a un valor fijo (como era hasta entonces el dólar americano), sustituido por el “papel moneda

crédito irregular o no convertible”. Y posteriormente la aparición de otros tipos de monedas como es el “dinero virtual/electrónico” o el “dinero electrónico derivado” (que son las tarjetas de crédito), hasta llegar a las criptomonedas.

Dice el sr. Gross que, en la situación actual, y para evitar que la misma genere una importante desigualdad social, se precisa, en primer lugar, un desarrollo de los conocimientos del Derecho Monetario; y a partir de ahí es urgente crear un marco normativo que regule el sistema monetario.

Pero creo que será mejor que lo explique él mismo.

Muchas gracias.

Cedo la palabra a Don Enrique Gross.

UN NUEVO DERECHO MONETARIO. DESAFÍOS PARA LA CIENCIA JURÍDICA

Discurso pronunciado el 16 de junio de 2025 por el
Ilmo. Sr. D. Enrique D. Gross
Académico Correspondiente

Nuestro punto de partida puede resumirse en la siguiente premisa: *“Cuanto menor eficacia han tenido los sistemas jurídicos en encauzar a los sistemas económicos es cuando se ha registrado una mayor desigualdad social”*. Lo cual implica que el sistema jurídico se encuentra en el centro de la discusión referida a la administración de las riquezas “existentes”, y ello es así por su rol de *“garante de la ecuación social constitucional”*. Por lo tanto, vamos a referirnos a la problemática de la administración de las riquezas, específicamente a los mecanismos sociales, económicos y jurídicos de distribución de las riquezas, lo que podemos resumir como las “reglas del juego económico”.

Vamos a analizar los aspectos del entramado jurídico que subyace en la problemática monetaria. En este contexto los sujetos de derecho son los que cotidianamente se enfrentan al desafío de lidiar con entidades de naturaleza económica tales como el dinero o la moneda, y estas entidades a su vez son afectadas por el fenómeno denominado “inflación”, y esto termina irremediabilmente alterando los derechos y dificultando el cumplimiento de las obligaciones, poniendo en entredicho la capacidad del sistema jurídico para dar respuestas satisfactorias a las demandas sociales que emergen como reacción a esta situación.

Sin embargo, estas entidades denominadas como “dinero”, “moneda” e “inflación”, no han sido tratadas por las ciencias jurídicas con el nivel de profundidad y claridad que ameritan, y esta situación es lo que hoy permite una regulación laxa del sistema monetario, lo que en definitiva deja al sujeto de derecho sin

la tutela adecuada del sistema jurídico para un aspecto central de su vida como lo es el dinero.

Comenzaremos con algunas definiciones. A los fines prácticos de esta exposición, vamos a definir al sistema monetario como “el conjunto de prácticas y procedimientos realizados por personas, instituciones y/o entes, nacionales -o internacionales-, de carácter público o privado, basados en reglas ya sean normativas o consuetudinarias, o meramente en acuerdos de partes, con el fin de facilitar el desenvolvimiento de los intercambios y transacciones de contenido económico, y teniendo como elemento central de estas al dinero o la moneda”.

La definición de sistema jurídico la vamos a tomar del libro SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS de José Castán Tobeñas, donde refiere que “el conjunto de normas e instituciones que integran un derecho positivo constituye lo que se llama un sistema. Un sistema jurídico es, así el conjunto de reglas e instituciones de derecho positivo por las que se rige una determinada colectividad.”

El sistema monetario comprende un amplio abanico de prácticas e instituciones que son centrales en la vida cotidiana; y esto es así en todas las latitudes hoy en día, sin distinción de culturas, idiomas, religiones, geografías, o de sistemas políticos y económicos, porque finalmente toda la actividad de intercambio económico que se realiza utiliza algún tipo de moneda como medio de pago. La utilización de cualquier tipo de dinero o de moneda implica la incorporación al “sistema monetario” de esa comunidad.

La intervención del sistema monetario en la vida cotidiana pasa en gran parte por fuera de la tutela del sistema jurídico, del amparo que el sistema jurídico debe brindar a los sujetos de derechos frente a la mediación que realiza el sistema monetario en la vida económica de las personas.

Para entender al sistema monetario debemos empezar por comprender el instrumento central que posibilita el intercambio económico: es decir al dinero y/o la moneda. Habitualmente se usa de manera indistinta los términos dinero y moneda, atento a que el uso corriente asigna a ambos términos un significado equivalente. A los fines prácticos podemos decir que en general el *dinero* o la *moneda* son bienes materiales con la capacidad amplia de servir como medios de cambio de otros bienes y servicios, y que al mismo tiempo sirven también para ser utilizados como medios de contabilización del valor de todos los demás bienes de la economía. Para avanzar con una definición del dinero y la moneda nos será de gran ayuda primero exponer sobre las características propias de los

bienes que funcionan como tales, y al mismo tiempo determinar las funciones que deben cumplir.

Para que un bien determinado pueda ser considerado como dinero o moneda debe reunir ciertas características tales como *la fungibilidad* o *convertibilidad*, es decir su capacidad amplia de intercambio o conversión por otros bienes y/o servicios con valor económico; *la portabilidad* o la capacidad de ser transportado de manera fácil y a bajo costo; *la divisibilidad* que referencia a la posibilidad de ser particionado tanto como sea necesario para lograr una equivalencia en el intercambio; *la durabilidad* u *homogeneidad* o *estabilidad* lo cual refiere a sus características materiales; y por último su *valuabilidad* o capacidad de contener un valor económico, ya sea intrínseco (como es el caso de las monedas metálicas de oro o plata) o extrínseco por representar un valor fiduciario, esta valuabilidad asimismo implica que debe ser de oferta limitada (un bien que sea de oferta ilimitada no tendría valor económico).

En cuanto a las funciones del dinero y la moneda, podemos dividir las como funciones de carácter económico y funciones de carácter jurídico. Entre las primeras, podemos mencionar que la moneda funciona como “*unidad de cuenta*” de la economía, lo cual quiere decir que todos los bienes y servicios de una economía deben medirse en una unidad homogénea de cuenta para poder realizar intercambios con eficiencia económica. También entre las funciones económicas podemos destacar la de ser una “*reserva o depósito de valor*”, lo que significa que en las economías con monedas estables estas sirven como instrumento para el ahorro, es decir el dinero es el medio instrumental preferente para guardar riqueza. Pero la principal función económica que tiene el dinero es la de ser el “*medio de cambio*” por excelencia en la economía, ya que no sería posible un intercambio fluido y a gran escala de bienes y servicios si no se dispusiera de un bien instrumental con las características del dinero.

Esta última función económica del dinero o de la moneda nos liga directamente a la función jurídica del mismo que es la de ser el “*medio de pago legal*” por antonomasia. Esta es la función del dinero receptada por los sistemas jurídicos al concederle al dinero el poder jurídico de ser un “*medio cancelatorio de deudas*”.

La distinción entre dinero y moneda es una distinción terminológica y no sustancial, y en esta línea seguimos la conceptualización que realiza el economista Carlos A. Bondone en su libro *TEORIA DE LA RELATIVIDAD ECONOMICA*. El “*dinero*” es lo que comúnmente se conoce como “*moneda metálica*” (de ahí la confusión de ambos términos) que es la que tiene un valor intrínseco en sí, vale por su propio contenido en oro o plata. Jurídicamente es importante

este aspecto porque expresa un elemento central del intercambio cuando se utiliza dinero metálico, atento a que el negocio que se realiza queda perfeccionado en el acto mismo pues se “intercambian” bienes y servicios por un bien concreto, con un valor específico, actual e intrínseco: el dinero metálico (oro o plata, por ejemplo).

Cuando referimos a la “moneda” la referencia es a la moneda “no” metálica lo que conocemos como “papel moneda” o “billetes” que “no” tienen un valor intrínseco, sino que poseen un valor nominal (fiduciario, basado en la confianza) que es representativo de un valor sustancial. Jurídicamente la situación es totalmente diferente, atento a que al momento del intercambio de los bienes y servicios por “papel moneda” o “billetes”, una de las partes entrega un bien o servicio concreto, “presente”, y la otra entrega un papel moneda con un valor nominal fiduciario representativo de un valor real a determinar en el futuro, lo cual es en definitiva una promesa de pago a un valor futuro. Este tipo de moneda no metálica representa una acreencia que tiene el portador del billete contra el emisor de este para un cobro futuro del valor nominal que el billete representa.

Aparece aquí el “tiempo” como elemento fundamental para el análisis de los fenómenos monetarios, y su centralidad viene dada porque el mecanismo de funcionamiento del papel moneda incorpora al tiempo como parte constitutiva del billete. El billete se emite y luego debe “rescatarse”, debe pagarse como se paga cualquier deuda que se documenta a futuro. En el caso del dinero metálico no hay transcurso del tiempo, pues el dinero metálico tiene valor en sí. En el caso del papel moneda hay un “tiempo” que transcurre entre la emisión del billete, su utilización para intercambios y su posterior rescate o pago.

Siguiendo a Bondone avanzaremos ahora con una clasificación práctica de los tipos de monedas y/o dinero. Lo que se denomina dinero es el dinero metálico que tiene un valor propio, intrínseco, y que generalmente son las monedas de oro y plata. Lo que denominamos papel moneda, o moneda-crédito, o moneda fiduciaria o simplemente “billetes” son las monedas que “no” tienen un valor propio significativo o intrínseco. Son monedas de metales “no” preciosos o papel moneda directamente. El valor de estas es un valor “nominal” que ha sido respaldado por el sistema legal, que les otorga validez y obligatoriedad como medio cancelatorio de deudas. Basan su valor en el respaldo de las instituciones que las emiten, por eso el valor que tienen es fiduciario, es decir basado en la “fe” en las instituciones que emiten y garantizan “relativamente” el valor de estas monedas, pero que en definitiva constituyen un crédito para su tenedor y una deuda para su emisor.

Asimismo, podemos clasificar al papel moneda como regular o irregular, esto es dependiendo de si se trata de un papel moneda convertible o no. Lo cual refiere a si el valor nominal insertado en el papel moneda es “convertible” a un valor fijo equivalente en un bien estable (oro) o si por el contrario “no” es convertible a ningún bien equivalente por ningún valor fijo. “Papel moneda crédito regular” es el billete convertible a un valor fijo de un bien equivalente. Es una moneda relativamente estable. Ejemplo de este caso fue el dólar americano hasta agosto de 1.971 (era convertible a un valor fijo de 35 dólares por cada onza de oro). “Papel moneda crédito irregular o no convertible” es una moneda con un valor nominal fijo pero un valor sustancial variable, que en cada intercambio se determina transitoriamente el valor sustancial que tiene el billete en ese momento, sin perjuicio de que su valor nominal permanezca fijo. Es el mercado el que cada vez que se utiliza un billete fija el valor sustancial del mismo, asignándole el mismo estatus de mercancía que tienen los demás bienes, definiendo el valor relativo de la moneda como el de cualquier mercancía. Esta definición del “valor mercancía” la realiza el mercado partiendo del valor nominal del billete, y aplicándole una tasa de descuento a los billetes por el transcurso del tiempo y la solvencia del emisor. El papel moneda se transformó en dinero-crédito en el momento en que dejó de tener un valor intrínseco (dejó de ser dinero metálico) y pasó a tener solamente un valor nominal (en papel moneda). Para ello fue necesario que el Estado imponga legalmente la “ficción” del valor nominal del papel moneda con dos características fundamentales del sistema monetario: 1) el monopolio/prerrogativa estatal de la impresión de billetes; y 2) la validez exclusiva y excluyente de los billetes impresos por el Estado como únicos medios de pago con efecto jurídico pleno.

Cuando se utiliza dinero metálico como medio de pago se produce una “igualdad económica” en el intercambio, ya que ambas partes entregan y reciben algo con valor intrínseco, concreto e inmediato. En el caso del pago con papel moneda, lo que sucede en el intercambio es una “equivalencia económica”, porque lo que las partes entregan y reciben no son cosas iguales, sino equivalentes. Una parte entrega un bien o presta un servicio, y la otra parte entrega como medio de pago un papel moneda con un valor nominal determinado, pero con un valor real que es una promesa de pago futuro. Lo que se intercambia no es algo de igual valor, sino que es algo que puede llegar a ser equivalente en el futuro.

Con lo expuesto podemos decir que lo que afecta y hace variable al papel moneda es el tiempo, cuyo transcurso tiene un costo que se fija como tasa de interés, que pasa a ser entonces el precio del transcurso del tiempo por el uso de la moneda. El dinero no tiene un precio en sí, lo que tiene precio es el uso del dinero en el tiempo, por lo que el interés es el precio del tiempo “económico” en el uso de la moneda.

El proceso de creación de papel moneda consiste en un acto administrativo complejo que implica la impresión de los billetes y luego su puesta en circulación para que vayan ingresando al mercado de bienes y servicios. Este conjunto de actos administrativos es realizado y coordinado por organismos y entidades que actúan dentro de un régimen legal y reglamentario, siendo los bancos centrales la figura principal en este proceso. Luego hay una etapa de “creación secundaria” mediante la multiplicación virtual/electrónica de los billetes en el sistema de depósitos, préstamos y encajes bancarios. Aquí nace el llamado “dinero virtual/electrónico”. A este proceso hay que agregarle una última etapa de multiplicación de billetes, que se implementa con el mecanismo del “dinero electrónico derivado” que surge como consecuencia del uso de las tarjetas de crédito como medios de pagos.

Estos billetes de papel moneda, incluido el dinero virtual y electrónico, son lo que se llama “moneda crédito o fiduciaria”, y los bancos centrales son los fiduciarios finales que garantizan que los billetes emitidos cuentan con respaldo jurídico, lo cual hace que sean útiles legalmente para realizar pagos y cancelar deudas. Esto explicita que los bancos centrales son en realidad los deudores de primera instancia y no los prestamistas de última instancia como comúnmente se arguye. El punto neurálgico de todo este entramado radica en una “ficción” jurídica-legal por la cual los Estados a través de los bancos centrales pueden darle un valor “legal” a un trozo de papel con un valor intrínseco ínfimo y un valor nominal inestable.

Vamos a hablar ahora de las criptomonedas que son el medio de pago más reciente e innovador, y a las que podemos caracterizar como monedas electrónicas virtuales no bancarizadas. Las criptomonedas son programas de computación (software) que están codificados de manera encriptada; no son creadas por ningún tipo de banco ni administradas por ninguna entidad oficial, sino que un algoritmo que es una fórmula secuencial lógico matemática preestablecida e inalterable es la que ejecuta el código o programa completo del software que administra la criptomoneda. Para una mayor seguridad son los mismos usuarios del sistema los que llevan un registro de todas las transacciones que se realizan con las criptomonedas, lo cual otorga una garantía de inviolabilidad tecnológica de los registros, pues esta copiado en un ingente número de computadoras que impediría su adulteración. Esta tecnología del *blockchain* es la base de las criptomonedas, es decir un algoritmo “inalterable” que garantiza que no puede ser regulado por nadie en particular. Es por este mismo motivo por el cual han sido tan combatidas por los gobiernos inicialmente, ya que al no tener control sobre estas se rompe la hegemonía de los bancos centrales en la creación de la moneda fiduciaria.

Las criptomonedas funcionan con un principio de autorregulación en cuanto a la cantidad que pueden crearse dentro del ecosistema de cada moneda. En el caso de BITCOIN (que es la principal criptomoneda en la actualidad) la creación está atada a un mecanismo preestablecido por el mismo algoritmo “el minado”, que es un proceso limitado de antemano en la finitud de las unidades a ser creadas (21 millones). Las criptomonedas en su formato original no tienen nacionalidad, sede, empleados, actividad comercial, política, económica o social propia. Son solamente un software alojado en diversos servidores informáticos. Sin embargo, y a pesar de ello a través de este software se crea moneda fiduciaria virtual en su significación más sustantiva, es decir, un medio de pago que es aceptado por miles de personas para realizar sus transacciones, lo que en definitiva lo pone en el centro de miles de interacciones sociales de contenido patrimonial económico. Frente a esta realidad los países han adoptado diversas estrategias que han derivado en lo que hoy se conoce como “dinero digital del banco central”, con lo cual finalmente la tecnología crypto y blockchain se están imponiendo en una simbiosis con las funciones regulatorias y de control del Estado, y el fruto de ello son criptomonedas emitidas y controladas por las autoridades monetarias (bancos centrales). Esto en última instancia reduce el concepto de criptomonedas que dimos al principio, pues en estos casos estamos hablando de monedas electrónicas virtuales “bancarizadas”. En definitiva, la regulación de las criptomonedas se está logrando con la creación de monedas electrónicas bancarizadas, lo cual es la antítesis conceptual de lo que dio origen al movimiento crypto y a la tecnología blockchain.

Las criptomonedas son parte del sistema monetario y fiduciario actual, reúnen las características de fungibilidad, portabilidad, divisibilidad y valuabilidad, y cumplen en mayor o menor medida las funciones centrales del mismo como medio de pago, reserva de valor, y unidad de cuenta.

Atento a todo lo que venimos exponiendo ¿cuál es entonces la caracterización jurídica del dinero y moneda? La enciclopedia jurídica -en su versión oficial online- nos aporta una definición del dinero que dice así: “Con esa denominación se designa la unidad ideal de valor creada por el Estado y los medios concretos de pagos representativos de esa unidad. A estos objetos materiales que hacen referencia a aquella unidad ideal y que de hecho sirven como tabla de valor de toda clase de bienes, se los llama dinero en el lenguaje de los códigos.” Y continua diciendo que “bajo este enfoque el dinero es una cosa, mueble, fungible y consumible y divisible en relación con la unidad ideal de la cual la pieza de dinero es expresión múltiplo o submúltiplo, además se caracteriza por tener curso forzoso en razón del cual nadie puede negar el valor cancelatorio del dinero; y numera-

lidad, calidad que alude a la medida de esa aptitud cancelatoria la cual coincide con el valor nominal que al dinero le ha atribuido el Estado, aunque sea diferente a su valor adquisitivo.”

Esta acepción nos otorga elementos para el análisis; en primer término, refiere a que es una unidad de valor creada por el Estado, y que esa unidad de valor se vuelca en un objeto material concreto -el billete- que es representativo de la unidad de valor nominal y que sirve para el pago y como referencia de unidad de valor de los demás bienes. Al identificarlo como un objeto material le agrega las características de ser una cosa mueble, fungible, consumible y divisible; finalmente agrega que tiene curso forzoso legal como medio de pago cancelatorio de deudas. Debemos introducir ahora al análisis al fenómeno de la “inflación”, aportando para ello nuestra propia definición: *“La inflación es una tasa de descuento oculta (un interés inverso “no declarado”) que se aplica a los billetes de papel moneda, y que es inherente a los sistemas monetarios que utilizan como medio de pago al papel moneda no convertible”*. Para entender cómo funciona la inflación debemos analizar de una manera “dinámica” el proceso de uso de la moneda fiduciaria y el rol del Estado en este mecanismo, es decir debemos entender al papel moneda observando la finalidad que el sistema monetario le asigna al papel moneda como un elemento indispensable de la economía y financiamiento del Estado moderno.

Cuando el Estado emite papel moneda no convertible técnicamente lo que está haciendo es “una oferta como tomador de crédito en el mercado”, es decir le está pidiendo un préstamo al mercado, un crédito o préstamo a reembolsar en el futuro cuando rescate o cancele el billete emitido. Este rescate o cancelación de la deuda del billete se realiza cuando el Estado recauda los impuestos. Esta oferta de “solicitud de préstamo” que realiza el Estado se perfecciona cuando el papel moneda emitido es aceptado en el intercambiado en el mercado por bienes y servicios.

Como hemos visto al analizar el papel moneda-crédito no convertible (o irregular), cada vez que se introduce una emisión de billetes al mercado y este los acepta intercambiándolos por bienes y servicios en realidad lo que está sucediendo es *un intercambio de un bien o servicio presente por un papel con una promesa de pago a un valor nominal que en el futuro será reembolsado*. Al realizarse el intercambio, el mercado “perfecciona” el negocio otorgando un crédito al Estado y aceptando la promesa del Estado del futuro pago/reembolso. El “transcurso del tiempo” entre la aceptación del papel moneda en el intercambio y el “pago” o “rescate” de esa deuda que el Estado debe realizar es el elemento clave para

entender que es la inflación. Si durante ese lapso temporal el mercado percibe que el Estado o el sistema de bancos tienen problemas para afrontar el reembolso del papel moneda a un valor sustancial equivalente al que el mercado aceptó el intercambio inicial, entonces el mercado comienza a aplicar una penalidad de naturaleza económica al préstamo que le realizó al Estado, y esta penalidad consiste en una “tasa de descuento” sobre el valor mercancia del papel moneda. Esto porque el préstamo tomado por el Estado tiene por el transcurso del tiempo una mayor tasa de riesgo de cumplimiento. En definitiva, esta tasa de descuento deprecia el valor mercancia del billete, pero como el billete tiene impreso un valor y fuerza legal para sostener ese valor nominal como tal, entonces la solución del mercado consiste en ejercitar una suba generalizada de los precios de los bienes y servicios de la economía, lo que no es más ni menos que la mentada inflación.

La tasa de descuento que aplica el mercado a los billetes es una tasa de carácter punitivo, de penalidad económica, y funciona como una tasa de interés inverso, como una tasa de descuento: se descuenta un porcentaje “x” sobre el valor nominal del papel moneda, lo que se concreta en los hechos como una depreciación del valor mercancia del papel moneda, esto es lo que denominamos “inflación”. La tasa de descuento depende de la confianza o desconfianza que el Estado y los bancos generen en el mercado acerca de la capacidad de pago de las deudas asumidas con las emisiones de papel moneda, es decir valora la solvencia del deudor para afrontar las deudas contraídas. La incertidumbre futura sobre la solvencia del tomador de la deuda es el fundamento último de la tasa de descuento.

El factor fundamental para entender la inflación es el “tiempo económico” que como vimos es intrínseco a toda operación de intercambio económico cuando se utiliza un papel moneda no convertible como moneda de pago. El tiempo económico como elemento de la ecuación monetaria tiene un costo, un precio, que se traduce como el interés y que es inherente a toda operación económica que se prolonga en el tiempo. La inflación no es más que un interés inverso, una tasa de descuento oculta, por el transcurso del tiempo económico. Es como cualquier tasa de interés propia de cualquier negocio de préstamo o crédito, solo que en este caso al no estar expresada explícitamente como constitutiva del negocio termina manifestándose como un vicio oculto del negocio.

El efecto directo, concreto y tangible de la inflación, es decir la depreciación del valor mercancia del papel moneda nos permite encuadrar a la inflación como un efecto causal -o una acción causada- que produce una “detracción” de riqueza al tenedor del papel moneda no convertible afectando al derecho de pro-

piedad. Esta acción causada que produce la sustracción de riqueza al tenedor del papel moneda se concreta sin una justificación jurídica suficiente que pueda actuar como contrapartida legal para la detracción, como por ejemplo podría ser la prestación de algún servicio o el cobro de un impuesto, etc., lo cual balancearía el sinalagma contractual entre el emisor y el tomador de la deuda. Como hipótesis teórica podríamos sostener que la detracción de riqueza al afectar significativamente el sinalagma contractual entre el que otorga el préstamo (los actores económicos del mercado) y el tomador del préstamo (el Estado) podría configurar un enriquecimiento sin causa de este último, ya que la inflación no tiene un fundamento legal en el derecho positivo que la ampare, y sin embargo hay una causalidad clara en el mecanismo que potencialmente puede enriquecer al Estado sin una contraprestación; atento a que el dinero/papel moneda emitido es al fin de cuentas una deuda del Estado y en consecuencia cuanto menor valor a futuro tenga la deuda emitida menos tendrá que pagar en términos de valor sustancial el deudor-Estado para reembolsar el préstamo solicitado.

Esta situación tiene un aditamento que agrava la actuación del Estado, y que refiere a la posición de privilegio que detenta el propio Estado al reservarse para sí la exclusividad de la impresión de moneda de curso legal, excluyendo a otros actores que podrían brindar una oferta de moneda, y obligando a todos los sujetos que intervienen en la economía a aceptar el papel moneda que emite el Estado. El ejercicio de la prerrogativa del monopolio de la emisión de moneda y el curso legal forzoso de la moneda emitida, junto con la causalidad del proceso inflacionario configuran los elementos centrales con los que debe meritarse la actuación estatal respecto a los efectos sobre la riqueza y el patrimonio de las personas.

Al explicar el funcionamiento causal de la inflación, indirectamente estamos remarcando que el Estado tiene el poder de regular la tasa de inflación, es decir el Estado moderno tiene un gigantesco poder causal que puede empobrecer o enriquecer a los individuos sin que los afectados tengan intervención en este proceso. Esta actuación del Estado tiene amparo legal en normas reglamentarias bancarias bastante complejas y poco entendibles, con límites muy laxos y que se prestan para interpretaciones demasiado amplias. Unas prerrogativas de este tipo no debieran poder ser ejercidas sin las limitaciones claras, propias y concretas correspondientes a la protección de derechos fundamentales, protección que tiene un rango constitucional al estar en juego el derecho de propiedad entre otros.

De lo expuesto hasta aquí podemos tener un panorama de como interactúan en el sistema monetario el tipo de moneda utilizado, la inflación, y las políticas monetarias; todas estas interacciones reguladas o desreguladas por un conjunto

normativo de reglamentos, leyes, decretos, directivas, y una maraña de tecnicismos solo aptos para iniciados en la materia. Esta es la postal panorámica. Ahora vamos a enfocarnos en lo sutilmente invisible en la imagen, lo que se percibe de fondo como sobre entendido, como inmanente a toda la dinámica de los elementos de la postal; es decir nuestro enfoque debe estar en las “reglas del juego”, en las “leyes” que rigen la interacción de los elementos. Y el sistema jurídico es “el sistema” de reglas de juego que rige -y debe regir- la interacción de los elementos de nuestra postal.

El sistema jurídico es el gran ordenador social, pero para poder cumplir este rol debe tener una acabada comprensión del fenómeno que pretende ordenar, que pretende reglar; por ello es central que el ordenamiento jurídico tenga un entendimiento y una comprensión detallada del sistema monetario y sus elementos. En este contexto las ciencias jurídicas tienen el desafío de informar y actualizar al sistema jurídico para que pueda cumplir con su rol ordenador social.

Las ciencias en general, y la ciencia jurídica en particular, son un conjunto de conocimientos dinámicos sometidos constantemente a un proceso de evolución cognoscitiva. En otras palabras, el conocimiento evoluciona, cambia, caen paradigmas al ritmo que emergen otros. Las viejas concepciones son reemplazadas por nuevas en la medida que las nuevas resuelven de manera más eficiente los interrogantes con los cuales son interpelados por la realidad. Los cambios en economía y en derecho son propios de la evolución -o involución- social, lo que quiere decir que la Economía y el Derecho deben adaptarse a los cambios de las sociedades. Deben incorporar los conocimientos emergentes de nuevas teorías que brindan una mayor cobertura explicativa a los fenómenos, y deben aggiornarse a las variaciones en las costumbres y las culturas y a cómo impacta todo ello en las interacciones sociales. El derecho positivo en particular es -y debe serlo- un sistema de conocimientos y regulaciones en constante movimiento, reflejando los avances de las demás ciencias y conocimientos. En especial cuando se trata de regular fenómenos económicos, atento al gran impacto que los mismos tienen en el desarrollo social. Irremediamente esto conmina al sistema jurídico a fundarse en una sólida ciencia jurídica que aporte conocimientos técnicos con el debido rigor científico, para asegurar una regulación social coherente y acorde a los tiempos.

Aquí se encuentra exactamente parte de la problemática que enfrentan las ciencias jurídicas, puesto que algunos conceptos monetarios utilizados en el sistema jurídico han quedado ajenos a la realidad de los fenómenos que pretenden regular. La cobertura explicativa de las ciencias jurídicas ha fallado en la interpre-

tación de estos fenómenos monetarios, y por ello el sistema jurídico ha perdido eficacia para poder regularlos adecuadamente. Esta problemática está presente en la raíz misma de las ciencias jurídicas. Si analizamos los programas de estudio de las carreras que integran las ciencias del Derecho, nos encontramos con que pocas cátedras tienen asignaturas referidas al “Derecho Monetario”, y en las pocas que tienen alguna referencia en realidad lo que sus programas desarrollan es el derecho bancario y/o el financiero, sin perjuicio de que estos programas trabajan desde una perspectiva más bien positivista, esto es desde el análisis de las legislaciones vigentes, pero sin un desarrollo teórico de “la moneda y el dinero”. De manera coherentemente similar en la literatura jurídica referida al Derecho Monetario nos encontramos con la misma deficiencia. Este vacío en las ciencias jurídicas explica en parte las falencias en la regulación positiva del sistema monetario y las catastróficas consecuencias de esta ineficaz regulación, o de esta desregulación, para las sociedades actuales. Y la única manera de revertir esta pérdida de eficacia de los sistemas jurídicos en la comprensión y regulación de los sistemas monetarios es partiendo de una actualización de los conocimientos técnicos referidos a los fenómenos monetarios en las ciencias jurídicas.

La moneda y el dinero son elementos tan presentes en la historia de la sociedad, tan cotidianos, tan normales por llamarlos de alguna manera, que los sistemas jurídicos en su larga evolución los han adoptado como algo inherente a la vida social, de manera que se integraron al sistema jurídico como instituciones económicas sin un mayor análisis de su naturaleza, sus efectos, tipologías y consecuencias de su funcionamiento. Los sistemas jurídicos simplemente acogieron a la moneda dentro del ordenamiento positivo, otorgándole un efecto jurídico y un valor supremo e indiscutible: instrumento de pago con valor legal cancelatorio. Pero lo que se denominó dinero o moneda hace 150, 100, 50, o 5 años, no son lo mismo; si bien cumplen la misma función principal difieren en sus formas, efectos, naturaleza, y usos. Esto es porque el “dinero y la moneda” fueron evolucionando y fueron adoptando distintas formas, con diversas naturalezas y efectos. No es lo mismo el dinero metálico de las antiguas monedas de oro y plata, que la libra esterlina convertible al oro, que el dólar americano convertible hasta 1.971, o que el actual dólar americano que no es convertible, y menos aún que el Bitcoin y las criptomonedas.

Todos estos medios de pago -excepto las criptomonedas- fueron y son denominados como “dinero o moneda” por los sistemas jurídicos; pero no son iguales, no tienen la misma naturaleza, ni funcionan de la misma manera, ni producen los mismos efectos, y por tanto no pueden -y no deberían- ser tratados por igual. Sin embargo, el sistema jurídico al no profundizar en el conocimiento científico del fenómeno no puede comprender las diferentes naturalezas de los diversos medios

de pago, y por lo tanto los regula a todos de la misma manera, es decir como medios de pago legal con poder cancelatorio de deudas.

Para actualizar los conocimientos monetarios en las ciencias jurídicas voy a partir de la llamada “Teoría Económico-Subjetiva Solidaria” de Carlos Bondone, que es la que identifica como elemento fundamental de la ecuación monetaria al “*tiempo económico*”, logrando reconstruir de una manera clara, sencilla y concreta, la naturaleza y efectos de la moneda y la inflación; y lo hace con una cobertura explicativa muy satisfactoria. El “transcurso del tiempo” es un concepto fundamental para el análisis de los fenómenos en las ciencias jurídicas, atento a los efectos que produce el devenir temporal en todas las situaciones reguladas por el derecho. Por ello debemos profundizar en el concepto de “tiempo económico” como una variable del sistema monetario. La primera característica del “tiempo económico” expresa que es un bien de materialización indirecta, es decir no es un bien económico en sí mismo, sino que es un bien que se materializa en otros bienes, en los efectos que produce el transcurso del tiempo en los demás bienes de la economía. La segunda característica refiere que nunca pierde su condición de ser un bien económico pues es un bien que no desaparece, está siempre presente en toda ecuación económica, y además es escaso pues no puede volver a reproducirse; pero al mismo tiempo es inagotable en el sentido de que mientras algo exista existe el tiempo en ese algo. Esto permite a la teoría económica relativizar el precio de los bienes, pues varían indefectiblemente con el transcurso del tiempo que los afecta.

Por ello también debemos reinterpretar el concepto de “interés”, atento a que una de las consecuencias de la introducción del concepto de “tiempo económico” es que el “interés” debe entenderse ahora como “*el precio del tiempo económico*” y “no” como el precio de la moneda. Es decir, el transcurso del tiempo económico afecta a la moneda, y el precio de ese transcurso de tiempo económico “en” la moneda es el interés. Esta definición explica de manera más rigurosa el fundamento del interés como un precio que se paga por los efectos del transcurso del tiempo en el uso de la moneda.

La incorporación en el análisis de la moneda del “tiempo económico” facilita a las ciencias jurídicas una comprensión más acabada de la naturaleza y efectos de los medios de pago actuales, y nos permite decir categóricamente que lo que actualmente usamos como medio de pago no es dinero, sino que es moneda-crédito irregular o no convertible. Esto significa que es una moneda que está afectada por el transcurso del tiempo económico, porque el valor real de la moneda es inestable en el tiempo por no ser dinero metálico ni ser una moneda convertible.

Como ya hemos dicho, en cada intercambio de papel moneda por bienes o servicios el mercado determina de manera reiterada y transitoria el precio relativo del papel moneda con relación al bien o servicio intercambiado. Esto significa que en cada intercambio lo que se está haciendo es fijar el valor real del papel moneda, validando así el valor del billete vía el mercado una y otra vez. En este proceso el mercado puede aplicarle una tasa de descuento al billete como consecuencia del transcurso del “tiempo económico” en el uso del papel moneda, esto es lo que conocemos como “inflación”. El transcurso del tiempo tiene un costo, un precio, y la variación del precio en el tiempo está ligada a la solvencia del emisor del billete.

Ahora volvemos a conceptualizar a la “inflación” como la tasa de descuento que puede ser aplicada al papel moneda no convertible por el mercado en cada uno de los intercambios económicos de bienes y servicios. La tasa de interés inversa (e incierta) de la inflación es una tasa “oculta” para el mercado. El ocultamiento de esta tasa tiene un efecto nocivo que agrava la tasa en sí, ya que al no declararse explícitamente lo que aumenta es la incertidumbre acerca de la cantidad de tiempo económico que precisará el Estado para lograr el repago de la emisión de deuda. Es decir, el ocultamiento impacta en la incertidumbre en torno al “cuando” el emisor (deudor) va a poder reunir la suficiente cantidad de riqueza para poder saldar la deuda generada con la emisión.

Para completar el análisis debemos agregar el concepto de “reservas monetarias”. La importancia de las reservas monetarias de un Estado radica en que es el principal indicador de la solvencia del Estado. Las reservas monetarias juegan el rol de garantía de público conocimiento de la deuda emitida en papel moneda, por tanto, la relación entre la inflación y las reservas monetarias es estrecha. Si el nivel de reservas monetarias disminuye en relación con el nivel de deuda, lo que disminuye es la garantía del rescate de la deuda. Esto genera desconfianza en el mercado, y la desconfianza se refleja en la actitud del mercado de “desprenderse”, o rechazar los billetes de deuda del Estado por el valor nominal de los mismos, y los renegocia a la baja, aplicándoles la tasa de descuento, depreciándolos con el mecanismo de apreciación de los bienes y servicios a intercambiar por esos billetes. Es con este procedimiento con el que el mercado ajusta el valor del papel moneda no convertible. Entra en juego el tándem “inflación-depreciación” como una reacción del mercado a la baja calidad de la garantía de pago del emisor conforme transcurre el tiempo económico entre la emisión y el rescate de la deuda. Para contrastar y resaltar lo dicho, si la emisión del Estado fuera en dinero metálico no habría deuda a saldar a futuro por parte de su emisor. En este escenario el nivel de reservas monetarias del Estado sería totalmente irrelevante para evaluar

la solvencia del dinero emitido, pues el dinero tendría una solvencia intrínseca en su composición de metal precioso.

En este punto debemos introducirnos en el análisis de la problemática y la complejidad de la regulación jurídica de los medios de pago.

Un sistema económico es en resumen un sistema de intercambio de bienes y servicios. La mayor eficiencia del mecanismo de intercambio se logra mediante un bien único instrumental que pueda hacer las veces de medio de intercambio universal: vale decir el dinero o la moneda. Coherentemente con ello tanto el dinero como la moneda han sido considerados como “los” medios de pago por antonomasia por los sistemas jurídicos. Es decir, los sistemas jurídicos al regular los intercambios de bienes y servicios aceptan al dinero o a la moneda como el bien instrumental universal para el pago en el intercambio de bienes y servicios, y lo invisten con valor legal cancelatorio de deudas, un atributo exclusivo, excluyente y absoluto.

La moneda y el dinero son medios de pago aceptados por el sistema jurídico en los intercambios porque hay (o debiera haber) un intercambio de contenido económico concreto (real) que se realiza entre las partes intervinientes, donde una parte entrega un bien o presta un servicio y recibe de la otra como pago otro bien que es el dinero o la moneda, y que debe ser por un valor “igual” o “equivalente” al bien o al servicio intercambiado. Tenemos que desarrollar esto para entender las diferencias: Si se entrega como pago una moneda metálica -una moneda de oro- el negocio queda perfeccionado en el acto, dado que ambas partes recibieron “algo” con un valor económico concreto. Si se entregara como pago una libra esterlina convertible (de antes de la primera guerra mundial) también estaríamos en presencia de un negocio jurídico perfecto ya que ambas partes intercambiarían algo con un valor determinado, en el caso de la libra esterlina al tratarse de un papel moneda convertible tenía un valor de conversión cierto, concreto, determinado y realizable con su sola presentación al banco correspondiente. Ambas partes intercambian de manera “definitiva” algo con un valor determinado o determinable.

En cambio, cuando se utiliza como medio de pago un billete “no” convertible la hipótesis es totalmente distinta. En este caso la naturaleza propia del papel moneda no convertible es la de un crédito incierto, a determinarse, dado que es una promesa de pago futura sobre la base de un valor nominal que puede variar significativamente hasta el pago de esa deuda-crédito que el billete representa, momento en el cual el tenedor del billete recién puede convertirlo en un valor determinado. En este ejemplo podemos apreciar con claridad que en realidad al pagar bienes y servicios con billetes no convertibles lo que estamos haciendo

“no” es intercambiar un bien o servicio por otro bien con valor cierto, específico y concreto al momento del intercambio; sino que lo que estamos entregando como medio de pago -el billete- es un instrumento de deuda con un valor incierto, impreciso y de imposible determinación al momento del intercambio. Téngase presente que no estamos hablando de negocios a plazo, sino que hablamos de negocios de intercambios con pagos de contado, que se perfeccionan (o deberían perfeccionarse) en el momento mismo del intercambio. En el caso de los intercambios a plazo, donde las obligaciones deben cumplirse en el futuro, los negocios igualmente quedan perfeccionados desde el punto de vista jurídico siempre que estas obligaciones sean determinadas o determinables por mecanismos previstos en el propio acto de celebración del negocio. Con lo cual cada una de las partes logra una equivalencia en el intercambio al recibir o entregar bienes determinados o determinables en los plazos establecidos.

En el caso del papel moneda no convertible, la complejidad se presenta porque por un lado “el valor” de realización concreto del dinero-deuda no es determinable al momento del intercambio, y tampoco es determinable “el plazo” en el que va a suceder el rescate de la deuda que consta en el billete, pues al no ser convertible no existe la posibilidad de presentarse en un banco y pedir su intercambio por moneda metálica u otro bien con un valor intrínseco concreto. Esta doble indeterminación (del valor y del tiempo del rescate) del papel moneda no convertible hace que el negocio jurídico en el cual interviene el billete no pueda ser perfeccionado, sino que subsista y que cada vez que se intercambie el billete lo único que sucede es una “novación” en cuanto al sujeto acreedor del billete.

Este es el nudo gordiano de nuestra propuesta de análisis: El negocio jurídico de intercambio de bienes y servicios que utiliza como medio de pago billetes papel moneda no convertibles es un negocio jurídico diferente, distinto al negocio jurídico de intercambios como tradicionalmente fue entendido por la ciencia jurídica. En estos casos con los que hemos ejemplificado la exposición hay una variación sustancial en la estructura jurídica del intercambio atento a que un elemento constitutivo del mismo -el medio de pago- es de naturaleza distinta al del pago cancelatorio con dinero metálico o billetes convertibles. No puede perfeccionarse el negocio jurídico del intercambio cuando se utiliza como medio de pago billetes no convertibles, porque una de las partes recibe como contraprestación un valor incierto e indeterminable en el acto del intercambio, atento a que en definitiva lo que recibe como medio de pago es un crédito documentado, con un valor nominal determinado y un valor sustancial incierto a determinarse en un futuro de plazo también incierto, que acontecerá cuando el emisor del billete proceda a rescatar o pagar esa deuda.

Cuando se utiliza como medio de pago al papel moneda no convertible lo que acontece desde el punto de vista jurídico es una “novación del deudor”, dado que una de las partes cumple con su obligación, es decir pagar, entregando como pago un documento -billete no convertible- que contiene una deuda incierta e indeterminable. Al entregarse el billete en el intercambio el deudor del intercambio deja de ser el que entregó el billete y pasa a serlo el emisor del billete (el Estado) que siempre es el deudor del billete emitido; claramente la deuda originada por el intercambio sigue existiendo porque no se agotó el negocio en el intercambio, sino que la parte que entregó los bienes o servicios y recibió el billete como contraprestación ahora es la nueva acreedora de esa deuda fiduciaria del billete, deuda de valor y plazo inciertos dado que hasta el momento en que el Estado rescate el billete no se puede determinar con precisión el valor concreto que ese instrumento de deuda va a significar en la ecuación de intercambio en la que intervino.

En definitiva, se intercambia un bien o servicio cierto con un valor concreto por un bien instrumental (papel moneda) con un valor y plazos inciertos y no determinables en el presente; en este escenario el negocio jurídico no puede perfeccionarse en el momento del acto mismo del intercambio, pues no hay posibilidad de valoración sobre la “igualdad” o “equivalencia” de valores de los bienes del intercambio, atento a que el medio de pago utilizado es de realización futura, y necesita del transcurso del tiempo para que pueda determinarse su valor concreto, y recién cuando esto suceda podrá quedar establecido el valor de equivalencia o de igualdad de cada uno de los bienes intercambiados, y entonces el negocio jurídico podrá quedar perfeccionado.

Dijimos anteriormente que la inflación es una tasa de descuento “encubierta”, y como tal impide también el perfeccionamiento del negocio de intercambio. Esto porque si la tasa de inflación fuera declarada explicitando la tasa de descuento y el momento del rescate del billete, es decir fuera expresada específicamente en el papel moneda billete, le otorgaría a ese billete un elemento que permitiría determinar su valor de realización futuro, y con ello toda la operación de intercambio podría perfeccionarse en el acto mismo del intercambio, atento a que podría determinarse el valor de igualdad o de equivalencia de los bienes intercambiados.

En todo este desarrollo no debemos perder de vista el rol central del Estado, especialmente en la intersección entre el sistema monetario y el sistema jurídico, ya que el Estado se reserva para sí y con carácter excluyente la emisión de papel moneda y le asigna a la misma la prerrogativa legal de ser el único medio de pago con valor cancelatorio de deudas; y al mismo tiempo es el administrador de la

autoridad monetaria. De esta manera tiene un control “causal” sobre la inflación y su contracara la depreciación del valor de la moneda. Debe sumarse a todo esto que además el Estado adopta un tipo de “creación” de moneda para la cual no necesita otorgar un respaldo concreto en riqueza genuina, es decir una garantía autosuficiente. Todo lo descripto tiene su corolario en la afectación al patrimonio y a la propiedad de los sujetos de derecho. Afectación que es sutil pero palmaria en todas las economías con bajos índices de inflación, y que adquiere ribetes grotescos en las economías con elevados índices de inflación.

En esta etapa del análisis emerge la centralidad del rol del sistema jurídico que debiera ser el que marca los límites de actuación de los distintos intereses en tensión y administra “las reglas del juego” con el único objetivo de protección de los intereses de la sociedad como un todo, conforme las mandas constitucionales. Sin embargo, a lo largo de la historia moderna de los sistemas jurídicos el derecho positivo incorporó a la moneda y al dinero indistintamente como medios de pago por antonomasia, y les otorgó el valor jurídico de ser cancelatorios de deudas. De esta manera la institución del dinero y la moneda quedaron cuasi sacralizada en los cánones jurídicos. El tiempo pasó, las sociedades cambiaron y las monedas también, pero siempre siguieron siendo utilizadas como medios de pago, por lo que el derecho positivo solo se limitó a seguir dándoles tal carácter y nada más, sin profundizar mayormente en ningún otro aspecto. Por otra parte, del lado del mercado la pulsión siempre fue hacia la no regulación o en su defecto hacia la desregulación de los actos económicos, entre ellos lo referido a los medios de pago y sus usos.

Ya hemos hablado de la principal función de las monedas como medios de pago, ahora vamos a avanzar con otras funciones que hoy en día son fundamentales también. Ello es así porque en sociedades tan interconectadas como las actuales “la información” es central y es una mercancía cotizada, y por lo tanto otra de las funciones del dinero adquiere un carácter trascendental, y es la referida a la moneda como la “unidad de cuenta” de todo el sistema de precios de la economía. Esto quiere decir que la moneda por sus características es el bien único que actúa como referencia de valor, como unidad de valor, de todos los demás bienes y servicios de la economía, permitiendo con ello la conformación de un sistema general de información de los precios de la economía, lo que permite establecer equivalencias de valores, y ello facilita el intercambio con cierta racionalidad de los bienes y servicios, requisito fundamental para tener una economía eficiente en la aplicación y distribución de recursos. Un sistema general de precios es un sistema de información económica, y esta información es la que alimenta luego el proceso de toma de decisión de las operaciones de intercambio del mercado,

y la unidad de medida que informa el precio es la moneda. Sin esta información los intervinientes en el intercambio no podrían realizar ningún análisis racional sobre la conveniencia o no del intercambio, y con ello se perdería de vista cualquier estándar de eficiencia de los mecanismos de mercado en la asignación de los recursos. Otra función de la moneda es la referida a poder ser utilizada como “reserva de valor”. La moneda debe servir como forma de conservar riqueza de manera segura, estable, transportable, divisible y realizable. El no contar con una moneda estable atenta directamente contra la capacidad de ahorro de la economía. Sin ahorro en la economía se afecta la posibilidad de inversiones de escalas mayores, lo que en el mediano plazo afecta al desarrollo general de la sociedad.

Para que el sistema jurídico pueda regular adecuadamente el sistema monetario la regulación debe abarcar a la moneda en sus diversas funciones: como medio de pago, como unidad de cuenta y como reserva de valor; que son las tres funciones principales de la moneda. La realidad es que el sistema jurídico siempre ha tenido predilección por regular ampliamente la primera y poco o nada se ha referido a las otras dos funciones que también son claves para el desarrollo de la sociedad.

Es también importante determinar la eficacia y eficiencia del sistema monetario y su vínculo con la finalidad del sistema jurídico. Evaluar la eficacia del sistema de moneda que el Estado impone es evaluar si la moneda cumple la finalidad social para la cual se la precisa. La eficacia está dada por la coherencia entre la necesidad social de un sistema de pago de los intercambios en la actividad económica y la realidad cotidiana del uso del papel moneda, en el sentido de si estos bienes instrumentales facilitan o permiten la finalidad social para la que fueron creados, y si en simultaneo no afectan los derechos fundamentales de los individuos. Por otra parte, el análisis de eficiencia del sistema es el referido al “costo” necesario del sistema monetario para el logro de las funciones que tiene asignada la moneda.

Este análisis de eficacia y eficiencia nos lleva a plantear la necesidad de que el sistema monetario debe ser capaz de garantizar una moneda estable y sólida, útil a la finalidad social de la misma. Esto resalta la necesidad de un sistema de emisión de moneda con controles y límites jurídicos concretos y específicos, para que la sociedad goce de una moneda que no le quite riqueza o afecte su propiedad sin su consentimiento, o en caso contrario que los ciudadanos tengan la opción de utilizar otros medios de pago, de unidad de cuenta y de ahorro que sean más eficientes y protejan mejor sus derechos. El rol de emisor monopólico de la moneda no es un rol que por naturaleza debe ser cumplido por el Estado de manera exclu-

siva y excluyente; sino que el devenir histórico de la interacción entre el Estado y el mercado ha desembocado en el actual modelo. Las criptomonedas por otra parte demuestran que otros sistemas de pago son posibles, y que han emergido en esta situación como una reacción hacia el sistema monetario tradicional.

Además, los sistemas monetarios al ser esenciales para las economías modernas deben ser considerados como “servicio esencial”, debiendo transparentarse sus costos, lo cual equivale a decir que, si es el Estado el que lo presta y lo hace de manera eficiente y eficaz, debería cobrar una “tasa” por su prestación y con ello podría superarse la nocividad del “impuesto inflacionario” inherente a los sistemas actuales.

Todo esto demuestra que existen valores en conflicto en la interacción entre el sistema monetario y el sistema jurídico, que se traducen en la dicotomía desregulación versus regulación.

El desarrollo del sistema monetario en general y particularmente lo referido a la regulación de la moneda están sustentados en un andamiaje jurídico con indiscutible legalidad formal, pero con una discutible juridicidad substancial en cuanto a la afectación de derechos individuales. Entonces ¿cuál es el rol de los sistemas jurídicos en la regulación de los sistemas monetarios? La respuesta es indubitable: los sistemas jurídicos tienen el mandato del constitucionalismo del Estado de Derecho de estructurar una regulación eficaz y eficiente del fenómeno monetario y sus efectos sobre la vida de las personas, teniendo como norte los derechos y garantías constitucionales supremos. Desde esta óptica un sistema jurídico constitucional no podría -ni debería- dar soporte legal formal a un sistema monetario que afecte los derechos fundamentales de las personas.

Una arista del análisis que no podemos pasar por alto es la referida al carácter profundamente político que tiene todo sistema monetario y toda moneda. Son “herramientas de poder” de los Estados tanto hacia adentro de sus propios territorios como hacia afuera en el contexto de la política internacional. Dicho esto, lo que debemos entender es que lo que está sucediendo en este momento, es que la moneda -el papel moneda-, está en crisis. Lo que está en disputa es un nuevo orden económico monetario internacional, y no solo son los Estados los que lo están impulsando el cambio, sino también las corporaciones al lanzar sus propias criptomonedas para disputar a los Estados la exclusividad de los medios de pago. La conjunción de intereses y necesidades, de oportunidades y debilidades, son las que marcan el inexorable e inminente establecimiento del nuevo orden económico monetario internacional. Pero todo cambio de paradigma es paulatino y la transición entre dos modelos no es un camino lineal. Las criptomonedas con su

tecnología del blockchain, la pandemia global y las actuales guerras híbridas han abierto la puerta al cambio.

El ordenamiento jurídico no es ajeno a esta situación, y no debe serlo; por el contrario, debe conducir este proceso en lo que le corresponde, recuperando su rol central en la definición de los límites del nuevo orden económico monetario internacional, aportándole al nuevo orden la “estructura de soporte legal” con las limitaciones correspondientes que garanticen efectivamente los derechos individuales constitucionales. Para ello la ciencia jurídica debe recuperar la iniciativa y colocarse al frente del desafío, trabajando en una actualización de contenidos y desarrollando las herramientas teóricas y conceptuales necesarias para aportar al sistema jurídico la capacidad necesaria para que pueda cumplir su mandato constitucional.

Las ideas expuestas nos permiten sostener sin equívocos la necesidad de que las ciencias jurídicas rescaten al “Derecho Monetario” de su letargo y lo coloquen en el centro de la escena como una disciplina jurídica renovada, autónoma, que merece el desarrollo de un cuerpo teórico conceptual integral para informar a las legislaciones positivas sobre las mejores maneras de regulación de los sistemas monetarios. Este nuevo Derecho Monetario debe ser ubicuo a todo “derecho” donde se regulen hechos o actos con contenido económico, por tanto, la necesidad de su estudio, de su actualización, y de difusión es inherente al desarrollo mismo de un sistema jurídico eficiente y acorde a los tiempos presentes; y la ciencia jurídica debe enfocarse en un estudio amplio de los fenómenos monetarios, abrevando en los nuevos conocimientos científicos.

Este desarrollo del Derecho Monetario debe como mínimo abocarse estudiar: el origen de la moneda y su evolución, debe realizarse un análisis pormenorizado de la naturaleza jurídica del dinero y las monedas, la inflación y depreciación de estas, y los demás elementos claves del sistema monetario, entre los cuales es fundamental el análisis del efecto sobre el dinero/moneda del transcurso del tiempo. Así también es central que se definan cuáles son los elementos que caracterizan a los fenómenos monetarios. Es necesario que se trabaje en la “definición jurídica” de la moneda y el dinero, y de la inflación también. Tipificar los tipos de dinero o monedas es un capítulo indispensable atento a la emergencia de las nuevas monedas y criptomonedas, las cuales precisan también un capítulo propio ya que, sin lugar a duda, son el dinero del futuro que comienza en este presente. También los usos y aplicaciones de las monedas deben ser tratados por el Derecho Monetario en todas sus variantes. Entre los ejes de estudio debe estar la definición de los “requisitos legales” necesarios para que una moneda pueda ser considerada

legalmente como medio de pago; como así también lo referido a los efectos de la definición legal de lo que es moneda y de lo que no lo es. El objetivo central del Derecho Monetario tiene que estar en lograr formulaciones normativas integrales para la adecuada regulación del sistema monetario, y en este punto también es necesario un estudio de la historia y evolución de estas regulaciones. Esta somera revista de las temáticas que debería incorporar el estudio y desarrollo del nuevo Derecho Monetario propuesto no es -ni pretende ser- exhaustiva, sino simplemente orientadora de cuales consideramos que son los tópicos necesarios para que la ciencia jurídica aborde la construcción del “nuevo” Derecho Monetario.

PALABRAS FINALES

Hace un poco más de 20 años esta Real Academia premiaba mi trabajo “El Estado de Mercado y el Sistema Jurídico”, presentado en la VI edición del premio de Derecho Público “Gascón y Marín”. En dicho trabajo planteaba que el avance del mercado había operado transformaciones en el ámbito de los sistemas jurídicos destacándose el surgimiento de la categoría de “consumidor” como una categoría que se imponía sobre la de ciudadano, lo cual reflejaba en cierta forma el tránsito del modelo de Estado de Derecho a lo que denominé el “Estado de Mercado”, y en consecuencia que esto implicaba un desafío para el sistema jurídico, que necesariamente debía aggiornarse. Sin embargo, en aquel trabajo no advertí cual fue el canal a través del cual el mercado logró la compenetración profunda en el Estado, cual fue la vía por la cual el Estado de Derecho se transformó en un Estado de Mercado. Hoy puedo concluir que el mercado y Estado lograron una combinación muy particular imbricándose de manera simbiótica a través del “sistema monetario”, en donde ambos tienen intereses fundamentales. Esta imbricación sucedió exactamente el 15 de agosto de 1.971, día del nacimiento del Estado de Mercado cuando Richard Nixon, por entonces presidente de Estados Unidos, anunció públicamente el fin de la convertibilidad del dólar americano. Este anuncio (que se expresó como una medida transitoria) marca el comienzo de la liberalización de las restricciones de los Estados para la emisión de papel moneda irregular (no convertible), es decir a partir de aquí los Estados empezaron a tener una gran libertad para imprimir papel moneda-deuda-crédito. Pensar en el Estado de Mercado sin esta libertad de emisión sería imposible. Estado y mercado han sido beneficiarios del diseño de un sistema monetario con una moneda sin respaldo expreso, con una moneda que se emite sin tener la obligación de rescatarla a un valor constante y en una fecha cierta. El Estado y el mercado son también los que han articulado simbióticamente con el sistema jurídico para una regulación o desregulación “a conveniencia” de ambos.

La ciencia jurídica tiene un desafío concreto, necesario y urgente: el desarrollo de un cuerpo sistémico de conocimientos enrolados en lo que llamamos Derecho Monetario. El sistema jurídico tiene una deuda concreta, necesaria y urgente: el desarrollo de un cuerpo normativo positivo que regule al sistema monetario en su totalidad, limitando el accionar del “Estado de Mercado” cuando se afecten los derechos y libertades individuales supremos, los derechos que gozan de protección constitucional.

Para finalizar hago mío un pensamiento de R. Von Ihering, referido al mandato que expresa que “*la lucha es el trabajo eterno del Derecho*”, y en consecuencia “*desde el momento en que el derecho no está dispuesto a luchar, se sacrifica...*”

Debemos luchar por el Derecho. Este trabajo es mi aporte en esta lucha.

BIBLIOGRAFÍA

Bermejo García, R. (2013). La evolución del sistema monetario y financiero internacional a la luz de la reciente crisis financiera. *ANUARIO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL*, 10-13.

Bondone, C. (2006). *Teoría de la Relatividad Económica*. Buenos Aires: DISTAL.

Cabanellas de Torres, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. EDITORIAL HELIASTA.

Cano Borrego, P. (2015). EL DERECHO MONETARIO CASTELLANO EN LA EDAD MODERNA. *Revista Aequitas*, número 6, 13-42.

Castán Tobeñas, J. (2000). *SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Chacon, N. (2005). *DERECHO MONETARIO*. Bogota: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Gross Sibona, E. (2022). *La Candidez Progresista*. Buenos Aires: PROMETEO.

Gross, E. D. (2005). EL ESTADO DE MERCADO Y EL SISTEMA JURÍDICO. En A. A.

Jurisprudencia, *ANUARIO 2002-2003-2004* (págs. 523-547). Zaragoza: Tipolína SA.

Jose Antonio de Aguirre (editor) Juergen B. Donges. (2016). *La Moneda del Siglo Veinte y la Política Monetaria No Convencional*. Buenos Aires: EDICIONES AOSTA.

Nussbaum, A. (1954). *DERECHO MONETARIO NACIONAL E INTERNACIONAL*. Buenos Aires: Ediciones ARAYÚ.

Von Ihering, R. (1993). *LA LUCHA POR EL DERECHO*. Buenos Aires: Editorial Heliasta SRL.

CONFERENCIAS

EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. UN CONTENIDO PARA UN DERECHO

Conferencia pronunciada el 17 de enero de 2025 por el
Excmo. Sr. D. Luis Alberto Gil Nogueras,
Académico de Número

1. La personalidad

Entre las múltiples acepciones que el término personalidad mantiene, me gustaría destacar la que obra dentro del diccionario de la RAE como diferencia individual que constituye a cada persona y la distingue de otra.

El término emana lógicamente del concepto de persona, en su sentido actual, como equivalente a ser humano.

Relacionado con ello y según la corriente filosófica a la que nos adscribamos, podemos concluir que la personalidad es una constatación del efecto que dimana de todo ser humano por el sólo hecho de serlo, y que el Derecho se limita a reconocer, o bien que es una creación de este último que la reconoce como facultad de todo aquél que reúne unos requisitos previamente establecidos, con un contenido cambiante según los tiempos y el Ordenamiento Jurídico imperante.

De seguir esta última corriente estamos ante un concepto dinámico en función, no tanto de la evolución del ser humano en cuanto especie, sino en atención al marco normativo del tiempo en que nos toca vivir. Por supuesto que plantear esto partiendo de los textos constitucionales o de las Declaraciones Internacionales hoy imperantes, puede parecer anacrónico, pero cabe recordar que aquéllos devienen tan sólo de hace menos de un siglo, y que basta un recorrido por la Historia para relativizar las conclusiones iusnaturalistas que en muchos de ellos se contienen, fruto muchos de ellos, de los traumas generados tras dos guerras mundiales.

En todo caso lo característico del término vendría a ser el hecho diferencial, la singularidad de cada uno de nosotros. Esta singularidad sin embargo lleva un proceso de construcción que se logra tanto por estímulos externos, cuanto por condicionamientos internos. En mi opinión resultaría ingenuo pretender que la personalidad es fruto de la autonomía personal de cada cual. No vivimos en una burbuja.

Y para conseguir ese resultado se hace necesario que el previo desarrollo se garantice a través de las referencias o modelos que uno cree o elija de modo voluntario.

2. Un desarrollo libre

Las teorías neodarwinistas actualmente aceptadas vienen a reconocer que los seres vivos experimentan variaciones debidas a mutaciones que se producen al azar, lo que genera variabilidad entre los individuos de una misma especie.

Biológicamente el desarrollo se identifica con el conjunto de fenómenos fisiológicos que constituyen el crecimiento de los seres vivos. El devenir evolutivo creciente configura el término desarrollo.

Por libre no hay que entender dentro de este contexto, a quien se entiende no sujeto a cualquier autoridad o poder, ni a quien niegue estar sometido a obligación o regla, sino a quien puede decidir lo que hace y el modo de hacerlo.

Un desarrollo libre supondrá por tanto una evolución creciente motivada por decisiones voluntariamente queridas por el sujeto.

3. Reconocimiento jurídico

La CE en su artículo 10 establece que *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*

A continuación, apuntala la anterior afirmación cuando dice que *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*

El Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en su art 8 dice: *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y fami-*

liar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Existen otras normas internacionales que de modo expreso recogen este derecho. En el territorio americano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en el marco de la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, el 2 de mayo de 1948, en su artículo 29 expresa que: *“Toda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad*

Algunos derechos reconocidos en Declaraciones auspiciadas por la Organización de Naciones Unidas inciden sobre tal derecho, tanto con carácter general (En la Declaración universal de Derechos Humanos), cuanto de modo específico. Así en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 en el artículo 8 se reconoce que *Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”*

Podemos en consecuencia afirmar que existe el reconocimiento internacional de este derecho, y también un doble reconocimiento interno, derivado de la norma constitucional , uno expreso y otro referencial, derivado de la necesidad de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales de conformidad *la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*

4. Un contenido

A la hora de sustanciar el contenido de un derecho se debe ser cauteloso. En primer lugar porque el Derecho siempre va a remolque de una realidad social continuamente cambiante, y porque igualmente el derecho subjetivo no permanece constante e invariable sino que también evoluciona. Por otro lado cabe recordar que no hay derechos absolutos y mucho menos cuando éstos entran en conflicto con otros derechos igualmente susceptibles de reconocimiento y protección.

Partamos por tanto de algunas resoluciones, claves para poder concretar un alcance posible del mencionado derecho, un contenido.

El TC en su sentencia 99/2019 interpretando tanto el art 10 CE como la Jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dice *La propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana. Establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad. Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva de entablar relaciones con otras personas.*

Este nexo entre decidir sobre la identidad de uno mismo y el goce por la persona de autonomía para organizar su propia vida y sus relaciones personales es reconocido y afirmado por diversas instituciones de nuestro entorno jurídico, lo que muestra que sobre este vínculo existe un extendido consenso y así el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia tiene un valor hermenéutico especial para este Tribunal, al abordar reclamaciones en que es relevante la situación de transexualidad alude expresamente a la protección del desarrollo personal y la pone en relación con “el derecho a establecer y consolidar relaciones con otros seres humanos y con el entorno que le rodea” (por todas, STEDH de 10 de marzo de 2015, asunto Y.Y. c. Turquía, § 57). En el mismo sentido el Tribunal ha destacado en numerosas ocasiones que el concepto de “vida privada” incluye no solo la integridad física y mental de la persona, sino que también puede en ocasiones comprender aspectos de la identidad física y social del individuo. Elementos tales como la identidad de género, el nombre, la orientación sexual y la vida sexual caen dentro de la esfera personal protegida por el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH)

Podemos de aquí extraer una serie de aspectos concretos sobre los que proyectar el derecho al libre desarrollo de la personalidad. El primero estaba implícito en su propio concepto, la creación de una identidad, en la medida en que como se ha expuesto la personalidad viene a ser el reconocimiento y/o manifestación de un hecho diferencial respecto del resto de seres humanos.

Dentro de la creación de esta identidad, entendida como conjunto de rasgos propios de un individuo, el nombre y el sexo se integran como cualidades principales de la persona.

Unido al tema de la creación de una identidad propia, encontramos el necesario goce de autonomía de la persona para organizar su propia vida y sus relaciones personales con otros seres humanos y con el entorno que le rodea. Esta

autonomía debe posibilitar opciones de relacionarse con terceros y todo aquello que rodea a un individuo, sin formar parte de él, lo cual incluye condicionamientos climáticos, orográficos normativos, religiosos, culturales e incluso jurídicos.

Por tanto, un primer acercamiento al derecho nos conduce a una concepción de la libertad que le confiere a la persona la potestad para decidir autónomamente sobre sus diferentes opciones vitales.

En la Sentencia 93/2013 de 23 de abril, el Tribunal Constitucional en relación a la regulación autonómica de las parejas de hecho, manifiesta que es elemento esencial de la constitución de la pareja de hecho *su conformación extramuros de la institución matrimonial por decisión propia de sus integrantes, adoptada en ejercicio de su libertad personal, y que «se vincula con sus convicciones y creencias más íntimas»* (STC 47/1993, de 8 de febrero, FJ 4). Dado que la posibilidad de elegir una u otra opción —matrimonio o pareja de hecho— se encuentra íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el Estado no puede imponer una opción o limitar las posibilidades de elección salvo en virtud de los condicionamientos que pudieran resultar de las normas de orden público interno (SSTC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; y 51/2011, de 14 de abril, FJ 8). El libre desarrollo de la personalidad quedaría afectado tanto si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la convivencia *more uxorio*, como si trataran de imponer el establecimiento, contra la voluntad de los componentes de la pareja, de un determinado tipo de vínculo no asumido de consuno por éstos, *«de manera que aquel tipo de convivencia no formalizada se viera expuesta a una gravosa y penosa suerte o a soportar sanciones legales de cualquier índole»* (STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 2). Y esa libertad, así como la paralela prohibición de interferencia en su lícito ejercicio por parte de los poderes públicos, no queda limitada a la dimensión interna, *«sino que alcanza también la expresión de las propias libertades a tener una actuación coherente con ello y a no sufrir sanción o injerencia de los poderes públicos por su ejercicio»* (STC 66/1994, de 28 de febrero, FJ 3; y ATC 204/2003, de 16 de junio, FJ 2)

Consustancial a esa libertad de decisión, adoptada en el marco de la autonomía privada de los componentes de la pareja, es el poder de gobernarse libremente en la esfera jurídica de ese espacio propio, ordenando por sí mismos su ámbito privado, el conjunto de derechos, facultades y relaciones que ostenten, si bien dentro de ciertos límites impuestos por el orden social, ya que la autonomía privada no es una regla absoluta

A partir de aquí cabe ligar las opciones vitales con aquellas que se vinculan con las convicciones y creencias más íntimas de cada individuo, y que le permiten gobernarse libremente en la esfera jurídica de su autonomía privada.

Tras unos primeros acercamientos vayamos a otros supuestos concretos. En su momento resultó paradigmática la STEDH de 7 de Julio de 1989 TEDH, en el denominado caso Gaskin, aunque ya anteriormente había tratado el derecho fundamental de toda persona al acceso a dossieres confidenciales para conocer su historia personal y familiar durante la infancia. El caso Gaskin podría resumirse del siguiente modo: Graham Gaskin había quedado huérfano de madre al poco tiempo de su nacimiento, por lo que, durante aproximadamente 17 años, quedó bajo la tutela del Ayuntamiento de Liverpool, excepto en determinados períodos de corta duración (entre una semana y cinco meses) en los que estuvo al cuidado de su padre. Durante la mayor parte de su minoría de edad el Sr. Gaskin fue entregado a diversas familias de acogida, sin que llegara a integrarse en ninguna de ellas. Durante este periodo, el Sr. Gaskin tuvo que comparecer ante el Tribunal de menores de su ciudad acusado, entre otros delitos, de un robo y un hurto, de los cuales fue declarado culpable y se dictó una resolución para su asistencia y cuidado. Esta situación finalizó cuando el demandante cumplió la mayoría de edad. El Sr. Gaskin desde su mayoría solicitó a las autoridades que le permitieran acceder a su expediente, alegando que había sido maltratado en sus familias de acogida, lo que le había producido graves problemas psicológicos, por lo que pretendía iniciar acciones contra el Ayuntamiento de Liverpool por negligencia. La solicitud de Gaskin fue rechazada en todas las instancias nacionales del Reino Unido. Por ello, Gaskin formuló demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la que alegaba que la negativa de las autoridades británicas a permitirle acceder a documentos fundamentales sobre su historia personal violaba, por un lado, su derecho fundamental al respeto de la vida privada y familiar del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos y, por otro, el derecho a recibir informaciones consagrado en el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

La Sentencia de 7 de Julio de 1989 por lo que al denegado derecho al examen de los registros público se refiere en su apartado 49, dice que, *“en opinión del Tribunal, las personas en la misma situación que el solicitante tienen un interés vital, protegido por la Convención, en recibir la información necesaria para conocer y entender su infancia y desarrollo temprano. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la confidencialidad de los archivos públicos es importante para recibir información objetiva y fiable, y que tal confidencialidad puede también ser necesaria para la protección de terceras personas. 2 Bajo este último aspecto, un sistema como el inglés, que hace depender el acceso a los registros del consentimiento del registrante, puede ser considerado, en principio, compatible con las obligaciones bajo el artículo 8, teniendo en cuenta el margen de*

apreciación del Estado. Sin embargo, el Tribunal considera que bajo un sistema de este tipo los intereses del individuo que pretende acceder a sus archivos referentes a su vida privada y familiar debe ser garantizado cuando alguno de los que hubieren contribuido a los expedientes no pudiese ser localizado o rehusase de manera impropia su consentimiento. Tal sistema es solamente conforme con el principio de proporcionalidad si establece una autoridad independiente que finalmente decida si el acceso ha de ser garantizado en casos en los que el contribuyente al registro no responda o deniegue el consentimiento. Tal procedimiento no estaba a disposición del solicitante en el caso presente. Hubo por tanto violación del art 8 CEDH al denegarse al recurrente el acceso a tales archivos.

También se ha sustanciado el problema relacionado con los medios o formas de investigación de la paternidad. Y así el caso Mikulic en STEDH de 7 de febrero de 2002 en el que la demandante, una niña de 5 años, se quejaba de la lentitud del procedimiento de búsqueda de paternidad iniciado junto a su madre y de la inexistencia en Derecho croata de medidas procesales que permitan a los Tribunales obligar al padre a someterse a las pruebas de ADN ordenadas por los jueces. El Tribunal consideró que el estado estaba obligado a establecer medios que permitieran a una autoridad independiente resolver la cuestión de la paternidad en breve plazo.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de 13 de febrero de 2003 el denominado caso Odièvre TEDH 2003/81, expuso *La cuestión del acceso a sus orígenes y del conocimiento de la identidad de sus padres biológicos, no es de igual naturaleza que la del acceso al expediente personal sobre un niño acogido o la de la búsqueda de pruebas de una paternidad solicitada. El Tribunal se encuentra en este caso ante una persona dotada de una filiación adoptiva que busca otra persona, su madre biológica, y que la abandonó al nacer y que solicitó expresamente el secreto de dicho nacimiento* "...*“La expresión “toda persona” del artículo 8 del Convenio se aplica tanto al niño como a la madre. (Lo cual da lugar a otro reconocimiento implícito que es el derecho al secreto o al olvido de los padres biológicos y que encuentra igual apoyo en el art 8 de la Convención) Por un lado está el derecho al conocimiento de sus orígenes que encuentra su fundamento en la interpretación amplia del campo de aplicación de la noción de vida privada. El interés vital del niño en su desarrollo ampliamente reconocido en el articulado del Convenio... Por otro lado, no se puede negar el interés de una mujer en conservar su anonimato para proteger su salud dando a luz en condiciones médicas adecuadas. En el presente caso la madre de la demandante nunca visitó en la clínica al bebé y por lo visto se separó de él con una indiferencia absoluta y no se alega que posteriormente expresara el menor*

deseo de conocer a su hija: no corresponde al Tribunal juzgar esta actitud, sino solamente hacerla constar. El Tribunal se encuentra en este caso en presencia de dos intereses privados difícilmente conciliables, que afectan por otro lado no a un adulto y a un niño sino a dos adultos que gozan cada uno de autonomía de su voluntad”

Podemos de aquí deducir que dentro del derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra el de conocer también nuestro origen biológico (hecho éste ya reconocido en otras resoluciones anteriores del mismo Tribunal) pero que al igual que éste existe el derecho al secreto u olvido de los padres biológicos.

La facultad de proyectar autónomamente nuestras relaciones con los demás, implica reconocer el mismo derecho para aquéllos que pueden querer todo lo contrario, esto es no mantener con nosotros ninguna relación

La intención de constituir una vida familiar puede también, excepcionalmente incluirse en el ámbito de aplicación del artículo 8 siempre que la ausencia de vida familiar plenamente establecida no sea imputable al demandante (STEDH *Anayo c. Alemania*). En particular, la “vida familiar” puede también extenderse a la relación potencial que habría podido desarrollarse entre un padre natural y un niño nacido fuera del matrimonio (STDH *Nylund c. Finlandia* nº 27110/95). Los elementos que deben tenerse en cuenta para determinar la existencia real de estrechos vínculos personales en estos casos incluyen la naturaleza de la relación entre los padres naturales y el interés demostrable del padre por el niño antes y después del nacimiento de este último (STDH *L. c. Pays - bas* , nº 45582/99)

El artículo 8 protege la vida “privada” al igual de la vida “familiar (STEDH *Jäggi c. Suiza* , nº 58757/00)

Consecuentemente a modo de recapitulación, este derecho asegura la adopción de las decisiones durante la existencia de los individuos que sean consustanciales a la determinación de su modelo de vida. Son aquellas decisiones que permiten al individuo dar sentido a su propia existencia, a crear su singularidad respecto del resto, a relacionarse con los demás y con su entorno, lo cual implica la obligación de respetar la posibilidad de actuar y sentir de manera diferente, fijar sus opciones de vida acordes con las propias elecciones y deseos.

Lo anterior incluye un amplio espectro de decisiones que abarcan desde el vestuario, aspecto, adornos, tatuajes, determinación de género, nombre, formar una familia, el mantener relaciones sexuales etc...

5. Los límites al Derecho

Al margen de algo ya expuesto anteriormente y es que el libre desarrollo de la personalidad de uno puede chocar con idéntico derecho de otro, lo cual implica la concurrencia de conflictos de intereses en similares derechos susceptibles de protección, el propio TEDH advierte que el Convenio Europeo tiene un carácter standard y que atribuye a los Estados firmantes un deber de evitar las injerencias en tal esfera, pero también prevé el deber de los ciudadanos de no violar los derechos que el propio Convenio reconoce, y por refuerzo de ello los Estados miembros pueden adoptar una serie de injerencias que sean compatibles con lo que se pretende por el Convenio. Hay por tanto límites que operan por respeto a los derechos de los demás y hay límites que pueden actuar en función a los intereses de los Estados.

Para ello se requiere que tales límites estén previstos normativamente, que tales sean necesarios, pero los propios exigidos por una sociedad democrática para la persecución de un fin que se considere legítimo, y que entre tales límites y el fin haya una proporcionalidad.

Consecuencia los límites deben de reunir estas tres características para ser admisibles: previsión normativa que incluye los necesarios requisitos de publicidad y transparencia; necesidad del límite interpretado conforme a los parámetros reinantes en toda sociedad democrática; y finalmente proporcionalidad en el desarrollo y aplicación de la limitación frente a la voluntad del individuo afecto.

A partir de ahí, entra en juego la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Vamos a examinar tales requisitos. Con relación a la necesidad de reflejo normativo, se ha expuesto que el límite debe estar incluido en el ordenamiento jurídico con carácter previo a su aplicación. La norma debe tener la precisión suficiente para que un ciudadano pueda conforme a aquella acomodar su conducta, siendo en su caso por sí o con el asesoramiento legal correspondiente ser capaz razonablemente de prever las consecuencias que le puedan acarrear la producción de un determinado acto. Para la determinación de la norma se ha expuesto por el TEDH debe de estarse al sistema de fuentes de cada estado miembro, su necesaria publicidad y el control judicial eficaz sobre tales límites que garantice la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos. No pueden tener la condición de norma aquellas instrucciones o circulares de orden interno si no adquieren una publicidad que permita su conocimiento por los ciudadanos. Por tanto no es tanto la forma que adopta la norma sino la publicidad que de ella se haga, aquello que debe guiarnos en la interpretación.

Relacionado con el carácter necesario del límite el TEDH ha dicho que tal no resulta equiparable a indispensable, pero que implica la concurrencia de una exigencia social imperiosa que ha de quedar justificada por el Estado actuante. Rechaza la equiparación de necesaria con útil u oportuna. Debe por otro lado quedar garantizado el pluralismo ideológico y un equilibrio que asegure un trato justo a las minorías, como expresión de exigencia de toda sociedad democrática.

Sobre el carácter necesario que pueda emanar de conceptos como moral u orden público, el TEDH ha venido a poner de relieve las dificultades que entraña hallar una noción común en el seno del derecho interno de los Estados contratantes a tales, y permite bastante discrecionalidad a aquéllos, al estar mejor situados para apreciar sobre su alcance en función de las exigencias de tiempo y lugar. En todo caso como contrapartida deben de existir garantías suficientes y efectivas para evitar situaciones de abuso y como extensión de ello, recursos efectivos para que en caso de que tales se produzcan, exista la adecuada reparación.

Y así por ejemplo en el caso S. H. y Otros contra Austria de 1 de abril de 2010 (la cual acoge favorablemente el recurso de dos parejas casadas de nacionalidad austriaca contra el Estado Austriaco al alegar que las prohibiciones contenidas en la Ley Austriaca de 1992 de procreación artificial impidiendo el uso de óvulos y semen en la fecundación in vitro habían generado un trato discriminatorio para los demandantes vulnerando la prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 8 que garantiza el respeto a la vida privada y familiar) y la STEDH de 28 agosto 2012, Sección 2, Caso Costa y Pavan contra Italia TEDH 2012/72

En esta última el Tribunal dice que “ *Las técnicas de reproducción asistida tienen que ser tratadas desde la familia como un asunto de orden público, pero sin que ello entrañe restricciones a los Derechos fundamentales del individuo en el ejercicio del desarrollo de su capacidad como persona o progenitor; especialmente cuando hay un individual y conjunto acuerdo reconocido, cuando tras el nacimiento se inscribe a su descendiente en el Registro. De este modo se origina un auténtico respeto del derecho a la privacidad que se refleja en el derecho de una pareja a concebir un niño a través de técnicas, en el presente caso, de reproducción asistida. Porque la negativa al uso de tales técnicas afecta a la vida privada y familiar y no estaría incluida en el derecho a respetar la decisión por quebrar la existencia de un justo equilibrio entre los intereses públicos y privados concurrentes, tal y como determina el art 8 de la Convención*)

En sentido opuesto, esto es reconociendo la aplicación de límites internos ejercidos de modo necesario, encontramos la STEDH 24 de Enero de 2017 revo-

cando una resolución anterior del año 2015, sin embargo ha entendido perfectamente ajustado y legítima la injerencia del Estado Italiano en negar efectos jurídicos y en consecuencia privar de la custodia de los hijos obtenidos a través de un sistema de reproducción asistida, prohibido en Italia, cuando no existen vínculos biológicos de los menores con ninguno de aquéllos. Inicialmente el Tribunal consideró que la adquisición de un bebé obtenido a través de gametos de tercero y gestado por sustitución por otro tercero, no permitía al Estado italiano entrometerse en la vida privada y familiar del menor, aunque podría no reconocer la filiación de este modo obtenido en Rusia. Se debía en interés del menor respetar la situación familiar de facto creada por quienes en realidad se comportaban como padres de aquél, debiendo ésta protección primar sobre el respeto del orden público nacional.

En esta nueva decisión, la Sala volviendo sobre sus pasos (en virtud de la actuación de los Magistrados disidentes de la primera resolución, Robert Spano y Guido Raimondi) sostiene que la retirada de la custodia del menor era un objetivo legítimo del Estado italiano en la defensa del orden público interno y de los derechos y libertades de los niños en materia de filiación. Se pronuncia sobre la actuación de las autoridades italianas poniendo de relieve que aquélla no produjo daños graves o irreparables a consecuencia de la separación de los adquirentes, y que en el presente caso se daba una ausencia de la vida familiar, aunque sólo sea de facto, entre los solicitantes y el niño debido a la ausencia de cualquier vínculo biológico entre ellos, y una corta duración de su cohabitación, motivos que se suponen precarios, “a pesar de la existencia de un proyecto parental y la calidad de la unión.

Es importante destacar que, a diferencia de la primera decisión, la Gran Sala recuerda que *“la Convención no otorga ningún derecho para convertirse en un padre”* y dispone que **“el interés público”** prima en este caso sobre **el deseo de la crianza de los hijos** por los solicitantes. Por otra parte, era legítimo retirar la custodia del menor porque *“aceptar dejar al niño con los compradores (...) sería dar carta de naturaleza a la legalización de la situación creada por ellos en violación de normas fundamentales de la ley italiana”*

Con ello el Tribunal Europeo frena la impunidad de efectos anudados de hecho a la prohibición a la maternidad subrogada regulada en varios de los estados, si bien puede establecerse algunas consecuencias.

En primer lugar, que en caso de que para la maternidad subrogada se hubiere utilizado material genético de uno de los progenitores, no parece que se haya cambiado el criterio respecto de anteriores resoluciones. Y que resulta esencial

que el Estado actúe desde el primer momento de tal modo que no se genere un vínculo continuado familiar entre los adquirentes y el menor que pueda originar daños irreversibles en éste.

A modo de conclusión de tales resoluciones puede deducirse que los ciudadanos europeos tienen reconocido un derecho al acceso a las técnicas de reproducción humana asistida como parte de su derecho a la vida privada contenido en el art. 8. Sin embargo este reconocimiento no conlleva la obligación para los Estados de proporcionar los medios para acceder a las técnicas de reproducción humana asistida, como un derecho alternativo a la libertad a procrear, como una libre opción de los padres, especialmente cuando los estados no pueden garantizar el acceso a gametos donados, pues esta cuestión es algo que depende de la solidaridad de sus conciudadanos.

Relacionadas con la proporcionalidad de la injerencia, destacar que el TEDH entiende que tal debe variar en función de la importancia del derecho que se vea afectado, siendo la necesidad de mayor importancia cuanto más se acerque el derecho limitado a la esfera más íntima del sujeto. Para asegurar esta proporción deben de tenerse en cuenta los cambios habidos en la mentalidad social desde que tal norma donde se aprobaba el límite aconteció. Ello remite al concepto de opinión social dominante aunque la disparidad de esta en los distintos Estados, recomienda que se sea cauteloso a la hora de decidir los límites. Ver por ejemplo lo dicho y expuesto en el ya comentado Caso Ganski.

Con carácter general también se ha expuesto que la interpretación de los límites ha de ser restrictiva.

También en base a determinadas circunstancias externas, se recogen posibilidades de suspensión del ejercicio de determinados derechos, siempre cumpliendo los requisitos de previsión, publicidad, necesidad, proporcionalidad, temporalidad y control. Ello por ejemplo ha podido ser comprobado en relación a las medidas adoptadas con la pandemia de la COVID donde se ha suspendido temporalmente una serie de actividades que restringían derechos de los ciudadanos, y que directamente podían afectar al libre desarrollo de la personalidad, en cuanto restringían el derecho a relacionarse con otros.

También estos límites se han tratado en relación al deber o no de vacunación

Con carácter inicial lo que llegó al Alto Tribunal, fue el tema de la vacunación voluntaria, que es el supuesto en que se articuló la vacunación en nuestro país, por efecto de la legislación anti COVID.

En la STEDH de 12 de marzo de 2013 Caso Baytüre y otros c. Turquía se examinó la vacunación voluntaria en relación a los daños por resultados adversos originados por la inoculación de vacunas recomendadas por el Estado.

Y como conclusión exponía que el alcance del artículo 8 contempla cuestiones relacionadas con la integridad física y psicológica de las personas, su participación en la elección de la atención médica brindada y su consentimiento a la misma, así como el acceso a información que les permita evaluar los riesgos para la salud a los que se enfrentan. Sin embargo, si en el marco de una campaña de vacunación, cuyo único objetivo era proteger la salud pública mediante la erradicación de enfermedades infecciosas, se producía un pequeño número de accidentes graves, no se puede criticar al Estado por no haber tomado las debidas medidas para proteger a las personas y su integridad física. En el presente caso, el expediente no indicó que la vacuna haya sido administrada de manera inapropiada o que no se hayan tomado las medidas adecuadas para evitar que ocurran los riesgos relacionados con la vacunación. El demandante había sido víctima de una reacción adversa a una vacuna recomendada y el Tribunal era consciente de la dificultad inherente a tal situación. Sin embargo, en un sistema en el que la vacunación no era obligatoria, y en ausencia de error médico, la introducción de un sistema de indemnización para las víctimas de los daños derivados de una vacunación era esencialmente una medida de seguridad social, que quedaba fuera del ámbito de aplicación del Convenio

El caso de las vacunas obligatorias, entrañaba una mayor complejidad, en la medida en que sí había una injerencia estatal más evidente.

En la sentencia de 8 de abril de 2021 (caso Vavrickaetautres c. Republique Tchèque), en un caso, que partía de 6 demandas, contra la obligación legal de vacunar a los niños contra enfermedades bien conocidas por la ciencia médica y las consecuencias que se anudaban normativamente para los demandantes por su incumplimiento, y se dice: *Según la jurisprudencia establecida por el TEDH respecto del art.8 CEDH, la vacunación obligatoria, como intervención médica involuntaria, es una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada. Aunque no se haya realizado ninguna de las vacunaciones impugnadas, la obligación de vacunación y las consecuencias directas del incumplimiento de la misma también constituyen tal injerencia. La injerencia ha sido lícita y perseguía el objetivo legítimo de proteger la salud y los derechos de los demás.*

Al evaluar si la injerencia en los derechos de los demandantes ha sido necesaria en una sociedad democrática, el Tribunal sopesó los siguientes factores:

a) El margen de apreciación del Estado: se consideró que es un margen amplio por los siguientes motivos:

- No se habían administrado vacunas contra la voluntad de los solicitantes, ni podrían haberse administrado, ya que el cumplimiento no podría haberse impuesto por la fuerza con arreglo a la legislación nacional pertinente.*
- Existía un consenso general entre las Partes Contratantes, fuertemente apoyado por organismos internacionales especializados, de que la vacunación era una de las intervenciones sanitarias más exitosas y rentables y que cada Estado debería aspirar a lograr el nivel más alto posible de vacunación.*
- Sin embargo, no hubo consenso sobre un modelo único de vacunación infantil, sino más bien un espectro de políticas, que van desde una basada totalmente en la recomendación, pasando por aquellas que hacen que una o más vacunaciones sean obligatorias, hasta aquellas que la convierten en una cuestión de deber legal, para asegurar la vacunación completa de los niños. Tres de los gobiernos intervinientes habían compartido el enfoque más prescriptivo de la República Checa y varios otros Estados Miembros lo habían seguido recientemente debido a una disminución de la vacunación voluntaria y la consiguiente disminución de la inmunidad colectiva.*
- El carácter sensible del deber de vacunación infantil no se limitaba a la perspectiva de quienes no estaban de acuerdo con este deber, sino que también englobaba el valor de la solidaridad social, siendo la finalidad la de proteger la salud de todos los miembros de la sociedad, en particular de aquellos que son especialmente vulnerables frente a determinadas enfermedades y en cuyo nombre se pidió al resto de la población que asumiera un riesgo mínimo en forma de vacunación.*
- como se sostuvo anteriormente, los asuntos de política sanitaria quedaron dentro del margen de apreciación de las autoridades nacionales que estaban en mejor posición para evaluar las prioridades y necesidades sociales...*

b) Necesidad social apremiante y razones pertinentes y suficientes: la política de vacunación obligatoria fue la respuesta de las autoridades a la necesidad social urgente de proteger la salud individual y pública contra las enfermedades

en cuestión y de prevenir cualquier tendencia a la baja en la tasa de vacunación infantil.

Se fundamentó en razones pertinentes y suficientes. Además del importante fundamento de salud pública, el consenso general entre los Estados y los datos de los expertos pertinentes, el TEDH también tuvo en cuenta la cuestión del interés superior del niño. Según la jurisprudencia consolidada del Tribunal, en todas las decisiones relativas a los niños, su interés superior reviste la máxima importancia; esto reflejó el amplio consenso expresado en particular en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. De ello se desprende que los Estados tienen la obligación de colocar el interés superior del niño, y también el de los niños como grupo, en el centro de todas las decisiones que afecten a su salud y desarrollo.

En lo que respecta a la inmunización, el objetivo debe ser que todos los niños estén protegidos contra enfermedades graves; esto se logró, en la gran mayoría de los casos, cuando los niños recibieron el programa completo de vacunaciones durante sus primeros años. Aquellos a quienes no se les podía administrar dicho tratamiento estaban indirectamente protegidos contra enfermedades contagiosas siempre que se mantuviera el nivel requerido de cobertura de vacunación en su comunidad, es decir, su protección provenía de la inmunidad colectiva.

Por lo tanto, cuando una política de vacunación voluntaria no se considera suficiente para lograr y mantener la inmunidad colectiva, o dicha inmunidad no es relevante debido a la naturaleza de la enfermedad, se podría introducir razonablemente una política de vacunación obligatoria para lograr un nivel adecuado de protección contra enfermedades serias. Sobre la base de esas consideraciones, la política de salud del Estado demandado era compatible con el interés superior de los niños.

(c) Proporcionalidad - En primer lugar, el Tribunal examinó las características relevantes del sistema nacional:

- La obligación de vacunación se refería a diez enfermedades contra las que la comunidad científica consideraba que la vacunación era eficaz y segura.*
- Aunque obligatoria, la tasa de vacunación no es absoluta y permite exenciones por contraindicación permanente o por motivos de conciencia. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las circunstancias de cada caso individual debían evaluarse rigurosamente. Sin embargo, ninguno de los demandantes se había basado en ninguna de las exenciones.*

- *El cumplimiento de la obligación de vacunación no podía imponerse directamente, pero, al igual que en las soluciones adoptadas en los Estados intervinientes, la obligación se cumplía indirectamente mediante la aplicación de sanciones. En la República Checa, la sanción fue relativamente moderada y consistió en una multa administrativa única. En el caso del primer demandante, la cantidad se había aproximado al extremo inferior de la escala pertinente y no podía considerarse excesivamente severa u onerosa. En lo que respecta a los niños demandantes, su no admisión a la educación preescolar tiene como objetivo salvaguardar la salud de los niños pequeños y, por lo tanto, tiene un carácter esencialmente protector más que punitivo.*
- *Las garantías procesales están previstas en la legislación nacional y los demandantes han podido hacer uso de los recursos administrativos y judiciales.*
- *El enfoque legislativo empleado permitió a las autoridades reaccionar con flexibilidad ante la situación epidemiológica y los avances en la ciencia médica y la farmacología.*
- *No se ha mostrado ningún problema sobre la integridad del proceso de formulación de políticas o la transparencia del sistema nacional.*
- *Con respecto a la seguridad, reconociendo un riesgo muy improbable pero sin duda muy grave para la salud de una persona, el Tribunal reiteró la importancia de las precauciones necesarias antes de la vacunación, incluido el control de la seguridad de las vacunas en uso y la verificación de posibles contraindicaciones en cada caso individual. En cada uno de esos aspectos, no había motivos para cuestionar la idoneidad del sistema nacional. Además, se permitió cierto margen de maniobra con respecto a la elección de la vacuna y el calendario de vacunación.*
- *Aunque como propuesta general, la disponibilidad de compensación en caso de daño a la salud causado por la vacunación era relevante para la evaluación general de un sistema de vacunación obligatoria, esta cuestión no podía tener una importancia decisiva en el contexto de las presentes demandas, ya que no se habían administrado vacunas. Además, los demandantes no habían planteado esta cuestión en los procedimientos internos y, para la mayoría de ellos, los hechos ocurrieron en un momento en que se disponía de indemnización en virtud de la legislación nacional.*

LA DESHEREDACIÓN DE MENORES, CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO ARAGONÉS

Conferencia pronunciada el 7 de abril de 2025 por el
Dr. D. Antonio Vaquer Aloy
Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Lleida

1. INTRODUCCIÓN

Es un fenómeno de intensidad creciente, en una sociedad en que el 20% de la población mayor de 80 años vive en soledad y en que las relaciones familiares se vuelven cada vez más líquidas, la desheredación de los legitimarios. La visceralidad de algunos causantes para con sus legitimarios es tal que la desheredación se extiende a los nietos, incluso aunque sean menores de edad. Un ejemplo extremo lo proporciona la SAP Barcelona (4) 681/2023 en que el causante desheredaba a hijos y nietos nacidos, identificándoles por sus nombres, “y a los demás nietos que pueda tener”.

Es preciso, sin embargo, trazar una primera distinción, cuando se analiza la posibilidad de la desheredación de legitimarios menores de edad. Hay que separar los supuestos en que se deshereda al legitimario que es menor de edad cuando se testa y cuando se abre la sucesión, o apenas ha alcanzado la mayoría de edad en el momento del fallecimiento del causante, es decir, supuestos en que la conducta que ha motivado la desheredación se ha desarrollado total o mayoritariamente durante la menor edad, de aquellos otros en que se alega como causa de la desheredación conductas que han tenido lugar en parte durante la minoría de edad.

Trazada esta distinción, la respuesta a la pregunta de si cabe la desheredación de menores de edad no admite una respuesta binaria (sí o no), sino que es preciso atender a cada una de las causas de desheredación que contiene el CC y los demás derechos civiles españoles. Cada causa de desheredación responde a

un fundamento distinto, por lo que hay que ponderar si la conducta del menor de edad responde a ese fundamento. Por ello, la imputabilidad de la conducta que da lugar a la causa de desheredación debe analizarse para cada causa, sin que pueda afirmarse una inimputabilidad general del menor. Y, seguidamente, analizar los hechos del supuesto, para determinar si, a la vista de los hechos, la desheredación es justa o injusta. Ello viene motivado, además, porque ni el Código civil ni los derechos civiles autonómicos establecen una edad mínima para desheredar. Sí lo hacían las Partidas (P 6, 7, 2), fijando la edad mínima de «diez años y medio», porque antes de esa edad el niño es incapaz de ingratitud, según Gregorio López; y la glosa *a* a esta ley advertía: «non potest exheredatio habere locum in minore nisi talis sit impubis qui possit ese ingratus».

2. LAS CAUSAS DE INDIGNIDAD

Las causas de indignidad son, también, causas de desheredación, conforme, en el Código civil, al artículo 853. El grueso de las causas de indignidad aparece ligado a la condena en sentencia firme (artículo 756 CC); los artículos 412-3 CCCat y 7.bis Comp.Bal. especifican que la sentencia debe haberse dictado en sentencia penal. La doctrina, respecto del Código civil, discute si realmente es necesaria la sentencia penal condenatoria. Tiene razón José María Miquel cuando afirma que «[l]a indignidad no es una cuestión penal y parece inadecuado someterla en todo caso a los principios de este Derecho», pero lo cierto es que la redacción legal de los preceptos es la que es, y este argumento literal, junto a una concepción de la legítima como derecho inalienable de los descendientes, deja poco margen, con independencia de que sea oportuno plantear una reflexión sobre una reforma legal. En esta línea se ha expresado la SAP Pontevedra 115/2025, de 21/2, Roj: SAP PO 559/2025: “la ausencia del primer requisito de aplicación de la norma resulta palmaria, pues no existe sentencia firme alguna que hubiere condenado a la demandada por ninguna de las infracciones que relaciona el precepto. La confusión viene de que, en el anterior pleito de desheredación, se estimó aquella justa, por acreditada la causa invocada por el testador en virtud de sentencia firme [desheredación por maltrato]. Pero este pronunciamiento no equivale a la sentencia penal a la que se refiere la norma que fundamenta la incapacidad para suceder. No se oculta que algunas opiniones doctrinales han relativizado el requisito de la exigencia de la sentencia penal, admitiendo el efecto equivalente del reconocimiento por parte del indigno, o cuando el proceso penal no pudiere ser incoado. Pero no se está en el caso tampoco en ninguna de estas circunstancias”. Sin embargo, aquí lo que interesa, tratándose de la desheredación de menores de

edad, y al socaire de casos que en su momento tuvieron notoria repercusión, es si debe exigirse la imputabilidad penal.

La ratio de la causa de indignidad por razón de la condena por haber matado o intentado matar al causante descansa en un principio ético: no debe heredar —ni obtener la legítima— quien ha provocado que se abra la sucesión causando la muerte del causante. De ahí que la doctrina exige la comisión dolosa del delito¹⁸, requisito expresamente establecido en el artículo 328.a) CDFA; es decir, debe haber una voluntad de matar o de atentar contra la vida del causante. De ahí que se exija la imputabilidad penal, entendida como capacidad para comprender la ilicitud del acto cometido. Con ello, debe concluirse que los menores de edad inimputables penalmente no pueden ser justamente desheredados, lo que excluye a todos los que no han cumplido catorce años (artículo 3 LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores). Pero los que sean imputables penalmente, sea cual sea el grado de participación, y con independencia de que se condene a privación de libertad o no, sí pueden ser desheredados.

El Tribunal Supremo, aunque no se ha pronunciado directamente en la materia, apunta en esta misma dirección en su sentencia de 16 de junio de 1990, en que se alegaba que alguno de los hechos invocados habría tenido lugar durante la minoría de edad, pues argumenta la Sala que, en realidad, había quedado acreditado que «aquéllas eran ya personas penalmente responsables, con proyección civil»; con todo, hay que señalar que este es un caso en que cuando fallece el causante las desheredadas eran sobradamente mayores de edad.

Lo que se ha dicho sobre la causa más grave de indignidad, matar al testador o atentar contra su vida, o la de sus allegados, vale para el resto de las causas de indignidad que requieren una sentencia condenatoria (comisión de delitos contra la libertad, la indemnidad sexual, etc.). Obviamente, siempre que se trate de causas aplicables a menores; no lo es la remoción del cargo de tutor o de acogedor familiar, cargos que solo pueden asumir los mayores de edad (artículo 211 CC, 222-15 CCat y 123 CDFA).

En cuanto a las causas de indignidad por lesionar la libertad de testar del causante (artículo 328.h e i CDFA), solo pueden cometerse intencionalmente, como denotan las expresiones «con amenaza, fraude o violencia», «obligar», «impedir», «suplantar», o «ocultar», por lo que no cualquier menor es susceptible de llevarla a cabo, sino únicamente aquel con suficiente capacidad para ser consciente de la ilicitud de su acto.

La causa de la letra g) del art. 328 («El que, sabedor de la muerte violenta del causante, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando esta no

hubiera procedido ya de oficio, salvo que, según la ley, no tuviera obligación de acusar»), aunque a diferencia del art. 756 CC no se limita a los mayores de edad, no parece que pueda predicarse de un menor, pues la Ley no le impone obligación de acusar.

El resto de causas de indignidad no pueden aplicarse a los menores de edad. No cabe que los menores de edad sean tutores o acogedores, por lo que no pueden ser removidos e incurrir en causa de indignidad, pues ello exige el pleno ejercicio de la capacidad jurídica (artículo 23 CDFA). En cuanto a la privación de la potestad sobre los hijos (también artículo 510.b CDFA), resulta obvio que los hijos en potestad no tendrán edad suficiente para testar y, por ende, para desheredar a sus progenitores menores de edad. Y lo mismo la letra j), « Cuando el causante haya precisado de medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica:— El que, sin causa justificada para ello, no aceptase la responsabilidad del ejercicio de medidas de apoyo o renunciase a la misma.— El que por acción u omisión negligente grave o dolosa haya sido judicialmente removido de la responsabilidad del ejercicio de medidas de apoyo», pues, como se ha dicho, el menor de edad no puede ser llamado a ejercer medidas de apoyo de personas con discapacidad.

Y es que si la indignidad y la desheredación constituyen una sanción civil, por la comisión de una determinada conducta que el legislador especialmente desaprueba, porque permite excluir de la sucesión al indigno y privar de la legítima al desheredado, necesariamente ha de ser imputable al menor de edad, lo que exige en él un mínimo de voluntad y de capacidad de discernir el alcance de sus hechos.

3. LA NEGACIÓN DE ALIMENTOS

La negación de alimentos, sin motivo, al causante, con redacciones que presentan pequeñas variantes, es causa de desheredación prevista en el artículo 510.b) CDFA.

La obligación de alimentos —que la jurisprudencia estima que solo concierne la vertiente económica y no la afectiva— solo puede recaer sobre mayores de edad. La obligación de alimentos cuando se trata de menores de edad es parte de la potestad de los progenitores, razón por la que no pueden ser deudores de ella; un menor de edad deudor de alimentos para con sus propios progenitores solo podría ser, pues, un menor fuera de la potestad, pero en tal caso sus progenitores no serían legitimarios por indignos por estar privados de la potestad (artículo 328.c

CDFA). Por consiguiente, no cabe desheredar justamente a un menor de edad por negarse a prestar alimentos, de lo que es ejemplo la SAP Asturias 92/2007, de 12 de marzo²⁵, en un supuesto extremo de desheredación de la biznieta que, en el momento del fallecimiento del causante, apenas había cumplido siete años. De igual modo, estima injusta la desheredación de la nieta de 17 años la SAP Ciudad Real 311/2016, de 1 de diciembre²⁶, porque «era menor de edad y carecía de recursos propios», no procediendo una interpretación amplia de alimentos que comprenda el cariño y las atenciones personales. La hipótesis de un menor de edad emancipado obligado a prestar alimentos es más que improbable: además de la necesidad del alimentado, la capacidad económica del emancipado y la negativa injustificada a prestarlos, la jurisprudencia exige o la reclamación (STSJA 9/2024, de 15/7) o, por lo menos, que no quepa ignorar la situación de necesidad, y que todo ello coincida antes de que el menor alcance la mayoría de edad. No está contemplada como causa de desheredación la omisión del deber de contribuir a las cargas familiares de los hijos (artículo 187.3 CDFA). Que se pueda desheredar por la negativa a colaborar a sufragar las cargas familiares, como signo de insolidaridad familiar, parece difícilmente posible en la práctica, pues, además de no estar expresamente contemplado y requerir una interpretación muy flexible del derecho vigente, y los límites que impone el ordenamiento a la contribución –«equitativamente», «proporcionalmente»–, tal conducta no se puede derivar de una única negativa a colaborar, sino que requiere un espacio de tiempo suficiente para constatar dicha voluntad, que es de todo punto improbable que se pueda apreciar con la necesaria convicción en el espacio de tiempo desde que el menor se considere que tiene suficiente capacidad de discernir las consecuencias de su comportamiento –una vez cumplidos los 16 años– hasta la mayor edad.

4. EL MALTRATO DE OBRA

El artículo 510.c) CDFA considera causa de justa desheredación el haber maltratado de obra testador, así como a su cónyuge, si éste es ascendiente del desheredado.

El maltrato no requiere de sentencia condenatoria, pero sí de voluntariedad o intencionalidad, aunque la concurrencia de justa causa de desheredación en el caso concreto queda al criterio valorativo de jueces y tribunales.

El maltrato de obra se identifica con el ejercicio de violencia o intimidación, física o psicológica, con una cierta prolongación en el tiempo, que lesione la integridad del testador. Presentada así la conducta que da pie a la desheredación justa,

hay que convenir que puede llevarla a cabo un menor con suficiente capacidad de entendimiento y de conciencia de sus actos. Es cierto que se requiere una cierta duración en el tiempo de esta conducta vejatoria, pero no lo es menos que pueden producirse actos de especial gravedad que compensen un menor lapso de tiempo (p.ej., expulsar al causante de su domicilio (STS 632/1995, de 26 de junio, Roj: STS 3711/1995 - ECLI:ES:TS:1995:3711; SAP Barcelona (17) 34/2013, de 4 de febrero, Roj: SAP B 2786/2013 - ECLI:ES:APB:2013:2786) o forzarlo a marchar a base de insultos habituales (SAP Barcelona (16) 281/2018, de 19 de junio, Roj: SAP B 6165/2018 - ECLI:ES:APB:2018:6165) y ejercer violencia física con golpes y verbal (SAP Barcelona (16) 46/2019, de 31 de enero, Roj: SAP B 509/2019 - ECLI:ES:APB:2019:509).

Sorprende del enunciado de la causa en el art. 510.c CDFA que el maltrato de obra solo se convierte en causa de desheredación si se practica sobre el cónyuge o pareja estable si es el ascendiente del desheredado. Literalmente, pues, el maltrato de obra sobre la pareja del causante que no sea ascendiente del legitimario (paradigma: la segunda o ulterior esposa) no constituye causa de justa desheredación.

5. EL MALTRATO PSICOLÓGICO Y LA FALTA DE RELACIÓN FAMILIAR MANIFIESTA Y CONTINUADA IMPUTABLE PRINCIPALMENTE AL LEGITIMARIO

Por último, quedan por analizar las causas de desheredación que en los últimos tiempos se alegan con mayor frecuencia, y que ahora (reforma de 2024) el CDFA contempla como dos causas distintas de desheredación: el maltrato psicológico y la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar principalmente imputable al legitimario desheredado.

El Tribunal Supremo, cuando ha insertado la causa de desheredación por falta de relación familiar originaria del art. 451-7.1.e) CCCAT en el art. 853.2 CC, ha afirmado repetidamente que el abandono y la falta de relación no constituye una causa autónoma de desheredación, sino que debe causar menoscabo físico o psíquico que se pueda encuadrar en la causa de desheredación del maltrato de obra del mencionado artículo 853.2.^a CC40. Tajante en este sentido se muestra la STS 802/2024, de 5 de junio⁴¹: «La sala ha reiterado que en el sistema legal vigente no toda falta de relación afectiva o de 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 bastante como para poder reconducirlos a la causa legal del «maltrato de obra» prevista en el artículo 853.2.^a CC (por todas, con cita de las anteriores, sentencias 556/2023, de 19 de abril, y 419/2022, de 24 de mayo)». Sin embargo, introduce un matiz importante: «En la jurisprudencia de la sala, por tanto, no se puede prescindir ni de la existencia de un daño (que podría apreciarse a partir de la misma situación de menosprecio o abandono injustificado) ni tampoco de a quién le sea imputable la falta de trato».

Por consiguiente, en Aragón va a ser necesario determinar qué determina que una conducta de ausencia de relación familiar manifiesta y continuada se convierta en maltrato psicológico, a efectos de invocar y aplicar una u otra causa de desheredación. Me atrevo a pronosticar que la simple ausencia de relación familiar va a requerir que se desarrolle en un mayor plazo de tiempo, mientras que si esa ausencia se produce en momentos más difíciles de la vida del causante (enfermedad, dependencia, vejez) o actos especialmente graves (privar de los nietos), el plazo podrá ser más breve.

Examinar si los menores de edad pueden ser desheredados por esta causa exige analizar sus presupuestos y su fundamento. En cuanto a sus presupuestos, la doctrina, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, señala los siguientes:

– El maltrato grave en forma de abandono o falta de relación debe ser objetivo, no una apreciación subjetiva del testador, y manifestarse en ese padecimiento o aflicción. Entendió la STSJA 9/2024 que «lo único que resulta acreditado es que, tras el divorcio, dejó de existir relación entre los hijos y el padre, por la voluntad de ambas partes, sin que se haya acreditado que tal situación no fuera deseada y mantenida por el testador ni que se le ocasionara sufrimiento, por lo que no puede apreciarse la concurrencia de dicha causa de **desheredación** que, además como hemos indicado, ni siquiera fue expresamente señalada en el testamento [que solo se refería a las injurias graves de palabra]». En esta senda, antes de la inclusión de la causa de desheredación de la ausencia de relación familiar, señaló la SAP Teruel 7/2023, de 23/1, que «debe valorarse la prueba en cada caso concreto para poder apreciar o descartar la concurrencia de esta causa de **desheredación** y determinar si el abandono familiar que constituye el maltrato psicológico supone realmente un menosprecio para el testador, un menoscabo para su salud mental».

– La falta de relación familiar ha de ser duradera o continuada, lo que exigen expresamente el artículo 510.e) y la STS 491/2018, de 27 de junio. Ahora bien, la

mayor o menor duración de la falta de relación familiar debe cohonestarse con las concretas circunstancias de cada caso, pues el contrapeso a hechos que revistan una especial gravedad o relevancia es un menor espacio temporal.

– La imputabilidad al legitimario, si no exclusiva, por lo menos principal o eficiente.

Esta causa de desheredación se funda *–rectius*, debería fundarse– en la solidaridad familiar, que si es tal opera recíprocamente, de modo que los legitimarios tienen que ser solidarios con el causante y no solo este con aquellos atribuyéndoles una porción de la herencia o de su valor.

El primero de los presupuestos cabe atribuirlo a un menor de edad que tenga suficientemente capacidad de discernimiento. Por lógica temporal, se tratará del menor de edad nieto del o de la causante, y en verdad que la desatención, el desinterés y el olvido de su abuelo o abuela puede causarle una zozobra emocional susceptible de generar causa de justa desheredación. Pero, hay que insistir, se requiere esa imputabilidad que antes se ha destacado, que en este caso implica un mínimo de madurez para calibrar las consecuencias de su comportamiento. Ello excluye, de entrada, y sin más –de ahí que acierte la Registradora en su calificación negativa–, a los menores de 14 años, como afirma la RDGSJFP de 15/1/2024, ha resuelto la antes citada STS 401/2018 y otras, como, por ejemplo, la SAP Girona 106/2015, de 14 de mayo (desheredación de las nietas de 5 y 6 años). Hay que tener en cuenta que los hijos y las hijas se hallan en la potestad de sus padres y, por ello, les deben obediencia y respeto (artículo 58.1 CDFA). Además, los progenitores deben velar por sus hijos e hijas y relacionarse con ellos (artículo 59 CDFA), ejerzan o no las funciones de guarda en caso de separación legal o de hecho y divorcio, no a la inversa. No obstante, a medida que los hijos y las hijas maduran, ganan autonomía, lo que el mismo ordenamiento jurídico ampara al reconocerles no solo la facultad de expresar sus ideas sino incluso de realizar actos con trascendencia jurídica; y en la jurisprudencia se observa cómo los menores pueden dar al traste con las medidas judiciales previstas para mantener la relación con sus progenitores. Por consiguiente, y con finalidad de trazar una línea delimitadora, estimo que solo por encima de los 16 años cabe plantearse que pueda imputarse «principalmente» al menor la falta de relación familiar continuada y manifiesta con el causante. No me convence el argumento de que, sin con 14 años cabe testar (art. 408 CDFA), debe también poder desheredarse generalmente a partir de esa edad; creo que constituye una anomalía por arrastre que la edad para testar esté todavía fijada en los 14 años; esta edad no ha variado desde la promulgación del Código civil, época en que la esperanza de vida no llegaba a

los 40 años y en que a los 10 años se permitía legalmente trabajar asalariadamente (Ley de 13 de marzo de 1900, en realidad, pues, una década tras la vigencia del CC). Tampoco estimo que la importancia histórica de la edad de 14 años en derecho aragonés sea suficiente para permitir la desheredación.

El segundo presupuesto es que esta falta de relación familiar manifiesta haya sido continuada durante un lapso significativo de tiempo. Las circunstancias de la falta de relación familiar y el daño psicológico, por un lado, y el tiempo, por otro, actúan como contrapesos: a mayor gravedad de las circunstancias o del daño, se requerirá un menor espacio temporal, y a la inversa, el mero distanciamiento exigirá un mayor transcurso de tiempo. Aquí es donde radica, a mi parecer, la imposibilidad de desheredar a un menor de edad: no se va a poder cumplir el elemento de la continuidad suficiente de la falta de relación familiar, aunque la conducta le pueda ser imputable y haya causado daño psicológico al testador. Un espacio de dos años, entre los 16 años –edad a partir de la que su comportamiento es valorable y susceptible de imputación– y la mayoría de edad, no basta, por lo común, para apreciar la causa de desheredación.

Y cabe añadir un tercer argumento, este derivado del fundamento que tiene –o debería tener– esta causa de desheredación, que es la solidaridad familiar: sin duda no cabe exigir que los menores de edad presten una solidaridad equiparable a los mayores de edad. En este sentido, la RDGSJFP, cautamente, se refiere a que debe exigirse a los menores una «cierta» solidaridad familiar, lo que solo cabe –como ya ha sido subrayado– si tienen la madurez suficiente para saber qué significa la solidaridad.

Las causas de desheredación del maltrato psicológico y la ausencia de relación familiar manifiesta y continuada tienen un elemento en común: no responden a un acto único y a un momento concreto, sino que son causas de desarrollo, que demandan una conducta de desapego para con el causante que se manifiesta en un lapso significativo de tiempo. De ahí que la causalidad en el momento de la desheredación se presente muy matizada: no cabe la desheredación a futuro, pues no se admite la desheredación condicional (art. 509 CDFA: causa legal y cierta), pero no se puede negar tampoco que la compleción de la causa alegada puede producirse tras el otorgamiento del testamento si se ha perseverado en esa conducta de ausencia de relación familiar. La STSJ de Cataluña 49/2018, de 31 de mayo, Roj: STSJ CAT 5448/2018 - ECLI:ES:TSJCAT:2018:5448, indica que el examen de la falta de relación comprende todo el período de ausencia de relación, no solo el momento anterior a la formalización de la desheredación.

Estas ideas entiendo que permiten resolver casos límites como el de la STSJC 54/2023, en que se la nieta desheredada tenía 17 años en el momento de otorgarse el testamento desheredante y 21 cuando se abre la sucesión. Este sería un caso en que ya podría imputarse a la legitimaria, en principio, cinco años de falta de relación –dos de ellos durante su minoría de edad–, cuestión que la sentencia no analiza, aunque el resto de los hechos apuntan a que la imputabilidad no sería

exclusiva. Hay que notar que en la reciente STS 802/2024 parece que, si ha sido el padre quien ha roto el vínculo afectivo o el que no ha procurado la relación familiar con el hijo o hija, por la gravedad de tal hecho, deviene irreversible: «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, pese a haberla abandonado siendo una niña.» Pero, si se lee con atención la sentencia, esta reprocha al padre no solo el abandono durante la menor edad, sino, asimismo, que «consta expresamente que tampoco sentía ni quería sentir a la hija como propia, tal como resulta de los testamentos otorgados por el padre años antes de que se le diagnosticara la enfermedad por la que finalmente falleció, y en los que expresó que no tenía hijos. Las declaraciones de los testigos en el sentido de que cuando falleció el causante se sorprendieron de que tuviera una hija confirman que era él quien no la tenía presente en su vida ni parece que la quisiera tener, pues así resulta del hecho de que no manifestara su existencia a sus conocidos y amistades». Por consiguiente, si es el progenitor causante quien corta la relación con su prole durante la menor edad, y no se produce ninguna variación, la inviabilidad de la desheredación en el futuro queda definitivamente zanjada. Así, tajante, la SAP Zaragoza 291/2021, de 30/9, que determina que «Que con 19 años el mayor de los hijos y siendo todavía menor el segundo de ellos, resulta difícil asumir, por más que se realice una interpretación extensiva de las causas de desheredación, el que la conducta de aquellos sea encajable en alguno de los supuestos del CDFA», apuntando que los hijos serían las víctimas del desapego de sus progenitores. Otra cosa es que se produzca un cambio en la actitud del progenitor tratando, con convicción, de restablecer la relación; en este caso, habría que valorar los hechos, y entiendo que, con toda probabilidad, tras la lectura de esta STS 802/2024, el Alto Tribunal, que no lo rehúye, sopesaría los respectivos comportamientos. Lo mismo la SAP Teruel 51/2022, de 30/5, en que el padre desheredante fue condenado a pena de prisión por amenazas al cónyuge e hijos, se advierte que no consta que intentara reconciliarse con sus hijos o relacionarse con ellos de alguna manera. Porque tanto el daño psicológico como la falta de relación familiar como causas de desheredación demandan un análisis exhaustivo de los hechos (¿hay daño psicológico? ¿la conducta es susceptible de causarlo? ¿es suficientemente continuada y manifiesta? ¿cuál ha sido el detonante?), que solo cabe suavizar con estándares (sin imputabilidad penal o por debajo de los 16 años no cabe desheredar, diez años de ausencia de trato salvo actos especialmente graves) que otorguen un mínimo de previsibilidad a las resoluciones judiciales.

Ese mayor protagonismo de los progenitores se observa, también, en el caso de la SAP Zaragoza (2) 108/2024, de 13/3, en un caso de solicitud de extinción de alimentos por concurrir causa legal de desheredación, en que la AP concluye que «lo que se produjo en su momento fue un distanciamiento brusco y radical entre padre e hija a raíz de una serie de discusiones y enfrentamientos entre ambos, no pudiendo atribuirse, ni en exclusiva ni principalmente, la causa de ello a la hija, y sin que conste en el recurrente intención alguna de reconducir el problema».

6. CONCLUSIONES FINALES:

1. Los menores de edad no son inmunes a la desheredación.
2. Solo cabe desheredar a quienes son penalmente imputables y por causas que no exijan una condena en sentencia firme solo si han cumplido los 16 años de edad.
3. Solo cabe computar el período de ausencia de relación familiar desde que se cumplen los 16 años.

LA EMPRESA FAMILIAR EN ARAGÓN: VALOR ECONÓMICO, COHESIÓN SOCIAL Y CONTI- NUIDAD JURÍDICA

Conferencia pronunciada el 23 de septiembre de 2025 por

Don Ramón Alejandro Balet,

Presidente de la Asociación Empresa Familiar de Aragón.

La empresa familiar constituye el auténtico almacén de la economía aragonesa y, por extensión, de la economía española. No se trata de un modelo empresarial residual ni transitorio, sino de una estructura productiva dominante, estable y profundamente arraigada en el territorio. Los datos más recientes lo confirman de manera incontestable: la empresa familiar representa en España cerca del 90 % del tejido empresarial, genera más del 70 % del empleo privado y aporta alrededor del 57 % del PIB privado, sosteniendo más de diez millones de puestos de trabajo.

Pero más allá de su peso cuantitativo, la empresa familiar presenta una contribución diferencial que la convierte en un activo estratégico para Aragón: mayor crecimiento económico sostenido, menor volatilidad de ingresos, creación de empleo estable, mayor inversión en talento y una especial capacidad para generar cohesión social y territorial. Frente a modelos empresariales orientados al corto plazo, la empresa familiar adopta decisiones con una visión intergeneracional, priorizando la continuidad del proyecto y la preservación del valor a largo plazo.

Debemos tener en cuenta que uno de los aspectos más diferenciales que poseen las empresas familiares es que no se deslocaliza con facilidad. Su vinculación al territorio (el arraigo, que tanto nos gusta destacar en la asociación), no es meramente económico, sino también emocional, social y reputacional. Este arraigo explica por qué las empresas familiares dinamizan con mayor intensidad

las economías regionales, especialmente fuera de los grandes polos económicos, contribuyendo a fijar población, generar oportunidades y vertebrar el territorio aragonés.

Ese compromiso se manifiesta también en situaciones de excepcionalidad. Durante la pandemia, numerosas empresas familiares aragonesas reaccionaron con rapidez, poniendo recursos, conocimiento y capacidad logística al servicio de la sociedad, sin esperar contraprestación alguna. Este comportamiento ejemplar revela una concepción de la empresa no solo como generadora de beneficios, sino como institución social al servicio del bien común, la sociedad y nuestra tierra.

Debemos ser muy conscientes que la continuidad de la empresa familiar depende, en gran medida, de la seguridad jurídica. En este ámbito, el papel del Derecho —y muy especialmente del Notariado— resulta esencial. La adecuada planificación sucesoria, la ordenación del relevo generacional, la estructuración societaria y la transmisión ordenada de la propiedad requieren instrumentos jurídicos claros, previsibles y estables.

En este contexto, la Ley 3/2025, de apoyo fiscal a la empresa familiar en Aragón, supone un avance relevante. Por primera vez, el legislador aragonés reconoce de forma expresa la singularidad de la empresa familiar y articula un marco fiscal orientado a proteger la continuidad empresarial, el empleo y el ahorro reinvertido. Destacan, entre otros aspectos, la protección de la tesorería y de los beneficios no distribuidos, el reconocimiento de estructuras societarias complejas, la flexibilización de los requisitos para la transmisión intergeneracional y la plena integración de las figuras propias del Derecho civil aragonés, como la fiducia sucesoria o los pactos sucesorios de presente.

Estas herramientas encuentran en el notariado aragonés un aliado natural: el notario no solo da forma jurídica a la voluntad de las partes, sino que actúa como garante de equilibrio, asesor imparcial y custodio de la seguridad jurídica preventiva, tan necesaria en estos procesos sucesorios complejos.

Pese a los avances, el marco normativo debe seguir evolucionando. La realidad económica de los grupos familiares exige mayor claridad en aspectos como el cálculo del régimen de empresa familiar sobre estados financieros consolidados, la delimitación de funciones directivas, la definición de activos afectos y la plena coherencia entre fiscalidad y Derecho civil aragonés. Asimismo, resulta imprescindible garantizar la competitividad fiscal de Aragón frente a otras Comunidades Autónomas, evitando que decisiones estratégicas de localización o permanencia se vean condicionadas por inseguridad o desventaja normativa.

En definitiva, la empresa familiar es mucho más que un modelo empresarial: es un patrimonio económico, social y cultural de Aragón. Protege empleo, genera valor sostenible, transmite valores y piensa en el futuro con responsabilidad. Reforzar su continuidad equivale a reforzar la estabilidad y prosperidad de nuestra Comunidad.

En este camino, el Derecho —y muy especialmente el Notariado— desempeña una función insustituible como garante de la continuidad intergeneracional, la seguridad jurídica y la transmisión ordenada de empresas que no solo crean riqueza, sino que construyen territorio y sociedad.

Porque cuando la empresa familiar crece, crece Aragón. Y cuando Aragón crece sobre bases sólidas, gana el conjunto de la sociedad.

DERECHO Y CONSUMO

Conferencia pronunciada el 16 de diciembre de 2025 por el
Excmo. Sr. D. Felipe Zazurca González
Académico de Número

1. Introducción.

Generalidades. Elección. Problemática varia:

La realidad va por delante: redes sociales, nuevas formas de negociar y contratar, ...

Imposibilidad de una normativa ordinaria. Protección desde distintos ámbitos: civil, contencioso administrativo, Penal, “última ratio”

Cohabitación con organizaciones privadas.

Su carácter intrínsecamente evolutivo se demuestra en la permanente creación y desarrollo de nuevas formas de relación de consumo. Lo anterior implica el análisis de los diferentes sectores en los que puede ser preciso el amparo de los poderes públicos para la efectiva tutela de la parte más débil. La diversidad de los productos y servicios, el distinto perfil de los potenciales consumidores y usuarios y otros factores como pueden ser las nuevas tecnologías o la aparición de nuevas modalidades de publicidad o de prácticas comerciales hacen que esta materia precise de una periódica revisión

El estatuto de protección de los derechos de los consumidores y usuarios puede calificarse de complejo y esencialmente dinámico. La complejidad radica, por un lado, en las diversas fuentes (Unión Europea, Estado, Comunidades Autónomas) que, de forma constante, están emanando nuevas normas. Por otro, en su distinta naturaleza, comprendiendo disposiciones de carácter público y privado. Por ello se ha afirmado que “difícilmente podrá encontrarse codificado en

un conjunto” constituyendo, más bien, “la resultante de la suma de las actuaciones normativas enderezadas a este objetivo, de los distintos poderes públicos que integran el Estado, con base en su respectivo acervo competencial” (STC nº 88/1986, de 1 de julio).

2. Fundamento constitucional.

La defensa de los derechos de los consumidores y usuarios constituye un principio rector de nuestra política social y económica al que se hace expresa referencia en el artículo 51.1 de la Constitución, cuando establece que *“los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”*

En primer término y por lo que respecta al poder legislativo, teniendo en consideración el carácter multidisciplinar de la materia de consumo, las Cortes Generales aprobaron el *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre con el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (en adelante TRLGDCU), que refunde en un único texto la anterior Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) con las directivas comunitarias en materia de protección de los consumidores, consiguiendo armonizar buena parte de la normativa propia de esta materia. El texto ha sido últimamente reformado por la Ley 29/2009 de 30 de diciembre, *por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios*.

El apartado segundo del artículo 1 del Texto Refundido establece que: *“En todo caso, la defensa de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los artículos 38 y 128 de la Constitución y con sujeción a lo establecido en el artículo 139”*, es decir, en el ámbito de la economía de mercado y la libertad de empresa, sin que puedan adoptarse medidas que obstaculicen la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional y partiendo del presupuesto de que toda la riqueza del país -en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad-, está subordinada al interés general

El Texto Refundido y las diferentes leyes promulgadas por las comunidades autónomas constituyen los principales soportes jurídicos sobre los que se asienta la efectiva protección y defensa de los consumidores y usuarios, regulación que en buena medida se ve complementada, como consecuencia de la indudable horizontalidad que caracteriza a la materia, por desarrollos normativos propios de

otros ámbitos de la actividad próximos o conexos, tales como la legislación mercantil, penal o procesal y las normas sobre seguridad industrial, higiene y salud pública, en los que también resulta obligada la protección de los derechos de los consumidores y usuarios. Habrá de atenderse, por tanto, a estas otras esferas normativas que, sin constituir un desarrollo del citado Texto Refundido y sin tener como única finalidad la defensa de los consumidores y usuarios, contienen preceptos en los que se concretan sus derechos y los medios previstos para hacerlos efectivos en la práctica.

Por otra parte, no debe olvidarse el papel impulsor que ha desempeñado el derecho comunitario en este ámbito. Sin duda uno de los principales objetivos de la política comunitaria europea, -generadora de un espacio sin fronteras para personas, servicios y mercancías- es, desde hace tiempo, la protección de los intereses de quienes ostentan la condición de consumidores y usuarios de bienes y servicios dentro de ese espacio común. En los últimos años, *la Unión Europea ha aprobado diversas Directivas con el objeto de dotar a los diferentes estados de una regulación uniforme en la materia*, dónde se prevén además mecanismos de tutela de los derechos de los consumidores susceptibles de ser utilizados en todos los estados miembros.

A esta necesidad obedece la Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998, *relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios*. La transposición al ordenamiento jurídico español de esta Directiva se llevó a cabo mediante la Ley 39/2002, *de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios*, a través de la cual se abordó la reforma de diversas leyes sectoriales en las que se introdujo o se acomodó a los imperativos de la norma comunitaria la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores. Asimismo se hizo precisa la *reforma de algunos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (en adelante, LEC), los artículos 6, 11, 15, 52, 221, 250, 711 y 788, además de la introducción de una acción de cesación *genérica* a través de la Disposición Adicional 3ª de la derogada LGDCU, precedente inmediato de la acción de cesación acogida en el apartado 3º del artículo 54 del TRLGDCU a que nos referiremos más adelante.

La Directiva 98/27/CE ha sido sustituida por su versión codificada, la Directiva 2009/22/CE *del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores*, que prevé además en su artículo 9 la derogación de la primera,

modificada a su vez por las directivas que figuran en la parte A de su anexo II, ello sin perjuicio de las obligaciones de los estados miembros en cuanto a los plazos de transposición al derecho nacional de las directivas que figuran en la parte B del anexo II. El propio texto *codificador* añade que las referencias a la Directiva derogada se deben entender hechas a la nueva y leerse con arreglo a la tabla de correspondencias que figura en su anexo III. Según su artículo 10, la Directiva 2009/22/CE entró en vigor el 29 de diciembre de 2009.

En cuanto afecta al poder judicial, resulta indudable que los órganos jurisdiccionales son también destinatarios del mandato constitucional contenido en los artículos 51.1 y 53.3 de nuestra Carta Magna, preceptos que en modo alguno constituyen meras declaraciones de buenos propósitos, sino auténticas normas jurídicas cuyos mandatos deben informar la actuación judicial y pueden ser alegadas en todo tipo de procesos. Así, en caso de que los principios del artículo 51 de la Constitución hayan sido desarrollados legislativamente, el artículo 53.3 legitima a la jurisdicción ordinaria para conocer de los mismos cuando sean invocados ante ella, y en segundo término, el propio artículo 53.3 de la Constitución establece que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, de manera que puedan a su vez actuar como principios informadores del ordenamiento jurídico.

Por último, debe destacarse la importante función preventiva que les corresponde a las diferentes administraciones públicas, estatal, autonómica y local, en materia de tutela de los derechos e intereses de consumidores y usuarios. *La distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas requiere atender a los propios preceptos constitucionales que la regulan, a los Estatutos de Autonomía de las diferentes comunidades, las Leyes Orgánicas de Transferencias a las que se refiere el artículo 150.2 de la Constitución y la doctrina del Tribunal Constitucional expresada -entre otras- en las Sentencias nº 88/1986, 15/1989, 62/1991 y 202/1992.*

El Tribunal Constitucional en su Sentencia número 239/1989 de 26 de enero, ya se refirió a la intervención legislativa del Estado, justificándola en atención al “contenido pluridisciplinar de la materia, en el que se concita una amplia variedad de áreas que sí han sido directa y expresamente tomadas en consideración por el artículo 149.1 de la CE a efectos de concretar las competencias del estado [...] por lo que resulta una materia compartida entre el Estado y las comunidades autónomas”

3. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Refunde en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos.

Objeto de refundición:

-Las normas de transposición de las directivas comunitarias que, dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, inciden en los aspectos contractuales regulados en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y que establecen el régimen jurídico de determinadas modalidades de contratación con los consumidores, a saber: los contratos celebrados a distancia y los celebrados fuera de establecimiento comercial.

- La regulación sobre garantías en la venta de bienes de consumo, constituye transposición de directiva comunitaria que incide en el ámbito de la garantía regulado por la Ley General para la Defensa

Asimismo, se incorpora a la refundición la regulación sobre viajes combinados, por tratarse de una norma de transposición de directiva comunitaria que se integra en el acervo comunitario de protección de los consumidores y establece un régimen jurídico específico en la contratación con consumidores no afectado por las normas estatales sectoriales sobre turismo.

Además, se incorpora al texto refundido la regulación sobre la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, norma de transposición de directiva comunitaria que incide en aspectos esenciales regulados en la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, y que, como de manera unánime reconoce la doctrina y jurisprudencia requiere aclarar y armonizar sus respectivas regulaciones, al objeto de asegurar una adecuada integración entre ellas, superando aparentes antinomias.

No se incorporan: Otras normas de transposición de las directivas comunitarias citadas en el anexo de la Directiva 98/27/CE, sin embargo, instrumentan regímenes jurídicos muy diversos que regulan ámbitos sectoriales específicos alejados del núcleo básico de la protección de los consumidores y usuarios. Tal es el caso de las leyes que regulan los servicios de la sociedad de la informa-

ción y el comercio electrónico, las normas sobre radiodifusión televisiva y la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. La Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, aún cuando contiene una regulación específica de los contratos con consumidores, no se incorpora a la refundición en consideración a su incidencia específica, también, en el ámbito financiero. Tales circunstancias determinan que las prescripciones de la Ley de crédito al consumo se completen no sólo con las reglas generales contenidas en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, sino también con aquéllas propias reguladoras de los servicios financieros, en particular las referidas a las obligaciones de las entidades de crédito en relación con la información a los clientes, publicidad y transparencia de las operaciones. Por ello, se considera que se integra de manera más armónica la regulación sobre crédito al consumo en este grupo de disposiciones financieras. Coadyuva esta decisión la incorporación al ordenamiento jurídico interno, mediante Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE. El peculiar régimen de constitución de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y el establecimiento de normas tributarias específicas en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, que transpuso al ordenamiento jurídico interno la Directiva 94/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, desaconseja, asimismo, su inclusión en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias dada su indudable incidencia también en los ámbitos registral y fiscal, ajenos al núcleo básico de protección de los consumidores. Tampoco es objeto de refundición la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad, ya que su ámbito subjetivo de aplicación incluye también las relaciones entre empresarios y su contenido está pendiente de revisión como consecuencia de la aprobación de la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas con los consumidores en el mercado interior, que debe ser incorporada a nuestro ordenamiento jurídico. Por último, las normas reglamentarias que transponen directivas dictadas en materia de protección a los consumidores y usuarios, tales como las relativas a indicación de precios, etiquetado, presentación y publicidad de productos alimenticios, etcétera, no se incorporan al texto refundido de la Ley General para la Defensa de los

Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, toda vez que, como ha declarado el Consejo de Estado, la delegación legislativa no autoriza a incorporar al texto refundido disposiciones reglamentarias, ni para degradar el rango de las disposiciones legales excluyéndolas de la refundición.

4. Derecho a la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación

Derecho a la información, formación y educación

Artículo 17. Información, formación y educación de los consumidores y usuarios.

1. Los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, fomentarán la formación y educación de los consumidores y usuarios, asegurarán que estos dispongan de la información precisa para el eficaz ejercicio de sus derechos y velarán para que se les preste la información comprensible sobre el adecuado uso y consumo de los bienes y servicios puestos a su disposición en el mercado.

2. Los medios de comunicación social de titularidad pública estatal dedicarán espacios y programas, no publicitarios, a la información y educación de los consumidores y usuarios. En tales espacios y programas, de acuerdo con su contenido y finalidad, se facilitará el acceso o participación de las asociaciones de consumidores y usuarios representativas y los demás grupos o sectores interesados, en la forma que se acuerde con dichos medios.

3. En el cumplimiento de lo dispuesto en los apartados anteriores, 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.

Principio del formulario

Artículo 18. Etiquetado y presentación de los bienes y servicios.

1. El etiquetado y presentación de los bienes y servicios y las modalidades de realizarlo deberán ser de tal naturaleza que no induzca a error al consumidor y usuario, especialmente:

a) Sobre las características del bien o servicio y, en particular, sobre su naturaleza, identidad, cualidades, composición, cantidad, duración, origen o procedencia y modo de fabricación o de obtención.

b) Prohibiendo ambigüedades sobre su contenido, y en especial respecto a los alérgenos alimentarios, debiendo ser el etiquetado claro y riguroso en la información exacta del contenido.

c) Atribuyendo al bien o servicio efectos o propiedades que no posea.

d) Sugiriendo que el bien o servicio posee características particulares, cuando todos los bienes o servicios similares posean estas mismas características.

2. Sin perjuicio de las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente y de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, que prestarán especial atención a las personas consumidoras vulnerables, 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 sobre sus características esenciales, 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 sostenible de sus residuos, advertencias y riesgos previsibles.

f) *Información sobre los servicios de información y atención al cliente así como los procedimientos de interposición de quejas y reclamaciones.*

3. Sin perjuicio de las excepciones previstas legal o reglamentariamente, las indicaciones obligatorias del etiquetado y presentación de los bienes o servicios comercializados en España deberán figurar, al menos, en castellano, lengua española oficial del Estado.

Derechos de las asociaciones de las personas consumidoras y usuarias

Artículo 22. Objeto.

Este título tiene por objeto adoptar, conforme a lo previsto en el artículo 1.3 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, el régimen básico de las asociaciones de consumidores y la regulación específica a la que quedan sometidas las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supraautonómico.

Artículo 23. Concepto y fines.

1. Son asociaciones de consumidores y usuarios las organizaciones sin ánimo lucro que, constituidas conforme a lo previsto en la legislación sobre asociaciones y reuniendo los requisitos específicos exigidos en esta norma y sus normas de desarrollo y, en su caso, en la legislación autonómica que les resulte de aplicación, tengan como finalidad la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores, incluyendo su información, formación y educación, bien sea con carácter general, bien en relación con bienes o servicios determinados.

También son asociaciones de consumidores y usuarios las entidades constituidas por consumidores con arreglo a la legislación de cooperativas, que respeten los requisitos básicos exigidos en esta norma y entre cuyos fines figure, necesariamente, la educación y formación de sus socios, y estén obligadas a constituir un fondo con tal objeto, según su legislación específica.

2. Las asociaciones de consumidores y usuarios podrán integrarse en uniones, federaciones o confederaciones que tengan idénticos fines y cumplan los requisitos específicos exigidos por esta norma.

3. Las asociaciones de consumidores y usuarios deben actuar para el cumplimiento de sus fines con independencia frente a los operadores del mercado y a los poderes públicos, sin que la obtención de subvenciones u otros recursos públicos concedidos en base a criterios de objetividad puedan mermar tal independencia.

Artículo 24. Legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios.

1. Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas conforme a lo previsto en este título y en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, son las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios.

Las asociaciones o cooperativas que no reúnan los requisitos exigidos en este título o en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, sólo podrán representar los intereses de sus asociados o de la asociación, pero no los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores.

2. A efectos de lo previsto en el artículo 11.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tendrán la consideración legal de asociaciones de consumidores y usuarios representativas las que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial del conflicto afecte fundamentalmente a una comunidad autónoma, en cuyo caso se estará a su legislación específica.

Artículo 25. Uso exclusivo de la denominación de asociación de consumidores y usuarios.

Se prohíbe utilizar los términos consumidor o usuario, la denominación de asociación de consumidores y usuarios o cualquier otra expresión similar que induzca a error o confusión sobre su naturaleza o su legitimidad para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, a aquellas organizaciones que no reúnan los requisitos exigidos en esta norma o en la normativa autonómica que les resulte de aplicación.

Artículo 26. Pérdida de la condición de asociación de consumidores y usuarios.

Las asociaciones de consumidores y usuarios que incurran en alguna de las prohibiciones previstas por la legislación que les resulte de aplicación perderán, en todo caso y por un período no inferior a los cinco años siguientes desde que dejaron de concurrir tales circunstancias, su condición de asociación de consumidores y usuarios.

CAPÍTULO II

Independencia y transparencia de las asociaciones de consumidores y usuarios

Artículo 27. Requisitos de independencia.

En cumplimiento del deber de independencia, en particular, las asociaciones de consumidores no podrán:

a) Incluir como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro.

b) Percibir ayudas económicas o financieras de las empresas o grupo de empresas que suministran bienes o servicios a los consumidores o usuarios.

No tendrán la consideración de ayudas económicas las aportaciones que se realicen en las condiciones de transparencia establecidas en esta norma y normas reglamentarias, no mermen la independencia de la asociación y tengan su origen en los convenios o acuerdos de colaboración regulados en este capítulo.

c) Realizar comunicaciones comerciales de bienes y servicios.

A estos efectos se entiende por comunicación comercial todo acto, conducta o manifestación, incluida la publicidad, no meramente informativa, que se relacione directamente con la promoción o venta de bienes y servicios.

d) Autorizar el uso de su denominación, imagen o cualquier otro signo representativo en la publicidad comercial realizada por los operadores del mercado, o no realizar las actuaciones tendentes a impedir dicha utilización, a partir del momento en que se tenga conocimiento de esta conducta.

A estos efectos no se considerarán operadores de mercado las sociedades mercantiles en las que participen las asociaciones de consumidores en los términos contemplados en el artículo siguiente.

e) Dedicarse a actividades distintas de la defensa de los intereses de los consumidores o usuarios, salvo lo previsto en el artículo 23.1, párrafo segundo.

f) Incumplir las obligaciones de transparencia previstas en los artículos 29 a 31, ambos inclusive.

g) Actuar la organización o sus representantes legales con manifiesta temeridad, judicialmente apreciada.

h) Incumplir cualquier otra obligación impuesta a las asociaciones de consumidores y usuarios, legal o reglamentariamente.

Artículo 28. Participación en sociedades mercantiles.

1. Las asociaciones de consumidores podrán participar en sociedades mercantiles siempre que éstas reúnan los siguientes requisitos:

a) Tengan como objeto social exclusivo el desarrollo de actividades instrumentales concretamente delimitadas que sirvan a los fines de información, formación y defensa de los consumidores y usuarios.

b) Su capital social corresponda íntegramente a asociaciones de consumidores que reúnan los requisitos exigidos por la legislación que les resulte de aplicación y cuyos beneficios sólo se repartan entre las asociaciones de consumidores que participen en el capital social.

Estas sociedades mercantiles están sometidas a las prohibiciones previstas en el artículo anterior y a la obligación de depositar sus cuentas, que en todo caso deberán ajustarse a la normativa que les resulte de aplicación según su naturaleza, en el Instituto Nacional del Consumo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.

2. Del cumplimiento por estas sociedades mercantiles de lo dispuesto en este título, serán responsables las asociaciones de consumidores que participen en su capital social en los términos previstos en ella, pudiendo derivar, en su caso, en la pérdida de la condición de asociación de consumidores.

Artículo 29. Definición del marco de colaboración con los operadores del mercado.

1. Estatutariamente o por acuerdo adoptado en asamblea general, las asociaciones de consumidores y usuarios definirán, con pleno respeto a lo establecido en esta norma, cuál es el marco legítimo de su colaboración con los operadores del mercado de cualquier sector de actividad, en defensa de los derechos de los consumidores y la leal competencia, así como los supuestos en que podrán celebrarse convenios o acuerdos de colaboración con éstos, su alcance y modo de instrumentarlos.

2. Los estatutos o acuerdos de asamblea general en los que se establezca este marco de colaboración con los operadores del mercado de las asociaciones de ámbito supraautonómico, se depositarán en el Instituto Nacional del Consumo y en la Secretaría del Consejo de Consumidores y Usuarios.

Artículo 30. Convenios o acuerdos de colaboración.

Los convenios o acuerdos de colaboración, de duración temporal o indefinida, de las asociaciones de consumidores y usuarios con empresas, agrupaciones o asociaciones de empresas, fundaciones o cualquier organización sin ánimo de lucro deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Tener como finalidad exclusiva el desarrollo de proyectos específicos de información, formación y defensa de los consumidores y usuarios, mejorando su posición en el mercado.

b) Respetar los principios de independencia y transparencia.

c) Consistir en la realización de actuaciones, trabajos, estudios o publicaciones de interés general para los consumidores y usuarios.

d) Ser depositados, así como sus modificaciones, prórrogas o denuncias, en el Instituto Nacional del Consumo y en la Secretaría del Consejo de Consumidores y Usuarios.

Artículo 31. Depósito de las cuentas anuales.

Las cuentas anuales de las asociaciones de consumidores y usuarios se depositarán en el Instituto Nacional del Consumo en el plazo de un mes desde el día siguiente a la fecha de su aprobación por los órganos estatutarios correspondientes.

Tales cuentas anuales, integradas por el balance, la cuenta de resultados y la memoria, deberán formularse de conformidad con las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos, aprobadas por el artículo 1 del Real Decreto 776/1998, de 30 de abril.

Artículo 32. Publicidad de la información depositada por las asociaciones de consumidores y usuarios.

1. La información depositada por las asociaciones de consumidores y usuarios a que se refieren los artículos precedentes será pública.

2. Reglamentariamente podrán establecerse los plazos, condiciones y requisitos adicionales de las obligaciones de depósito y acceso reguladas en este capítulo.

CAPÍTULO III

Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios

Artículo 33. Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios.

1. Las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito estatal y todas aquéllas que no desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito de una comunidad autónoma, deberán figurar inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios que se gestiona en el Instituto Nacional del Consumo.

Tras su denominación, estas asociaciones de consumidores y usuarios indicarán su número de inscripción registral.

2. El cumplimiento de los requisitos exigidos en los capítulos I y II de este título será condición indispensable para acceder a la inscripción en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios.

No obstante lo previsto en el párrafo anterior, reglamentariamente se establecerán los requisitos mínimos de implantación territorial, número de asociados y programas de actividades a desarrollar que deberán acreditar las asociaciones de consumidores y usuarios para su inscripción en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios.

Artículo 34. Control de los requisitos exigidos para la inscripción.

El Instituto Nacional del Consumo podrá pedir a las asociaciones de consumidores y usuarios que soliciten su inscripción en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios o a las ya inscritas en él, cuanta documentación e información sea precisa para verificar el cumplimiento y mantenimiento de los requisitos exigidos en este título.

Asimismo, podrán realizar, por sí o mediante la contratación con entidades externas e independientes, auditorías de cuentas con idéntica finalidad.

Artículo 35. Exclusión del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios.

1. La realización por las asociaciones de consumidores y usuarios inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios de alguna de las actuaciones prohibidas por los artículos 23.3, 27 y 28 dará lugar a su exclusión de dicho registro, previa tramitación del procedimiento administrativo previsto reglamentariamente.

2. La resolución de exclusión del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios determinará la pérdida de esta condición, en todo caso, y por un período no inferior a cinco años desde la fecha de la exclusión, sin perjuicio del mantenimiento de su personalidad jurídica con arreglo a la legislación general de asociaciones o cooperativas.

Artículo 36. Colaboración con los Registros autonómicos.

1. A los exclusivos efectos de publicidad, en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios podrá figurar información sobre las asociaciones de consumidores inscritas en los registros que, con tal finalidad, pudieran crearse en las comunidades autónomas.

2. El Instituto Nacional del Consumo cooperará con las comunidades autónomas para que la información a que se refiere el apartado anterior figure en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios y les facilitará información de las asociaciones de consumidores de ámbito nacional o que no desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito de una comunidad autónoma inscritas en él.

CAPÍTULO IV

Representación y consulta

Artículo 37. Derechos de las asociaciones de consumidores y usuarios.

Las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supraautonómico, legalmente constituidas e inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios tendrán derecho, en los términos que legal o reglamentariamente se determinen, a:

- a) Ser declaradas de utilidad pública.
- b) Percibir ayudas y subvenciones públicas.
- c) Representar, como asociación de consumidores y usuarios, a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios.
- d) Disfrutar del derecho de asistencia jurídica gratuita en la forma prevista en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.
- e) Integrarse, en los términos que reglamentariamente se determine, en el Consejo de Consumidores y Usuarios.

Artículo 38. Consejo de Consumidores y Usuarios.

1. Como órgano nacional de consulta y representación institucional de los consumidores y usuarios a través de sus organizaciones, el Consejo de Consumidores y Usuarios integrará las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito

supraautonómico que, atendiendo a su implantación territorial, número de socios, trayectoria en el ámbito de la protección de los consumidores y usuarios y programas de actividades a desarrollar, sean más representativas.

Reglamentariamente se determinará la composición y funciones del Consejo de Consumidores y Usuarios.

2. La Administración fomentará la colaboración entre el Consejo de Consumidores y Usuarios y las asociaciones de consumidores que lo integran con las organizaciones de empresarios.

3. El Consejo de Consumidores y Usuarios articulará mecanismos de cooperación con los órganos de consulta y representación de los consumidores constituidos por las comunidades autónomas. A través de los mecanismos habilitados por el Consejo de Consumidores y Usuarios, éste y los respectivos órganos consultivos podrán colaborar en la elaboración de los dictámenes que les sean solicitados en trámite de audiencia.

Artículo 39. Audiencia en consulta en el proceso de elaboración de las disposiciones de carácter general.

1. El Consejo de Consumidores y Usuarios será oído en consulta, en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general de ámbito estatal relativas a materias que afecten directamente a los consumidores y usuarios.

2. Será preceptiva su audiencia en los siguientes casos:

a) Reglamentos de aplicación de esta norma.

b) Reglamentaciones sobre bienes o servicios de uso y consumo.

c) Ordenación del mercado interior y disciplina del mercado.

d) Precios y tarifas de servicios, en cuanto afecten directamente a los consumidores o usuarios, y se encuentren legalmente sujetos a control de las Administraciones públicas.

e) Condiciones generales de los contratos o modelos de contratos regulados o autorizados por los poderes públicos en servicios de interés general o prestados a los consumidores por empresas públicas.

f) En los demás casos en que una ley así lo establezca.

3. Las asociaciones empresariales serán oídas en consulta en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general relativas a materias que les afecten directamente.

Será preceptiva su audiencia en los supuestos contenidos en los apartados a), b), c) y f) del apartado anterior.

4. Se entenderá cumplido dicho trámite preceptivo de audiencia cuando las asociaciones citadas se encuentren representadas en los órganos colegiados que participen en la elaboración de la disposición. En los demás casos, la notificación o comunicación se dirigirá a la federación o agrupación empresarial correspondiente.

5. La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.

Final del formulario

Artículo 8. Derechos básicos de los consumidores y usuarios.

1. Son derechos básicos de los consumidores y usuarios y de las personas consumidoras vulnerables:

a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.

b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.

c) La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos.

d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios en formatos que garanticen su accesibilidad y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute, así como la toma de decisiones óptimas para sus intereses.

e) La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, a través de las asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.

f) La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial en relación con las personas consumidoras vulnerables.

2. Los derechos de las personas consumidoras vulnerables gozarán de una especial atención, que será recogida reglamentariamente y por la normativa sectorial que resulte de aplicación en cada caso. Los poderes públicos promocionarán 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 el ejercicio de los mismos.

6. Intervención del Ministerio Fiscal.

Las Circulares de la Fiscalía General del Estado 2/2010 de 19 de noviembre y 2/2018 de 1 de julio regulan esta intervención.

Conclusiones de la Circular 2/2010:

Primera. El Ministerio Fiscal aparece legitimado en el TRLGDCU, en la LEC y en diferentes normas sectoriales en materia de consumo para tomar la iniciativa en el ejercicio de la acción colectiva de cesación. Asimismo y conforme a lo previsto en el artículo 16 de la LCGC y en ese específico contexto, el Fiscal está legitimado para el ejercicio de todas las acciones previstas en el artículo 12 del mismo texto legal, que incluye las acciones accesorias de devolución de cantidades y la de indemnización de daños y perjuicios. Además, de conformidad con el artículo 15.1 párrafo segundo de la LEC, el Fiscal podrá personarse y ser parte en los procedimientos a que se refiere el párrafo primero del mismo precepto, y conforme a lo previsto en el artículo 54 del TRLGDCU, podrá personarse y ser parte en defensa del interés social en los procedimientos colectivos iniciados por los respectivos legitimados en cada caso. En consecuencia y en lo sucesivo, los Sres. Fiscales habrán de velar en primer término porque los Juzgados cumplan con las previsiones de comunicación previstas en el artículo 15.1 párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuyo fin los Sres. Fiscales Jefes territoriales dirigirán las oportunas comunicaciones a los Juzgados Decanos y /o Presidentes de las Audiencias Provinciales. Así mismo, los Sres. Fiscales procederán a ejercer la acción de cesación en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, y se personarán en los procedimientos en trámite de los que tengan conocimiento y en los que se hayan ejercitado acciones colectivas, siempre y cuando se considere que pudiera verse comprometido el interés social. En todas aquellas Fiscalías Territoriales cuyo volumen de trabajo lo justifique, el Fiscal Jefe habrá de designar un Fiscal encargado de la coordinación de las diligencias informativas y los procedimientos judiciales de esta naturaleza en el ámbito civil, a fin de facilitar su registro y el seguimiento de las intervenciones del Ministerio Público y de las resoluciones que los órganos judiciales adopten en los procedimientos relativos a acciones colectivas en los que se vean afectados los intereses generales.

Segunda. Con la finalidad de preparar los procedimientos a que se refiere la presente Circular, el Fiscal puede incoar, conforme prevé el párrafo último del artículo 5 del EOMF, diligencias preprocesales, que según el tenor literal del precepto, están encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que [al Fiscal] le atribuye el ordenamiento jurídico.

Tercera. Los Fiscales Superiores deberán mantener reuniones periódicas con las autoridades autonómicas de consumo, y los Fiscales Jefes de las diferentes Fiscalías Territoriales, Provinciales y de Área, con las de ámbito provincial y municipal, a fin de coordinar esfuerzos e intercambiar pareceres sobre las posibles líneas de actuación ante los comportamientos eventualmente lesivos para los intereses de consumidores y usuarios que presenten mayor incidencia. En el ámbito territorial de sus respectivas Fiscalías. Del contenido y resultados de estas reuniones deberá darse cuenta semestralmente, a través del Fiscal Superior de cada Comunidad Autónoma, al Fiscal de Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Asimismo, se establecerán canales de diálogo y colaboración entre las diferentes Fiscalías Territoriales y las asociaciones de consumidores y usuarios, lo que facilitará que el Fiscal permanezca puntualmente informado de aquellas prácticas que pudiera resultar más gravemente lesivas para los derechos de aquellos. Tanto las diferentes administraciones como las asociaciones de consumidores y usuarios o estos últimos de forma directa, pueden hacer llegar al Ministerio Fiscal sus denuncias en relación con aquellas conductas que consideren potencial o efectivamente lesivas para sus intereses, a fin de que el Fiscal adopte las medidas que considere oportunas dentro del ámbito de sus competencias y/o proceda a ejercitar la acción de cesación, en los términos a que se ha hecho referencia en la presente Circular.

Cuarta. También con periodicidad semestral, deberá remitirse al Fiscal de Sala de lo Civil del Tribunal Supremo una relación de las diligencias informativas incoadas, de las demandas presentadas en defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, de los procesos en que se haya personado el Fiscal pese a no haber formulado la demanda, así como de todos los procesos judiciales en curso en defensa de intereses supraindividuales de los que se tenga constancia, especificando el trámite en que se encuentran, así como las sentencias u otras resoluciones que les pongan fin, además de cuantas sugerencias se estimen de interés. Asimismo, la materia a la que se refiere la presente Circular será objeto de obligado y específico tratamiento en las Memorias de las diferentes Fiscalías Territoriales a fin de hacer posible su ulterior reflejo en la Memoria de la Fiscalía General, lo que permitirá conocer el alcance y magnitud de los problemas que puedan plantearse, sus posibles causas, las iniciativas legislativas o de cualquier

otro orden adoptadas en relación con este área, y las disfunciones legales o de cualquier otra naturaleza detectadas con carácter general o en el seno de los concretos procedimientos en trámite.

Quinta. Las acciones de cesación que se ejerciten en exclusiva deberán tramitarse en el marco del juicio verbal conforme prevé el artículo 250.1.12º de la LEC. En este mismo procedimiento se ejercitarán las acciones de cesación a las que se acumulen otras indemnizatorias o resarcitorias en cuantía inferior a los 6.000 euros. Sin embargo, y a fin de mejor garantizar la tutela judicial efectiva y la economía procesal en el ámbito de la defensa de los intereses colectivos, en los casos en los que se ejercite la acción de cesación junto con acciones de reclamación indemnizatoria o resarcitoria en cuantía superior a los 6.000 euros, el trámite a seguir será el del procedimiento ordinario, sin que ello suponga merma alguna para las garantías del demandado, que se verá beneficiado por las mayores oportunidades de debate y prueba que ofrece dicho procedimiento.

Sexta. En el marco de los procedimientos a que se refiere la presente Circular en los que intervengan, los Sres. Fiscales solicitarán ante órgano judicial la adopción de las medidas cautelares en los términos a que se hace referencia en los artículos 721, 728 y 732 de la LEC, siempre y cuando ello sea preciso para garantizar la tutela judicial efectiva de consumidores y usuarios y la defensa del interés social.

Séptima. En los casos en los que el Fiscal asuma la condición de demandado en el procedimiento, permanece en vigor el criterio expresado en la Circular de la Fiscalía General del Estado número 1/2001 de 5 de abril sobre la incidencia de la nueva LEC en la intervención del Fiscal en los procesos civiles, que instaba a los Sres. Fiscales a poner los medios oportunos para intentar que su contestación a la demanda se efectúe previo conocimiento de la postura del demandado. En el caso de que se les hubiera conferido un traslado de la demanda simultáneo con el demandado, habrán de limitarse a abordar las cuestiones procesales (art. 405.1 y 3) y a admitir únicamente los hechos aducidos por el actor que resulten acreditados por la prueba propuesta (art. 405.2), solicitando, dentro del plazo otorgado, un nuevo traslado para dictaminar conjuntamente sobre la demanda y la contestación. En el supuesto de que dicho traslado no les sea conferido, fijarán su posición definitiva en cuando al fondo en la comparecencia o vista posterior.

Octava. En relación con lo previsto en los artículos 221 y 222 de la LEC y en tanto no se produzcan las reformas legislativas a que se hace referencia en el apartado IV. H) de la presente Circular, los Sres. Fiscales se atenderán a la interpretación que de dichos preceptos se efectúa en el informe del Consejo Fiscal al

Anteproyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo, exégesis a la que se hace cumplida referencia en el presente documento. En virtud de lo expuesto, insto encarecidamente a los Sres. Fiscales al cumplimiento de la presente Circular, a cuyo fin deberán atenerse en lo sucesivo a las pautas de actuación que en la misma se establecen.

Conclusiones de la Circular 2/2018:

1ª La ampliación de las competencias del Ministerio Público, tras la modificación del art. 11 LEC realizada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, *por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*, obliga a una redefinición del modelo organizativo y a la determinación de aquellos aspectos que deben considerarse prioritarios.

2ª En aquellas Fiscalías Provinciales en que no se haya realizado ya, deberá designarse, por el Fiscal Jefe, un Fiscal encargado de la protección jurídica de los consumidores y usuarios, integrado en la Sección de lo Civil. En las Fiscalías de Área podrá designarse un Fiscal de Enlace en esta materia. Los criterios y procedimientos para la designación, así como las competencias y las relaciones de coordinación necesarias para el ejercicio de sus funciones, se ajustarán a los parámetros de flexibilidad organizativa descritos en el apartado 2.1 de la presente Circular.

3ª El art. 51 CE exige la actuación coordinada de todas las Administraciones implicadas y de las organizaciones de consumidores y usuarios.

Los Fiscales encargados de las Fiscalías Provinciales deberán realizar su cometido bajo la supervisión del Fiscal Delegado de la Comunidad Autónoma de la especialidad civil al objeto de garantizar la unidad de criterios y determinar las cuestiones prioritarias.

Todo convenio o protocolo que se realice con las Comunidades Autónomas u otras Instituciones públicas o privadas deberá encauzarse a través del Fiscal Superior de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de que se trate. El convenio deberá contar con el informe favorable del Fiscal de Sala de la especialidad y ser autorizado, mediante el correspondiente Decreto, por el Fiscal General del Estado.

4ª Sin perjuicio de la distribución del trabajo que se realice por cada Fiscalía Provincial, el Fiscal encargado deberá llevar un registro de las diligencias preprocesales que se incoen en su territorio, especificando la materia a que hace referencia, la fecha de su incoación y conclusión y si han dado lugar a actuaciones procesales. Las decisiones que adopte el Fiscal habrán de estar debidamente motivadas.

5ª El Fiscal encargado despachará las cuestiones prejudiciales europeas sobre esta materia, de conformidad con lo dispuesto en la Instrucción 1/2016, de 7 de enero, *sobre la intervención del Fiscal en las cuestiones prejudiciales europeas*, solicitando a tal efecto las instrucciones del Excmo. Sr. Fiscal de Sala Delegado sobre el contenido del informe a emitir.

6ª La Ley 42/2015, de 5 de octubre, ha introducido un nuevo apartado 3 en el art. 52 LEC sobre competencia territorial en materia de litigios derivados de acciones individuales de consumidores o usuarios. Tiene carácter electivo para este último que puede escoger entre el tribunal de su domicilio o el fuero general (según el demandado se trate de persona física o jurídica, arts. 50 y 51 LEC). Se trata de un fuero subsidiario a los restantes del mismo precepto y presenta carácter imperativo (no cabe, por tanto, sumisión expresa ni tácita).

Es también subsidiario del art. 52.2, precepto en el que -con anterioridad a la reforma- se había sostenido la aplicabilidad del fuero del domicilio del consumidor, con gran amplitud, en las materias que contempla. Esta última disposición, que continúa vigente, también se ha visto modificada, incorporando, además, el fuero general (arts. 50 y 51 LEC) con carácter electivo para el demandante, en forma análoga al nuevo apartado 3.

En el proceso monitorio, por su peculiar naturaleza jurídica, no rigen las reglas anteriores, dado el tenor del art. 813 LEC. Los Sres. Fiscales ajustarán sus dictámenes sobre competencia a lo aquí reseñado.

7ª Aunque la solicitud de intervención no suspende el curso del procedimiento y no se produce retroacción de actuaciones, el MF, en su calidad de interviniente, goza de amplias facultades de actuación y de utilizar los recursos procedentes contra las resoluciones que estime perjudiciales, incluso cuando las consienta su litisconsorte.

8ª Los Sres. Fiscales atenderán, de forma prioritaria, a aquellos casos en que se revelen situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión. Atendiendo al carácter de mecanismo excepcional de protección jurídica en el marco de la acción individual, en los términos expuestos en el apartado 3.3.2 de esta Circular,

los Sres. Fiscales valorarán especialmente, en primer lugar, las características subjetivas de la persona afectada que revelen su situación de especial vulnerabilidad; en segundo lugar, que no exista otro mecanismo que permita el acceso a la tutela judicial efectiva en condiciones de igualdad; y finalmente, el potencial perjuicio en atención a las características del bien o servicio.

9ª Los Sres. Fiscales prestarán especial atención a aquellos casos en que, concurriendo las circunstancias citadas en la conclusión precedente, sea necesaria su intervención para hacer efectivas las medidas reseñadas en los apartados 3.4.1 y 3.4.2 referidas a la protección de los deudores hipotecarios y a la de los inversores minoristas.

10ª En materia de acción colectiva, se reiteran las directrices emanadas de la Circular 2/2010, de 19 de noviembre, *acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en el orden civil para la protección de los consumidores y usuarios*, salvo lo dispuesto en la cláusula de vigencia.

11ª La nueva redacción del art. 86 ter, apartado 2.d LOPJ determina que los Juzgados de lo Mercantil conocerán de las acciones colectivas previstas en la legislación relativa a la protección de consumidores y usuarios, modificando el criterio expresado en la Circular 2/2010. La competencia objetiva viene determinada por el tipo de acción ejercitada que deberá estar expresamente prevista en la legislación protectora de dicho colectivo.

La reforma mantiene la competencia en materia de acción colectiva en los procedimientos relativos a condiciones generales de la contratación, pero atribuye el conocimiento de las acciones individuales a los Juzgados de Primera Instancia (art. 82.2.2º LOPJ).

La definición de los restantes asuntos competencia de los Juzgados de lo Mercantil recogidos en el art. 86ter.2 -en los que no se diferencia entre acción individual o colectiva- ha permanecido intacta.

12ª En lo que concierne al ejercicio acumulado de pretensiones distintas a la propia de la acción de cesación, la nueva redacción del art 53 TRLGDCU amplía y aclara la redacción precedente del párrafo 1º de la conclusión 1ª de la Circular 2/2010 que aparecía inicialmente limitada a las condiciones generales de la contratación.

13ª En lo que se refiere a la eficacia *ultra partes* de las sentencias dictadas en litigios en que se ejercitan acciones colectivas, los Sres. Fiscales ajustarán sus dictámenes a la doctrina del TJUE, TC y TS expuesta en el epígrafe 4.2 de la presente Circular.

14ª En aras a la detección de las situaciones que presentan caracteres de abuso y a la necesidad de llevar una estrategia unificada en materia de acción colectiva, los Sres. Fiscales observarán las comunicaciones previstas en la Circular 2/2010 con el Excmo. Sr. Fiscal de Sala Delegado y participarán en las actividades de colaboración institucional con las entidades correspondientes de las CCAA y corporaciones locales bajo la supervisión del Fiscal Delegado de la Comunidad Autónoma de la especialidad civil.

15ª En tanto no se produzca una modificación legislativa en lo relativo a la ejecución colectiva en materia de consumo, los Sres. Fiscales ajustarán su actuación a los criterios expuestos en el apartado 4.4 de la presente Circular.

16ª Los Sres. Fiscales prestarán especial atención a la tutela cautelar de los consumidores y usuarios, previa acreditación y concreción de los requisitos previstos para ello, conforme a las reglas generales de “*fumus boni iuris*” y “*periculum in mora*”.

17º En materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras dictadas en procedimientos derivados de acciones colectivas, los Sres. Fiscales estarán a lo dispuesto en los tratados, otras normas internacionales y disposiciones sobre cooperación jurídica internacional indicadas en el epígrafe 4.6.

18º Los artículos 11 y 15 LEC, en relación con el artículo 19.1.f) y la D.F.1ª LJCA, y el art. 3.14 EOMF, legitiman al Ministerio Fiscal para intervenir en el proceso contencioso-administrativo en defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios, más allá de su clásico marco de actuación preceptiva en los procedimientos especiales para la protección de los derechos fundamentales.

Esa novedosa intervención deberá ajustarse en general a los principios y directrices establecidos en esta Circular, pero teniendo en cuenta que ha de producirse de acuerdo con las normas reguladoras de la jurisdicción contencioso administrativa y el Derecho Administrativo.

Por tanto, la actuación de la Fiscalía en este ámbito se llevará a cabo bajo la coordinación del Fiscal de Sala Delegado para el orden contencioso administrativo, que la desempeñará en estrecha colaboración con el Fiscal de Sala de lo Civil, asegurando ambos, a través de la acción conjunta de las dos especialidades en todos los niveles orgánicos y territoriales, la unidad de actuación del Ministerio Fiscal en esta materia.

En todo caso, la intervención del Fiscal en el orden contencioso en este ámbito habrá de fundamentarse en la concurrencia de un cualificado interés social o en la apreciación de especiales situaciones de inferioridad, subordinación e

indefensión y deberá venir precedida por la correspondiente dación de cuenta, conforme al art. 25 EOMF al Fiscal de Sala Delegado.

7. Dos cuestiones de interés:

1ª. Las especialidades de los MASC (Medios alternativos de solución de conflictos) en materia de consumo.

El recurso a los MASC adquiere relevancia especial al introducirse como Disposición Adicional Séptima en la LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público en materia de Justicia que afecta a los litigios en materia de consumo:

En los litigios en que se ejerciten acciones individuales promovidas por consumidores o usuarios, se entenderá cumplido el requisito de procedibilidad por la reclamación extrajudicial previa a la empresa o profesional con el que hubieran contratado, sin haber obtenido una respuesta en el plazo establecido por la legislación especial aplicable, o cuando la misma no sea satisfactoria, y sin perjuicio de que puedan acudir a cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias, tanto los previstos en legislación especial en materia de consumo, como los generales previstos en la presente ley.

Se entenderá también cumplido el requisito de procedibilidad con la resolución de las reclamaciones presentadas por los usuarios de los servicios financieros ante el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones en los términos establecidos por el artículo 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, o por haber acudido a alguno de los procedimientos a que se refiere 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, o los que pudieran haber sido establecidos en normativa sectorial en desarrollo de la misma.

La cuestión estriba en determinar si cabe aplicar los artículos 439,5 439 bis de la LEC, es decir si en las demandas de concurso habrá de acreditarse el recurso a la mediación, conciliación u opinión neutral de un tercero. La Disposición Adicional citada, entiendo soluciona el tema en el sentido de que basta haber acreditado el intento de reclamación extrajudicial.

De esta manera, con la demanda deberá acompañarse el documento acreditativo de haber intentado la actividad negociadora. En la misma se describirá, además, el proceso negociador.

Por lo que se refiere a las costas, rige el principio de efectividad. Cabe mencionar la STJUE 13/7/2023 (565/2024) sobre obligación del empresario de reparar el daño patrimonial (allanamiento), la STJUE 16/7/2020, sobre vencimiento parcial (nulidad cláusula y cuantía a reintegrar) y la STJUE 7/4/2022, sobre límite honorarios de abogado consumidor si son inusualmente elevados.

2ª.- Protección penal.

Los delitos contra el mercado y los consumidores están regulados en la Sección 3ª del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal.

Los **delitos contra el mercado y los consumidores** hacen referencia a las infracciones de tipo socioeconómicas que afectan los derechos de los consumidores, así como la integridad del mercado, impactando el sistema económico.

Estos delitos suelen implicar **prácticas comerciales deshonestas y acciones que perjudican** a consumidores, a otros competidores y al mercado en general. Mediante la tipificación de estas faltas se establecen los parámetros que regulan la protección contra dichas prácticas.

Esta protección se pone en marcha a través de un conjunto de **políticas diseñadas para garantizar** los derechos y la seguridad de los consumidores en sus interacciones con las empresas. Igualmente, para asegurar la transparencia de las actividades del mercado, propias del sistema económico.

Delitos contra los secretos empresariales

Considerados como un activo empresarial, los secretos empresariales se refieren a los conocimientos e información protegidos, por ser el resultado de la investigación y el quehacer corporativo. Por lo que apropiarse y/o sacar a la luz estos datos se constituye en una falta.

El castigo para el infractor es de prisión de 2 a 4 años y multa de 12 a 24 meses. Esto queda establecido con independencia de si se tiene o no obligación de guardar **confidencialidad**.

1. El que, para descubrir un secreto de empresa se apoderare por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo, o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del artículo 197, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Artículo 278.1 del Código Penal

Si se comparte la información, la ley establece prisión de 3 a 5 años y multa de 12 a 24 meses, pero si esta se usa en beneficio propio se impondrá la pena en su mitad inferior.

2. Se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses si se difundieren, revelaren o cedieren a terceros los secretos descubiertos.

Artículo 278.2 del Código Penal

También se determinan como conductas delictivas tener conocimiento de la ilicitud del acto y no haber hecho parte de las labores que dieron como resultado la información extraída. En estos casos la sanción será de 1 a 3 años de prisión y multa de 12 a 24 meses.

El que, con conocimiento de su origen ilícito, y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare alguna de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses.

Artículo 280 del Código Penal

Desabastecimiento de materias primas o productos de primera necesidad.

La sustracción de suministros que tenga como resultado la manipulación de precios o la escasez de bienes esenciales, se considera como una infracción contra el consumidor. La penalización para este tipo de conductas es de prisión de 1 a 5 años y multa de 12 a 24 meses.

En el supuesto de que la comunidad esté pasando por momentos de calamidad o necesidad, dicha conducta se considera agravante y la pena se impondrá superior en grado.

1. El que detrajere del mercado materias primas o productos de primera necesidad con la intención de desabastecer un sector del mismo, de forzar una alteración de precios, o de perjudicar gravemente a los consumidores, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Se impondrá la pena superior en grado si el hecho se realiza en situaciones de grave necesidad o catastróficas.

Artículo 281 del Código Penal

Publicidad engañosa

Aquellas actividades destinadas a ofertar productos y servicios con información falsa o datos imprecisos, se consideran lo que se conoce como publicidad engañosa.

Al perjudicar al usuario final, los comerciantes o fabricantes que incurran en estas prácticas serán penados con prisión de 6 meses a un año o multa de 12 a 24 meses.

Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos.

Artículo 282 del Código Penal

Falsear información económico-financiera

Este delito se refiere a la distorsión deliberada de la información relacionada con recursos, negocios y actividades. Efectuada por parte de los administradores de una sociedad emisora de valores, esta falta puede estar dirigida a:

- Atraer inversionistas
- Colocar activos financieros
- Conseguir financiación

El castigo para estos actos es de prisión de 1 a 4 años. En caso de que se obtengan los resultados buscados, afectando al inversionista, comprador o **acreedor**, la pena se agravará y se fijará en su mitad superior. Si el daño fuera grave, la pena de prisión será de 1 a 6 años de prisión y multa de 6 a 12 meses.

Los que, como administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, falsearan la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros, con el propósito de captar inversores o depo-

sitantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 308 de este Código.

En el supuesto de que se llegue a obtener la inversión, el depósito, la colocación del activo o la financiación, con perjuicio para el inversor, depositante, adquiriente de los activos financieros o acreedor, se impondrá la pena en la mitad superior. Si el perjuicio causado fuera de notoria gravedad, la pena a imponer será de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses.

Artículo 282 bis del Código Penal

Facturación fraudulenta

Consiste en facturar un costo superior al real, al alterar los dispositivos usados para determinar el valor de productos o servicios. Para esta infracción se impone una pena alternativa de prisión de 6 meses a un año y multa de 6 a 18 meses.

Se impondrán las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a dieciocho meses a los que, en perjuicio del consumidor, facturen cantidades superiores por productos o servicios cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos, mediante la alteración o manipulación de éstos.

Artículo 283 del Código Penal

Delito contra la libre competencia

Se incurre en este delito al llevar a cabo cualquiera de las siguientes acciones:

- Manipular los costos que resultan de la libre concurrencia de artículos, instrumentos financieros o bienes objeto de contratación, mediante trampa o uso de la fuerza.

- Difundir especulaciones, dando así a conocer información económica falsa acerca de personas o empresas, con miras a alterar precios. A su vez, efectuando transacciones que den evidencias falsas acerca de la oferta, demanda o precios. También, si con dicha información se logra un lugar dominante en ese mercado para establecer precios a niveles irreales. Lo anterior se entiende siempre que se presenten las siguientes condiciones:

Beneficio igual o superior a doscientos cincuenta mil euros.

Fondos utilizados mayores a dos millones de euros.

Repercusiones considerables en la integridad del mercado.

En cualquiera de estos casos, la sanción será de prisión de 6 meses a 6 años, multa de 2 a 5 años, o del tanto al triplo de la ventaja recibida o de los daños prevenidos. Asimismo, se fijará inhabilitación para intervenir en el mercado financiero, según el artículo 284 del Código Penal.

De igual manera, **inducir a la comisión de los delitos** aquí descritos constituye una contravención, la cual será castigada con la pena inferior en uno o dos grados. Por otra parte, la ley prevé que la pena se agrava a su mitad superior si:

El sujeto suele incurrir en este tipo de actividades

Si el perjuicio es de alto impacto

El sujeto trabaja en una entidad financiera o afín

Abuso de información privilegiada

Este abuso se entiende producido cuando al no estar en ejercicio de sus funciones, el encargado de información privilegiada la expone, arriesgando la credibilidad de los inversores y la integridad del mercado.

Según el artículo 285 del Código Penal, quien incurra en estos actos será sancionado con prisión de 6 meses a 4 años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación de 1 a 3 años para ejercer profesionalmente.

Acceso no autorizado a un servicio o uso de un programa informático

La comercialización, fabricación, alteración, duplicación, instalación y mantenimiento de dispositivos o programas, sin la debida autorización, se conciben como actividades ilegales.

Según el artículo 286 del Código Penal, esta forma de actuar se penará con prisión de 6 meses a 2 años y multa de 6 a 24 meses. Si se facilita el acceso a servicios o programas informáticos a terceros, sin permiso, la ley solo prevé la multa.

REUNIÓN DE PRESIDENTES DE ACADEMIAS JURÍDICAS EN COMUNIDADES CON DERECHO CIVIL PROPIO

El día 14 de octubre de 2025, en la sede de la Real Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, el Colegio Notarial de Aragón, se reunieron los presidentes de las academias jurídicas de Aragón, Cataluña, Galicia e Illes Balears, a instancias del primero y bajo los auspicios del Gobierno de Aragón, a través de la Dirección General de Desarrollo Estatutario, con la mediación de su titular Don José María Fuster.

A continuación, se recogen las diversas intervenciones habidas en el acto.

30º ANIVERSARIO DE LA FUNDACIÓN DE LA REAL ACADEMIA ARAGONESA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Intervención del
Excmo. Sr. D. José Luis Merino Hernández
Presidente
de la Real Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

Excma. Sra. Doña Concepción Gimeno, Justicia de Aragón,
Ilmo.Sr. Decano del Colegio Notarial de Aragón,
Queridos compañeros académicos,
Señoras y Señores

Mis primeras palabras han de ser de agradecimiento: a Don Augusto Ariño, Decano de este Iltre. Colegio Notarial, por la ayuda que permanentemente nos presta y, muy en particular, por su presencia en este acto; y a Don José María Fuster, Director General de Desarrollo Estatutario, del Gobierno de Aragón, por su apoyo que nos está permitiendo celebrar hoy este acto.

Un acto que forma parte de los que la Academia está llevando a cabo este año 2025, en el 30º aniversario de su fundación.

El 28 de diciembre de 1995, el Boletín Oficial del Estado publicaba el Real Decreto por el que se aprobaban los estatutos de la entonces Academia Aragonesa de Jurisprudencia Legislación y, con ello, su creación. Nació sin el título de Real, el cual le fue concedido por Real Acuerdo de 15 de febrero de 2024, por S.M. El Rey, Don Felipe VI de Borbón.

Pese a esa relativa juventud de la institución, siempre hemos creído que la RAAJL era, de algún modo, una continuación de la antigua Academia Jurídico

Práctica de la Ciudad de Zaragoza, creada por Real Acuerdo de Felipe V de Borbón, en 1733.

En cualquier caso, en el trasfondo de ambas instituciones vibra el mismo espíritu: estudiar y difundir el Derecho, especialmente el foral aragonés; pero no sólo.

Nuestra Academia cumple con esa misión a través de las diversas actividades que lleva a cabo a lo largo del año: discursos de ingreso, conferencias, premios para juristas jóvenes...

Todos ellos tienen su reflejo escrito en el Anuario que la Academia publica en los primeros meses de cada año, y que reparte libremente, no sólo entre los académicos, sino también entre todas aquellas personas que asisten a los actos de la institución y desean conocer la actividad de la misma.

Los discursos de ingreso son de obligado cumplimiento para quienes han sido elegidos como Académicos electos, para acceder al grado de Académico de Número. No obstante, son muchos los Académicos Correspondientes los que, sin tener obligación de ello, pronuncian también su discurso.

Las conferencias corren a cargo de cuantos profesionales, juristas o no, residentes o no en nuestra Comunidad, desean comunicar algún aspecto importante de su actividad profesional.

Por último, la Academia convoca anualmente dos premios para juristas menores de 35 años, de habla hispana, de cualquier nacionalidad: uno de Derecho privado, bajo la denominación “Castán Tobeñas”, y otro de Derecho público, bajo el nombre “Gascón y Marín”. Los dos trabajos premiados son igualmente objeto de publicación en el Anuario.

Junto a éste, la Academia ha editado varios libros: dos de ellos de respectivos homenajes a los Académicos fallecidos, Don José Lorente Sanz y Don Pablo Casado Burbano; otro, titulado “In Memoriam”, editado en 2024, recogiendo las biografías de los diecisiete Académicos de Número fallecidos desde la fundación de la Academia, en 1995; y un último, editado en 2025, que, bajo el título “Estudios Jurídicos”, pretende ser un homenaje a la Academia en su trigésimo aniversario. Se trata de libros cuyos autores son los propios académicos, aquellos que voluntariamente, en cada caso, desean participar.

Precisamente, este acto de hoy, con la presencia de los presidentes de las Academias hermanas de Cataluña, Galicia e Illes Balears, se enmarca en los actos conmemorativos de ese trigésimo aniversario.

Con la iniciativa y el apoyo del Gobierno de Aragón, a través del Director General de Desarrollo Estatutario, Don José María Fuster, hemos querido compartir las inquietudes de las Academias Jurídicas existentes en Comunidades Autónomas con Derecho civil propio.

Y a una conclusión, creo que muy importante, hemos llegado unánimemente: la conveniencia de hacer extensivo, en el futuro, este tipo de reuniones a todas las Academias jurídicas españolas, con el objeto de crear un foro de debate, principalmente en materias de Derecho civil, común y foral; tratando de incidir con ello en la legislación civil, tanto común como foral, al servicio de un desarrollo armónico de los distintos ordenamientos privados.

Por mi parte, me comprometo a iniciar una ronda de contactos con las academias jurídicas en territorios de Derecho común, con el objeto de celebrar ese encuentro durante el próximo 2026.

Muchas gracias.

VALOR DE LA ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ DE CATALUNYA EN LA DEFENSA DEL DERECHO CIVIL PROPIO

Intervencion del
Excmo. Sr. D. Francesc Tusquets Trias de Bes
Presidente de la
Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Excma. Sra. Justicia de Aragón
Ilmo. Sr. Decano del Colegio Notarial
Compañeras y compañeros académicos

I. Quiero que mis primeras palabras sean para felicitar a la Real Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, y en particular a su Presidente D. José Luis Merino, por la iniciativa de reunir en una Jornada a las Academias con derecho civil propio.

Y es para mí un honor compartir ponencia con Pilar Ferrer Vanrell, José Luis Seoane y con nuestro anfitrión José Luis Merino.

Por supuesto, agradecer también al Gobierno de Aragón su contribución a la celebración de las Jornadas.

II. Tengo el honor de representar a la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, que tiene su origen en la Academia de Jurisprudencia Theorico-Práctica de Barcelona, fundada en el año 1777.

Nuestra Academia fue formal e institucionalmente fundada el año 1840.

Tiene por objeto el estudio y la investigación del derecho, así como la colaboración en la reforma de la legislación y el fomento de la cultura jurídica.

Y para ello puede valerse de diferentes medios, entre los cuales la colaboración con otras Instituciones jurídicas y la participación en Congresos y actividades por ellas organizadas.

Estoy, por tanto, en estos momentos cumpliendo un deber estatutario, pero lo hago con gran satisfacción, como ya he anunciado.

Nuestra Academia está compuesta por 36 académicos numerarios, cada uno de los cuales ostenta la medalla en honor y con el nombre de un ilustre jurista catalán.

Permítanme que en este punto les anuncie que mediante un Convenio con la Universitat Pompeu Fabra, actualmente se están elaborando las biografías de los 36 eminentes juristas que dan nombre a las medallas académicas.

Nuestros estatutos, además de académicos numerarios, prevén la posibilidad de elegir académicos de honor por sus méritos relevantes y por la colaboración prestada a la Academia.

En estos momentos tenemos un único académico de honor, que me complace destacar que es aragonés. Se trata del actual Presidente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo D. Ignacio Sancho Gargallo, que, como es sabido, ejerció como juez muchos años en Barcelona.

III. No es ningún secreto que el estudio y la defensa del derecho catalán ha sido una constante en la vida de nuestra Academia.

Una clara manifestación de ello puede verse repasando la lista de Presidentes que ha tenido nuestra Academia. Entre ellos, Ramon Martí d'Eixalà, Pere Nolasca Vives i Cebrià, Manuel Duran i Bas, Guillem Mª de Brocà, Josep Pella i Forgas, Antoni Borrell i Soler, i Ramon Mª Roca Sastre, todos los cuales son autores y tratadistas de primerísima fila de Derecho Catalán y dan nombre a varias de las 36 medallas académicas.

Pero también podemos comprobar la constante preocupación por el estudio y defensa del derecho catalán mediante las relevantes actividades que ha llevado a cabo la Academia y los asuntos que se han tratado.

En este sentido creo oportuno destacar, por ejemplo, que en la inauguración del curso 1921/1922, el entonces Secretario Ignasi Dalmau i Puig de la Bellacasa,

comienza su intervención diciendo (y traduzco): “*El Derecho de Catalunya cuya defensa y expansión constituye fundamentalmente la razón suprema de la existencia de nuestra Corporación...*”.

IV. Debo referirme ahora, aunque muy brevemente, a los diferentes hitos históricos, en los que nuestra Academia ha actuado en la defensa del derecho civil propio de Catalunya.

La Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya desarrolló una intensa actividad durante el proceso codificador español, en la segunda mitad del siglo XIX.

Nuestra Academia se opuso a las tesis uniformadoras, defendiendo que se mantuviera el derecho civil propio, a través de múltiples informes y actuaciones realizadas, entre las que tuvo un papel principal Manuel Duran i Bas, Presidente de la Academia en diversas ocasiones, miembro de la Comisión de Codificación y senador; autor de la célebre “*Memoria acerca de las instituciones del derecho civil de Catalunya*” (1883), que constituye el antecedente de todos los proyectos de sistematizar el derecho civil de Catalunya.

Resulta curioso señalar que, las Instituciones jurídicas catalanas que desencadenaron la protesta fueron la legítima, la enfiteusis y la “*rebassa morta*”, prueba evidente de la relevancia en la época de los propietarios rurales en la sociedad catalana (la denominada aristocràcia de l’espardenya).

También a finales del siglo XIX, concretamente en el año 1895, se fundó la *Revista Jurídica de Catalunya*.

Tuvo la iniciativa el entonces Presidente de la Academia D. Josep M^a Planas i Casals que ofreció compartir el proyecto con el Colegio de Abogados de Barcelona para que la proyectada revista se convirtiera en el órgano oficial de ambas Corporaciones.

El nacimiento de la revista se enmarca en el movimiento cultural del “*modernismo*”, que fue consecuencia del contacto directo de la sociedad y la cultura catalana con los nuevos fenómenos europeos artísticos y culturales (López Burniol).

Y desde el inicio, la misión de la revista que constituye su razón de ser, es la defensa del Derecho Catalán.

Por ello desde el principio, la RJC ha estado dirigida por un académico y gestionada por una persona designada por el Colegio de Abogados de Barcelona.

Uno de los primeros directores fue Enric Prat de la Riba, que fue el Presidente de la Mancomunitat de Catalunya.

Forman actualmente parte de su Consejo de Redacción tres académicos, siendo además el Presidente de la Academia miembro nato de dicho Consejo.

Los próximos días 6 y 7 de noviembre se celebrará un acto académico para conmemorar el 130 Aniversario de la RJC, ya que el 125 aniversario coincidió con la pandemia y no se pudo conmemorar.

En el año 1917, siendo Presidente *de facto* de la Academia Francesc Maspons i Anglasesell, convoca una conferencia interregional a la que asisten juristas de Valencia, Mallorca, Vizcaya y Aragón, en la que reclama una acción mancomunada de todas las regiones con derecho foral propio, respetando, eso sí, que posteriormente cada una de ellas se rija por sus propias normas.

Especial relevancia en la defensa del derecho catalán tuvo el “*Primer Congrés Jurídic Català*” de 1936, promovido por la Academia y con la colaboración y participación de los Colegios de Abogados, de Notarios, de Procuradores, la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat, la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona y otras instituciones y personalidades del mundo del derecho en Catalunya.

Se desarrolló el Congreso con gran solemnidad entre los días 17 y 24 de mayo de 1936.

Su objetivo fue despertar el espíritu jurídico de Catalunya, supliendo, de alguna manera, la falta de un Parlamento propio.

Sus conclusiones desgraciadamente no pudieron ser publicadas, dadas las fechas en que se desarrolló el Congreso.

El año 1939, al finalizar la Guerra Civil, la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya fue clausurada, al igual que lo fueron las restantes Academias catalanas.

Nuestra Acadèmia no pudo reanudar sus actividades, y ello tras innumerables esfuerzos, hasta el año 1954, mucho tiempo después de que se reabrieran las restantes Academias de Catalunya dedicadas a otras ciencias y artes. Es evidente que la defensa del derecho civil propio llevada a cabo a lo largo de la historia por la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, fue el motivo que tanto retrasó su reapertura.

El año pasado, en sesión pública y solemne, conmemoramos el 70 Aniversario de la restauración de la Academia.

En este breve desarrollo histórico de los hitos principales de la construcción y defensa del derecho civil propio, no sería justo que obviara la importancia del Congreso Nacional de Derecho Civil que tuvo lugar aquí en Zaragoza en 1946, a partir del cual se supera el sistema de Apéndices de los derechos llamados entonces forales.

Superado el sistema de Apéndices, por la ley de 21 de julio de 1960 se aprobó la Compilación de Derecho Civil de Catalunya, en cuya elaboración, la Academia tuvo un papel preponderante y fundamental.

Baste decir que de los seis componentes de la Comisión de Juristas que la redactó, cinco eran académicos.

La ingente labor de la Academia en difundir el contenido de la Compilación culminó con la publicación en 1961 de los *“Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Catalunya”*, redactados por Ramon M^a Roca-Sastre, Ramón Faus i Esteve, Antoni Borrell Macià, Francesc d’Asís Condomines Valls, Lluís Figa Faura y Francisco Fernández de Villavicencio, todos ellos académicos.

En el otoño de 1971 tuvo lugar, organizado por la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya y el Colegio de Abogados de Barcelona, el Segundo Congreso Jurídico Catalán, con la intervención de más de 500 juristas.

Tras un intenso trabajo conjunto de juristas de gran prestigio y otros más jóvenes, e incluso algunos recién licenciados, se aprobaron 175 conclusiones, entre las cinco Secciones.

En la sesión de Clausura intervinieron, entre otros, José Luis Lacruz Berdejo en representación de Aragón, Francesc Noguera i Roig de las Islas Baleares y Manuel Iglesias Corral, de Galicia.

En la inauguración de la exposición bibliográfica del Congreso, el académico Josep M^a Font Rius, Catedrático de Historia del Derecho, dijo (traduzco): *“El derecho catalán no puede tampoco escapar a una nota característica de todo sistema jurídico: su radical historicidad. El derecho es un producto de la historia, de una historia viva y dinámica, que se va amoldando a tenor de las circunstancias y necesidades de cada momento y de las peculiaridades de cada pueblo o sociedad a la que ha de servir”*.

En sesión pública y solemne de nuestra Academia de fecha 16 de noviembre de 2021 celebramos el 50 Aniversario del II Congreso Jurídico Catalán, rindiendo un merecido homenaje a los congresistas, e invitando a los que afortunadamente todavía están entre nosotros, una trentena de los cuales pudo asistir a la emotiva sesión.

Uno de los efectos determinantes del Congreso fue que a partir de entonces, en las Facultades de Derecho de las Universidades catalanas se enseña como asignatura troncal el derecho civil propio de Catalunya.

V. La Constitución de 1978 restableció la autonomía legislativa de Catalunya y el Estatut creó el Parlament de Catalunya. Y a partir de entonces se inicia el camino hacia un derecho catalán global y un largo recorrido hacia la codificación del Derecho civil catalán; en cuyo proceso la Academia y los académicos han jugado un importante papel. El primer hito fue probablemente la publicación el 30 de noviembre de 1991 del “*Codi de Successions*”.

Catalunya dispone, como es sabido, de un Código civil abierto, en el doble sentido de que no es un código aprobado en un solo acto legislativo con voluntad de total integración, ni es exhaustivo, al permitir nuevas incorporaciones en cualquier momento.

El Código se estructura en seis libros:

El Primero, de disposiciones generales y regulación de la prescripción y la caducidad.

El Segundo, la persona y la familia.

El Tercero, la persona jurídica.

El Cuarto, las sucesiones.

El Quinto, los derechos reales.

El Sexto, las obligaciones y contratos.

Tanto la Academia como los académicos han venido efectuando un seguimiento del proceso de codificación, mediante debates, conferencias y emisión de dictámenes.

Por otra parte, en repetidas ocasiones tanto la Academia como académicos han sido invitados a comparecer ante el Parlament de Catalunya para informar ante las Comisiones pertinentes a efectos de emitir opiniones y asesorar a los diputados durante la tramitación de diferentes leyes; y en particular, durante la tramitación de las distintas leyes que han conformado el Codi Civil de Catalunya.

Aunque en teoría habría que distinguir cuándo un académico ha sido llamado para informar en su condición de tal o como experto independiente, en la práctica

tal distinción no es posible realizarla, pues un académico no puede sustraerse a su condición académica, que imprime carácter.

En este sentido interesa destacar que en los dos organismos de la Generalitat de Catalunya con competencias en esta materia, l'Observatori de Dret Privat de Catalunya y la Comissió de Codificació, la Acadèmia está debidamente representada con varios académicos formando parte de los mismos y el Presidente miembro nato.

En estos momentos se encuentra en tramitación un Proyecto de Decreto de la Generalitat de Catalunya que unifica ambos organismos.

VI. En la vida académica tienen especial relevancia los discursos de inauguración del curso académico y los discursos de ingreso de académicos electos con los que devienen académicos numerarios.

Los discursos de apertura del curso son habitualmente a cargo del Presidente, que no obstante puede delegar en algún académico, y nuestros estatutos permiten que el discurso de ingreso de un académico electo pueda servir como discurso de inauguración del curso.

Pues bien, un repaso de los discursos inaugurales efectuados durante la historia de la Academia nos permite constatar que en muchas ocasiones han tratado cuestiones del derecho civil propio de Catalunya.

A título de ejemplo, citaré únicamente tres:

- El discurso inaugural del curso 1907/1908 que pronunció el Presidente Antoni Borrell i Soler, titulado (traduzco): *“El derecho civil como elemento de educación del pueblo”*.
- El discurso de inauguración del curso 1991/1992 leído por el Presidente Lluís Figa Faura, que tituló (traduzco también): *“El derecho catalán en peligro”*.
- Y el discurso de apertura del curso 2007/2008 a cargo de su Presidente Robert Follía Camps sobre (asimismo traduzco): *“Los rasgos fundamentales del derecho sucesorio catalán actual”*.

VII.- Los discursos de ingreso, piezas de gran solvencia jurídica, también han abordado con frecuencia cuestiones del derecho civil propio de Catalunya.

Para no alargar innecesariamente mi ponencia, citaré también solamente tres discursos de ingreso que tratan especialidades del derecho civil propio de Catalunya.

– Discurso de ingreso de la académica Maria Eugènia Alegret Burgués, leído el día 16 de noviembre de 2010, titulado (traduzco): *“La rescisión por lesión ultra dimidium en la Jurisprudencia del Tribunal de Casación y en la doctrina del Tribunal Superior de Justicia*.

– Discurso de ingreso del académico Joan Egea Fernández, pronunciado el día 27 de octubre de 2011, sobre (traduzco): *“Buena fe y honradez en los tratos en el Derecho Civil de Catalunya”*.

– Discurso de ingreso del académico Antonio Recio Córdova, leído el día 26 de abril de 2022, sobre: *“La protección del heredero frente a las deudas de su causante”*.

También naturalmente en las sesiones ordinarias de la Academia celebradas cada quince días se han presentado numerosas comunicaciones en materias de Derecho Civil Catalán.

Todos los discursos y trabajos académicos se publican anualmente en un volumen que denominamos *Annals* y que se distribuye entre las restantes Academias y en las principales bibliotecas jurídicas de Catalunya.

VIII. A modo de conclusión.

Como he tratado de exponer, la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, sin abandonar las otras especialidades jurídicas, ha dedicado desde su fundación y sigue dedicando, una muy especial atención al Derecho civil propio.

Como dijo el Secretario de la Corporación ya en 1921, la defensa y expansión del Derecho de Catalunya constituye la razón suprema de la existencia de la Academia.

Y ello se pone de manifiesto no sólo en los diferentes discursos académicos, sino también en los informes, dictámenes y opiniones expertas que los poderes públicos nos vienen encomendando.

Como ya se ha dicho, en las Universidades catalanas se enseña desde hace 50 años el derecho civil propio de Catalunya.

Nuestra Academia da un paso más, investigando y profundizando en su estudio para orientar su aplicación y promover y fomentar nuestra cultura jurídica.

El próximo día 13 de noviembre, en el marco de la Semana de las Academias Catalanas, nuestra Academia tiene previsto celebrar una sesión, a la que están invitados los académicos de las restantes Academias Catalanas dedicadas a otras ciencias y artes. En esta sesión titulada “*L’Acadèmia i el dret propi de Catalunya*”, se expondrá a académicos no necesariamente juristas, las características del derecho catalán propio.

Por supuesto, están Udes. invitados y sería para nosotros un honor que nos acompañaran.

Me atrevo pues a sostener que en el mundo del derecho de Catalunya se reconoce el valor de nuestra Academia en la defensa del derecho civil propio.

Como creo que también se reconoce el valor de las Academias aragonesa, gallega y de las Islas Baleares en sus Comunidades.

Ello, no obstante, no debemos conformarnos y tenemos que aspirar a un mayor conocimiento y reconocimiento de la actividad académica. Jornadas como la que hoy estamos celebrando no deberían ser excepcionales.

La Academias jurídicas asumimos la obligación de continuar liderando la función de promover el conocimiento y el desarrollo del Derecho, y en particular del que nos es propio. Como también asumimos la obligación de impulsar la difusión de nuestra cultura jurídica.

Y todo ello con la profunda convicción de que estamos haciendo lo necesario para dignificar la importancia del Derecho.

Muchas gracias por su atención.

EL ESTUDIO Y LA DEFENSA DEL DERECHO CIVIL PROPIO DE LAS ILLES BALEARS, COMO MEDIO PARA ALCANZAR LOS FINES DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE LAS ILLES BALEARS

Por la
Excma. Sra. Doña Pilar Ferrer Vanrell
Presidenta de la RAJLIB

1. Prefacio

Mi sincera felicitación al Excmo. Sr. Dr. D. José Luís Merino Hernández, Presidente de la Real Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, por la iniciativa en la organización de una jornada para la celebración del 30 aniversario de la creación de esta Real Academia, ¡Mis Congratulaciones!, que también hago extensivas a la Dirección General de Desarrollo Estatutario del Gobierno Aragonés, por la sensibilidad en el desarrollo del derecho foral de Aragón.

El Presidente de la Real Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación ha considerado oportuno reunir a los presidentes de las Reales Academias y Academia de Jurisprudencia y Legislación de la antigua Corona de Aragón, así al de Aragón, al de Cataluña y a la de las Illes Balears; como también al Presidente de la Real Academia Gallega, para una Jornada de conmemoración y de reflexión sobre las actividades que vienen realizando para la defensa, el conocimiento y la difusión del derecho civil propio de cada uno de estos territorios autonómicos con competencia exclusiva en la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil (ex artículo 149.1, 8ª CE; artículo 71.2ª EAA; artículo 129 EAC; artículo 30.27 EAIB; artículo 27.4 EAG), los denominados *iura propria*.

Antes de centrarme en la labor que realiza, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, en el estudio y la transferencia del conocimiento a la sociedad, como en la defensa del derecho civil propio, recordaremos que en Baleares nunca tuvimos Fueros¹.

2. Antecedentes del derecho civil propio de Baleares.

Nuestro Rey de Aragón, Jaime I, y los posteriores reyes privativos del Reino de Mallorca, tras la conquista de Mallorca en 1229, nos otorgó en 1230 la *Carta de Franqueses i Privilegis*² además de *Ordinacions*, *Costums*, *Stils*, y no *Furs* como en el antiguo Reino de Valencia.

¹ Es difícil determinar la diferencia entre Furs y Franqueses. Los Furs implicaban un desarrollo institucional más complejo que las Franqueses. La Carta de Franqueses se refería en normas para fomentar la población, otorgándoles derechos, exenciones fiscales, además de concretos privilegios para el Reino de Mallorca.

² “Data apud Majoricarum, Kalendas martii anno Domini MCCXXX. Signum Jacobi, Dei gratia regis Aragonum et regni Maioricarum, comitis Barchinone et domini Montispesulani”.

Se conserva en el Archivo del Reino de Mallorca (código nº 1). El pergamino original escrito en latín, de 7 de julio de 1249. La Carta de Franqueses está incorporada al *Llibre de Franqueses i Privilegis del Regne de Mallorca*.

Puede consultarse, también, el texto en latín y en catalán, de AGUILÓ, Estanislao, *Antich Privilegis y Franqueses del Regne*, en el Boletín de la Arqueológica Luliana, Tomo V, 1893, pág.43 y ss. Cita la transcripción de 1249 por: Juan Dameto: Historia de Mallorca . Segunda edición, por Miguel Moragues y Joaquín María Bover. Palma, Imprenta Nacional Juan Guasp y Pascual, 1840, p. 104-106. Jaime VILIANUEVA: Viaje literario a las iglesias de España . Tomo 22 . Madrid, Imprenta Real Academia de la Historia, 1852, p. 294295. Benito Poxs FABREGAS: Códice Lagostera . Recopilación de documentos referentes a las aguas de la Fuente de la Villa . Palma, Tipografía de la Casa de la Misericordia, 1898, p. 30-31 . José María Quadrado: Privilegios y Franquicias de Mallorca . Palma, Escuela Tipográfica Provincial, 1894. Alpha regesta en latín del privilegio de 1249 en p. 29 . A. LECOY DE LA MARCHE: Les relations politiques de la France avec le royaume de Majorque. Tome I. Paris, Ernest Leroux éditeur, 1892, p. 418-419.

Hace 15 años, se transcribió el *Llibre dels Reis* que se conserva en el Archivo del Reino de Mallorca, en *Llibre dels reis: Llibre de franqueses i privilegis del Regne de Mallorca*. Palma de Mallorca, JJ de Olañeta 2010 (dir. R. URGELL HERNÁNDEZ). Esta obra contiene los textos de la Carta de Franqueses en latín (transcrito por PLANAS ROSSELLÓ, Antonio (pp. 178-181) y el texto catalán, traducido por URGELL, Ricard (pp.307-309),

Desde la Edad Media, el derecho municipal o estatutario³ convivió con el Derecho Romano de la recepción. En aquel momento, los derechos de los Estados autónomos se toleran junto al *ius commune* (romano-canónico), cuyo estudio se inició por la escuela de Bolonia. Los jurisconsultos intentan razonar la preeminencia de éste y su vigencia territorial, frente al derecho estatutario, que es la cuestión que a lo largo de los siglos siempre ha sido el obstáculo para los derechos civiles territoriales. Dada la aversión a los *iura propria*⁴, los Doctores alegan y ponen de manifiesto su naturaleza fragmentaria, su falta de rigor técnico; defectos que, a su entender, no concurrían en el *ius commune* que, además, es el derecho que los Doctores han estudiado, interpretado y conocen.

Estamos ante una situación que se alargará y se irá repitiendo a lo largo de la historia, llegando hasta nuestros días. Esta situación se resume en la imposición de la necesidad de acudir a un Derecho más técnico, más perfecto, por la propia insuficiencia de los *iura propria*. Estamos ante la conflictiva cuestión de la supletoriedad del derecho⁵ como sistema de implantar la vigencia de un derecho que, territorialmente, no era vigente.

Esta cuestión nunca fue pacífica por las suspicacias que crea el sistema de acudir a un derecho “foráneo” para completar el sistema de fuentes. La aplicación del derecho va unida a la soberanía, “quien manda quiere imponer su derecho”⁶

³ Derecho municipal o estatutario son las normas de aplicación preferente en su ámbito de vigencia territorial. Tradicionalmente, los doctores del derecho intermedio han utilizado el termino derecho municipal como contrapuesto al *ius commune*. Este término tuvo su principal relevancia en la época medieval. PLANAS ROSSELLÓ “Acerca de la naturaleza municipal o territorial del Derecho del Reino de Mallorca”, *Estudis Baleàrics*, n.º. 28 (1988), pp. 83-88. Para BADOSA COLL *Compendi de dret civil català* Marcial Pons, Madridy Barcelona (1999), p. 69. “la denominació *municipal*, entesa com a local, es contraposa a “civil” (Nov. Rec. 10-XVIII- 8, de 1752; també l’article 17, tit XI, trat, 8 de les “Ordenanzas Reales del Ejército” 1768”.

⁴ Por esta razón, debían interpretarse, respecto al *ius commune*: *ut minus corrigat vel deroget iuri quam sit possibile*

⁵ Es evidente que la supletoriedad es el mecanismo para colmar las insuficiencias del derecho de aplicación preferente. El fundamento de la supletoriedad es la insuficiencia, no el conflicto de normas; por esto, ante la imposibilidad de poder colmar la insuficiencia entra la aplicación defectiva del derecho llamado a suplirla. Esta actuación no es automática, sino que requiere una previa labor de constatación de la insuficiencia y la necesidad de cubrirla, no fuera a tratarse de un supuesto de hecho que el legislador autonómico no quiere regular.

⁶ “qui mana intenta imposar el seu dret, perquè aquesta és una de les expressions més clares de la sobirania, es digui *regalia*, es digui pròpiament *sobirania*. I per aquesta raó no es pot permetre que elements estranys puguin manar a través de l’aplicació d’un dret no creat pels organismes titulars de la sobirania -en definitiva, del poder”, ROCA TRIAS, Encarna, *El mecanisme del dret supletori i la intenció política a Catalunya*. (Discurs de recepció d’Encarna Roca Trías com a

y, este mecanismo, se ha utilizado para establecer la vigencia del derecho del más poderoso bajo el fundamento de calificarlo de derecho más técnico, frente a los derechos más fragmentarios, menos elaborados, como fueron⁷ los *iura propria*, el derecho estatutario, los derechos civiles territoriales.

Esta calificación de derecho fragmentario o insuficiente, recuperada la potestad legislativa, es hoy voluntad del legislador autonómico: es una cuestión de política legislativa, al haber asumido la competencia legislativa exclusiva en derecho civil.

El Reino de Mallorca fue uno de estos territorios que tuvieron y ha conservado vigente, a pesar de las dificultades de su mantenimiento a lo largo de los siglos, su *iura propria*, como exige la Constitución (“allí donde exista” artículo 149.1.8ª) para fundamentar la excepción a la exclusiva competencia estatal en materia civil.

Sus Islas se rigieron por su derecho estatutario que pervivió incluso en los momentos más difíciles durante sus nueve siglos de historia⁸, principalmente, con la llegada de Felipe V; los términos del Decreto de 29 de julio de 1707: “porque mi real intención es que todo el continente de España se gobierne por unas mismas leyes...” (como determinaba la Novísima Recopilación, 3,3,1), ponían en peligro el mantenimiento del derecho civil propio. El Decreto de Nueva Planta de 1716 permitirá al antiguo Reino de Mallorca conservar su Derecho, aunque perdió su competencia legislativa.

membre numerari de la Secció de Filosofia i Ciències Socials, llegit el dia 19 d'octubre de 1995). Barcelona 1996, pág.7

⁷ Hoy sólo podemos calificar de “fragmentario”, por el escaso ejercicio de la competencia legislativa exclusiva, al derecho civil balear, porque la clase política no ha tenido la sensibilidad requerida para promover el desarrollo del derecho civil propio. Los otros derechos civiles autonómicos, el Derecho civil de Cataluña, el de Aragón, el de Navarra, País Vasco o Galicia han sido desarrollados a partir de la asunción de la competencia legislativa en exclusiva; incluso el caso de Valencia.

⁸ La existencia de los derechos municipales o estatutarios, que son de aplicación preferente en su ámbito territorial, se han ido tolerando; primero, en la Edad Media, junto al *ius commune* entendiendo que debía interpretarse *ut minus corrigat vel deroget iuri quam sit possibile*. Posteriormente, en el siglo XVIII, con los Decretos de Nueva Planta frente al derecho de Castilla; y, finalmente en el siglo XIX frente al Código civil que, tras los intentos de unificación con la codificación civil. En el ejercicio del desarrollo del precepto constitucional del Estatuto de Bayona, concretamente el artículo 96: “Las Españas y las Indias se gobernarán por un sólo Código de leyes civiles y criminales”. Se pretendía unificar el derecho civil en el territorio español imponiendo el derecho de Castilla en detrimento de los *iura propria*. Impone su vigencia territorial a todas las regiones regidas por *iura propria* mediante el mecanismo de la supletoriedad.

El otro momento de gran dificultad para el mantenimiento de su derecho fue en el siglo XIX al tiempo de la elaboración del Código Civil, con el intento que los derechos civiles territoriales quedaran fosilizados en unos exiguos Apéndices al Código civil. Y los términos amenazantes: “lo conservarán por ahora” como rezaba el originario artículo 12 del Código civil; así como el desafortunado originario artículo 13 que recogía la postura conciliadora de Aragón y Baleares. Precisamente, su origen para Baleares está en la recomendación hecha por D. Antonio Maura, al Colegio de Abogados de Baleares, de secundar la transacción sobre el artículo 7 de la Ley de Bases presentada por Gil Bergés, cuyo artículo 7 apareció por vez primera en el Diario de Sesiones de Cortes (Senado) de 30 de abril de 1888. La inclusión de Baleares, junto a Aragón, en el citado artículo 7 no fue fruto de una enmienda parlamentaria⁹.

El Congreso de Zaragoza celebrado del 3 al 9 de octubre de 1946¹⁰ descartando el sistema de Apéndices, concluye invitando a constituir las Comisiones de Juristas para el estudio y ordenación de las instituciones de derecho foral con la finalidad de redactar las correspondientes Compilaciones.

Por Orden de 10 de febrero de 1948 se constituyen las Comisiones para el estudio y la ordenación de las instituciones de Derecho Foral de Aragón, Cataluña, Galicia, Baleares, Vizcaya y Álava; y se autoriza a Navarra para que nombre la suya. Se abre el período compilatorio.

En Baleares, nombrada la Comisión, la primera sesión constitutiva se celebró el 5 de diciembre de 1958, presidida por el eminente civilista D. José Castán Tobeñas. No voy a detenerme en los proyectos de trabajo de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación, sólo me referiré a un determinado momento durante el período de redacción de la Compilación, porque va a suponer un cambio, definitivo, de la estructura de la Compilación balear¹¹.

⁹ El motivo de la opción de secundar la redacción del artículo 7 de la Ley de Bases de 1885, y la influencia de Maura, ya la traté con anterioridad, se puede consultar: FERRER VANRELL, María Pilar, “La codificación civil y la llamada “cuestión foral” en Baleares”, *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, Tomo XIII, ed. Parlamento Balear, Palma 2012 pp 87-182, en concreto, pp.138 a 138 a 148.

¹⁰ Ver DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Los Derechos Civiles Forales en la constitución*”. RJC 1979, pp.146

¹¹ No me extiendo en esta cuestión que traté anteriormente sobre la redacción de la Compilación de 1961, se puede consultar en, FERRER VANRELL, María Pilar, “El *iter* histórico-legislativo de la Compilación del Derecho Civil especial de las Islas Baleares. Sus precedentes”, en *El dret viscut*. (María Pilar Ferrer/Miquel Masot/Lluís J.Segura(coord.) Lleonard Muntaner, Editor. Col. L’Arjau, 24, Palma 2011, pp.19-56.

La Comisión de Juristas de Ibiza, en sesión de 14 de mayo de 1960 presidida por el notario D. José Cruz Carrasco, redactan un acta que titulan “*Acta de Protocolización del Proyecto de Apéndice al Código Civil de las especialidades forales de Ibiza y Formentera*”.

Los Juristas ibicencos habían redactado un borrador de proyecto de “Apéndice al Código civil para las Islas de Ibiza y Formentera” que constaba de un Título Preliminar, de dos artículos, y cinco títulos que comprendían los artículos 3 a 38, además de una disposición general y otra final. Enviaron el Acta a la Comisión General de Codificación, indicando que lo mallorquín no es lo balear, y que las islas Pitiusas tenían sus propias especialidades.

Santiago Pelayo Horé escribió a Marcelino Cabanas, el 2 de abril de 1960, en estos términos: “Te envío una pequeña bomba que acabo de recibir. Me la envía mi compañero notario de Ibiza don José Cruz Carrasco y por su rápida lectura me entero de que una cosa son las Islas Baleares y otra distinta las Islas Pitiusas (Ibiza y Formentera)”¹², y manifiesta a Don Marcelino el sentido que deberían tener los términos a utilizar en la contestación, diciendo que “estas compilaciones no pretenden disgregar minuciosamente la legislación española, sino antes, al contrario, disponer de una amplia información para cuando se acometa la redacción del nuevo Código civil”.

La Compilación, que constaba de 86 artículos, se aprobó por ley 5/1961, de 19 de abril¹³. Su estructura estaba dividida en un Título Preliminar, que era derecho general aplicable a todas las Islas; el Libro I aplicable a Mallorca¹⁴; el Libro II de aplicación en Menorca¹⁵; y el Libro III aplicable a Ibiza y Formentera¹⁶.

¹² El Sr. Cabanas manifiesta inquietud por saber si Menorca también tiene derecho propio distinto a Mallorca; y el Sr. Subías, en su carta de respuesta de 4 de junio de 1960 al Sr. Cabanas le dice: “habiendo ocurrido lo de Ibiza y Formentera ya no me extrañó su sugerencia de que viéramos los problemas en relación con Menorca [...]. En Menorca y en Ibiza, y por tanto también en Formentera, han regido el mismo Derecho y las mismas disposiciones que en Mallorca, y de ahí que siempre se haya considerado como Derecho Balear el Derecho Mallorquín, con tanto mayor motivo cuanto que cuando se hizo la Compilación (Anteproyecto) de 1949, los menorquines únicamente hicieron hincapié en que se destacase su especialidad referente a la “Sociedad rural” y los ibicencos callaron como muertos”.

¹³ Vid. LLODRÁ GRIMALT, Francesca. “La “Compilación del Derecho Civil Especial de las Islas Baleares” i el seu caràcter innovador, en *El dret viscut*, cit. (2011), pp. 57-96.

¹⁴ Vid FERRER PONS, Jaume. “El Libro I, dedicado a Mallorca” en *El dret viscut*, cit. (2011), pp. 97-134.

¹⁵ Vid. QUINTANA PETRUS. Josep M. “La Compilación de Dret Civil a Manorca: d’un passat excèptic a un futur integrador, en *El dret viscut*, cit. (2011), pp. 135-166

¹⁶ Vid. CARDONA GUASCH, Olga, “Balanc de l’aplicació de la Compilació a Eivissa i Formentera”, en *El dret viscut*, cit. (2011), pp. 169-201.

Además, le siguen, también como derecho general aplicable a todo el territorio balear, dos Disposiciones Finales, una Disposición Adicional y una Disposición Transitoria.

Este inciso nos lleva a dos conclusiones, por una parte, el sistema de Compilaciones era una ley de mínimos; se pretendía “conservar” las instituciones arraigadas que se practicaban en cada territorio; es decir, mantener sólo las instituciones que se practicaban de los *iura propria*.

Por otra, la Compilación de derecho civil de Baleares nació con una nueva estructura, como se ha dicho. Pasó de regular un título Preliminar y cuatro Títulos, según la materia regulada, que comprendía todas las instituciones aplicables a las Islas Baleares, con la regulación de las singulares instituciones propias de Ibiza y de Menorca, a una Compilación dividida en 3 libros, aplicable a cada territorio insular. Estamos ante una ley general de aplicación a todo el territorio balear, que se localiza en el Título Preliminar y en las Disposiciones finales, y una ley especial aplicable a cada territorio insular, que son cada uno de los Libros.

Esta estructura ha marcado, en cierta medida, el escaso desarrollo de nuestro derecho civil, especialmente si lo comparamos con la actividad desplegada por los Parlamentos de las distintas Comunidades Autónomas con competencia en derecho civil.

En 1978 se abre un período de renacimiento para los derechos civiles territoriales, con la entrada en vigor de la Constitución, por la recuperación de la competencia legislativa, perdida en 1707.

El apartado 1 del artículo 149 CE incluye la legislación civil como competencia exclusiva del Estado, que excepciona su regla 8ª en la “conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles forales o especiales”, siempre que lo hayan conservado (“allí donde exista”, dice la regla 8ª del artículo 149.1. CE).

El legislador constitucional ha sido “foralista” al anclar la competencia legislativa en la existencia y vigencia (en el momento de entrar en vigor la Constitución) de los *iura propria*, a diferencia del legislador de 1931 que, en el artículo 13 de la Constitución de 1931, abogó por la opción “autonomista”, que permitía asumir la competencia en legislación civil a todos los territorios del Estado en las competencias no atribuidas al Estado.

Baleares, 1) por una parte, constatada la existencia y vigencia del derecho civil propio, asumió la competencia en legislación civil (originario artículo 10.22 EAIB; vigente artículo 30.27 EAIB). 2) Por otra, el ejercicio de dicha competen-

cia legislativa ha venido diseñado por dos cuestiones: a) una de índole interna, como es la estructura de la Compilación, dividida en Libros, cada uno de los cuales tiene vigencia específica en su propio ámbito territorial, fruto de la formación del derecho del Antiguo Reino de Mallorca a lo largo de los siglos y que es el reflejo del sentir de un pueblo. b) La otra, de índole externa, me refiero al criterio jurisprudencial, sentado por el Tribunal Constitucional en cuanto al entendimiento del término “desarrollo” del artículo 149.1.8ª CE, que lo ha interpretado con un marcado carácter restrictivo.

Se podría añadir una tercera cuestión y creo que la más importante, que ha sido la deficiente política legislativa en materia civil seguida por los distintos gobiernos de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

Adaptada la Compilación de 1961 a la Constitución, por ley 8/1990, de 28 de junio sobre Compilación de Derecho civil de Baleares y Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, la actividad legislativa desplegada por el Parlamento balear en el “desarrollo” ha sido escasa.

Las distintas Comisiones Asesoras y los Consejos Asesores en Derecho Civil, han preparado distintos borradores de anteproyectos de ley sobre el régimen patrimonial del matrimonio que han ido quedando archivados por el gobierno autonómico de distinto signo político, en cada una de las legislaturas. En parte por la negativa de Ibiza y Formentera a aprobar los textos.

Otros proyectos de ley, que fueron aprobados por el Consejo de Gobierno balear, como fue el anteproyecto de modificación del Título Preliminar, y que inició su tramitación parlamentaria como Proyecto de reforma del Título Preliminar, mayo 2006 (BOPIB nº 132, de 12 de mayo de 2006) decayó en 2006 por finalizar la legislatura y no se volvió a presentar. Más tarde, la ley 7/2017, de 3 de agosto¹⁷ de modificación de la Compilación, que fue una especie de *rapiècement* de la Compilación, modificó sólo el artículo 1 del Título Preliminar, dice su Exposición de Motivos que basándose en el proyecto de 2006¹⁸. Este “parcheado” de la Compilación modificó algunos de sus artículos, sin modificar el número de artículos de la Compilación, como había ocurrido en la ley 3/2009, de modificación de la

¹⁷ Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, nº XIX (extraordinario), 2018. Corresponde a un estudio pormenorizado de la citada ley 7/2017.

¹⁸ Parece que no lo siguió, como ya tuve ocasión de ponerlo de manifiesto en “Las fuentes de derecho civil balear y su aplicación tras la reforma por ley 7/2017, de 3 de agosto”, en *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*. Palma 2018, pp. 9-46

Compilación sobre causas de indignidad sucesoria y desheredamiento para dar cabida a las consecuencias de la violencia de género; es decir, nos quedamos en la “conservación” y la simple “modificación” y no en el necesario “desarrollo”.

Tuvieron mejor ventura los borradores de anteproyectos que llegaron a convertirse en ley, como fue la ley 18/2001, de 19 de diciembre de parejas estables; la ley 18/2006, de 22 de diciembre, de mediación familiar, derogada y sustituida por la ley de 14/2010, de 9 de diciembre; y la ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas.

Últimamente la percepción es de un mayor interés, al haber aprobado una ley sectorial sobre pactos sucesorios, la ley 8/2022, de 11 de noviembre, de sucesión voluntaria paccionada o contractual¹⁹, por su repercusión en materia tributaria. El primer impulso al renacimiento de los pactos sucesorios tuvo lugar con la ley 22/2006, de 19 de diciembre, de reforma del impuesto sobre sucesiones y donaciones, especialmente el pacto de definición, o pago de legítima en vida de los padres, al tributar por el tipo bonificado del 1%, como los otros pactos sucesorios. A partir de la reforma de 2023²⁰ ha pasado a quedar bonificado al 100%, entre los parientes directos (grupo I y II), otras bonificaciones para los parientes del grupo III.

La antes citada ley 8/2022, no tuvo problemas en su tramitación parlamentaria porque, por una parte, su estructura sigue la de la Compilación, es decir, el Título II dedicado a Mallorca y Menorca, y el Título III a Ibiza y Formentera, y va precedida por un Título I de disposiciones comunes. Por otra, porque se trataba de bonificaciones tributarias, aunque las mismas bonificaciones ya se venían practicando desde 2006. La mejor bonificación al 0% no se produjo hasta 2023, con el cambio de gobierno, ya aprobada la ley 8/2022 que continuó, al tiempo de su aprobación, con la bonificación tributaria al 1%, como ocurría desde 2006, hasta 2023 que se bonificó al 0%.

En estos momentos, el anteproyecto de ley del régimen patrimonial del matrimonio, que ya ha sido expuesto a información pública, e incorporadas las

¹⁹ Su estudio puede consultarse en el Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, nº XXIII (extraordinario), 2024.

²⁰ Modificación de los arts. 36 y 36 bis, del Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en materia de tributos cedidos por el Estado, aprobado por Decreto Legislativo 1/2014, de 6 de junio, por ley 4/2023, de 18 de julio, de modificación del Decreto Legislativo 1/2014, de 6 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en materia de tributos cedidos por el Estado.

enmiendas pertinentes, está pendiente de aprobación por el Consejo de gobierno para iniciar su tramitación parlamentaria.

Este anteproyecto de ley también sigue la misma estructura, un Título I de disposiciones comunes, el Título II para Mallorca y Menorca y el Título III para Ibiza y Formentera.

Después de este breve apunte sobre la situación actual del derecho civil de las Islas Baleares, haré una sucinta exposición de las actividades que realizadas por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en el fomento del estudio del derecho civil propio.

3. Actividades de la RAJLIB en el estudio y la defensa del derecho civil propio.

La creación de las Reales Academias en general, y las de Jurisprudencia y Legislación en particular, persiguen como fin de interés público el fomento de la investigación y del estudio de las distintas ramas del saber, como también su divulgación o transferencia de este conocimiento para el progreso de la sociedad.

La Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears se creó el 24 de marzo de 1988, y Su Majestad el Rey le concedió el título de “Real” por Credencial de 12 de mayo de 2015²¹.

Los fines de la Real Academia balear los determina el artículo 2 de sus Estatutos en estos términos: “Los fines de la Academia son el estudio y la investigación del Derecho, la colaboración en la reforma de la legislación y el fomento de la cultura jurídica”, y su artículo 3 enumera los medios de los que se valdrá para la consecución de tales fines, que son 9, entre los que se encuentra, como número 3 “El estudio de las disposiciones legales para orientar su aplicación, formular propuestas de reforma y concurrir a las informaciones públicas sobre nueva legislación, dedicando principal consideración al Derecho civil propio de las Illes Balears”.

²¹ D. Domingo Martínez Palomo, Secretario General de la Casa de S.M. el Rey, comunicó al Presidente, D. Miquel Masot Miquel, que Su Majestad el Rey “ha tenido a bien conceder el Título de “Real” a la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears”; se adjunta la correspondiente Credencial fechada a 12 de mayo de 2015.

Se puede consultar el proceso de petición y otorgamiento del título de “Real” en Boletín de la Real academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. Núm. XVII, Ed. Parlament de les Illes Balears, Palma 2016, pp 14-15.

A partir de este mandato estatutario ¿en qué se concreta la actividad de nuestra Real Academia en materia de estudio e investigación del derecho civil balear?.

En primer lugar, se tiene que destacar que la Real Academia está atenta a la tramitación de los proyectos de ley sobre derecho civil balear y, en los períodos de exposición pública, envía las alegaciones que entiende necesarias para la mejora del texto legal que se propone; que son tenidas muy en cuenta.

Por otra parte, los Académicos, una vez aprobada como ley la materia que ha sido objeto de reforma, dedicamos un número extraordinario de nuestro Boletín, que nos financia el Parlamento balear y que es nuestra principal publicación y tarjeta de presentación, al estudio del nuevo texto legal aprobado por el Parlamento balear; así, por citar los últimos, el Boletín número XIX (extraordinario), es un estudio monográfico sobre la ley 7/2017 de 3 de agosto, de modificación de la Compilación; y el Boletín número XXIII (extraordinario) contiene el estudio monográfico sobre la ley 8/2022, de 11 de noviembre, de sucesión voluntaria pactada o contractual. También se acostumbra a organizar conferencias y mesas de debate con especialistas sobre la materia de las nuevas leyes.

Asimismo, durante el curso académico, se organizan conferencias sobre otras materias de interés reguladas por nuestro derecho civil propio.

Como actividad estrella²² en la consecución de los fines académicos en el estudio, investigación y difusión del derecho civil de Baleares, La Real Academia otorga un Premio, denominado Luis Pascual González, en honor a un eminente abogado y estudioso de nuestro derecho civil, que levantó la voz en el Ilustre Colegio de Abogados al tiempo de la elaboración de los Apéndices al Código civil diciendo que “él no iba a ser el enterrador de nuestro derecho civil”; también había puesto de manifiesto las nefastas consecuencias del originario artículo 13²³

²² Hay que destacar que, aun no siendo la materia de derecho civil, se ha convocado el I Premio Félix Pons Irazazábal, en honor al ilustre jurista, que fue Presidente del Congreso de España. La materia objeto de los trabajos deben versar sobre derecho público autonómico. Las bases se pueden encontrar en <https://ajlib.org>

²³ PASCUAL GONZÁLEZ, Luis. *Derecho Civil de Mallorca*, Imprenta Mossén Alcover. Palma 1951, pág.55. Respecto al artículo 13 dice: “Este artículo, plasmación de la tendencia conciliadora de las regiones aragonesa y mallorquina, fue redactado con la firme creencia de que en brevísimo plazo aparecerían los anunciados Apéndices. Constituyó una solución transaccional transitoria, acogida con satisfacción general y particularmente por las personas de ideas liberales partidarias del uniformismo, tan en boga en extensos campos políticos en la segunda mitad del pasado siglo. Al prolongarse esta solución provisional más allá de uno o dos años, y alcanzar la avanzada edad de doce lustros, ha producido unos resultados muy en disonancia con la satisfacción que motivó: problemas insolubles, incertidumbre en el derecho aplicable, confusiónismo en

del Código civil diciendo que los resultados que se constataban en la Magistratura y en el Foro Mallorquín ha sido la incertidumbre en el derecho aplicable y el confusionismo en importantes áreas de nuestro derecho.

El 30 de septiembre se ha convocado la XVII edición²⁴ de dicho Premio, que se otorga al mejor trabajo de investigación, inédito, presentado sobre derecho civil de Baleares.

Inició su andadura con la colaboración del Parlamento Balear, y la Caja Sa Nostra, que hoy está integrada dentro CaixaBank. A partir de ahora la situación es distinta, porque el pasado mes de mayo se firmó un convenio entre la Real Academia y el Ilustre Colegio Notarial de Baleares y el Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Baleares, para la colaboración en esta XVII edición del Premio Pascual González y para las siguientes convocatorias.

La entrega del premio coincidirá con los actos de celebración de la Festividad de San Juan *Ante Portam Latinam*, alternando la entrega en la sede del Ilustre Colegio Notarial y en la del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad, con la presidencia de la Real Academia.

Es, en resumen, las concretas actividades que realiza la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears.

De nuevo quiero expresar mi agradecimiento al Excmo. Sr. Presidente de la Real Academia Aragonesa, Dr. Merino Hernández, por la brillante iniciativa de organizar una frutífera jornada de puesta en común y enriquecimiento científico para el mejor desempeño en beneficio de las Academias de Jurisprudencia y Legislación y la divulgación del conocimiento a la sociedad.

importantes y delicadas áreas de nuestro derecho. Éstas son las secuelas que la Magistratura y el Foro Mallorquín han padecido -y padecen aún- a consecuencia de la redacción del artículo que examinamos y de su antecedente y complemento el artículo 12”.

²⁴ Las Bases para concursar al Premio Pascual González, se pueden consultar en la pág. De la Academia, a la dirección: <https://ajlib.org>

PREMIOS PARA JURISTAS JÓVENES
2025

PREMIO DE DERECHO PRIVADO
“CASTÁN TOBEÑAS”

LA REVISIÓN DE UNA SENTENCIA DE INCAPACITACIÓN: CUESTIONES VINCULADAS A LA NUEVA LEGISLACIÓN PARA EL APOYO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA

Autora: Doña Inés-María García Lavilla

I. Antecedentes de hecho, con la indicación de la documentación de partida y los hechos y circunstancias a considerar.

Tras concertar previamente una cita en mi despacho profesional, se presenta doña Evangelina, persona con sordoceguera adquirida (síndrome de Usher, sordera bilateral con pérdida de visión progresiva), que me exhibe la sentencia firme, de 26 de marzo de 2016 que declaró su incapacidad total para regir su persona y bienes en el seno de un proceso de modificación de la capacidad, sometiéndola a tutela de la Comisión de Tutelas y Defensa Judicial de Adultos del Instituto Aragonés de Servicios Sociales. La sentencia declaraba su incapacidad ante su deterioro de vista y de oído y de sus recurrentes crisis depresivas que repercutían en los diferentes ámbitos de su vida y desenvolvimiento diario. Asimismo, la consultante tiene un grado de discapacidad del 66% reconocido administrativamente que acredita la certificación que me exhibe a la que hace referencia la Ley 41/2003.

Evangelina vive sola en un piso de su propiedad y dice tener plena conciencia de su estado al estar aquejada, según ella, de una causa de discapacidad que, al parecer, presenta una evolución en positivo. Esta información resulta del informe médico que doña Evangelina me muestra, del cual no se desprende que presente patologías que modifiquen la capacidad de autogobierno, de entender y querer. Tampoco aparece prescripción facultativa alguna relativa a su capacidad de entender y querer.

Se le requiere de información ulterior sobre este extremo relativo a la estabilidad y mejora o empeoramiento de su discapacidad. No obstante, la situación actual es de total estabilidad, sin recaída alguna, ni tratamiento terapéutico, teniendo un buen pronóstico. Evangelina viene siendo atendida, desde 2021, por una unidad técnica de atención a la sordoceguera que la somete a una rehabili-

tación basada en el aprovechamiento de no sólo de los posibles restos de vista y oído sino también de los demás sentidos, fundamentalmente el tacto a través de un sistema de lectoescritura como el braille.

Según afirma en la entrevista, nunca aceptó con docilidad las, para ella, enormes limitaciones recogidas en la sentencia que tras un breve brote neurótico justificó y explicó la limitación total que padece.

Por otra parte, no cree que las medidas judiciales se estén aplicando eficazmente, ya que ha venido actuando sin anuencia de quien aparecía designada para el ejercicio del cargo tutelar -la Comisión de Tutelas y Defensa Judicial de Adultos del Instituto Aragonés de Servicios Sociales-.

Doña Evangelina acude acompañada de su íntima amiga, Virtudes, a quien conoció durante sus sesiones de rehabilitación, y a la que se siente unida por vínculos casi familiares. Virtudes viene actuando, sin recibir encargo ni nombramiento alguno, de una manera desinteresada como una guardadora de hecho de aquélla mediante atenciones de mera cortesía de asistencia y apoyo. Virtudes tiene el papel de compañera de comunicación de Evangelina, la apoya en sus interacciones y logra que su amiga se comunique con éxito y desarrolle sus capacidades y habilidades de manera plena. Este acompañamiento amistoso y vinculación de hecho se ha venido produciendo durante los últimos tres años y ha resultado, según refiere doña Evangelina, muy útil en su trayectoria vital.

Por su parte, doña Virtudes me manifiesta su predisposición a continuar voluntariamente con la prestación del apoyo que sea necesario en cada caso, para la actividad diaria, si para ello es requerida.

Como no se resigna a ese estado de limitación total de su capacidad de obrar, acude en consulta para conocer las posibilidades de cambio de su estado civil, ante todo por la evidente situación de desamparo que dice padecer respecto de sus más cercanos familiares. De forma vaga e imprecisa ha tenido conocimiento de que se ha eliminado la incapacitación y por tal razón entiende que este es un momento propicio para modificar su estado civil.

Desea conocer el medio para modificar la situación que recoge la sentencia de incapacitación que me ha entregado y que consiste, sin más, en una privación de sus derechos.

En definitiva, se pregunta qué puede hacer para modificar su situación claudicante en relación a su estado civil. Su deseo es extinguir el régimen de tutela al que está sujeta ya que, a su juicio, las medidas deben decaer tras el nuevo régimen jurídico de la discapacidad del que ha oído hablar.

Junto a la sentencia aludida, aporta como documentos que acreditan su condición y estado sendos dictámenes sociales y sanitarios en los que no aparece historial alguno clínico de ingresos o estancias hospitalarias. Por otra parte, me muestra un inventario de sus bienes al tiempo de esta entrevista. De su situación económica y financiera que aporta con documental suficiente no parece haber tendencia alguna a la prodigalidad.

Para acabar me dice que sus familiares, entre los que cita a una sobrina, que, en rigor, le resultan extraños porque nunca se han manifestado proclives a atenderla, le han indicado la oportunidad, que ella considera malintencionada, de internarla en una residencia de la tercera edad. Se pregunta doña Evangelina si, contra su voluntad y sin justificación suficiente, se puede proceder a su internamiento, que desde luego sería involuntario. La consultante parece aludir a una captación de voluntad o a una influencia indebida con ánimo de sustituir su voluntad por entero reacia a ingresar en una residencia.

Le preocupa, en fin, la posibilidad de un internamiento residencial que supondría un cambio significativo de su forma de vida.

Por otra parte, ante la posibilidad de dejar sin efecto la sentencia que la incapacitó, me pregunta cuál puede ser su situación posterior, qué papel puede jugar su amiga doña Virtudes, y si ella, por sí sola, podrá realizar determinadas actividades como otorga a ésta un poder amplio, abrir cuentas bancarias, vender bienes de su propiedad, otorgar testamento, comprar un inmueble, pedir un préstamo hipotecario, otorgar un documento de voluntades anticipadas, hacer donación de su órganos o iniciar una actividad laboral.

Le contesto que voy a estudiar su caso y, en unos días, le daré una respuesta que se acomode a sus intereses y sea coherente con el nuevo régimen sustantivo de la discapacidad instaurado por la profunda reforma producida mediante la Ley 8/2021 que, en seguimiento del artículo 12 de la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, reconoce a las personas con discapacidad el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás porque la discapacidad no es un estado civil, sino una situación de hecho cuyo tratamiento jurídico conforme al nuevo sistema está fundamentado en dos principios: en primer lugar, el respeto a la voluntad y a las preferencias de la persona con discapacidad que se extrapola a toda la normativa civil y procesal modificada y, en segundo lugar, que la nueva regulación de la discapacidad se articula en torno al concepto del apoyo a la persona que lo precise. En consecuencia, la incapacitación deja de ser el elemento central para la protección de las personas con discapacidad desapareciendo tanto la declaración de incapacidad como la de su modificación.

II. Las cuestiones que se plantean.

1.1.-La revisión de la sentencia que limita totalmente el ejercicio de la capacidad jurídica de la consultante y la extinción del régimen de tutela al que está sujeta.

A) Los fundamentos jurídicos de las pretensiones de la consultante

Un análisis pormenorizado de los antecedentes nos permite afirmar que se trata de un conjunto de hechos cuyas líneas generales nos parecen reveladoras de una situación en la que, reconociendo la deficiencia persistente de carácter físico o, por mejor decir, sensorial, no aparece dificultad cognitiva ni volitiva alguna que le impida a la consultante su propio gobierno personal y patrimonial. En el centro de ese dictamen está la idea de que, aunque podría hacerlo, la consultante no pretende renunciar a todo tipo de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. Plenamente consciente de su limitación física de naturaleza sensorial, la cuestión nuclear que se plantea y será expuesta ante la jurisdicción voluntaria o contenciosa es que no hay necesidad alguna de suplir su voluntad que forma y expresa con el lenguaje braille y el apoyo técnico que ofrecen las nuevas tecnologías.

De los antecedentes suficiente y prolijamente expuestos con minuciosidad, con facilidad se deduce que el primer problema a resolver es la posibilidad de dejar sin efecto la sentencia de modificación judicial de la capacidad que tiene su razón de ser en una sordoceguera adquirida unida a un fugaz y episódico brote neurótico que no se ha vuelto a producir. Pese a que no cabe admitir el actual estado civil de la consultante conforme a una interpretación en sintonía con la legislación vigente, estatal o foral, hay que entender que todo se reduce desde la perspectiva jurídica a una cuestión de hecho. La consultante, tanto en su solicitud de revisión ante la jurisdicción voluntaria como, llegado en el caso, en su escrito de demanda ante la contenciosa, además de sus razones o fundamentos legales tiene a su cargo el *onus probandi* respecto de los hechos constitutivos de su pretensión. No obstante, los hechos son los que son y a ellos nos atenemos para sostener nuestra causa de pedir tanto en la jurisdicción voluntaria como, en su caso, en la contenciosa. Los motivos obstativos a la revisión pretendida que pueda aducir la Comisión de Tutelas respecto de estos extremos relativos a los apoyos pueden y deben ser rebatidos a través del material probatorio que será aportado al expediente de jurisdicción voluntaria o, en su caso, al procedimiento contradictorio. La réplica de los razonamientos que se expondrán seguidamente para sostener la causa de pedir de la consultante parece difícil. Siendo esto así, se hace difícil delimitar por anticipado o a *priori* el contenido de la concreta medida

de apoyo que se entienda conveniente, será, en todo caso, la autoridad judicial quien lo determine. Lo que no es dudoso es que la nueva normativa ha suprimido el juicio de capacidad y relegado la tutela al ámbito de los menores, por lo que parece improcedente en cualquier caso reducir a la consultante al estado en el que se encuentra. Tal vez, pueda ser suficiente la simple asistencia técnica, pero una curatela asistencial parece mejor.

El nuevo régimen sustantivo de la discapacidad del que ha oído hablar la consultante está inspirado en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 que es parte de nuestro ordenamiento jurídico desde el 3 de mayo de 2008 según su instrumento de ratificación del Gobierno español fechado el 23 de noviembre de 2007. La Ley 8/2021 que incorpora los principios de la Convención es una pieza legislativa de hondura transversal que establece con este texto de referencia de fuente internacional un modelo social para la nueva disciplina en la materia en la que ya no se distinguen con claridad las categorías jurídicas de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar que, habrá que decirlo ya, no es otra cosa que la capacidad natural para entender y querer.

El espíritu y finalidad de la nueva regulación ha de servir para que la voluntad de la consultante de extinguir la tutela, que no le ha producido utilidad alguna, no acabe en frustración. Sin discusión el precepto estrella de la Convención es su artículo 12.2. en el que se subraya la igualdad de tratamiento sin discernir grados de capacidad de obrar por razón de cualquier tipo de discapacidad. Su cita es constante en la jurisprudencia. Por otra parte, la repercusión de esta disposición tanto en la totalidad del sistema jurídico tuitivo español a través de la Ley 8/2021 como en el sistema foral aragonés en un futuro más o menos cercano es evidente.

La sentencia que aporta la consultante es una representación perfecta del tipo de sentencias que han de ser revisadas por la obligación legal establecida en la Disposición Transitoria 5 de la Ley 8/2021. Como he avanzado, este texto legal supera el modelo segregador, médico y sustitutivo de la voluntad mediante un modelo plural y versátil de apoyos que engloba un conjunto de medidas, oficiales y oficiosas, de distinto tipo e intensidad tendentes, todas ellas, a que la persona con discapacidad, como la consultante, pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones. Los términos del fallo o parte dispositiva de la sentencia aportada por la consultante vacían de contenido el ejercicio de la capacidad jurídica de doña Evangelina que se encuentra sometida a la tutela de la Administración asistencial, cuya característica más acusada ha sido el abandono en el ejercicio de sus funciones representativas pese a que el artículo 100 del Código de Derecho

Foral de Aragón (en adelante CDFA) le atribuye la guarda y protección de su persona y bienes. La revisión de todos los pronunciamientos de la sentencia es, sin duda, el camino a seguir en el que se pueden encontrar o no problemas probatorios respecto de su falta de necesidad de apoyo alguno. El contenido médico de la pericial que se practique, el informe del médico forense y los informes sociales serán determinantes en este ámbito de las cuestiones de hecho, porque, en rigor, la discapacidad es ahora una situación de hecho y no un estado civil.

Conviene advertir en este punto que todas las cuestiones que ofrecen los problemas planteados en la consulta quedan fuera del objeto propio de los métodos alternativos de resolución de conflictos por razones de indisponibilidad de la materia relativa al estado civil de genuino orden público. En consecuencia, nada se dirá acerca del arbitraje y demás institutos de resolución extrajudicial de conflictos.

Siendo esto así, ya podemos avanzar que será necesario emprender una acción judicial para modificar el estado civil de doña Evangelina por la sencilla razón de la presencia de la sentencia de limitación total de su capacidad de obrar que responde al modelo médico o de exclusión antes aludido cuyas consecuencias no deben perdurar tras la reforma del régimen sustantivo de la discapacidad. La razón es clara. La resolución judicial que nos presenta la consultante incluye un pronunciamiento que limita totalmente su capacidad de obrar y, en consecuencia, resulta necesario dejar sin efecto los pronunciamientos de su fallo que determina ese estado civil en que la sentencia ha dejado a doña Evangelina para, seguidamente, hacer posible todas las decisiones que pretende llevar a cabo en ejercicio de su voluntad libérrima.

La voluntad de doña Evangelina no tiene, sin más, un efecto de neutralizar su situación de capacidad judicialmente modificada. Esta idea no parece que pueda discutirse. En efecto, por aplicación del nuevo régimen de la discapacidad no se extingue automáticamente la tutela administrativa a la que se encuentra formalmente sometida doña Evangelina según la sentencia aportada. Este automatismo, sin duda, es una conclusión errada por una sencilla razón de seguridad jurídica. Buena prueba de ello es la constancia registral de la sentencia, por ejemplo, en el Registro civil. La nueva resolución judicial que se dicte tras la revisión también deberá hacerse constar en el Registro civil. Siendo esto así, no parece concebible que se puedan mantener los pronunciamientos de la sentencia aportada, que no respeta su dignidad ni tutela sus derechos fundamentales bajo la nueva disciplina que refleja el modelo social de tratamiento de la discapacidad.

En consecuencia, tras esta resolución que determinó los actos para los que tenía restringida su capacidad la consultante y que tuvo su origen en un procedimiento a iniciativa de un familiar cercano, una hermana ya fallecida, el medio para resolver la situación de doña Evangelina no es otro que iniciar el procedimiento que se dirá, en el ámbito de la jurisdicción voluntaria o, en su caso, contenciosa, para solucionar ese estado de cosas que pone de manifiesto en la entrevista realizada en mi despacho en la que no advertí idea delirante alguna ni tampoco limitaciones cognitivas o volitivas derivadas de su sordoceguera de la que tiene plena conciencia.

El interés de la consultante se resuelve en la revocación de la declaración de incapacidad y en proveerse del apoyo que judicialmente se crea necesario, contando, en su caso, con el voluntario ofrecimiento de doña Virtudes. En todo caso, hay que decir que no se trata ahora de la sustitución de la incapacidad judicial total de doña Evangelina por la imposición forzada de apoyos con pérdida de derechos. En efecto, bajo el principio de intervención judicial mínima su situación está llamada a ser solucionada mediante una nueva declaración judicial en la cual, según el nuevo modelo social, se constituya un apoyo, por ejemplo, una curatela siempre temporal y excepcionalmente representativa que guarda perfecta sintonía con la pretensión de la consultante. Librarse de la dominación de la tutela para caer en el dominio de una curatela representativa no parece tener sentido alguno.

Respecto a la medida de apoyo hay que decir que esta noción es una categoría diferencial en la que se integran todos aquellos expedientes, oficiales u oficiosos, que satisfagan la voluntad, deseos y preferencias del necesitado de ellos, si es el caso. Siendo esto así, para el caso de la consultante, no será una simple acomodación nominal sino una genuina revisión que haga desaparecer su estado civil de incapaz. Sistemáticamente, la caracterización o tipología de los distintos apoyos, si atendemos a un orden lógico y cronológico puede obedecer a la siguiente clasificación: primero, el apoyo voluntario — espontáneo o formalizado—; en su defecto, el apoyo informal; y, en fin, el apoyo judicial, cuya adopción ha de discutirse, preferentemente, en el marco de la Jurisdicción voluntaria, para desembocar, cuando se presenta la oposición, en el ámbito de la Jurisdicción civil contenciosa.

En síntesis, no hay obstáculo alguno que pueda oponerse a la revisión de la sentencia en cuyo trámite se solicitará un apoyo judicial ya que la especie de guarda de hecho que parece venir desempeñando doña Virtudes es informal y de simple hecho. Deliberadamente he desechado la posibilidad de pretender el simple reconocimiento por la autoridad judicial de la guarda de hecho como sufi-

ciente apoyo por razones de prueba de tal condición en cabeza de su amiga doña Virtudes, en fin, de estricta seguridad jurídica.

Con apoyo normativo en los principios de la Convención, el argumento o idea fuerza de la solicitud de revisión de la sentencia aportada es la primacía de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad sensorial, es decir, la consultante. Este razonamiento se sostiene en la idea de que la discapacidad ya no es una circunstancia que, por sí misma, impida a la persona tomar sus propias decisiones y prestar consentimiento informado tanto en asuntos personales como patrimoniales. Esto es particularmente cierto en el caso de la consultante, cuya discapacidad sensorial no afecta en modo alguno a su cognición ni a su volición. Su capacidad natural de entender y querer se manifiesta a través del sistema braille de lectoescritura mediante el que expresa su entendimiento y voluntad con precisión y claridad. Como todo, esto es una cuestión de hecho, sometida a la prueba que, en su momento, se practicará para acreditar todos estos extremos.

Tras la innovación legal en materia de discapacidad, ésta es la diferencia capital respecto al régimen jurídico anterior basado en la idea de sustitución. De conformidad con el nuevo concepto de la discapacidad ya no hay dos voluntades, la del representante legal y la del representado, sino una sola la de éste. En nuestro caso, la voluntad de la consultante con lo cual quedan respondidas, sin más, no pocas de las preguntas que nos ocuparán más adelante en relación a la realización de actos y contratos en diversos ámbitos del tráfico jurídico. Con una enorme simplificación puede decirse que en el ámbito de la discapacidad la idea de ninguna tolerancia contra todo tipo de discriminación, que subyace en el artículo 12.2 de la Convención de Nueva York antes citado, ha supuesto una transformación conceptual sustantiva desde un modelo médico de «exclusión» -también denominado de prescindencia- de la discapacidad a un modelo social de tratamiento de la discapacidad que responde a la llamada segunda generación de tratados de derechos humanos que está basada en la dignidad intrínseca, incuestionable, que es propia de la persona con discapacidad. Bajo esta nueva perspectiva jurídica los derechos básicos de toda persona no dependen de su mayor o menor capacidad, sino que derivan de la dignidad que iguala todo ser humano como venimos diciendo. Desde otra perspectiva de orden sociológico esta parece ser la conciencia social existente. En coherencia con este primer argumento el resto de los vertidos seguidamente partirán del presupuesto de que toda emisión de declaración de voluntad de la consultante ha de tener consecuencias jurídicas no entorpecidas por la situación anterior que se deriva de la sentencia de continua cita que debe quedar sin efecto alguno.

En el nuevo tratamiento jurídico del fenómeno de la discapacidad entendido como una cuestión de derechos humanos es evidente la función instrumental de todo apoyo sin injerencia alguna sustitutiva o representativa en el ejercicio de la capacidad jurídica del discapaz; solo por excepción cabe la representación tras agotar las posibilidades de comprensión de la voluntad de la persona discapacitada. El apoyo es una categoría diferencial y de naturaleza, en rigor, extrajurídica, en la que se integran todos aquellos expedientes, oficiales y oficiosos, que satisfagan la voluntad, deseos y preferencias del necesitado de ellos si es el caso. Siendo esto así para la consultante, no será una simple acomodación nominal sino una genuina revisión que haga desaparecer su estado civil de absolutamente incapaz. La naturaleza jurídica de este nuevo concepto, apoyo, está por definir, pero la palabra alude a una idea en rigor extrajurídica hasta ahora desconocida en el Derecho privado que se refiere al ejercicio de la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones cuando, de facto, se encuentra limitada. En efecto, es un punto común de acuerdo doctrinal la defensa del sentido utilitario de todas las medidas de apoyo al servicio del libre desarrollo de la personalidad y con pleno respeto a la dignidad inalienable del ser humano. La función de las medidas de apoyo es, en todo caso, asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias. No obstante en este momento hay que indicar que no hay un concepto definitivo de asistencia que siempre se estará formando, esto es, *in fieri* y la tarea interpretativa de los juzgados y tribunales aragoneses debe permitir la adecuación del sistema aragonés de apoyos al sentido y finalidad de la Convención de 2006 hasta que no se lleve a término la deseable reforma legal de las normas sustantivas aragonesas en este punto para evitar la inseguridad jurídica proscrita por la Constitución en su artículo 9.3.

En el ámbito autonómico, el Código civil de Cataluña, en su reciente modificación a propósito de la discapacidad, mediante el Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, prevé para las personas discapacitadas una asistencia personal, sin definir el concepto. Pero esta no es una novedad radical. En efecto, cuando se promulgó la Compilación del Derecho civil de Aragón, en 1967, la asistencia a los mayores de 14, menores de edad, se interpretó de muy diferentes maneras: mera presencia en el acto, consejo del asistente, autorización de la actuación del menor... El Código aragonés vigente, en su art. 27, relativo también a los mayores de 14 años, determina que “la prestación de asistencia requiere conocer el acto que el menor se propone realizar y significa considerarlo conforme a sus intereses; y en la asistencia simultánea al acto” y “puede bastar con la mera presencia sin oposición”. Esta exigencia final parece presuponer una cierta autorización del acto por

parte de la persona que asiste. No creo que ello pueda ser aplicable al caso de la curatela asistencial de un discapacitado. Que el asistente dé su opinión, velando por los intereses del discapacitado entra en la normalidad de su función. Pero, según entiendo, la oposición al acto del asistente debe tener un nulo valor ante la voluntad expresa y declarada de la persona asistida.

De igual forma, deliberada y consciente, la discapacidad no es un concepto jurídico legalmente definido con precisión, pero no es dudoso que pese a su indefinición en la Convención antes citada se asocia íntimamente la asunción de la responsabilidad con el ejercicio de la capacidad jurídica.

Para no romper la coherencia interna del dictamen se partirá de la premisa de una solicitud de revisión, así querida por la consultante, más voluntaria que judicial en términos estrictos y ello bajo el entendimiento de que toda limitación de la autonomía de la voluntad de la persona aquejada de alguna discapacidad ha de ser interpretada de forma muy restrictiva bajo la nueva disciplina legal. También se aludirá a la inoperante tutela de la Administración asistencial para intentar revisar la sentencia. Como en el derecho foral de aplicación al caso, el aragonés, no se ha producido una modificación de vocablos será necesario emplear los existentes bajo un nuevo entendimiento de conformidad con el nuevo espíritu y finalidad de la innovada disciplina legal.

Como segundo argumento razonaremos a partir de la autonomía personal de la que deriva, sin más, que ya no se puede seguir hablando, al menos formalmente, de incapacidad de obrar en ninguna de las situaciones o grados de discapacidad física, de discapacidad intelectual o de deterioro cognitivo ya que la autonomía personal incluye la libertad para tomar decisiones propias para adaptarlas al nuevo régimen de provisión de apoyos que, por regla general, serán simplemente asistenciales de acuerdo con las reglas transitorias previstas en la Ley 8/2.021. Bajo el nuevo entendimiento de la discapacidad ya no cabe una sustitución general de la persona con discapacidad, sino únicamente, de forma subsidiaria y excepcional, para aquellos casos en que no pudiera el afectado de ninguna manera expresar su voluntad, y necesitara de un apoyo constante por carecer, de facto, de autonomía. Precisamente en este punto relativo a la autonomía de la voluntad y su preferencia en el diseño del sistema de apoyos, el derecho aragonés por aplicación del principio *standun est chartae* que inspira el entero ordenamiento privado aragonés, ha sido pionero mediante dos instrumentos autorregulatorios: la delación voluntaria hecha por uno mismo y el mandato de apoyo, previstos en los artículos 107 y 109 del CDFA que alguna utilidad pueden tener para responder otras preguntas que se plantean en este dictamen.

Un tercer argumento que se puede esgrimir con provecho es el de la prioridad de las medidas voluntarias. En efecto, bajo el nuevo régimen de la discapacidad las medidas judiciales, como las recogidas en la sentencia aportada, han quedado relegadas por supeditación a las medidas voluntarias, con las salvaguardas o cautelas que sean del caso, previstas por la propia interesada, en nuestro caso, la curatela simplemente asistencial que será la pretensión dirigida a la autoridad judicial encargada de la revisión de la sentencia.

El cuarto argumento que tiene no poco valor persuasivo alude a la mínima intervención de la autoridad judicial. Conforme a la nueva regulación y como se ha venido diciendo, la ley parte del principio de que todas las personas gozan de capacidad y, solo en el supuesto de que no puedan ejercitarla, tienen la posibilidad, por sí solos, sus familiares o el Ministerio Fiscal de solicitar del juzgado las medidas de apoyo establecidas en el derecho sustantivo que resulte de aplicación, en nuestro caso el aragonés, que precise la consultante para el ejercicio de su capacidad jurídica. Esta pretensión se debe articular de conformidad con el procedimiento de adopción de medidas judiciales de apoyo de aplicación directa en Aragón por ser la legislación procesal materia de competencia estatal de conformidad con el artículo 149.1.6 del texto constitucional. Bajo este principio de intervención judicial mínima la situación de la consultante está llamada a ser solucionada mediante una nueva declaración judicial en la cual, en ningún caso, se podrá incluir la mera privación de derechos. Conforme a este razonamiento que está en el espíritu y finalidad del nuevo régimen legal que suprime la declaración de incapacidad es claro que debe revocarse la declaración de incapacidad total de doña Evangelina y limitar el examen judicial a la procedencia o improcedencia de las medidas de apoyo que sean precisas.

Procede aquí hacer alguna alusión al principio del interés superior del incapaz propio del modelo sustitutivo e identificado por una constante jurisprudencia para adoptar decisiones suplantando al discapaz. Este principio ya no rige a tenor de las nuevas bases de este ámbito material de regulación que están ciertamente alejadas de la idea del interés de la persona con discapacidad. Se trata, según parece, del derecho a equivocarse que tienen todas las personas discapaces o no. Sin embargo, esta parece una opción legal arriesgada ya que, si la decisión de la persona parece equivocada a las personas de su entorno y/o al notario, según el caso, esto puede ser considerado un indicio de un defecto del proceso de decisión. En efecto, o bien no existe una verdadera comprensión de las consecuencias del acto o, tal vez, existe una incapacidad para utilizarla información por la existencia de un trastorno o de una influencia indebida. En estos supuestos extremos, no parece dudoso que se debería volver a presentar la información o a pedir informes

médicos o de asistentes sociales para evitar que se tome una decisión incorrecta. En cualquier caso, no se trata de corregir las preferencias sino de asegurar un verdadero consentimiento informado. En consecuencia, la nueva resolución judicial que se pretende tras la revisión legalmente prevista debería atender, en principio, los deseos, voluntad y preferencias puestas de elocuente manifiesto por la consultante en la entrevista.

Para acabar este apartado aludiré al argumento de la necesidad que es de inexcusable manejo en este ámbito y que es antecedente necesario para la aplicación del argumento de la proporcionalidad del apoyo. La necesidad evidente de algún tipo de apoyo como cuestión de hecho sometida a prueba y la proporcionalidad adecuada a la situación de la persona con discapacidad son los criterios de ineludible aplicación para determinar si el apoyo es asistencial, y en qué casos y cómo ha de darse tal asistencia, o, si es el caso, el apoyo necesario es representativo, pero solo concebible por excepción tras agotar el esfuerzo de comprensión del discapaz. No obstante, tal determinación es una función judicial, y eso es precisamente lo que justifica la necesidad del procedimiento que nos ocupará seguidamente. En efecto, conforme a los principios de subsidiariedad y mínima intervención que inspiran tanto la Convención como la reciente reforma legal en el campo de la discapacidad, solo en defecto o por insuficiencia de medidas de naturaleza voluntaria y a falta de guardador de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias. Por tanto, rige el principio de la preferencia de las medidas de naturaleza voluntaria que son esencialmente atípicas y, no podemos olvidar, que tanto estas como las de origen legal o judicial pueden coexistir y no son incompatibles.

B) Las normas sustantivas del procedimiento de revisión aplicable.

Como cuestión apreciable de oficio en tanto que un elemento intrínseco al procedimiento, tanto en la jurisdicción voluntaria como en la contenciosa, es necesario determinar el régimen sustantivo aplicable al caso de la consultante. Por consiguiente, ante las pretensiones de la consultante es necesario precisar la legislación de aplicación al caso que, en todo caso, por aplicación del artículo 10.2 de la Constitución por tratarse de normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. En este sentido, hay que adecuar nuestro ordenamiento interno, estatal y foral, a la Convención internacional anteriormente citada sobre los derechos de las personas con disca-

pacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, cuyo Instrumento de Ratificación rige en nuestro ordenamiento jurídico desde el 3 de mayo de 2008 como genuino derecho interno.

Los puntos de conexión llamados a resolver el eventual conflicto de leyes, residencia habitual para las medidas de apoyo, y vecindad civil para la capacidad, nos remiten al Derecho civil aragonés y a su régimen jurídico vigente en materia de apoyos que viene establecido en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, de la C.A. de Aragón, texto refundido de las Leyes civiles aragonesas, aprobado con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, dictado en el uso de la competencia legislativa atribuida por el Estatuto de Autonomía de Aragón. Este resultado se alcanza tras una interpretación conjunta y conciliadora de los artículos 9.1, 9.6, 10.11 y 18.1 todos ellos del Código civil. En este sentido reforzando la conclusión alcanzada, el artículo 1.2 del CDFA establece la aplicación supletoria del derecho civil general de Estado solamente en el caso de defecto de norma aragonesa. Y no es el caso. En efecto, tal y como dejó advertido el Consejo de Estado en su dictamen sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal, para el apoyo a las personas con discapacidad, en el ejercicio de su capacidad jurídica en el seno del expediente 34/2019, la normas de contenido civil recogidas en la reforma proyectada del Código Civil se entienden sin perjuicio de las disposiciones que puedan aprobarse en las comunidades autónomas con derecho civil propio, las cuales tienen aplicación preferente de acuerdo con el artículo 149.1.8ª de la Constitución y los correspondientes estatutos de autonomía, siéndoles de aplicación la proyectada ley con carácter supletorio, conforme a la regla general del artículo 13.2 del Código Civil. El artículo 760 de Ley de Enjuiciamiento Civil no admite espacio para la duda al decir que las medidas que adopte el juez en la sentencia deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en el Derecho civil que resulte aplicable, en nuestro caso el aragonés.

Conforme al art. 9.1º CC. las normas relativas al estado civil y capacidad de las personas se rigen por la ley personal, en España la vecindad civil del interesado. Por ello, es necesario, en primer lugar, determinar la concreta vecindad civil de nuestra clienta. Me dice que nació en Guadalajara y que lleva viviendo en Aragón quince años. Le pregunto si, en algún momento de su residencia en esta Comunidad, ha hecho protesta de vecindad civil, es decir, si ha comparecido en el Registro Civil para manifestar su voluntad de seguir manteniendo su vecindad común de origen, antes de los diez años de su venida a Zaragoza, donde reside desde su llegada a Aragón; a lo que contesta negativamente. En consecuencia, su

vecindad civil es la aragonesa, y, al objeto de su pretensión, se le debe aplicar los preceptos del Código aragonés.

La limitación de la capacidad de obrar de la persona, en nuestro caso, doña Evangelina, supone un espectacular divorcio respecto de los principios que inspiran la Convención de la que es tributaria la reforma producida por la Ley 8/2021 y que deben guiar la renovación del Derecho aragonés sustantivo y, en su caso, procesal en la materia. Ninguna norma que implique ejercicio de derechos por parte de sujetos privados va a quedar inmune a la necesidad de adaptación a la nueva disciplina legal y, en consecuencia, el Derecho civil propio de Aragón que recoge el sistema aragonés tuitivo de las personas con discapacidad está necesitado de reforma en este punto. Por ejemplo, resulta evidente la necesidad de una reinterpretación conforme a la Convención de Nueva York del artículo 38.1 del CDA que reintegre la capacidad de doña Evangelina a su original extensión porque en Aragón ya no es posible la incapacitación con pérdida de derechos si nos atenemos al vigente proceso de provisión de medidas judiciales. No se avienen fácilmente a estos principios de la Convención de la ONU, y mucho menos a las observaciones que como recomendaciones viene realizando su Comité de seguimiento la literalidad de algunos de los preceptos forales de aplicación al caso. Por eso hablo de reinterpretación conforme a los principios de la citada Convención.

En fechas recientes la Ley 3/2024 de 13 de junio, de modificación del CDA en materia de capacidad jurídica de las personas, ha adaptado el código a la convención internacional de continua cita. En apretada síntesis la reforma ha suprimido toda referencia a personas incapacitadas. La tutela ha reducido su ámbito a los menores de edad no emancipados y ha desaparecido la potestad de guarda prorrogada o rehabilitada. Como no podía ser de otra forma, las disposiciones voluntarias, sobre tutela o curatela tienen preferencia en su aplicación. Se ha extendido la regulación tanto de los mandatos de apoyo como de los poderes preventivos sin mandato. Se ha definido con alguna precisión la institución del guardador de hecho y, por exigencias de seguridad jurídica, se ha establecido su régimen jurídico. Dentro de la institución de la curatela se han establecido tres especies o subtipos con diversa regulación. Se ha flexibilizado la constitución de la junta de parientes, se ha introducido la figura de la sustitución ejemplar y se ha modificado el régimen de las causas de desheredación. En su aplicación habrá que tomar en especial consideración las disposiciones transitorias que facilitan la sucesión de regímenes jurídicos.

Las resoluciones más recientes de los juzgados y tribunales de nuestra región que optan por la aplicación del derecho foral causalizado por el fin, relegando la

aplicación de la disciplina que hoy se alberga en el Código civil reformado en este ámbito material de las ahora denominadas medidas de apoyo. Las líneas de apertura seguidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la orientación que marca la Convención, genuino derecho interno, han de ser valoradas positivamente. No es momento de examinar con algún detenimiento este cuerpo de doctrina del Alto Tribunal basta con advertir que antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 los principios derivados de la citada Convención -derecho interno- no eran ajenos al sentir general de la doctrina, e inspiraban claramente la acción de nuestros tribunales. Sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2021, que establece los principios jurisprudenciales derivados de la citada Convención: 1.º) *el principio de presunción de capacidad de las personas*; 2.º) *el principio de flexibilidad (o del «traje a medida»)*; 3.º) *el principio de aplicación restrictiva*; 4.º) *el principio de la no alteración de la titularidad de los derechos fundamentales*; 5.º) *el principio del interés superior de la persona con discapacidad*; 6.º) *el principio de consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad*; y 7.º) *el principio de fijación de apoyos*. Se trata de que la resolución de la autoridad judicial, auto o sentencia sea un traje a medida empleando la expresión empleada por el Tribunal Supremo, por ejemplo en su sentencia 373/2016, de 3 de junio, en la que expresamente dice que la discapacidad presenta numerosos matices y que ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la personas afectada, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad, haciendo especial referencia a la metáfora del traje a medida, defendido por autores y finalmente incorporado también a la doctrina de muchos tribunales en nuestro país.

No obstante, hay que advertir que, por el momento, no se dispone de jurisprudencia de alcance general por no haberse deducido aún cuestiones de interés casacional foral pese a tener un alcance general el derecho de aplicación al caso. De conformidad con las nuevas bases de este ámbito material de regulación que están alejadas de la idea del interés de la persona con discapacidad, la nueva resolución judicial debería atender los deseos, voluntad y preferencias puestas de elocuente manifiesto por doña Evangelina en la entrevista. Entendido el fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos es evidente la función instrumental de todo apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. La enorme dificultad de delimitar la noción de apoyo que bien merece el calificativo de cláusula general, con el consiguiente halo de incertidumbre o, por mejor decir, de inseguridad jurídica que trae consigo. Algún grado de concreción podemos alcanzar de la mano de los pronunciamientos judiciales que, desde luego no deben tender a la vaguedad.

Como hemos avanzado la naturaleza jurídica del apoyo está por definir, pero la palabra apoyo alude a una idea en rigor extrajurídica hasta ahora desconocida en el Derecho privado que se refiere al ejercicio de la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones cuando, de facto, se encuentra limitada. No obstante en este momento hay que indicar que no hay un concepto definitivo de apoyo que siempre se estará formando, esto es, *in fieri* y la tarea interpretativa de los juzgados y tribunales aragoneses debe permitir la adecuación del sistema aragonés de apoyos al sentido y finalidad de la Convención de la ONU de 2006 hasta que no se lleve a término la deseable reforma legal de las normas sustantivas aragonesas en este punto para evitar la inseguridad jurídica proscrita por la Constitución en su artículo 9.3.

Al ser la legislación procesal antes expuesta una materia de competencia estatal de conformidad con el artículo 149.1.6 del texto constitucional, las medidas de apoyo establecidas en el derecho sustantivo que resulte de aplicación, en nuestro caso el aragonés, que precise doña Evangelina para el ejercicio de su capacidad jurídica serán atendidas de conformidad con las modificaciones en derecho procesal que la nueva ley 8/2021 establece, al producirse una profunda nueva regulación tanto en la Ley de Enjuiciamiento civil como en la Ley de Jurisdicción Voluntarias. Esta circunstancia puede acarrear que el derecho civil aragonés en la materia se encuentre privado, o cuando menos con dificultades interpretativas, de mecanismos de ejercicio del mismo ante la autoridad judicial.

En el CDFA, las diferentes instituciones previstas para asistir a estas personas tienen como lógico presupuesto antecedente una incapacitación previa (artículos 130, 148 y 156, para la tutela, curatela y guarda de hecho, respectivamente). La incapacitación sigue regulada en el artículo 38. Pues bien, entendemos que una interpretación del CDFA más acorde con los principios y directrices que establece la Convención de Nueva York, debería permitir la aplicación de los mecanismos de apoyo necesarios en cada caso sin necesidad de hacer una expresa declaración de incapacidad. En efecto, será necesario constatar en la sentencia que concurren los presupuestos del artículo 38 (enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma) siempre que ello sea, a su vez, presupuesto de la institución de asistencia de la que se pretenda hacer aplicación. Aquí, según entiendo, la curatela asistencial. No es dudoso que se dejará sin efecto la declaración de incapacidad de la consultante, sin perjuicio de que se acuerde la adopción de las medidas que coincidan con la voluntad, deseos y preferencias de doña Evangelina, quien pretende que se deje sin efecto el nombramiento de tutora y se adopten determinadas medidas de apoyo considerando la elección de una u otra figura y las normas relativas a cada una de ellas

se interpreten de la forma más acorde con la Convención de Nueva York, y que la figura correspondiente se deba ejercer respetando la voluntad y deseos de la persona a la que se presta el apoyo.

Las instituciones previstas en el Código de Derecho Foral no coinciden, exactamente, con las que ahora prevé el Código Civil, aunque sí hay posibles equivalencias. Es cierto que la tutela ha desaparecido del Código Civil, pero dicho cuerpo legal regula la curatela representativa, que no es sustancialmente distinta de la tutela regulada en el Código de Derecho Foral. La intercambiabilidad de las palabras, tutela y curatela atendiendo a su contenido es evidente. Por lo que no debe haber inconveniente en que en un territorio con derecho foral vigente se apliquen las instituciones propias, con su propia denominación, aunque la misma difiera de la del Código Civil. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca atendiendo un recurso de apelación deducido por la parte demandada tras la prueba practicada en segunda instancia realiza un esfuerzo de adaptación al nuevo paradigma en materia de apoyos atendiendo en su sentencia de 3 de octubre de 2022 (ECLI:ES:APHU:2022:412) a la voluntad y deseos de la persona a la que se presta el apoyo. La sentencia estima el recurso, que recibió en este punto la aquiescencia del Ministerio Fiscal, dejando sin efecto la declaración de incapacidad realizada en la sentencia de primera instancia y determina como medida de apoyo, la tutela cuyo alcance y contenido se expresa en los artículos 136 y siguientes del CDFA por no poder precisar con más detalle por la falta de elementos de juicio. Esta conclusión se alcanza al quedar acreditado como cuestión de hecho que la demandada y recurrente no tiene iniciativa alguna y presenta una discapacidad total para mantener su propio bienestar. No parece inoportuno señalar que en relación a la preferencia de la autonomía de la voluntad en el diseño del sistema de apoyos según la nueva disciplina estatal, el derecho aragonés por aplicación del principio *standum est chartae* que inspira el entero ordenamiento privado aragonés, ha sido pionero mediante dos instrumentos autorregulatorios: la delación voluntaria hecha por uno mismo y el mandato de apoyo, previstos en los artículos 107 y 109 del CDFA que alguna utilidad pueden tener para responder otras preguntas que se plantean en este dictamen.

Entendemos que la medida a adoptar para el apoyo de la consultante es la curatela asistencial, con el nombramiento como curadora de su amiga doña Virtudes, según la voluntad manifestada por la interesada, y la predisposición de aquella, ya que su contenido es el que más se adecúa a la situación y necesidades de la consultante. Es suficiente, por el momento, que una persona le asista sin que sea necesario que alguien decida por ella.

IV. Las normas procesales del procedimiento de revisión aplicable

La desjudicialización, la derivación a la Jurisdicción voluntaria y la disponibilidad de la pretensión son las características fundamentales del nuevo régimen procesal a través del que se sustanciará el enorme coeficiente de elasticidad de la definición de apoyo que nos ocupará más adelante en la que se destaca la enorme dificultad de establecer *a priori* las líneas de intersección de los distintos y heterogéneos apoyos. La revisión *ex lege* ha de originar cientos o acaso miles de procedimientos *ad hoc* de revisión, de modo que no parece impertinente que la consultante, a quien no le falta legitimación para ello, inicie el expediente para el que tal vez, sea necesario solicitar un defensor judicial.

En efecto, pese a que la revisión de oficio de la sentencia aportada es preferente nada impide la iniciativa en la solicitud de doña Evangelina cuya legitimación para iniciar el procedimiento es clara en atención al derecho material que se articula mediante la pretensión que se deduce. Esta solicitud no es otra cosa que recabar ante los tribunales ordinarios la tutela de un derecho reconocidos en el artículo 14 del texto constitucional y en la sección primera del capítulo segundo, donde se encuentra el artículo 24. Sin dificultad interpretativa alguna se comprende dentro de su ámbito de aplicación este derecho al libre ejercicio de la capacidad jurídica que nos viene ocupando en este dictamen. Como es lógico este derecho puede hacerse valer, ante la jurisdicción civil mediante el expediente de jurisdicción voluntaria o, en su caso, mediante el proceso contencioso. En cualquier caso, no debe haber un especial conflicto en la jurisdicción voluntaria o, en su caso, en la contenciosa. Conviene observar que tratándose de derechos fundamentales cabe el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Como es sabido, el artículo 53.2 de la Constitución afirma que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y en la sección primera del capítulo segundo (donde se encuentra el artículo 24) ante los tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Una eventual violación del derecho reconocido en el artículo 24 de producirse dentro de una actuación jurisdiccional, como la que nos ocupa de revisión de la sentencia, en el seno del propio procedimiento deberá recabarse la eventual subsanación. Lo dice así el artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que se refiere a la violación de derechos imputables de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano jurisdiccional, para reconocer seguidamente que puede dar lugar al recurso de amparo, siempre que el derecho se haya invocado formalmente en el proceso, tan pronto como, una

vez conocida la violación, hubiera lugar para ello, y que se hayan utilizado todos los recursos en la vía judicial.

Despejada la legitimación, en el procedimiento habrá que realizar algunos ajustes empleando medidas de apoyo técnicas como el braille o el lenguaje de signos. Así, el artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) bajo el rótulo ajustes para personas con discapacidad dice:

En los procesos en los que participen personas con discapacidad, se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad.

Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno.

Las personas con discapacidad tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo. A tal fin:

Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, 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.

Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender; lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

Se permitirá la participación 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.

La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.».

En idéntico sentido relativo a los ajustes del procedimiento, el artículo 143 LEC prevé la intervención de intérpretes cuando alguna persona no conozca el castellano o la lengua en la que el proceso se desarrolle y de manera expresa se

refiere a que si la persona fuera sorda se nombrará siempre al intérprete de lengua de signos adecuado

Con mayor precisión la legitimación en este tipo de asuntos está resuelta por la Ley 8/2021, en su Disposición Transitoria Quinta que establece con claridad quiénes pueden solicitar la revisión por estar legitimados y los plazos para ello, en los siguientes términos:

“Las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pró-digos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud. Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años”.

Ante todo, hay que decir que la consultante goza, sin duda, de la capacidad natural de entender querer. Esta circunstancia justifica y explica sobradamente la pretensión que se deduce. La solicitud de la consultante se debe organizar en torno a dos ideas esenciales. Las cuestiones de hecho serán acreditadas sobradamente en la prueba; no obstante el carácter inquisitivo de ambos procedimientos—el de jurisdicción voluntaria y el contencioso— releva, siquiera sea en parte, la carga procesal de la prueba. Las cuestiones jurídicas vienen determinadas por el nuevo tratamiento legal de la discapacidad. El anterior régimen jurídico al que responde la sentencia aportada por doña Evangelina se basaba en un acercamiento paternalista nutrido de mecanismos de sustitución a través de la tutela como modelo de representación permanente que abocada, casi, a una muerte civil.

Desde la óptica procesal, la nueva normativa, en coherencia con el nuevo enfoque sustantivo, sustituye el antiguo proceso de incapacitación, por un sistema en el que la mayor parte de las medidas de apoyo se canalizan a través de los cauces previstos en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria en sus artículos 41 bis a y ss. Así, la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, contiene un nuevo expediente regulado dentro del Título II, Capítulo III bis, art. 42 bis c), que dispone:

“2. El Juzgado que dictó las medidas será también competente para conocer de la citada revisión, siempre que la persona con discapacidad permanezca residiendo en la misma circunscripción. En caso contrario, el Juzgado de la nueva

residencia habrá de pedir un testimonio completo del expediente al Juzgado que anteriormente conoció del mismo, que lo remitirá en los diez días siguientes a la solicitud.

En la revisión de las medidas, la autoridad judicial recabará un dictamen pericial cuando así lo considere necesario atendiendo a las circunstancias del caso, se entrevistará con la persona con discapacidad y ordenará aquellas otras actuaciones que considere necesarias. A estos efectos, la autoridad judicial podrá recabar informe de las entidades a las que se refiere el apartado 2 del artículo 42 bis b). Del resultado de dichas actuaciones se dará traslado a la persona con discapacidad, a quien ejerza las funciones de apoyo, al Ministerio Fiscal y a los interesados personados en el expediente previo, a fin de que puedan alegar lo que consideren pertinente en el plazo de diez días, así como aportar la prueba que estimen oportuna. Si alguno de los mencionados formulara oposición, se pondrá fin al expediente y se podrá instar la revisión de las medidas conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Recibidas las alegaciones y practicada la prueba, la autoridad judicial dictará nuevo auto con el contenido que proceda atendiendo a las circunstancias concurrentes”.

Respecto de la postulación y defensa hay que decir que la representación legal se realizará mediante un procurador de los tribunales y la asistencia letrada por abogado en ejercicio.

En cuanto al *iter* procesal de este nuevo procedimiento común sustanciado en un expediente de jurisdicción voluntaria previsto en los artículos 42 y 42 bis b y c de la Ley de Jurisdicción voluntaria hay que tener en cuenta los siguientes pasos:

Las partes legitimadas y el ministerio fiscal deberían acudir a la comparecencia aportando todos los elementos de prueba a su disposición al objeto de realizar esta valoración. En esta comparecencia, el juez habrá de informar a doña Evangelina de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa, bien sea mediante su entorno social o comunitario o bien a través del otorgamiento de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria. En este ámbito probatorio hay que tomar en consideración los siguientes elementos de prueba. Respecto de los medios de prueba adecuados para fundar la convicción de la autoridad judicial, será necesaria la exhibición de un certificado médico -de fecha próxima al tiempo de la comparecencia-, o el uso de cualquier otro medio admitido en derecho que permita al juez concluir que la solicitante no se haya en una situación de nece-

sidad de apoyo por razones cognitivas o volitivas. En este sentido se deberían incorporar un informe pericial en el mismo sentido o cualquier otro documento en que se base dicho juicio. A la solicitud se acompañarán los documentos que acrediten la no necesidad de la adopción de medidas de apoyo, así como un dictamen pericial de los profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso. Asimismo, se propondrán aquellas pruebas que se considere necesario practicar en la comparecencia. Como suceden otras ocasiones, se plantean dudas sobre los efectos preclusivos o no de la falta de aportación de estos documentos y si la no indicación de los medios probatorios ya desde un principio, impide o no a la parte llevarlos directamente a la comparecencia. Entiendo que dadas las amplísimas posibilidades probatorias de estos procedimientos no debería vedarse tal posibilidad.

Igualmente, llama la atención, como parece anticiparse a la propia solicitud de nombramiento de curador la indicación de los medios probatorios que se van a admitir y practicar en la comparecencia. Sin embargo, dada la redacción del art. 42 bis b) 3. Que contempla la audiencia “en todo caso de personas que pretenden ser oídas” entendemos que, aunque no se haya propuesto prueba en esa solicitud inicial, -ej. Identificación y mención de un testigo- si el día de la comparecencia asisten personas que manifiestan su voluntad de ser oídas se practicará igualmente tal prueba.

Si a la vista de la prueba practicada se estima que concurren elementos de juicio suficientes, y que razonablemente no es posible realizar la entrevista personal, ni aún con las adaptaciones previstas en el art. 7 bis de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, podría dictarse inmediatamente el auto de revisión.

Si, por el contrario, de acuerdo los elementos de prueba aportados se considera que es preciso contar con otros complementarios, se acordaría seguir la tramitación por el cauce previsto en el Título II, Capítulo III bis, art. 42 bis c) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Además, se remarca ese carácter preferente de las medidas voluntarias en el artículo 42 bis B de la Ley de jurisdicción voluntaria que al regular los expedientes de provisión de medidas judiciales de apoyo establece que en la entrevista entre la autoridad judicial y la persona con discapacidad, aquélla, a la vista de la situación de la persona, podrá informar acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa bien sea mediante su entorno social o comunitario o bien a través del otorgamiento de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria. Señalando que si tras la información ofrecida por la autoridad judicial la persona opta por una medida alternativa de apoyo se pondrá final expediente.

Estas medidas pueden ser, además de las voluntarias que promueva y acuerde el propio interesado, junto a las salvaguardas que considere necesarias -poderes, mandatos preventivos, etc.-, las que se adopten judicialmente, teniendo en cuenta que, de conformidad con el principio de subsidiariedad que preside la aplicación estas medidas, estas últimas solo se acordarán en defecto o por insuficiencia de la voluntad de la persona y todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad con las medidas de apoyo que libremente decida y con el alcance que expresamente haya manifestado, pudiendo acompañarlas de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento que se respeta su voluntad, deseos y preferencias y, solamente cuando no sea posible saber cuál es la voluntad de la persona, se podrá acudir a la autoridad judicial. Con estas reglas procesales, en rigor indisponibles, parece claro que el proceso puede depender de cualquiera, incluido un tercero con interés legítimo, en contra de la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad.

Solamente se reserva para determinados supuestos un proceso contencioso autónomo que es el que actualmente regula la Ley de Enjuiciamiento Civil bajo la rúbrica que regula el Libro IV, Título I, Capítulo II de esta ley, artículos 748 y siguientes de su texto. Con carácter general y en lo que aquí interesa el artículo 756 de la Ley de Enjuiciamiento Civil atribuye la competencia territorial al juzgado del lugar de residencia en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite.

Los procedimientos de provisión de apoyos que articulan procesalmente el nuevo derecho sustantivo de la discapacidad tienen un carácter inquisitivo a los exclusivos efectos de establecer medidas judiciales. Esta acción inquisitiva de la autoridad judicial puede suplir las deficiencias probatorias como he dicho más atrás. Con todo, la omisión de alguna prueba por la solicitante sería un error imperdonable. Pero no debemos olvidar que los actos de jurisdicción voluntaria no tienen por finalidad declarar el derecho entre dos partes con pretensiones contrapuestas, ni dar la razón a un litigante frente al otro ya que, en rigor, no hay un conflicto e intereses distintos y ambos legítimos. Su función es la de verificar o, en su caso, crear, como sucede en este tipo de casos de necesidad de apoyo, las condiciones para permitir que los sujetos que los promueven puedan desarrollar plenamente su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad en el ámbito de sus relaciones jurídicas. En el caso presente, aunque entendemos que no procede, en rigor, la provisión judicial de apoyo alguno, dada la recuperación experimentada por mi clienta en el ejercicio de su capacidad jurídica, no obstante, habrá que estar a lo que el juez determine considerando una curatela solo asistencial. La resolución judicial que finalice el expediente, tras

dejar sin efecto la declaración de incapacitación, también dejará sin efecto la medida tutelar establecida en la sentencia de incapacitación y, de acuerdo con el art. 144.c) CDFA, pondrá fin a ésta por completo, o sustituirá la tutela por curatela. La cual podrá recaer en doña Virtudes, de acuerdo con la voluntad manifestada de mi clienta.

El *modus operandi* dependerá del procedimiento empleado que se desdobra en dos vías. En todo caso, sea en un procedimiento sustanciado por la LEC o por la LJV, existirá un control judicial en el que intervendrá el Ministerio Fiscal como defensor de la legalidad. Con todo, en ambas el sentido de la reforma no es contrario a la pretensión que sostiene la consultante cuya acción se ejercita con el único objeto de obtener una decisión sobre el instrumento legal o apoyo que mejor sintonía guarde con su voluntad, deseos y preferencias. En la relación de los hechos constitutivos de nuestra pretensión evitaremos detenernos en aspectos episódicos para evitar lastrar el discurrir natural de los acontecimientos. El procedimiento de provisión judicial de apoyos se sustancia mediante un expediente de jurisdicción voluntaria salvo que haya algún tipo de oposición, tirantez o contradicción en cuyo caso, tras poner fin al expediente, se debe iniciar un procedimiento especial de carácter verbal y contradictorio previsto en el artículo 756 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que no es otra cosa que una adaptación del anterior procedimiento verbal especial sobre capacidad. En consecuencia, de conformidad con la nueva normativa que suprime la declaración de incapacidad debe revocarse la declaración de incapacidad parcial de doña Evangelina y limitar el examen judicial a la procedencia o improcedencia de las medidas de apoyo. Ciertamente el juez no ha de realizar una declaración formal pero, sin duda, habrá de pronunciarse con carácter previo sobre la concurrencia en doña Evangelina de la necesidad o no de algún tipo de apoyo.

En este punto debemos apuntar que tanto en el expediente que concluye mediante auto sin valor de cosa juzgada, como en el proceso contradictorio que acaba mediante sentencia y que tiene en el expediente de jurisdicción voluntaria un genuino presupuesto procesal de procedibilidad, no ha lugar a establecer una declaración de discapacidad y, por encima de cualquier otra consideración hay que tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de la doña Evangelina.

La realidad inmutable es que la consultante no adolece de carencia alguna en lo intelectual o en lo volitivo. No hay abulia ni deficiencia mental alguna que no aparezca justificada por medio de prueba alguna. No se trata de un empecinamiento en no reconocer deficiencia intelectual o volitiva alguna, simplemente se trata de que no existe causa alguna que explique o justifique el mantenimiento de los pronunciamientos de la sentencia aportada por la consultante.

A nuestro entender, el procedimiento de revisión establecido en la Disposición Transitoria 5 de la Ley 8/2021, para el que la legitimación de doña Evangelina no es dudosa, podría concluir en archivo por la adecuación y suficiencia de la guarda de hecho desenvuelta porque doña Evangelina quien, en rigor, no necesita complemento alguno de su capacidad procesal, o en el establecimiento de una medida de apoyo, consistente en una curatela ejercida por doña Virtudes que parece la mejor decisión. Bajo la nueva disciplina legal no es dudoso que, en cualquier procedimiento de provisión de apoyos a personas con discapacidad debe regirse, con matices que no son del caso exponer, por el principio dispositivo. De estose deduce que, tan sólo puede instar la solicitud de apoyos a voluntad de alguna de las partes — *nemo iudex sine actore*— o a petición del interesado quedando el papel del Ministerio Fiscal reconducido a los supuestos extremos dónde resulte imprescindible el apoyo porque la exteriorización de voluntad interna de la persona con discapacidad resulta difícil o imposible. En este último caso, el juez deberá determinar en su resolución, con la máxima precisión posible, los actos que la sometida a curatela no puede realizar sin la asistencia -en que el apoyo consiste- de su curadora.

No parece que la Administración asistencial tutelar sienta la tentación de continuar el proceso de solicitud por otros medios, como el contencioso que sigue al expediente de jurisdicción voluntaria. Sería solo un vago pretexto con escaso fundamento normativo al examinar las posibles causas de oposición que no serán más que pretendidas limitaciones que la consultante no padece.

Bajo el nuevo entendimiento de la discapacidad, debe haber una intervención judicial mínima en el enjuiciamiento de esta materia, antes de incapacitación y tutela y ahora de flexible provisión judicial de apoyos, en el que no rigen con rigor los principios dispositivo y de aportación de parte. Con todo será la autoridad judicial quien deba precisar a través del contenido de su resolución si se acuerda o se modifican las medidas en su momento adoptadas bajo la aplicación de los artículos 34 a 39 del Código de Derecho Foral de Aragón en los que se sigue advirtiendo la distinción clásica entre la capacidad jurídica y la de obrar.

El apoyo que puede ofrecer su amiga doña Virtudes. Su designación como curadora de doña Evangelina.

De los hechos con relevancia jurídica puestos de manifiesto en los antecedentes no hay, según parece, una situación que de modo evidente, categórico y sustancial exija cubrir las necesidades de doña Evangelina de un modo continuado por medidas judiciales de representación, como hasta el presente. Nos encontramos con una situación de limitación simplemente física que no limita

en modo alguno su total capacidad de autogobierno. Hay, según refiere, una alleda con la que no convive pero que parece dispuesta a asumir ese papel y no es dudoso que cualquier tercero puede asumir esta función de apoyo en la que parece estar interesada doña Virtudes ya que no hay una reserva de ley, estatal o autonómica, en este sentido. Por consiguiente, no parece difícil atender bajo la nueva legislación los deseos, la voluntad y las preferencias de doña Evangelina para convertir este acompañamiento amistoso en un apoyo.

La designación como medida complementaria de curadora como apoyo voluntario de doña Virtudes no parece ofrecer óbice alguno. Se trata de una institución jurídica de apoyo de carácter formal y no una mera situación provisional que se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona. Distante como está de sus familiares no hay objeción alguna a la designación de su amiga doña Virtudes como curadora. Como características de esta figura de apoyo podemos destacar que es una institución jurídica autónoma y no mera situación de hecho provisional, es formal porque necesita una investidura judicial y un previo reconocimiento oficial de la discapacidad de la persona, y, en fin, no es representativa ya que la representación de curador es un supuesto excepcional.

A nuestro juicio, doña Evangelina no parece estar llamada a ser la beneficiaria de una medida de apoyo continuado representativo. En consecuencia, se debe excluir cualquier tipo de sustitución o representación en su esfera de intereses personales y patrimoniales y optar, conforme a su deseo, por el nombramiento de un curador simplemente asistencial.

El régimen general de las reglas de funcionamiento de la curatela es el establecido por el juez tanto para la curatela personal como para la patrimonial y, por regla general es simplemente asistencial y sólo, por excepción la actuación del curador es de naturaleza representativa. Pero, en todo caso, en su constitución que es siempre judicial se deben tener en cuenta tanto la voluntad como los deseos y preferencias de la consultante. Tras lo expuesto, no cuesta mucho trabajo entender que el apoyo más apropiado para doña Evangelina es una curatela simplemente asistencial.

Inversamente, en el caso de la autocuratela que se formaliza en documento público nos encontramos con un régimen especial otorgado en plenas facultades por el interesado previsor y responde a la idea de la autogestión del sistema de protección.

V. Actos que puede realizar la consultante.

a) El otorgamiento de un poder a favor de doña Virtudes.

La íntima conexión de este derecho fundamental del que nos venimos ocupando con la autonomía de la voluntad en su manifestación de libertad de contratación responde, sin más, a todos los interrogantes que nos plantea la consulta de doña Evangelina. En efecto, resulta manifiesto que este estrecho vínculo entre el derecho fundamental y la autonomía de la voluntad origina una especie de producto combinatorio de tan largo aliento como muy fecundo en consecuencias dentro del ordenamiento jurídicocontractual nutrido en gran parte por normas dispositivas. Para cualquier tipo de declaración de voluntad o de otorgamiento negocial, la disposición adicional 4ª CC, define a la persona con discapacidad como aquella que precise medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. Por consiguiente, es claro que la única discapacidad relevante a los efectos de existencia o no de medidas de apoyo, desde el punto de vista de un otorgamiento negocial y en especial de un otorgamiento notarial, es la de tipo psíquico, no sensorial como el caso que nos ocupa. En modo alguno es una novedad que las personas con discapacidades físicas han venido otorgando negocios con normalidad, sin más necesidades que las propias de su discapacidad. Si el otorgante es ciego, se lee el documento, si es sordo lo lee él mismo. El actual párrafo 4º del artículo 25 de la Ley del Notariado impone determinados comportamientos al notario para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante él permitiéndole usar cualquier cosa, sea instrumento, herramienta o mecanismo, en una lista abierta para que una persona con discapacidad física o psíquica, y de cualquier porcentaje, pueda ser capaz de expresar su voluntad.

Por otra parte, no hay dificultad alguna entre los poderes que se pueden calificar de preventivos y la curatela asistencial ejercida por Virtudes. Por el contrario facilita en grado sumo la tarea evitando, en su caso, la necesaria autorización judicial para la realización de actos de alcance patrimonial. En este sentido, el otorgamiento por Evangelina del poder ante notario a favor de Virtudes puede entenderse con una medida voluntaria que deja relegadas las medidas legales o judiciales. Todo ello, claro está, sin perjuicio de que se le exija rendición de cuentas.

Actualmente la formación y expresión de la voluntad de la consultante de forma totalmente comprensible es evidente. Otra cosa es el conocimiento cabal de las consecuencias jurídicas y económicas de los actos que pretende realizar, pero esto le ocurre a cualquier persona sea o no discapaz. La respuesta a este interrogante está en el servicio notarial entendido como un apoyo institucional según

la Ley del Notariado. La presencia del notario en el momento en que se forma la voluntad y se presta el consentimiento que sea del caso garantiza un apoyo institucional omnipresente.

Por otra parte, desaparecida la imposibilidad de prestar consentimiento a tenor de la nueva dicción del artículo 1263 del Código civil, la capacidad, comprensión y discernimiento de la consultante al tiempo de realizar cualquiera de los actos y contratos que pretende está garantizada por el juicio que, por aplicación estricta del artículo 17 bis 2 de la Ley del Notariado, realizará el notario autorizante tras el consejo y asesoramiento que sea necesario realizar respecto del establecimiento de las salvaguardas que mejor garanticen el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la consultante. Este interrogante se refiere, en síntesis, al alcance y, en su caso, límites de la autonomía de la voluntad de la consultante. Esta respuesta como las ulteriores que se realizarán a las preguntas parte de la idea de que la consultante recobrará la dinámica ordinaria de contratación en todos los ámbitos a los que alcanza la autonomía de la voluntad. Dicho de otra forma, todo se reduce a emitir una declaración de voluntad que, en principio, solo necesita de aquellos apoyos técnicos que sean del caso. No es exigible en este ámbito una específica capacidad para llevar a término el otorgamiento del poder.

No en el momento presente, pero tras la revisión de la sentencia nada impide que la consultante otorgue poderes con mayor o menor extensión a favor de quien desee. Carecería de lógica jurídica que esta facultad le estuviese vedada.

No obstante, algo habrá que decir respecto a la necesidad de conjugar ese carácter excepcional de la representación, por definición sustitutiva de la persona, con la configuración de los poderes preventivos y con cláusula de subsistencia como medidas de apoyo. De estas figuras surge, por esencia, una representación y, por tanto, una sustitución, sin que falte la autonomía que habría de justificar su carácter excepcional. A efectos prácticos, parece razonable la admisibilidad de los poderes, aunque no respeten el principio de subsidiariedad. La razón es sencilla. El origen de los mismos es, en todo caso, la voluntad, deseos y preferencias de la persona que en el futuro pueda tener dificultades para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Recordemos que la voluntad de la persona es el pilar fundamental en el que se asienta la nueva regulación y que el proceso de capacitación que constituye el establecimiento de una medida de apoyo, cuando lo realiza la propia persona con discapacidad, no debe sufrir más impedimentos que los estrictamente justificados. Si la persona quiere que la representen, el respeto a tal decisión no debe

discutirse; y mucho menos utilizando como argumento la ley, que precisamente busca reforzar tal voluntad, en sentido inverso a su propósito.

En el momento de su otorgamiento el notario autorizante habrá de tener en cuenta la Disposición transitoria tercera de la Ley 8/2021 a cuyo tenor el notario, en el cumplimiento de sus funciones, si fuera necesario, habrá de procurar que la poderdante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones ayudándole en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias. El Código Civil distingue entre instrucciones y límites del mandato que permiten reducir los costes de agencia o de control de la actividad desplegada por el apoderado. En la doctrina se ha propuesto como criterio diferenciador, el que las instrucciones tendrían un carácter meramente interno en la relación entre mandante y mandatario, mientras que los límites tendrían eficacia frente a terceros, y para ello sería necesario, en virtud del principio de protección de la buena fe, que se hubieran reflejado en el instrumento de poder.

Un poder que comprenda todos los negocios de la consultante es un poder general al que alude el artículo 1712 del Código Civil. Su extensión representativa alcanza de un modo general los negocios de administración y de disposición del poderdante. Además, la determinación extensión del poder preventivo nos plantea si se aplicará al mismo la regla de la precisión de los actos a los que se extiende el poder preventivo o de concreción de los actos sujetos a curatela representativa, previstas para las medidas de origen judicial en el artículo 269 del Código Civil. A nuestro entender, las reglas serán las de la normal práctica notarial en materia de poderes, pudiendo conferirse para una categoría de actos, sin especificación de cada uno de los que la integran (por ejemplo, se confiere poder para realizar actos de disposición a título oneroso), aunque el contexto normativo implica una interpretación estricta del mismo. El notario, tan funcionario público como lo es el juez, tiene por ley la obligación de asegurarse de que el consentimiento que el otorgante presta a la escritura es un consentimiento informado.

Respecto de la posibilidad de que los poderes generales incluyan actos positivos, e incluso donaciones, sin concretar sus elementos esenciales la última doctrina del Tribunal Supremo así parece aceptarlo. Con todo, el poder no debe alcanzar una facultad total de disposición sobre el entero patrimonio de la consultante. Por otra parte, el otorgamiento del poder es la solución para cubrir las carencias que la figura de apoyo elegida, la curatela asistencia, tiene en este ámbito representativo. La nueva legislación ofrece una clara dicotomía entre medidas formales e informales. Si por medidas formales cabe entender tanto las adoptadas en sede notarial, como los poderes preventivos en caso de acreditarse

la situación de necesidad de apoyo, como las constituidas en sede judicial en las que el juez sólo interviene para fijar medidas de apoyo judiciales, tras los expedientes y/o procesos de provisión de apoyos, no parece desacertado atribuir el carácter de medidas informales las adoptadas de manera espontánea, natural, casi instintiva por doña Evangelina entendidas como disposiciones establecidas por uno mismo. En este sentido, el artículo 108 del CDFA habilita en el ejercicio de la autonomía de la voluntad a establecer todo tipo de disposiciones relativas a la persona de la consultante o a sus bienes.

Por otra parte, la disposición general sobre medidas voluntarias de apoyo que recoge el artículo 255 del Código civil consiente que quien ya está discapacitado pueda establecer disposiciones vinculantes para el órgano judicial. Por su parte, el artículo 109 del CDFA, a modo de voluntad preventiva, admite dos tipos de poderes, expresamente el poder con eficacia inmediata con cláusula de subsistencia en caso de incapacidad e implícitamente, porque quien puede lo más puede lo menos, el genuino poder preventivo para el caso de incapacidad. La experiencia notarial enseña que el poder de subsistencia es la figura preferida entre las medidas voluntarias por la frecuencia de su otorgamiento.

No obstante, en esta materia la frontera entre unos y otros apoyos en tan lábil como movediza pero, en todo caso, lo que es claro es que ninguna puede admitirse si atenta contra la voluntad, preferencias y deseos de doña Evangelina cuyo respeto es el mandato legal imperativo del nuevo régimen jurídico de la discapacidad. Si la persona tiene, indiscutiblemente, como es el caso de doña Evangelina, el discernimiento natural, capacidad de entender y querer suficiente para otorgar determinados actos como medida voluntaria de apoyo se puede entender el poder otorgado a favor de doña Virtudes bajo la modalidad de poder de subsistencia previsto en la disciplina estatal en el artículo 256 del Código civil. Doña Virtudes, que vino acompañando a la consultante, es o puede ser una apoderada preventiva general para el caso de una discapacidad sobrevenida.

Por otra parte, el otorgamiento del poder no es un acto contrario a las normas imperativas o a las prohibitivas y, en consecuencia, la sanción civil de la nulidad de pleno derecho no debe ser un efecto automático ya que se trata de una contravención que puede entenderse sanada por la nueva disciplina. Sobre esta cuestión no menor relativa a la validez y eficacia del poder, habrá que comenzar por decir que el análisis funcional que actualmente caracteriza la teoría de las nulidades requiere tener en cuenta tanto la finalidad de las normas en su caso aplicables como los intereses en juego. La causa de la ineficacia es prescindir de la medida de apoyo cuando fuere precisa. Y en nuestro caso no lo es. Por otra parte, ni el

dolo ni tampoco el daño patrimonial aparecen ni por asomo como causas específicas de anulabilidad.

Como hemos expuesto con anterioridad, actualmente la discapacidad no es un estado civil sino una situación de hecho que no impide el otorgamiento, por ejemplo, de una escritura pública de apoderamiento. En este sentido nada impide que doña Evangelina establezca en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes estableciendo, en su caso, el régimen de actuación y el alcance de las facultades de la persona que le haya de prestar apoyo. Hacer esto no es otra cosa que llenar de contenido la noción de —traje a medida que tanto la jurisprudencia como la reforma de 2021 han recogido. La voluntad de la persona es el pilar fundamental en el que se asienta la nueva regulación y que el proceso de capacitación que constituye el establecimiento de una medida de apoyo, cuando lo realiza la propia persona con discapacidad, no debe sufrir más impedimentos que los estrictamente justificados. Si la persona quiere que la representen, el respeto a tal decisión no debe discutirse; y mucho menos utilizando como argumento la ley, que precisamente busca reforzar tal voluntad, en sentido inverso a su propósito. Podrá igualmente otorgar poder preventivo o proponer el nombramiento de curador. En este sentido el artículo 255 del Código civil, reiterando la primacía de las medidas voluntarias, establece que solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias. El régimen aragonés en esta materia relativa a la actuación en el tráfico de las personas con discapacidad previsto en los artículos 34 a 39 del CDFa ha de ser revisado pero manteniendo sin duda la presunción de capacidad del artículo 34 de su texto que, ahora, ha sido asumida por la reforma sustanciada mediante la Ley 8/2021.

En definitiva, que otorgar un poder, más o menos amplio, a favor del curador tiene la ventaja de que para los actos comprendidos en él que precisarían de la asistencia del curador, ésta ya se cumple por el hecho mismo del apoderamiento. Al respecto, sería bueno que en el acto de su otorgamiento compareciera también el curador para aceptarlo.

b) La realización de contratos bancarios.

Hoy, la sentencia aportada cercena la capacidad de la consultante para celebrar contratos de cualquier naturaleza generen o no obligaciones personalísimas, pero sería una ficción ilusoria la revisión de la sentencia si tras recobrar su estado civil no pudiera hacer lo que pretende. En este ámbito de la contratación el artículo 1263 del Código Civil deja claro que las personas con discapacidad pueden

prestar consentimiento en el ejercicio de su capacidad jurídica que no es otra cosa que un derecho fundamental instrumental. Este precepto del Código civil, en sintonía con el artículo 1302 del mismo texto legal, se cuida de no nombrar a las personas con discapacidad a la hora de contratar. Bajo la determinante jurídica de la entera y plena capacidad de entender y querer avalada por la presunción de plena capacidad y autogobierno de las personas, en los supuestos en que no exista una resolución judicial que declare la situación de discapacidad nos encontramos con otra manifestación de la autonomía de la voluntad. Como regla general toda persona mayor de edad puede realizar mediante apoderado todos los actos que podría realizar por sí, sin más limitaciones que las establecidas en la legislación de aplicación al caso.

Junto a esta cuestión habrá que considerar la disponibilidad de las cuentas de ahorro. El uso generalizado del dinero escriturario o cartular en detrimento del efectivo hace necesaria la contratación de algún tipo de operación bancaria como puede ser un contrato de cuenta corriente o de depósito a la vista. En modo alguno se deberá optar por una cotitularidad que podría sugerir una propiedad conjunta de unos fondos que son de la consultante. Lo más adecuado parece ser una mera facultad de disposición aunque limitada a favor de Virtudes. Una salvaguarda recomendable es dejar a doña Virtudes solo como disponente de la cuenta dentro de unos límites no como cotitular. En último término la razón que justifica este cambio se concreta en la necesidad de salvaguardar mediante esta cautela el patrimonio de doña Evangelina frente a los peligros que acarrea toda actuación de representación sustitutiva en la gestión de cuentas. No parece dudoso que este peligro se despliega *in re ipsa* en el ámbito de la gestión de intereses ajenos. De lo que se trata en definitiva con esta medida es de preservar la integridad de su patrimonio financiero impidiendo el acceso ilimitado de doña Virtudes de quien, habrá que decirlo de pasada, la eficacia y lealtad de su guarda de hecho parece estar fuera de toda duda. En todo caso, para todo tipo de operaciones bancarias de la discapacitada habrá que estar a la sentencia judicial, que determinará qué actos deben ser llevados a cabo con la asistencia de la curadora.

c) Posibilidad de realizar actos de disposición de bienes por la consultante.

Conectada con la respuesta a la cuestión relativa al otorgamiento del poder y por las mismas razones no hay objeción alguna que limite su capacidad tanto de adquisición como de enajenación de cualesquiera bienes que integren su patrimonio. Como se ha expuesto, entre las medidas previstas por la consultante se pueden incluir tanto los poderes otorgados como preventivos, en previsión de una futura situación actual de discapacidad, como los poderes ordinarios con cláusula

de subsistencia para el caso de una situación de discapacidad. En efecto, todas las medidas de apoyo voluntarias formalizadas notarialmente que pueda adoptar la consultante o de medidas asistenciales que considere oportunas se pueden adoptar libérrimamente. Por otra parte, el otorgamiento de un poder preventivo, como medida de apoyo voluntaria, no implicará automáticamente la revocación de los poderes ordinarios, aunque se refiera a los mismos actos que estos.

Como regla general la nueva Ley 8/2021 hace de la voluntad de la persona con discapacidad el eje de su actuación en la vida jurídica. Eso desplaza el problema de la idea de capacidad a la de consentimiento, pues el que toda persona tenga capacidad no significa que pueda prestar un verdadero consentimiento a un acto concreto. Esto convierte en esencial la actuación del notario, que no es simplemente un evaluador de ese consentimiento, sino que tiene que procurar participar en el proceso de formación del consentimiento. Para ello debe realizar unas actividades especiales para conseguir explicar el acto y sus efectos, asegurando así la comprensión de la persona con discapacidad, y en ocasiones exigirá también la participación de terceras personas, especialistas o del entorno del otorgante. Todas estas actuaciones convendrá documentarlas ya sea en la propia escritura o en otro documento.

d) La capacidad para otorgar testamento de la consultante

Las particularidades del derecho civil sustantivo aragonés nos remiten a los artículos del CDFA. Para este concreto acto jurídico hay que tener en cuenta los artículos 408 y 423 del CDFA. Una decisión semejante, aunque sus consecuencias de distancien en el tiempo más o menos, justifica la adopción de salvaguardas. Una ordinaria en la que existe y puede manifestarse su voluntad con la presencia del apoyo y de los medios técnicos que procedan, en cuyo caso quien emite la voluntad y asume su autoría, con la responsabilidad que proceda, es la persona con discapacidad, el curador colabora con una misión de control y garantía; en estos casos no se necesita autorización judicial alguna que sería discriminatoria

Al tiempo de otorgar el testamento se debe tener en cuenta el juicio notarial de capacidad de carácter totalmente autónomo sin olvidar que el notario es sin duda una medida de apoyo institucional a la que le es exigible tiempo y dedicación, colaborando así a la igualdad, dignidad y felicidad de todos los seres humanos en el ámbito de su competencia. El hecho de ser el testamento un acto personalísimo, impide que, ante una situación de falta suficiente de entendimiento por parte de la discapacitada, el mismo pueda ser otorgado por la curadora. En el testamento no cabe la representación. En esos casos, el notario debe abstenerse de toda intervención.

Lo que sí es importante es tener en cuenta, junto al grado de discapacidad del testador, el grado de complejidad de las disposiciones de su testamento. No puede exigirse el mismo grado de discernimiento para un sencillo testamento en el que el testador se limita a instituir por sus herederos, por iguales partes, a todos sus hijos, que aquel en el que se establece fiducia, o se excluye a algún hijo, etc.

Por todo lo dicho es desaconsejable, para un discapacitado sometido a curatela, el otorgamiento de un testamento ológrafo. La falta de control notarial en él puede determinar, *a posteriori*, la nulidad del mismo. Igual criterio cabe seguir respecto del testamento cerrado: en él, la intervención notarial sólo se produce respecto del acta de depósito del testamento; éste —que el notario desconoce— ha podido ser redactado por el testador en un momento en el que careciera del suficiente juicio.

e) Realización de voluntades anticipadas por la consultante.

La manifestación de unas instrucciones previas íntimamente ligadas al proyecto vital, valores, objetivos de vida o incluso la moral de una persona, no son otra cosa que instrucciones relativas a la toma de una decisión u otra en relación con tratamientos médicos y cuidados de salud, debe tener la consideración desde el punto de vista jurídico de una verdadera declaración de voluntad a recoger en una escritura pública. En consecuencia, el notario deberá asegurarse una vez más de la capacidad legal o civil y así afirmarlo bajo su responsabilidad (artículo 156.8 RN). En cuanto al concreto juicio de capacidad, éste guarda una enorme similitud con el juicio sobre la capacidad para testar que deberá estar aún más reforzado si cabe. Si del documento objeto de estudio puede derivarse la consecuencia más trascendente que puede haber para una persona como es el acortar su vida, parece indudable que debe exigirse la máxima capacidad. En este punto la Ley 8/2021 no ha modificado la regulación existente sobre decisiones en el ámbito de la salud por parte de las personas con discapacidad psíquica, por consiguiente en este ámbito es necesario realizar una interpretación de las normas con arreglo al nuevo régimen de la discapacidad.

Al tratarse de una materia de orden civil con una clara derivada de orden público, la cuestión nos remite a la legislación en materia de salud. En nuestro caso a la Ley 6/2002 de Salud de Aragón en la que no aparece reparo alguno para realizar actos de esta naturaleza y su posterior inscripción en el Registro de Voluntades Anticipadas del Gobierno de Aragón que es un registro de naturaleza administrativa cuya llevanza corresponde a funcionarios del Gobierno de Aragón. En efecto, la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, reformada por la Ley 8/2009, de 22 de diciembre, en lo relativo a las voluntades anticipadas,

y por el Decreto 100/2003, de 6 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y el funcionamiento del Registro de Voluntades Anticipadas junto a la Ley 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte es el bloque normativo a tener en cuenta.

Junto a estas disposiciones se encuentra la norma estatal recogida 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 que, en su artículo, 11 alude al denominado documento de instrucciones previas para referirse a la misma declaración de voluntad que nos ocupa en este apartado del dictamen.

En esta materia se presenta la cuestión de los títulos competenciales para legislar y la respuesta admite por hipótesis dos posibilidades; o razonar que las normas sobre capacidad para prestar consentimiento y otorgar voluntades anticipadas son de Derecho Civil, a tenor del artículo 149.1.8.^a CE de la Constitución o, entender de forma diversa que ninguna comunidad autónoma puede introducir reglas propias por tratarse de una materia que es competencia exclusiva del Estado de conformidad con las bases y coordinación general de la sanidad, artículos 149.1.1.^a y 149.1.16.^a del texto constitucional. En el seno de la academia, Parra Lucán entiende con criterio que se puede compartir sin dificultad que las comunidades autónomas con un Derecho Civil propio, como es el caso de Aragón, podrían solo adaptar a su Derecho el régimen que resulte de la Ley estatal, por ejemplo cuando se dice quién debe otorgar el consentimiento por el interesado que no tenga capacidad. Respecto de los aspectos formales del documento sobre voluntades anticipadas la legislación ofrece dos posibilidades. Otorgar este documento ante el notario o, simplemente, a través de un formulario administrativo debidamente registrado en el registro autonómico pertinente. Ambas posibilidades de plasmación documental conducen a idéntica consecuencia jurídica. No obstante y siendo esto así, el documento notarial releva al interesado de tener que acreditar la identidad ante el funcionario, presentar los documentos identificativos en vigor o fotocopias compulsadas, hacer un nuevo juicio de capacidad, el desplazamiento a las dependencias del organismo administrativo, o la necesidad de testigos, todo ello por la intervención del notario autorizante del documento. Además, el notario bajo su responsabilidad da fe de que el documento se adecúa a la legalidad vigente.

De conformidad con la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, que en su artículo 4 califica la solicitud de prestación de ayuda

para morir como una «decisión autónoma, entendiéndose por tal aquella que está fundamentada en el conocimiento sobre el proceso médico, después de haber sido informado adecuadamente por el equipo sanitario responsable». Esta ley orgánica fue promulgada ya teniendo en cuenta la existencia en el ordenamiento jurídico español del documento de voluntades anticipadas reconocido legalmente desde hace años. En consecuencia, estos requisitos no son de aplicación en aquellos casos en los que el paciente haya suscrito con anterioridad un testamento vital, en cuyo caso se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento. El artículo 6 (relativo a los requisitos de la solicitud de prestación de ayuda para morir) añade que el documento esté legalmente reconocido, de lo que se deduce que es exigible copia autorizada o certificación original de la inscripción en el Registro, no siendo admisible la copia simple. Estos preceptos se refieren directamente a «lo dispuesto en el documento», por lo que del contenido y redacción del testamento vital dependerá de si en el mismo está contenida o no la eutanasia.

f) Donación de órganos por la consultante.

Tras la revisión de la sentencia, la ilimitación de la capacidad jurídica de la que venimos diciendo y a salvo de razones de orden biológico, nada impide la donación de órganos que pretende la consultante. Esta donación solo será nula si vulnera leyes que exigen una capacidad específica que no es el caso. En efecto, de la sordoceguera no se traduce fatalmente la conclusión de que no se pueda donar órganos si esa es la voluntad consciente y deliberada de la consultante. Como requisito para la obtención de órganos procedentes de donantes vivos para su ulterior trasplante la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos exige que el donante debe ser mayor de edad, gozar de plenas facultades mentales y de un estado de salud adecuado. Además, el donante habrá de ser informado previamente de las consecuencias de su decisión, de los riesgos, para sí mismo o para el receptor, así como de las posibles contraindicaciones, y de la forma de proceder prevista por el centro ante la contingencia de que una vez se hubiera extraído el órgano, no fuera posible su trasplante en el receptor al que iba destinado. El donante debe otorgar su consentimiento de forma expresa, libre, consciente y desinteresada. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad. El donante no deberá padecer o presentar deficiencias psíquicas, enfermedad mental o cualquier otra condición por la que no pueda otorgar su consentimiento en la forma indicada. Tampoco podrá realizarse

la obtención de órganos de menores de edad, aun con el consentimiento de los padres o tutores.

Si concurren todas las circunstancias antes expuestas no habrá problema alguno en la donación pretendida. En cualquier caso, para proceder a la obtención, será preceptivo disponer de un informe del Comité de Ética correspondiente.

g) Acceso al mercado de trabajo.

Como regla de carácter general, conforme al ordenamiento laboral los trabajadores con discapacidad tendrán el mismo tratamiento jurídico laboral que el resto de trabajadores. En efecto, la relación laboral o contrato de trabajo de cualquier trabajador con discapacidad que se incorpore al sistema ordinario de empleo, se sujeta a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET). Por lo que aquí interesa, el artículo 4.2.c) de su texto establece el derecho de los trabajadores a no ser discriminados, entre otras razones, por discapacidad, siempre que se hallen en condiciones de aptitud para el desempeño del trabajo o empleo de que se trate. Por otra parte, en el mismo precepto se establece el derecho a la integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales [art. 4.2.d) ET]. Además, el mismo precepto en su artículo 4.2.e) ET reconoce el derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso, entre otros, por razón de discapacidad.

Más adelante, el artículo 17.1 ET, que establece el principio de la no discriminación en las relaciones laborales, determina la nulidad y la falta de efectos de los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, o situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad, entre otras.

El concepto de apoyo en este ámbito laboral y con base en el principio general de acción preventiva regulado en el artículo 15.1.d) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), se resuelve en la necesidad de adoptar todas aquellas medidas necesarias para adaptar el puesto de trabajo a las personas en general y con discapacidad en particular. Para ello, el departamento de recursos humanos al tiempo de la evaluación de los puestos de trabajo deberá determinar los riesgos existentes y la planificación preventiva necesaria; entre ellos, la necesidad de adaptar el puesto de trabajo a la persona en

función de sus determinadas circunstancias físicas y personales que, en el caso de las personas con discapacidad, cobra, obviamente, mayor sentido y necesidad. La contravención de esta regulación de derecho necesario, considerada infracción de la normativa sociolaboral puede ser origen de un expediente administrativo sancionador por no garantizar las medidas de seguridad y salud previstas en el ordenamiento laboral.

Abundando en este marco protector que ofrece la normativa de salud y seguridad, el empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo (art. 25 LPRL) en razón de sus características personales, estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial,. Siendo esto así, las personas con discapacidad no serán empleadas en aquellos puestos que puedan poner en situación de riesgos a ellos mismos, a otros trabajadores o a personas relacionadas con la empresa. En consecuencia, los lugares de trabajo deberán estar adaptados y acondicionados a las necesidades especiales de los trabajadores con discapacidad para facilitar su actividad laboral, a través de medidas relacionadas con las vías de circulación, escaleras, servicios higiénicos o puestos de trabajo, entre otros. El incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidad administrativa y, en su caso, penal y civil por los daños y perjuicios que pudieran derivarse de dicho incumplimiento (art. 42.1 LPRL).

Para cumplir con la normativa expuesta el legislador ha previsto ayudas públicas que faciliten la adaptación de los puestos de trabajo o la dotación de equipos de protección necesarios y evitar en la medida de lo posible los accidentes de trabajo que sean potencialmente peligrosos para el trabajador discapacitado, o para eliminar barreras u obstáculos que impidan o dificulten su trabajo. La adaptación de estos puestos o la necesidad de elementos especiales para la seguridad del trabajador deben contar con la autorización de la inspección de trabajo y, si el empresario no lo solicita, lo podrá hacer el trabajador discapaz. La obtención de estas ayudas exige el cumplimiento de una serie de requisitos que debe cumplir el empresario, como son los siguientes. Estos trabajadores deberán ser solicitados a través de las oficinas de empleo y acreditar el grado de discapacidad mediante una certificación administrativa del órgano administrativo competente; mantener la estabilidad en el empleo de los trabajadores con discapacidad durante un período mínimo de tres años y, en caso de despido procedente, sustituir al trabajador despedido por otro que cumpla con los requisitos establecidos en la norma sin que ello origine el derecho a una nueva subvención, sino la prórroga de la ya existente.

No podemos dejar de mencionar los centros especiales de empleo que son organismos cuyo objetivo principal es no solo la realización por la persona discapacitada de un trabajo productivo y un empleo remunerado, sino también la prestación de servicios de integración social, sanitarios y educativos necesarios para sus trabajadores. A su vez, pretenden ser un medio de integración del mayor número de personas con discapacidad al régimen de trabajo ordinario, de manera que la inserción en el mundo laboral sea una realidad. El tratamiento jurídico específico de esta relación laboral se encuentra en el artículo 2.1.g) ET en el que se define como relación laboral de carácter especial la de los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo, cuyo desarrollo tendrá un tratamiento específico conforme a la normativa que lo desarrolla.

V. Acerca del ingreso involuntario de la consultante en una residencia de la tercera edad.

Como hemos anticipado en los antecedentes que inician este dictamen, doña Evangelina nunca ha sentido la influencia de sus parientes, pero ahora tiene la ominosa sospecha de una acechanza contra su libertad. En relación al eventual internamiento contra su voluntad habrá que comenzar por lo obvio y decir que nadie puede ser privado de su libertad sin conocer los motivos que la determinan según el texto constitucional. Esto es evidente. La Convención de Nueva York, en su artículo 19 a, de la que trae causa como hemos reiterado la Ley 8/2021 garantiza a la persona con discapacidad la oportunidad de elegir el lugar de residencia y *donde y con quien vivir*, garantía esta que indirectamente parece referirse a la guarda hecha (art. 19 a de la Convención), siendo ese —*quien*— el sujeto activo de la misma o guardador.

Ya podemos adelantar que la oferta de ingresar en una residencia solo será eficaz si es aceptada por doña Evangelina y, desde luego, por el momento, cualquier familiar tendría que inventar una causa. Así, con la sola excepción del proceso de internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico cuya indisponibilidad resulta evidente no parece que quepa un internamiento contra su voluntad. En este contexto, después de la reforma de gran envergadura acometida en nuestro ordenamiento en materia de discapacidad por la Ley 8/2021, de 2 de junio, y la implantación del nuevo modelo de apoyos para las personas con discapacidad frente al modelo sustitutivo anterior, es verdad que se echa en falta la necesaria sobre el régimen jurídico de los ingresos involuntarios para realizar los —ajustes razonables— en esta materia. La inexistencia de cualquier referencia en la citada ley al tema que nos ocupa puede estar relacionada con los trabajos que empezó

la Sección Quinta de la Comisión General de Codificación y que poco después se paralizaron. Ciertamente hubiera sido deseable que la reforma pendiente en materia de internamientos hubiera estado acompañada con la operada en materia de discapacidad para encontrar el equilibrio necesario entre los ingresos involuntarios civiles y el nuevo paradigma de los derechos humanos en materia de discapacidad. Algún autor tiene dicho sobre esta cuestión que, en estos casos, se trata de una vía espúrea para obtener la reclusión de una persona sin delito, sin proceso y sin pena.

VI. Actos de la consultante sin la debida asistencia de la curadora, cuando la misma es necesaria según la sentencia judicial.

Como cierre del sistema de protección de la persona con discapacidad, el artículo 39 del CDFA establece una regla general de aplicación para todos aquellos casos carentes de régimen jurídico específico por el silencio de la ley o de la sentencia que determina la concreta situación jurídica de la persona discapaz. En efecto, con las debidas adaptaciones que sean del caso, el vacío se cubre con la aplicación, a modo de complemento de capacidad, de las reglas tuitivas pensadas para la persona menor de edad pero mayor de 14 años. En consecuencia, a tenor del artículo 27 del CDFA para determinados actos y contratos hay que contar, bajo la sanción civil de anulabilidad en tanto no sea confirmado por quien deba prestarle asistencia a la consultante discapaz como será, en nuestro caso, la curadora doña Virtudes. El alcance de la noción de asistencia debida se traduce en una declaración de voluntad formalmente expresa o tácita y temporalmente previa o simultánea de mera aquiescencia previo conocimiento de la naturaleza del acto que se pretende llevar a término por la discapaz y de acuerdo con su mejor interés. Para facilitar la realización de actos y contratos de la misma naturaleza por responder a idéntica esfera de intereses, personales o patrimoniales, nada impide que la asistencia, sin ser genérica, comprenda y alcance a todos los actos, por ejemplo, propios del giro empresarial.

La eventualidad de un conflicto de intereses entre la persona discapaz y la llamada a prestar su asistencia se salva, según el artículo 28 del mismo texto legal, mediante el concurso de un defensor judicial o, en su caso, de la intervención de la junta de parientes.

VII. Conclusiones

Con los antecedentes, razonamientos realizados y los fundamentos normativos aducidos, esta letrada, somete a cualquier opinión mejor fundada en derecho las siguientes conclusiones:

Primera.- Las personas con discapacidad, como doña Evangelina, tienen derecho en todos los ámbitos del tráfico jurídico al reconocimiento de su personalidad jurídica, sin perjuicio de las medidas de apoyo que puedan necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Segunda.- La sentencia ha de ser necesariamente revisada por estricta exigencia legal y por consiguiente, revocada. La tutela ha de quedar reducida a curatela simplemente asistencial, cuya extensión personal y material será determinada en la resolución judicial que se adopte.

Tercera.- La función de las medidas de apoyo que recoja la resolución judicial no es otra que asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando la voluntad, deseos y preferencias de la consultante. En su caso no cabe una sustitución general sino únicamente, de forma subsidiaria y excepcional, para aquellos casos en que no pudiera de ninguna manera expresar su voluntad, y necesitara de un apoyo constante por carecer, de facto, de autonomía.

Cuarta.- Conforme a las circunstancias de hecho que me son conocidas, la figura que mejor se acomoda a la situación de doña Evangelina es la curatela no representativa o meramente asistencial. No hay otra figura jurídica que cumpla con solvencia y sin injerencias indebidas la voluntad, deseos y preferencias de doña Evangelina. La guarda de hecho como su nombre indica no parece por estrictas razones de seguridad jurídica una figura adecuada.

Quinta.- La persona llamada a prestarle el apoyo asistencial, su amiga doña Virtudes, debe procurar que doña Evangelina pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias mediante el sistema dactilológico en palma o en aire junto con el sistema de lectoescritura braille aprovechando su posible resto visual y auditivo.

Sexta.- Con las salvedades expuestas en el cuerpo de este dictamen, la capacidad natural de entender y querer de la consultante le permite realizar todos los actos y contratos objeto de este dictamen. Los sistemas alfabéticos, como el dactilológico o el sistema de lectoescritura braille, que no son otra cosa que unas adaptaciones de orden técnico, le permiten declarar su voluntad y manifestar su

entendimiento en todas las cuestiones de relevancia urídica que nos han ocupado en este dictamen. Puede otorgar poderes, generales o específicos, comprar y vender elementos patrimoniales de cualquier naturaleza, realizar contratos como el de préstamo con o sin garantía hipotecaria, otorgar testamento y documentos de voluntades anticipadas, hacer donación de órganos y, por supuesto, iniciar una actividad laboral.

Séptima.- El ingreso en una residencia ha de ser necesariamente voluntario. Sólo por excepción con causas tasadas y justificadas cabe un ingreso en una residencia geriátrica contra la voluntad de la consultante. En cualquier caso, la autoridad judicial debe autorizar este tipo de ingresos involuntarios.

VIII. Obras consultadas

- ALVENTOSA DEL RÍO, J., «*La Curatela tras la Ley 8/2021*», Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

- ANDRÉS JOVEN, J.M., «Reformas procesales y sustantivas tras 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, así como tras la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia», en *Revista Digital Familia y Sucesiones*, nº67, 2021.

- BERROCAL LANZAROT, A.I., «La autocuratela como medida voluntaria de apoyo tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio», en *Actualidad Civil*, nº9, 2021.

- CORVO LÓPEZ, F.M., «La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre provisión de apoyos a las personas con discapacidad en clave de futuro», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº8, 2021.

- FERNANDEZ DE BUJÁN, A., «La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad », en *Diario La Ley*, nº9961, 2021.

- GARCÍA GARCÍA, N., «Principales novedades que introduce la Ley 8/2021 por la que se reformala legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», en *Revista Digital Familia y Sucesiones*, nº62, 2021.

- GOMEZ LINACERO, A., «Análisis crítico de los fundamentos de la Ley 8/2021 de 2 de junio, en materia de discapacidad », en Diario La Ley, nº10006, 2022.

- GONZÁLEZ CARRASCO, C., «La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad», en Derecho privado y Constitución, nº39, 2021.

- VALLS XUFRE, J.M., «Ley 8/2021 de 2 de junio: la problemática y ambigua remisión a la curatela en el poder preventivo», en La Notaría, nº3, 2020.

- VERDA Y BEAMONTE, J.R., «Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad», en Diario La Ley, nº10021, 2022.

PREMIO DE DERECHO PÚBLICO
“GASCÓN Y MARÍN”

LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA ALGORÍTMICA: UNA PROPUESTA DOCTRINAL DESDE LA DOGMÁTICA DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA Y LA TEORÍA GENERAL DE LOS ACTOS

Autor: Don Jesús-Alí Tahiri Moreno

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

1. Metodología, estructura y objetivos de la investigación

Es un hecho notorio que la Administración se enfrenta a cambios significativos cuyas consecuencias afectan a varios de sus elementos estructurales. Para suerte de algunos y desdicha de otros, nos han tocado vivir tiempos de cambio y transición. Catárticos diría yo. Algunos los afrontan con miedo, alarmismo y un exceso de conservadurismo tendente a mantener la anquilosada arquitectura de nuestra Administración tal y como está. Otros, imbuidos de un espíritu progresista, reciben los cambios que nos han sumergido en la Cuarta Revolución Industrial (aunque ya se empieza a comentar en algunos foros que nos encontramos en los albores de la quinta) con ilusión, confianza, y plenamente convencidos de las ventajas que las ya no tan nuevas tecnologías reportan a la ciudadanía.

Personalmente, apuesto por una tercera vía que denominaré reformista, en cuya virtud defiende la transformación de la Administración como un paso necesario e inevitable. Ahora bien, conservando todo aquello que sea digno de conservar. En este sentido, las garantías del ciudadano frente a la Administración son un pilar fundamental del Estado de Derecho en toda sociedad que se precie democrática. Constituyen, en mi opinión, una victoria de la ciudadanía frente al poder que no debemos descuidar. Debemos, pues, preservarlas, y, en la medida en que sea necesario, actualizarlas y perfeccionarlas.

Es en este contexto de transición hacia una Administración 4.0 en el que se inserta el artículo científico. El objetivo del estudio es construir una teoría de las decisiones administrativas algorítmicas partiendo de una perspectiva dogmática que ponga el foco en la acción administrativa. Para cumplir el cometido, en el apartado II se analizará la naturaleza de la actuación administrativa algorítmica, diferenciando entre los actos dictados en el marco del procedimiento de las actua-

ciones *ad extra* que carecen de moldes procedimentales a los que ajustarse. Asimismo, también se expondrán los medios de impugnación frente a esta especial categoría de decisiones, cuestión esta última que dista de estar clara y en la que existen lagunas normativas que considero sustanciales.

Una vez delimitada su naturaleza jurídica, en el apartado III se abordará un asunto de capital relevancia en términos dogmáticos: los vicios de invalidez que pueden afectar a las actuaciones algorítmicas. El análisis se centra, pues, en los presupuestos de validez de los resultados arrojados por dichos sistemas, dejando a un lado el examen de los requisitos de los programas informáticos. Son las decisiones algorítmicas, y no la herramienta aisladamente considerada (simple instrumento), las que en última instancia pueden producir efectos (directos o indirectos) en la situación jurídica de la ciudadanía.

Finalmente, se examinará el nuevo *derecho a una explicación* reconocido por el Reglamento europeo de Inteligencia Artificial¹ en su art. 86 (en adelante, RIA)². Este derecho será de plena aplicación a las Administraciones Públicas que adopten decisiones basándose en los resultados de salida de un sistema de IA, siempre que se den una serie de requisitos. No obstante, debo adelantar que su impacto en la actuación administrativa, al menos de momento, será mínimo. Más atención merece a mi juicio el art. 22 del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)³, por lo que se llevará a cabo un análisis conjunto de ambos preceptos, habida cuenta de su complementariedad. Todo ello con la finalidad de descubrir lagunas y proponer reformas que se adecúen a las especificidades de la Administración Pública.

¹ Para un análisis pormenorizado del articulado del Reglamento de Inteligencia Artificial, véase Barrio Andrés, Moisés (dir.) (2024). *Comentarios al Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*. La Ley.

² 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.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 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).

³ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)

2. Precisiones conceptuales y terminológicas

Expuesta la metodología, la estructura y los objetivos del estudio, conviene clarificar el marco conceptual y terminológico relativo a la actuación administrativa algorítmica. En primer término, debe quedar claro que en este concepto se incluyen tanto las actuaciones realizadas con la asistencia de inteligencia artificial en sentido estricto, como aquellas otras actuaciones que, si bien no emplean técnicas de inteligencia artificial, sí operan de forma automatizada y pueden servir de soporte o fundamento para la toma de decisiones⁴. Se parte, pues, de una concepción amplia del concepto *actuación administrativa automatizada*, donde esta constituye el género y el uso de sistemas de IA representa la especie (TAHIRÍ MORENO, 2024: p. 145).

En segundo término, conviene tener presente que, a nivel europeo, el concepto de sistema de IA ha quedado finalmente restringido a los sistemas que posean capacidad de adaptación tras el despliegue. Ello se traduce en que únicamente se considerarán sistemas de IA, a la luz del RIA, los programas que tengan capacidad de autoaprendizaje tras su despliegue [art. 3, cardinal 1) y considerando 12 RIA].

Corolario de lo anterior es que un gran número de sistemas de IA en sentido técnico podrían permanecer extramuros del ámbito de aplicación del RIA. Por este motivo, y a fin de evitar lagunas normativas que faciliten espacios de arbitrariedad y vulneración de derechos fundamentales en el seno de la Administración, considero necesario que el legislador básico estatal introduzca un concepto más amplio cuyo ámbito alcance a todos los sistemas algorítmicos que orienten o influyan en la acción administrativa. Y ello con independencia de su capacidad de autoaprendizaje o de que el programa informático utilice o no IA en sentido estricto⁵.

En este sentido, sería conveniente una regulación específica a nivel estatal que dé respuestas a los problemas que plantea su uso en la Administración y

⁴ Partir de un concepto amplio permite superar los debates en torno a si nos encontramos ante un sistema de IA o no. Lo sustancial, a mi juicio, es la capacidad de la herramienta algorítmica para orientar la actuación administrativa y producir efectos jurídicos (directos o indirectos) en la esfera personal o patrimonial del interesado.

⁵ Mucho me temo que si no se propone una ampliación del concepto a nivel normativo no serán pocas las situaciones en las que se empleen sistemas algorítmicos muy potentes en la Administración sin unas garantías adecuadas. Y ello con el argumento de que no nos encontramos ante un “sistema de inteligencia artificial” a la luz del RIA; de que las actuaciones no se han dictado en el marco de un procedimiento o, en última instancia, porque ha existido “intervención humana”.

garantice que el empleo de estas tecnologías se realice con las máximas garantías para el ciudadano⁶. No obstante su interés, debemos dejar las recomendaciones de *lege ferenda* para más adelante, pues exceden en mucho el objeto de este epígrafe. Por ahora, nos basta con saber que el RIA no es suficiente para dar respuestas a los problemas derivados del uso de sistemas algorítmicos en la Administración.

Finalmente, es necesario advertir que en este estudio se utilizará el término “decisión” para hacer referencia a cualquier tipo de información generada por un sistema algorítmico que influya, oriente o fundamente tanto la actuación administrativa informal como el contenido de un acto administrativo. Opere o no con inteligencia artificial y constituya o no un acto decisorio desde la perspectiva procedimental. En este sentido, se parte de un concepto amplio de decisión que abarca también las decisiones individuales automatizadas que, pese a no producir efectos jurídicos directos, sí pueden influir de manera determinante en la situación jurídica del interesado. Se acoge, por consiguiente, la interpretación que del art. 22 del RGPD ha realizado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 7 de diciembre de 2023, asunto C-634/21)⁷.

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA ALGORÍTMICA

Uno de los principales problemas que plantea a nivel dogmático el uso de sistemas algorítmicos en la Administración gira en torno a la determinación de la naturaleza jurídica de la información que proporcionan y de las actuaciones posteriores que se acometen con fundamento o por influjo de esta. A fin de arrojar algo de luz sobre este asunto, resulta de enorme interés analizar: (i) en el ámbito formal, si nos encontramos ante actos administrativos y, en caso afirmativo, ante qué categoría de actos; (ii) si en el ámbito de la actuación administrativa informal o en la fase previa a la iniciación del procedimiento las decisiones algorítmicas

⁶ Un análisis rebotante de propuestas normativas concretas dirigidas a facilitar la implementación de la IA en las Administraciones Públicas pueden encontrarlo en BERMEJO LATRE, José Luis (2023): La aplicación de la inteligencia artificial en la actividad formal e informal de la Administración [archivo PDF]. https://congresoaeptdavigo2024.es/wp-content/uploads/2023/12/Ponencia-Bermejo-Latre-ia_actuacionadmva.pdf.

⁷ Un comentario a la sentencia puede encontrarse en COTINO HUESO, Lorenzo (2024). La primera sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre decisiones automatizadas y sus implicaciones para la protección de datos y el Reglamento de inteligencia artificial. *Diario LA LEY*, N° 80. No obstante, en este trabajo se realizará un análisis de los efectos de la resolución en el ámbito específico de la Administración Pública.

que influyan en actos posteriores pueden ser objeto de control; y (iii) ante posibles vulneraciones, qué tipos de controles existen frente a esta especial categoría de decisiones⁸.

1. La acción administrativa en el marco del procedimiento: la calificación jurídica de las actuaciones algorítmicas como actos de trámite o definitivos en función de su finalidad y contenido

Cuando la acción administrativa tiene lugar una vez iniciado el procedimiento administrativo, para calificar correctamente la decisión algorítmica en cuestión debemos tener en cuenta tanto su contenido como los efectos que produce sobre la situación jurídica del destinatario de dicha actuación. En este sentido, resulta de interés traer a colación el procedimiento para la concesión del bono social regulado en 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 y en la Orden ETU/943/2017, de 6 de octubre, por la que se desarrolla 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.

La razón de utilizar este procedimiento y no otro viene determinada por el interés que suscita el hecho de que la Sentencia nº 143/2021 del Juzgado Central de lo Contencioso nº 8⁹ reconoce en su Fundamento Jurídico Tercero la naturaleza

⁸ Un análisis específico sobre el control judicial de las decisiones administrativas discrecionales adoptadas con IA puede encontrarse en PONCE SOLÉ, Juli (2024). Inteligencia Artificial, decisiones administrativas discrecionales totalmente automatizadas y alcance del control judicial: ¿indiferencia, insuficiencia o deferencia? *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 9, 171-220.

⁹ Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo 143/2021, de 30 de diciembre de 2021 (Roj: SAN 5863/2021 — ECL I:ES:AN:2021:5863). Dicha resolución judicial ha sido confirmada en apelación por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 7ª) de 30 de abril de 2024 (rec. nº 0000051/2022). En torno a esta última sentencia se generó un debate sobre el derecho de acceso al código fuente del programa BOSCO entre los profesores HUERGO LORA y PONCE SOLÉ cuya lectura recomiendo. Las aportaciones de ambos pueden leerse en HUERGO LORA, Alejandro (2024): Por qué aciertan las sentencias sobre el ‘algoritmo’ del bono social eléctrico. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/por-que-aciertan-las-sentencias-sobre-el-algoritmo-del-bono-social-electrico>; HUERGO LORA, Alejandro (2024): Distopía y algoritmos. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/distopia-y-algoritmos>; PONCE SOLÉ, Juli (2024). Por qué se equivocan las sentencias sobre el algoritmo del bono social eléctrico. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/por-que-se-equivocan-las-sentencias-sobre-el-algoritmo-del-bono-social-electrico>; y PONCE SOLÉ Juli (2024): Utopía y algoritmos. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/utopia-y-algoritmos>. En esta ocasión me posiciono a favor del Profesor HUERGO LORA, pues no considero necesario el acceso al código fuente en este supuesto concreto. Al tratarse de decisiones regladas cuya

de acto administrativo dictado por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (MITECO) al resultado arrojado por la aplicación informática BOSCO. Además, la sentencia atribuye, como no puede ser de otro modo, la responsabilidad de la decisión al órgano administrativo (MITECO), no a la comercializadora de referencia, pudiendo impugnar el interesado el acto tanto en vía administrativa como judicial. Ergo, de lo expuesto se infiere sin dificultades que las actuaciones algorítmicas que pongan fin al procedimiento constituyen formal y materialmente resoluciones administrativas. Siendo este un razonamiento de Perogrullo, lo cierto es que la normativa que regula el procedimiento administrativo para la concesión del bono social no parece llegar a la misma conclusión.

En primer lugar, son las comercializadoras de referencia (empresas privadas que operan en el mercado regulado de luz y gas) quienes gestionan la aplicación que emite lo que material y formalmente son actos administrativos resolutorios, en la medida en que deciden si un ciudadano puede ser beneficiario o no de una ayuda pública y ponen fin al procedimiento. Esta delegación de potestades públicas en favor de sujetos privados tiene un difícil encaje legal (*ex art. 9.2 EBEP*)¹⁰ y solo se justifica por el hecho de que el Poder Ejecutivo no considera el resultado dado por el programa informático BOSCO una auténtica resolución dictada en el ejercicio de una potestad pública.

En segundo lugar, conviene resaltar que la normativa que regula el procedimiento tampoco prevé un trámite de audiencia en el supuesto de que la decisión automatizada sea desfavorable. No se permite, pues, al interesado, alegar los motivos que a su derecho convengan para acreditar que cumple con los requisitos para obtener la ayuda. Esto es especialmente grave, máxime teniendo en cuenta que los potenciales beneficiarios pertenecen a colectivos vulnerables y en riesgo de exclusión social¹¹.

Finalmente, tampoco se prevé un recurso contra el acto administrativo que deniega el derecho al bono social. Así, tanto el Real Decreto como la Orden

conformidad a Derecho es fácilmente verificable, el acceso al código fuente supone una medida excesiva e innecesaria.

¹⁰ Dispone el precepto de forma taxativa que “En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”.

¹¹ Sobre los vicios de invalidez que pueden afectar a la actuación algorítmica me remito al apartado III de este estudio.

Ministerial se limitan a remitir a la normativa de consumidores en caso de discrepancias. En otras palabras, en lugar de un recurso administrativo ante el órgano que dictó el acto que se impugna lo que se dispone es una reclamación ante los servicios de consumo. Esto es algo que choca frontalmente contra principios básicos de la dogmática jurídico-administrativa y con lo previsto en las leyes de procedimiento administrativo.

¿Cómo es posible que una decisión que formal y materialmente constituye un acto resolutorio que pone fin a la vía administrativa no pueda ser impugnada ante el órgano que la dictó? Es al MITECO, y no a los servicios de consumo, a quien corresponde resolver la conformidad a Derecho del acto resolutorio impugnado. Al tratarse de un acto que pone fin a la vía administrativa, lo procedente es que el interesado pueda formular un recurso potestativo de reposición contra la decisión desfavorable (la denegación de la ayuda estatal), o, alternatively, un recurso contencioso-administrativo directo ante el órgano competente.

Este proceder por parte del Poder Ejecutivo evidencia con nitidez la necesidad de clarificar la naturaleza jurídico-administrativa de las decisiones algorítmicas. Toda actuación de la Administración llevada a cabo en el marco de un procedimiento es un acto administrativo. Y ello con independencia de los medios que se utilicen para dictar el acto. Ahora bien, no todas las actuaciones algorítmicas pueden ser calificadas de la misma forma. Así, en algunas ocasiones constituirán simples actos de trámite (solo impugnables en el supuesto de que sean actos de trámite cualificados) mientras que en otras gozarán de la naturaleza de resoluciones administrativas.

En conclusión, considero esencial adquirir conciencia sobre la relevancia jurídica de los resultados que arrojan los programas informáticos utilizados por la Administración y sus efectos sobre el ciudadano. Más importante que los sistemas algorítmicos aisladamente considerados son los actos derivados de su uso los que deberían ocupar nuestra atención. La teoría general de los actos administrativos nos permite dar respuestas a las nuevas formas de actuación de la Administración. No está de más recordar que toda actuación algorítmica, en la medida en que contenga una declaración de juicio, de voluntad, de conocimiento o de deseo (siguiendo la clásica definición de ZANOBINI¹² conocida por todos) dictada por la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa (con excepción de la reglamentaria) es un acto administrativo.

¹² ZANOBINI (1954: p. 312).

Esta interpretación tiene consecuencias importantes, pues comporta que todo acto algorítmico (ya sean decisiones, recomendaciones, o cualquier tipo de información que contribuya a la decisión final) debería, en mi opinión, formar parte del expediente administrativo.

2. La actuación administrativa algorítmica informal: la problemática derivada del déficit de controles a las actuaciones ejecutadas en la fase previa a la iniciación del procedimiento

Otra de las cuestiones a las que la dogmática administrativa debe dar respuesta es a los riesgos que plantea el uso de sistemas algorítmicos en el ámbito de la actuación informal de la Administración¹³. Huelga decir que la acción administrativa no se agota con la producción de actos administrativos. Existen, pues, múltiples dimensiones en las que la actividad administrativa se ejerce sin necesidad de acudir a esta institución (v.g., la actividad de inspección o de control).

Pese a que dichas actuaciones no están sujetas a un procedimiento formalizado ni pueden ser aprehendidas desde la teoría clásica de los actos administrativos, ello no significa en modo alguno que dicha actividad sea indiferente para el Derecho. En el caso que nos ocupa, podemos definir la actuación algorítmica informal como *las actuaciones realizadas al margen de un procedimiento administrativo mediante la utilización o con el apoyo de sistemas algorítmicos que influyan o puedan influir directa o indirectamente en el ejercicio de potestades públicas*.

El máximo exponente de este tipo de actuaciones lo encontramos en la Administración tributaria, donde la inspección cuenta con herramientas algorítmicas muy potentes para planificar y ejercer sus funciones de control. Así, un caso paradigmático de actuación algorítmica automatizada en el ejercicio de actividades inspectoras es el uso del programa HERMES, un sistema que emplea la minería

¹³ A pesar de la relevancia de la actividad informal de la Administración, lo cierto es que se trata de un ámbito que ha sido poco trabajado por la doctrina española. Para introducirse en este campo recomiendo la lectura de SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2003). *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*. Madrid. Marcial Pons/Instituto Nacional de Administración Pública; CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis y ALMEIDA CERREDA, Marcos (2015). “Sobre la llamada actividad informal de la administración pública”, en *Régimen jurídico básico de las administraciones públicas*: libro homenaje al profesor Luis COSCULLUELA / coord. por Manuel REBOLLO PUIG, Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, Eloísa CARBONELL PORRAS; LUIS COSCULLUELA MONTANER (hom.), Madrid, Iustel, pp. 393-412; VELASCO RICO, Clara Isabel (2022). La actividad informal de la administración. Premisas para una tentativa de reconstrucción de una categoría (casi) olvidada. *Revista de Derecho Público: teoría y método*, 5, 37-71; y GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge (2024). Lección 20. Actuaciones sin procedimiento. *Revista de Derecho Público: Teoría y método*, 507-523.

de datos para elaborar perfiles y categorizar a los contribuyentes en función del riesgo defraudatorio. Gracias a esta herramienta, la Administración selecciona de forma rápida y eficaz a los contribuyentes que serán objeto de un procedimiento de inspección o de comprobación.

Aunque desde la perspectiva dogmática acciones como esta encajan a la perfección dentro del concepto de actividad informal de la Administración, desde el punto de vista legal esta clase de actuaciones no se consideran actividad administrativa automatizada. Así, dispone el art. 41.1. de la LRJSP que “Se entiende por actuación administrativa automatizada, cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público”¹⁴.

El concepto establecido por el poder legislativo excluye de plano todo acto o actuación que no se realice en el marco de un procedimiento, lo que implica dejar fuera buena parte de las actuaciones algorítmicas automatizadas. Asimismo, de la definición se infiere que, en la medida en que intervenga de forma directa un empleado público, tampoco estaremos ante una actividad administrativa automatizada. Se parte, pues, de un concepto sumamente restrictivo cuya consecuencia directa se traduce en un déficit de garantías y controles a la utilización de un amplio número de sistemas algorítmicos, dado que, al no subsumirse en el concepto legal de *actividad administrativa automatizada*, no están obligados a cumplir los requisitos del art. 41.2 LRJSP.

A tenor de lo expuesto, una de las soluciones que podrían llevarse a cabo con el objetivo de dotar de mayores garantías a la ciudadanía frente al uso de sistemas

¹⁴ En el ámbito tributario, es el art. 96 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria el que regula en la Administración tributaria la utilización de tecnologías informáticas y telemáticas. No obstante, la interpretación que la Agencia Tributaria hace del apartado 4 del precepto ha supuesto que los sistemas algorítmicos más potentes no cuenten con la previa aprobación reglamentaria, ya que, según este organismo, “el art. 96.4 de la Ley General Tributaria no se refiere a cualquier aplicación informática sino sólo a aquellas utilizadas directamente “para el ejercicio de sus potestades” por la Administración, que son las que suponen una actuación automatizada (pues son las únicas aplicaciones que directamente se utilizan para el ejercicio de potestades de la Agencia Tributaria, en cuanto que como tal potestad tiene que producir efectos jurídicos actuales o potenciales frente a los ciudadanos, según la definición tradicional de potestades administrativas). Es decir, la utilización de aplicaciones informáticas de mero soporte en la actuación administrativa, como son aquellas sobre las que se ha planteado la solicitud, no están comprendidas en dicho precepto, sino únicamente las que directamente suponen el ejercicio de una potestad administrativa” (Resolución 825/2019, de 13 de febrero de 2020, del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: p. 3).

algorítmicos por la Administración pasa por ampliar el concepto de *actividad administrativa automatizada*. Solo a través de la extensión de los contornos de este concepto puede asegurarse que las actuaciones algorítmicas llevadas a cabo al margen del procedimiento se realizan con pleno respeto a los derechos fundamentales. No es necesario recordar que el respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (ex art. 9.1 CE) opera también en la fase previa a la iniciación de un procedimiento y con independencia del grado de formalidad de la actuación. Tampoco que los principios generales del derecho constituyen un límite y una garantía que modula y orienta, no solo la actividad formal de la Administración, sino también la formal o material¹⁵.

Así, ¿puede considerarse conforme a Derecho la decisión de incoar un procedimiento de inspección o sancionador como consecuencia de la información generada por un sistema algorítmico opaco que opera con técnicas discriminatorias? Quizás en otros tiempos el motivo que impulsaba al funcionario a tomar la decisión era inexpugnable e imposible de fiscalizar. Constituía una decisión meramente subjetiva que obedecía a criterios de oportunidad¹⁶. Empero, ahora sí podemos conocer la lógica que subyace a un sistema algorítmico en el proceso de toma de decisiones y los datos que emplea el programa informático para, por ejemplo, seleccionar a un contribuyente y no a otro. En otras palabras, cuando la Administración utiliza un sistema algorítmico, podemos objetivar y fiscalizar las razones que han llevado al sistema a arrojar un resultado concreto.

Por consiguiente, cuando la decisión del funcionario se fundamenta o tiene su origen en los resultados dados por una herramienta cuya finalidad es valorar o constatar las circunstancias fácticas que lleven aparejada una consecuencia jurídica, esa información tiene que formar parte del futuro expediente administrativo. La utilización de estos programas no puede ser concebida, a mi parecer, como un simple elemento auxiliar o instrumental. Antes bien, resulta imprescindible que los interesados conozcan cómo y por qué se ha tomado la decisión de, por ejemplo, iniciar un expediente sancionador contra ellos.

¹⁵ En relación con la actividad material o técnica de la Administración, se ha sostenido con acierto la inexistencia de actos indiferentes para el Derecho (GARCÍA DE ENTERRIA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: p. 872).

¹⁶ Algunos autores, entre los que destaca el profesor HUERGO LORA, consideran que no deberían exigirse garantías adicionales por el solo hecho de que la actuación sea digital, cuando las mismas actuaciones no tengan consecuencias si las realiza un humano (2023a: p. 10).

Contra este razonamiento se puede alegar que los motivos que impulsan a tomar la decisión de incoar un procedimiento sancionador o inspector no determinan *per se* la comisión de una infracción administrativa. Que lo realmente importante es que se respeten las garantías desde la iniciación a la finalización del procedimiento que trae su causa de esa decisión. O, como arguye el profesor HUERGO LORA, “inspeccionar no es sancionar”, por lo que lo peor que le puede ocurrir al ciudadano es que se le inspeccione sin haber cometido una infracción (2023: p. 8)¹⁷.

No comparto los razonamientos de esta índole, ya que tan importante es asegurar el respeto a las garantías en la fase del procedimiento *sensu stricto* como en su fase previa. ¿O acaso la vigencia de los derechos fundamentales se suspende durante las actuaciones inspectoras previas?¹⁸ ¿Es jurídicamente admisible inspeccionar o sancionar a un ciudadano cuando ha sido previamente seleccionado en base a criterios probabilísticos potencialmente discriminatorios?¹⁹ No podemos ventilar el asunto razonando que, en última instancia, es el juicio humano el que prevalece y que la máquina solo aporta elementos auxiliares o instrumentales. O afirmando como un dogma insoslayable que las actuaciones previas no se dirigen contra una persona concreta y que carecen de efectos jurídicos.

Tampoco, por supuesto, prohibiendo el uso de estas herramientas. Lo que sí sería adecuado y respetuoso con los derechos fundamentales y las garantías

¹⁷ En mi opinión, lo peor que le puede ocurrir al ciudadano no es que la Administración se equivoque, sino que acierte y sea objeto de una sanción. Sanción esta que tiene su raíz en el uso de un potente sistema algorítmico que probablemente emplee técnicas que vulneran derechos fundamentales y cuyo funcionamiento desconocemos.

¹⁸ A este respecto, señalaba con buen criterio el profesor BERMEJO VERA hace ya más de dos décadas que “... las funciones inspectoras ni son ilimitadas, en tiempo, forma y alcance, ni pueden ejercerse libre o discrecionalmente de modo absoluto, ni son practicables en todo el ámbito o materia o sector en que son factibles jurídicamente, ni son exigibles por terceros *ad libitum*. Por supuesto, tampoco pueden vulnerar las propias normas de procedimiento administrativo específico o general, ni las de protección de derechos fundamentales de los ciudadanos” (1998: p. 54).

¹⁹ En este sentido, se ha razonado que “Muchas de estas decisiones aproximativas están sometidas a un marco jurídico poco estricto, en el que no se exige apenas motivación. Son actos administrativos de trámite, no recurribles autónomamente, y, si se constata que la resolución del procedimiento es materialmente correcta (porque concurre su presupuesto de hecho), es difícil que un problema en el acto de iniciación dé lugar a la anulación de la resolución” (HUERGO LORA, 2023b: p. 127). No puedo estar de acuerdo con este razonamiento. Si el interesado acredita que en las actuaciones previas que dieron lugar a la iniciación del procedimiento se vulneraron derechos fundamentales la consecuencia no puede ser otra que la nulidad radical de la resolución sancionadora. Lo contrario sería legitimar y reconocer una especie de “tierra sin ley” en la que la Administración puede campar a sus anchas sin atender a las exigencias que el Derecho le impone.

del administrado es dotar a las decisiones algorítmicas que formen parte de la actividad informal de la Administración de valor jurídico. En la medida en que pueden influir en la toma de decisiones posteriores, las actuaciones algorítmicas previas al procedimiento deben obrar, en su caso, en el futuro expediente. Solo de este modo estaremos en disposición de verificar que la actuación administrativa se halla sometida a la ley y al Derecho. No podemos obviar que se trata de información que afecta al interesado, y ello con independencia de que finalmente sea objeto o no de una decisión desfavorable²⁰.

La transformación de los métodos y las formas en que la Administración Pública actúa y se relaciona con el ciudadano requiere de respuestas dirigidas a reequilibrar sus poderes exorbitantes. El incremento de la eficacia y la eficiencia en la satisfacción de los intereses generales gracias al uso de herramientas algorítmicas es indudable. Ahora bien, el fin (la prosecución del interés general) no habilita a la Administración a utilizar cualquier medio. Existen determinados ámbitos de actuación en los que, si se quieren emplear sistemas algorítmicos, debe hacerse reforzando la transparencia y la garantías de los interesados que puedan verse significativamente afectados como consecuencia de su uso. Respetando el principio de proporcionalidad y eliminando todo atisbo de arbitrariedad en la acción administrativa. Antes no podíamos escrutar el fuero interno del funcionario para saber por qué optaba por una opción y no por otra. Quizás si hubiéramos gozado de esa capacidad, muchos procedimientos habrían sido anulados por incurrir en vicios de nulidad radical.

²⁰ En este sentido, resulta sumamente ilustrativa la doctrina establecida por la STS 1181/2023, de 25 de septiembre de 2023, ECLI:ES:TS:2023:3748. La sentencia, que sienta jurisprudencia sobre los arts. 53 y 55 de la LPAC, reconoce en su FJ Séptimo, en primer lugar, la naturaleza de “procedimiento administrativo” a la información previa o reservada. Así, sostiene la Sala Tercera que “Asimismo, al tiempo de los hechos enjuiciados estaba vigente el artículo 53.1 de la Ley 39/2015 que regula los derechos de los interesados en un procedimiento administrativo, naturaleza que no puede negarse a la información previa o reservada, según el caso, sin que exista excepción expresa en la norma para su acceso”. En segundo lugar, y consecuencia lógica de lo anteriormente dispuesto, concluye la Sala a continuación que “De lo anteriormente argumentado ninguna duda ofrece que en la información reservada o información previa abierta respecto a un funcionario para determinar si posteriormente se incoa o no un procedimiento disciplinario tiene la condición de interesado en un procedimiento, conforme al artículo 4 de la Ley 39/2015”. Ergo, de la jurisprudencia expuesta podemos afirmar tanto la naturaleza de procedimiento administrativo de las actuaciones previas del art. 55 LPAC como la condición de interesado en dicho procedimiento, lo que genera el derecho de acceso a todas las diligencias que consten en el expediente, ex art. 53.1. a) LPAC.

En definitiva, las actuaciones algorítmicas extra procedimentales no pueden permanecer al margen del Derecho administrativo. Su relevancia jurídica es incuestionable, dados los efectos que pueden producir en la esfera del interesado y su potencial discriminatorio. Para paliar el déficit de garantías existentes, sería adecuada una ampliación de los límites del concepto *actividad administrativa automatizada* del art. 41 LRJSP. En primer lugar, incluyendo a las actuaciones que se lleven a cabo fuera del marco de un procedimiento. En segundo lugar, interpretando la expresión “en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público” (art. 41.1. *in fine*) en el sentido de que el empleado público no haya influido en modo alguno en el funcionamiento del sistema algorítmico. La simple validación del resultado con la firma del empleado público no puede ser entendida como una forma de intervención humana.

La actualización y adaptación del art. 41 LRJSP a la realidad de la Administración constituye una necesidad imperiosa, pues muchas de las herramientas en poder de la Administración han dejado desfasado el concepto “Administración Electrónica”. Aquí no nos referimos a las decisiones automatizadas que se limitan a dar fe de una situación concreta, como pudiera ser un informe de situación actual del trabajador en la Seguridad Social. Tampoco a los supuestos en que la sustitución del humano por la máquina se reduce a tareas meramente auxiliares. De lo que se trata es de dar una adecuada cobertura normativa al uso de herramientas analíticas e inteligentes que sirven para impulsar y orientar actuaciones que despliegan efectos jurídicos de indudable relevancia sobre el ciudadano.

3. Los mecanismos de impugnación frente a las decisiones algorítmicas

A) El control de las actuaciones algorítmicas informales que puedan afectar desfavorablemente al interesado o vulnerar derechos fundamentales

Por lo que se refiere a los mecanismos de impugnación, en el ámbito de la actividad administrativa algorítmica debemos diferenciar de nuevo entre la actuación extra procedimental o informal y la intra procedimental o formal. En el primer caso, la teoría que aquí se sostiene exige que todo resultado emitido por un sistema algorítmico que dé lugar a la iniciación de un procedimiento que pueda producir efectos desfavorables en la esfera del interesado forme parte del futuro expediente administrativo. En virtud de esta tesis, lo impugnabile seguiría siendo el acto resolutorio que pusiera fin al procedimiento. Ahora bien, la incorporación al expediente de los antecedentes que dieron lugar a la incoación permitirá

controlar la adecuación a Derecho de toda la actuación en vía administrativa y jurisdiccional.

De este modo, se pone coto a la imposibilidad de fiscalizar una actuación informal que, pese a no producir efectos jurídicos directos ni ser vinculante, puede influir de forma determinante en la conducta y el juicio del empleado público. Aquí conviene insistir en que el empleado público que desempeña una actividad informal no goza de una patente de corso en cuya virtud pueda vulnerar principios generales del derecho o derechos fundamentales so pretexto de la eficacia y la eficiencia en el ejercicio de sus funciones.

La tesis que aquí se propone nos permite realizar un control que va más allá del procedimiento o de los elementos objetivos y subjetivos de la resolución objeto de impugnación. Es decir, trasciende el puro control formal de la actuación administrativa para situarse en una posición en la que se analiza todo el *iter* procedimental, entendido éste en sentido lato. Esto es, no constreñido a la pura y simple concatenación de actos administrativos que finaliza con una resolución. Así, el interesado que considere que el acto desfavorable impugnado tuvo su origen en una actuación algorítmica que pudiera considerarse contraria a Derecho, podrá atacar dicho acto impugnando los posibles vicios que pudieran haber surgido en la fase previa a la iniciación del procedimiento.

Esta propuesta cobra especial relevancia y adquiere sentido en la medida en que, como apuntaba anteriormente, es posible objetivar los resultados del sistema algorítmico empleado en la actuación administrativa informal. Me parece importante insistir en que no nos encontramos ante herramientas de carácter puramente instrumental o auxiliar, sino ante máquinas que valoran presupuestos fácticos y orientan e influyen, en mayor o menor grado, en la toma de decisiones administrativas.

Siguiendo con el ejemplo de la actividad inspectora a la que hacía referencia *supra*, el contribuyente que ha sido seleccionado por mor de la utilización de una herramienta algorítmica tendría derecho a conocer: i) cuáles han sido los datos empleados para llegar a la conclusión de que debe ser investigado; ii) cuál ha sido el proceso lógico realizado por la máquina para la toma de la decisión algorítmica y, si esto no es técnicamente posible, las especificaciones técnicas del algoritmo empleado por el sistema; y iii) en qué medida ha influido el resultado de la máquina en la iniciación de las actuaciones inspectoras.

Con este proceder se asegura la fiscalización de la actuación administrativa de principio a fin. Hace 40 años era técnicamente imposible controlar el proceso

de toma de decisiones en las actuaciones previas a un procedimiento. Pero eso ha cambiado. El uso de tecnologías como la inteligencia artificial o la minería de datos para la toma de decisiones nos facilita el escrutinio de la actividad informal o material de la Administración.

Desgraciadamente, la realidad es muy distinta en el ámbito de las actuaciones inspectoras. Ámbito este en el que impera la opacidad y donde la eficacia en la persecución de potenciales defraudadores o infractores prevalece sobre el respeto a los derechos fundamentales²¹. Tan es así que el propio Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio²², introduce en el apartado 7 de su art. 170 un principio de opacidad absoluta al disponer que “...los medios informáticos de tratamiento de información y los demás sistemas de selección de los obligados tributarios que vayan a ser objeto de actuaciones inspectoras tendrán carácter reservado, no serán objeto de publicidad o de comunicación ni se pondrán de manifiesto a los obligados tributarios ni a órganos ajenos a la aplicación de los tributos”²³.

B) El control de las actuaciones algorítmicas que constituyan actos de trámite: su necesaria incorporación a la resolución que finaliza el procedimiento

En términos dogmáticos, en este supuesto la solución es más sencilla. Así, ya vimos en el apartado II que las decisiones algorítmicas pueden ser actos resolutorios que ponen fin al procedimiento o simples actos de trámite. También se ha comprobado cómo, conforme a la teoría general de los actos administrativos, la

²¹ Una muestra clara de la preponderancia de la eficacia de las actuaciones inspectoras frente a los derechos del ciudadano queda reflejada en el contenido de la Resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno 825/2019, de 13 de febrero de 2020. En síntesis, en la mencionada resolución se aplica el límite al derecho de acceso determinada información de los programas de la Agencia Tributaria con base en la existencia de un supuesto perjuicio a las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control [art. 14.1, letra g) de la Ley 19/2013]. Ahora bien, una cosa es el derecho de acceso a la información pública y otra muy distinta el derecho del interesado a obtener una copia de los documentos contenidos en el procedimiento. Procedimiento en el que, como ha establecido la precitada STS 1181/2023, de 25 de septiembre de 2023, ECLI:ES:TS:2023:3748, FJ Séptimo, se entienden comprendidas las actuaciones previas.

²² Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.

²³ Aquí, de nuevo, conviene distinguir la opacidad de los medios informáticos de la opacidad de los resultados arrojados por dichos medios. No niego que mantener el carácter reservado de algunas funciones o características del programa pueda estar justificado y sea lo deseable. Ahora bien, en modo alguno se puede defender el uso indiscriminado o arbitrario de este tipo de sistemas algorítmicos y la opacidad de sus resultados.

naturaleza de las decisiones algorítmicas puede diferir en función de su finalidad. En la mayoría de los supuestos de uso de sistemas algorítmicos utilizados en el marco de un procedimiento, las decisiones algorítmicas arrojadas por estos constituirán declaraciones de juicio o de conocimiento. Por consiguiente, en la medida en que dichos actos de trámite contribuyen a reforzar la fundamentación e influyen en el sentido de la resolución, su inclusión en la misma deviene imperativo.

A los administrativistas no nos es ajena la técnica de la motivación *in aliunde* o por referencia a informes y dictámenes, desarrollada jurisprudencialmente y reconocida en el art. 88.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). Considero que esta figura podría dar respuestas a alguna de las problemáticas que plantea el uso de sistemas algorítmicos en la Administración. Así pues, el hecho de incorporar a la resolución un informe completo del análisis funcional de la máquina, junto a los datos empleados y el proceso de toma de decisión permitirían: i) cumplir con el requisito de motivación cuando así lo exija la ley; y ii) garantizar que el ciudadano pueda conocer todas las razones que fundamentan la decisión a efectos de su posible impugnación.

De ahí la importancia que comporta la inclusión en el expediente administrativo de las actuaciones algorítmicas que, en su caso, se acometan en el marco del procedimiento. En mi opinión, sería una solución que permitiría superar uno de los principales vicios que puede hacer inviable el uso de determinados sistemas algorítmicos en la Administración: la ausencia o insuficiencia de motivación. Claro está, siempre que ello sea técnicamente posible. En caso de no serlo, la única solución es no usar este tipo de sistemas cuando ello pueda afectar desfavorablemente a los interesados.

En definitiva, la Administración tiene que avanzar hacia un modelo basado en el uso obligatorio de sistemas algorítmicos transparentes o de “caja blanca” que faciliten la fiscalización de los resultados que arrojan. Estos sistemas de “caja blanca” operan con técnicas de aprendizaje automático y, a diferencia de los modelos de “caja negra”, nos permiten conocer el proceso de decisión seguido para llegar al resultado arrojado²⁴.

²⁴ Puede accederse a un resumen sobre las funciones de esta categoría de sistemas en el siguiente enlace <https://seon.io/es/recursos/glosario/caja-blanca-machine-learning/>.

C) El control de las decisiones algorítmicas que constituyen actos definitivos o resolutorios

En este punto la solución es clara y no requiere de mayores explicaciones: contra las decisiones algorítmicas que pongan fin al procedimiento podrán interponerse los recursos administrativos y contenciosos que legalmente procedan. Volviendo al caso BOSCO, la reclamación ante los servicios de consumo, prevista en las disposiciones reglamentarias que regulan el procedimiento, vulnera manifestamente la LPAC.

En este supuesto, como el acto agota la vía administrativa lo que procede es el recurso potestativo de reposición frente al órgano administrativo que lo dictó (MITECO) o el recurso contencioso-administrativo en vía judicial. Como ya afirmó la sentencia de instancia y la de apelación, el resultado dado por la aplicación informática BOSCO es formal y materialmente un acto administrativo dictado por el MITECO que puede ser impugnado en vía administrativa y judicial. La aplicación tiene una mera función instrumental que no corta el vínculo existente entre el órgano administrativo competente y el acto administrativo que pone fin al procedimiento (la decisión algorítmica).

En síntesis, las problemáticas asociadas al uso del programa informático BOSCO representan un caso paradigmático que puede servirnos para tomar nota de cara a la articulación de futuros procedimientos en los que la resolución es dictada mediante un sistema algorítmico. A mi parecer, es perfectamente posible (y recomendable) el uso de esta clase de sistemas, especialmente cuando el contenido de la resolución sea consecuencia del ejercicio de potestades regladas. Sin embargo, ello debe hacerse con pleno respeto a los derechos del interesado en el procedimiento.

III. LOS PRINCIPALES VICIOS QUE PUEDEN AFECTAR A LA VALIDEZ DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA ALGORÍTMICA

1. Ausencia o insuficiencia de motivación

La motivación, tradicionalmente definida por la doctrina como uno de los elementos formales que deben cumplir determinados actos administrativos (aunque, en puridad, afecta principalmente al fondo o contenido material del acto²⁵),

²⁵ En la misma dirección se han pronunciado, con referencia a una extensa jurisprudencia nacional y europea sobre la materia, los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2022: p.

exige plasmar las razones fácticas y jurídicas que justifican el sentido de la decisión. Supone, por tanto, un requisito de forma, pero también de fondo.

En el ordenamiento jurídico-administrativo español el requisito de la motivación es obligatorio para los actos enumerados en el art. 35 LPAC. No obstante, conviene tener en cuenta la paulatina proyección general del derecho de la Unión Europea más allá de sus propias lindes²⁶. Así, el grado de permeabilidad del derecho interno gracias a la labor jurisprudencial ha facilitado la recepción de valores y principios que, como el derecho a una buena administración, solo eran de aplicación a las instituciones comunitarias. Reflejo de la importancia de la motivación para el derecho europeo es que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea impone este deber a todos los actos jurídicos dictados por sus instituciones (art. 296 TFUE).

Una de las razones que alega la doctrina para rechazar el uso de sistemas algorítmicos en determinados ámbitos de actuación es la imposibilidad o dificultad de cumplir con el deber de motivación (GAMERO CASADO, 2023: p. 17). Ciertamente, puede resultar complejo ejercer una potestad discrecional de forma automatizada sin justificar, en lógica jurídica y lenguaje natural, las razones de optar por un camino y no por otro a la hora de adoptar una decisión. No obstante, conviene advertir que esta desventaja no será un obstáculo insalvable por mucho tiempo, pues a medida que avance la tecnología y se facilite la explicabilidad de las decisiones será posible utilizar sistemas algorítmicos en el ejercicio de potestades discrecionales²⁷. Al menos como elemento de apoyo para la valoración de la concurrencia de presupuestos fácticos.

Ahora bien, con independencia de que la resolución haya sido dictada por un humano o una máquina, para el ciudadano de a pie lo esencial es que pueda conocer, en lenguaje natural, las razones fácticas y jurídicas que motivan la reso-

614) y MUÑOZ MACHADO (2015c: p. 67).

²⁶ Para SÁNCHEZ MORÓN, la motivación supone una “manifestación y una exigencia del principio de transparencia y del derecho de los ciudadanos a la buena administración (art. 41.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE)” (2023: p. 546).

²⁷ En el ámbito de los sistemas de inteligencia artificial que operan con técnicas basadas en aprendizaje automático no supervisado ya se habla de “codificadores automáticos dispersos”. Dichos codificadores permitirán conocer variables que hasta ahora permanecían ocultas, por lo que algunos desarrolladores están utilizándolos para entrenar sus modelos con la finalidad de dotarlos de una mayor transparencia y hacer explicables sus resultados. Una de las empresas que ya lo está haciendo es OpenAI. Pueden leer la noticia en <https://www.xataka.com/robotica-e-ia/openai-aca-ba-emprender-camino-ambicioso-como-desafiante-entender-como-funciona-caja-negra-ia>.

lución. Mientras este requisito no se cumpla, la Administración deberá abstenerse de utilizar este tipo de tecnologías, pues todo acto carente de motivación es un acto arbitrario.

A Sensu contrario, si la tecnología empleada permite dar buena cuenta de los fundamentos de hecho y de Derecho que motivan la decisión, no existen razones, más allá de las filosóficas, éticas o morales²⁸, para no poner a disposición de la Administración estas herramientas. Bajo mi punto de vista, lo esencial es que se respete el deber de motivación, que exista un órgano administrativo responsable de la decisión y que el acto pueda ser, en su caso, impugnado. Qué herramienta se utilice para motivar el acto es secundario.

Por otra parte, no resulta descabellado afirmar que las resoluciones administrativas basadas en la técnica del “copia y pega” que utilizan fórmulas estandarizadas para ventilar los procedimientos son un mal endémico muy común en la Administración que bien valdría sustituir por un sistema automatizado. En mi humilde opinión, el ideal de resolución inmaculada dictada por un funcionario que tiene en cuenta, gracias a su virtuosa empatía, todas y cada una de las circunstancias referentes al expediente, no deja de ser eso, un noble ideal ajeno a la realidad de las cosas.

Mención aparte merece el uso de herramientas algorítmicas para el ejercicio de potestades regladas. Aquí, al no existir conceptos jurídicos indeterminados o discrecionalidad, el uso de los sistemas se limita a verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma jurídica. La explicabilidad, pues, es más sencilla, pero no por ello menos importante a los efectos de entender cumplido el deber de motivación.

²⁸ Es en la esfera de la ética y la moral donde cobran sentido tesis como la propuesta por el profesor PONCE SOLÉ. El autor defiende la aplicación de un principio de “reserva de humanidad” para prohibir el uso de la IA en determinados ámbitos de la actuación administrativa con el argumento de que las máquinas carecen de empatía o de la capacidad de realizar inferencias abductivas (PONCE SOLÉ, 2024). A mi juicio, la apelación a la falta de empatía supone un claro ejemplo de limitación del uso de la IA por razones éticas, no jurídicas (aunque el autor ha tratado de integrar, forzosamente a mi parecer, la empatía en el derecho a una buena administración). Para profundizar en la cuestión, véase PONCE SOLÉ, J. (2022). Reserva de humanidad y supervisión humana de la Inteligencia artificial, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 100, pp. 58-67.

2. La omisión del trámite de audiencia y su impacto en el derecho a una buena administración

El trámite de audiencia constituye en España un derecho de naturaleza constitucional en virtud del mandato al legislador contenido en el art. 105. c) de la Constitución Española²⁹. En desarrollo de este precepto, el art. 82 LPAC regula las condiciones de este derecho de carácter procedimental que comporta la puesta en conocimiento del expediente y la apertura de un plazo de alegaciones para que los interesados aduzcan lo que a su derecho consideren.

En el ámbito que nos ocupa, la automatización total o parcial del procedimiento administrativo no puede implicar, a mi juicio, la supresión del trámite de audiencia cuando el acto sea desfavorable. En la actualidad existen procedimientos automatizados total o parcialmente que no contemplan dicho trámite esencial. De nuevo, me parece interesante traer a colación la aplicación BOSCO como arquetipo de los posibles vicios en que puede incurrir una decisión algorítmica que ponga fin al procedimiento.

Así, en aquellos supuestos en que el MITECO, a través del programa BOSCO, deniega la concesión de la ayuda social, lo hace prescindiendo del trámite de audiencia. Al tratarse de un acto desfavorable que afecta a derechos subjetivos del interesado, lo conveniente sería calificar la decisión algorítmica como un acto de trámite, dando audiencia al interesado para que realice las alegaciones que estime oportunas a la propuesta de resolución. La situación actual, en la que el resultado del programa BOSCO constituye una resolución desfavorable contra la que solo puede formularse una “reclamación” ante los servicios de consumo, vulnera los derechos de participación del interesado en el procedimiento.

Por añadidura, no puede obviarse una cuestión fundamental desde la perspectiva de la dogmática de la acción administrativa: la omisión del trámite de audiencia ante una medida que limite o afecte negativamente a los derechos subjetivos del interesado supone un acto de mala administración inadmisibles en un Estado de Derecho, aun cuando conforme a parámetros de legalidad la Administración pueda prescindir del mismo³⁰. La importancia de la buena administración

²⁹ Para profundizar en la naturaleza constitucional del trámite de audiencia, recomiendo la lectura del comentario realizado por el profesor MESTRE DELGADO en MESTRE DELGADO, Juan Francisco (2018). Artículo 105. En RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE M. E. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, BOE-Wolters-Kluwer, pp. 489 a 494.

³⁰ Sobre la naturaleza del derecho a una buena administración, véase el estudio monográfico realizado por el profesor PONCE SOLÉ en PONCE SOLÉ, Juli (2019). *La lucha por el buen gobierno y el*

en el Derecho de la Unión Europea se pone de manifiesto mediante su elevación a la categoría de derecho fundamental en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)³¹.

Como acertadamente sostiene el profesor MIR PUIGPELAT, en el supuesto de toma de decisiones automatizadas en ejecución del derecho de la Unión, las garantías procedimentales derivadas de este principio se erigen como un deber a tener en cuenta tanto por la Unión como por los Estados miembros (2023: p. 689). Pero este deber no surge únicamente cuando se ejecute el Derecho de la Unión, pues tanto el poder legislativo como el ejecutivo estatal y autonómico deben tener en consideración que la operatividad de este derecho-deber ha permeado en todo el ordenamiento jurídico-administrativo español. En otras palabras, el derecho a una buena administración cuenta con una proyección general.

Así, en el plano del derecho interno la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo aplica el derecho a una buena administración como parámetro de control de la actividad administrativa³². Este principio jurídico emana, a tenor de dicha jurisprudencia, de los arts. 9.3 y 103.1 CE, y tiene su reflejo en la legislación positiva en los principios del art. 3.1., e) de la LRJSP (STS 196/2019, de 19

derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida. Editorial Universidad de Alcalá, 262.

³¹ En otro trabajo ya tuve la ocasión de pronunciarme sobre la necesidad de reconocer un principio de “presunción de falibilidad” de los sistemas algorítmicos como una nueva garantía procedimental que garantice el trámite de audiencia y la supervisión humana en procedimientos automatizados. Sobre la necesidad y los fundamentos de dicho principio, véase TAHIRI MORENO, Jesús A. (2023). El principio de presunción de falibilidad de las decisiones algorítmicas desfavorables: Una nueva garantía jurídica frente a las decisiones automatizadas y el uso de sistemas de inteligencia artificial en la Administración Pública. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 60, pp. 188-214.

Con la finalidad de positivizar este principio, el profesor BERMEJO LATRE ha propuesto la posibilidad de reformar el art. 39.1 de la LPAC para exceptuar la presunción de validez de los actos administrativos automatizados que hayan sido dictados mediante sistemas de IA que carezcan de las notas de transparencia e interpretabilidad (BERMEJO LATRE, 2023, p. 25). Junto a esta reforma, propone también la articulación de una especie de “derecho de oposición a la tramitación del procedimiento de forma automatizada o semiautomatizada”, en términos similares a la oposición del interesado a la tramitación simplificada del procedimiento, ex art. 96.2 LPAC.

³² Un análisis de la configuración del principio de buena administración como derecho subjetivo en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo pueden encontrarlo en TAHIRI MORENO, Jesús A. y COFRADES AQUILUÉ, Lucía (2024). Déficit y excesos normativos en materia de transparencia, buena administración y buen gobierno: un análisis de la cuestión a partir de la legislación estatal y extremeña. *Revista De Estudios De La Administración Local y Autonómica* (publicación anticipada). <https://doi.org/10.24965/real.11350>.

de febrero, FJ 6, ECLI:ES:TS:2019:579, entre muchas otras). Aplicado al ámbito de las actuaciones algorítmicas, el hecho de prescindir del trámite de audiencia en procedimientos total o parcialmente automatizados constituye un caso de vulneración del derecho a una buena administración que podría provocar la invalidez del acto. Ello siempre y cuando se trate de medidas desfavorables para el interesado. Si la decisión algorítmica es favorable, lo recomendable en términos de eficiencia y eficacia sería calificarla como un acto resolutorio a todos los efectos.

Por otro lado, no debemos olvidar que la racionalización y la simplificación administrativas nunca pueden constituir por sí mismas excusa o fundamento para mermar las garantías del procedimiento. La Administración tiene el deber de actuar de forma adecuada, necesaria y proporcional a los fines que persigue. Respetando los derechos fundamentales y conforme a unos principios de actuación orientados a la satisfacción de los intereses generales de una forma racional y razonable (SCHMIDT-ASSMAN, 2003: p. 347). Ergo, la forma en que se persigan dichos intereses generales deberá cohonestarse siempre con el respeto a los derechos individuales del ciudadano.

3. La vulneración del principio de juridicidad: una crítica a la sustitución del imperio de la ley por la dictadura del algoritmo

Resulta imprescindible partir del principio de juridicidad para analizar la validez de la actuación administrativa de forma rigurosa en un Estado constitucional de Derecho como el nuestro. Según el Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ), dicho principio se define como una “Concepción de las relaciones de la Administración con la ley que implica que aquella no solo está sometida a la ley, sino al derecho, noción más amplia que incluye normas superiores e inferiores a la ley, supranacionales y estatales, además de implicar también sometimiento a los principios, valores y garantías de los derechos y libertades”. Este comporta la superación del principio de legalidad fruto del Estado liberal³³ y el sometimiento de la Administración, no solo a la ley entendida como la expresión de la voluntad general, sino también a principios y valores que, positivizados o no, forman parte de nuestro acervo jurídico³⁴.

³³ En palabras del profesor MUÑOZ MACHADO, la adopción de la Constitución Española del 78 supuso el “derrumbamiento del sentido legicentrista de la legalidad” (2015b: p. 56).

³⁴ Sobre el principio de juridicidad, véase MUÑOZ MACHADO, Santiago (2015a): Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo III. Los principios de constitucionalidad y legalidad, Boletín Oficial del Estado, 4ª Edición, pp. 101-103.

La necesidad de traer al texto el principio de juridicidad se justifica porque el uso de sistemas algorítmicos en la actuación administrativa puede abocarnos a un escenario en el que la lógica jurídica puede verse desplazada por la lógica matemática. Huelga decir que la ciencia jurídica no es una ciencia exacta. Por el contrario, es bien sabido que son frecuentes las situaciones que exigen una interpretación que excede de la mera aplicación automática del Derecho a un supuesto de hecho concreto. Supuestos estos en los que es necesario acudir a reglas jurídicas, algunas escritas y otras no, que se deducen del propio sistema normativo y actúan como criterios moduladores de la actuación administrativa. Por este motivo, en los supuestos que exigen la realización de un juicio ponderativo o la aplicación de criterios hermenéuticos no positivizados, el uso de criterios probabilísticos para la resolución del caso concreto deviene, a mi juicio, imposible.

Salvo error mío, los sistemas algorítmicos actuales carecen de la capacidad de interpretar conceptos jurídicos indeterminados, de aplicar principios generales del Derecho o de razonar como lo haría un ser humano. Para operar utilizan complejas funciones matemáticas basadas en la probabilidad y en la correlación de datos para resolver problemas. Desde este punto de vista, y habida cuenta de que la Administración está sometida, no solo a la Ley, sino también al Derecho, debemos plantearnos la siguiente cuestión, ¿Sería jurídicamente posible sustituir al empleado público en todos los ámbitos de actuación de la Administración?

La respuesta a esta pregunta solo puede ser negativa. El principio de juridicidad impide a la Administración actuar al margen del Derecho, entendido este como conjunto de principios, valores y reglas jurídicas escritas y no escritas. Luego, si otorgáramos validez jurídica a una actuación administrativa cuyo único fundamento radica en la función matemática de un programa informático, estaríamos legitimando un modelo de Administración tecnocrática que atentaría contra los principios básicos de un Estado constitucional de Derecho. Y ello porque dicha actuación no podría explicarse conforme a criterios lógico-jurídicos expresados en un lenguaje que el ciudadano pueda entender. En definitiva, tal proceder supondría renunciar al Derecho como sistema de ordenación social.

Los algoritmos no pueden sustituir al Derecho en su función ordenadora, como tampoco pueden ni deben ser considerados una fuente de reglas jurídicas³⁵.

³⁵ Una tesis favorable a la atribución de naturaleza reglamentaria a los sistemas algorítmicos empleados por la Administración fue propuesta por el profesor BOIX PALOP en su artículo BOIX PALOP, Andrés (2020). Los algoritmos son reglamentos: La necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la

Ni aun cuando una ley aprobada por las Cortes Generales atribuyera tal efecto ello sería posible, pues, en mi opinión, tal ley incurriría en un vicio de inconstitucionalidad por contravenir los arts. 9.1; 9.3 y 103.1 CE. Corolario de lo anterior es que el principio de juridicidad impide al legislador adoptar una ley que habilite a la Administración a adecuar su actuación en base a criterios que no puedan ser fiscalizados mediante la lógica jurídica.

Lo contrario supondría permitir, no ya la clásica huida del Derecho Administrativo hacia el derecho privado, sino la rendición del imperio de la ley a través de la ley en pos de una especie de dictadura del algoritmo. Dictadura esta en la que las decisiones encuentran su fundamento en cálculos probabilísticos o estadísticos y donde la causalidad se sustituye por la correlación. De la clásica concepción del acto administrativo como acto ordenado que aplica el Derecho al caso concreto pasaríamos al acto administrativo como producto de una operación matemática.

IV. UNA REVISIÓN CRÍTICA DEL NUEVO DERECHO A UNA EXPLICACIÓN DEL REGLAMENTO EUROPEO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SU IMPACTO EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA ALGORÍTMICA

1. El problema de la falta de efectividad del derecho a una explicación en la Administración Pública

En el ámbito de la Administración, el *derecho a una explicación* regulado en el art. 86³⁶ del RIA se configura como una nueva garantía para los interesados que

adopción de decisiones, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1, pp. 223-270. El autor pretende con su teoría que los programas informáticos de la Administración sean sometidos a los mismos requisitos de transparencia que las disposiciones reglamentarias. No obstante, considero que, pese a lo loable de sus intenciones, los efectos perniciosos que supondría atribuir valor normativo a estos sistemas superarían con creces los efectos positivos. Una opción alternativa es que el legislador básico estatal obligue a la Administración a utilizar únicamente sistemas de “caja blanca” cuyos resultados sean fácilmente fiscalizables. Otro trabajo muy interesante a nivel dogmático puede encontrarse en ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente (2024). La naturaleza jurídica de los algoritmos. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 114, pp. 42-47. En este estudio el autor sostiene que los algoritmos ostentan la misma naturaleza que las normas técnicas.

³⁶ Dispone el artículo que «1. Toda persona que se vea afectada por una decisión que el responsable del despliegue adopte basándose en los resultados de salida de un sistema de IA de alto riesgo que figure en el anexo III, con excepción de los sistemas enumerados en su punto 2, y que produzca

sean objeto de decisiones que hayan sido adoptadas en base a los resultados de un sistema de inteligencia artificial de alto riesgo de los enumerados en el Anexo III³⁷. El precepto reconoce el derecho a obtener del responsable del despliegue (en nuestro caso, la Administración) “explicaciones claras y significativas acerca del papel que el sistema de IA ha tenido en el proceso de toma de decisiones y los principales elementos de la decisión adoptada” (art. 86, apdo. 1 RIA).

A pesar de que a primera vista podamos considerar plausible la decisión del legislador europeo de introducir una garantía tan necesaria como esta, lo cierto es que la efectividad del derecho a una explicación es más que cuestionable. Al menos por lo que se refiere al uso de sistemas algorítmicos en las Administraciones Públicas. En primer término, la operatividad de este derecho requiere que se dé alguna de las siguientes condiciones: i) que la decisión adoptada tenga efectos jurídicos; o ii) que afecte considerablemente de la misma manera (que si tuviera efectos jurídicos), de forma tal que pueda considerarse que la decisión tiene un efecto perjudicial para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales del interesado. Salvo la referencia a la afectación sobre los derechos fundamentales, lo cierto es que la Administración tiene fácil eludir la aplicación de este precepto alegando el carácter meramente instrumental y no vinculante de la información de salida del sistema de inteligencia artificial empleado.

En segundo término, ya se apuntó *supra* que el concepto de sistema de inteligencia artificial ha quedado finalmente restringido a los programas informá-

efectos jurídicos o le afecte considerablemente del mismo modo, de manera que considere que tiene un efecto perjudicial para su salud, su seguridad o sus derechos fundamentales, tendrá derecho a obtener del responsable del despliegue explicaciones claras y significativas acerca del papel que el sistema de IA ha tenido en el proceso de toma de decisiones y los principales elementos de la decisión adoptada.

2. No se aplicará el apartado 1 a la utilización de sistemas de IA para los que existan excepciones o restricciones a la obligación prevista en dicho apartado derivadas del Derecho de la Unión o nacional de conformidad con el Derecho de la Unión.

3. El presente artículo se aplicará únicamente en la medida en que el derecho a que se refiere el apartado 1 no esté previsto de otro modo en el Derecho de la Unión».

³⁷ Entre los sistemas de IA vinculados al ejercicio de potestades administrativas, destacan los “Sistemas de IA destinados a ser utilizados por las autoridades públicas o en su nombre para evaluar la admisibilidad de las personas físicas para beneficiarse de servicios y prestaciones esenciales de asistencia pública, incluidos los servicios de asistencia sanitaria, así como para conceder, reducir o retirar dichos servicios y prestaciones o reclamar su devolución” (punto 5, letra a) del Anexo III RIA). También afectan a la actuación administrativa los sistemas destinados a la garantía del cumplimiento del Derecho (punto 6 del Anexo III RIA) y los relativos a la migración, el asilo y el control fronterizo (punto 7 del Anexo III RIA).

ticos que tengan capacidad de adaptación tras el despliegue. En otras palabras: no podrá exigirse el derecho a una explicación cuando se empleen sistemas que, pese a operar técnicamente con inteligencia artificial, carezcan de la capacidad de autoaprendizaje. Por ejemplo, el sistema RISCANVI utilizado por la Administración penitenciaria catalana no estaría dentro del ámbito de aplicación del RIA.

Por su parte, el apartado 2 del art. 86 RIA permite a los Estados miembros imponer restricciones o excepciones al cumplimiento de dicha obligación, lo que supone dejar el derecho a una explicación en manos de lo que se decida a nivel nacional. No obstante, conviene tener presente el apartado 3, el cual condiciona la aplicabilidad de este derecho a que no esté previsto de otra forma en el Derecho de la Unión. Ello nos lleva al siguiente epígrafe, en el que se expondrá la conexión del derecho a una explicación del RIA con el derecho a no ser objeto de decisiones automatizadas del art. 22 RGPD.

2. El derecho a no ser objeto de decisiones automatizadas del artículo 22 RGPD y su distinción respecto del derecho a una explicación del RIA

El art. 22 RGPD prohíbe el tratamiento automatizado de decisiones que produzcan efectos jurídicos en los interesados o afecten significativamente de modo similar. Este precepto, que ha sido recientemente objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), tiene un alcance mucho más amplio que el del art. 86 del RIA. Al respecto, el derecho a no ser objeto de una decisión automatizada se aplica a todos los sistemas algorítmicos, con independencia de si estos constituyen sistemas de inteligencia artificial a efectos del RIA.

Pero, más allá del ámbito de aplicación, lo realmente interesante es que en aquellos supuestos en que el tratamiento automatizado sí está permitido por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros, surge la obligación de que el responsable del tratamiento (en nuestro caso, la Administración) establezca medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades, así como los intereses legítimos del interesado [art. 22.2, b) RGPD]. La determinación de las medidas concretas no es objeto de estudio en este trabajo, pero del considerando 71 del RGPD se deduce claramente que entre dichas garantías debería incluirse “la información específica al interesado y el derecho a obtener intervención humana, a expresar su punto de vista, a recibir una explicación de la decisión tomada después de tal evaluación y a impugnar la decisión”. Así lo ha entendido también el TJUE en su reciente sentencia de 7 de diciembre de 2023 (§ 65 y 66).

Asimismo, como ya indiqué *supra*, debe tenerse en cuenta que el TJUE ha interpretado el concepto “decisión” del art. 22 de forma amplia, de modo que no se entienden como tales únicamente las decisiones totalmente automatizadas que produzcan efectos jurídicos directos en el interesado, sino también las decisiones previas que, pudiendo ser definidas formalmente como actos preparatorios, materialmente sirven de fundamento o influyen de forma determinante en la decisión final. El TJUE justifica esta interpretación con el argumento de evitar la elusión del art. 22 RGPD, lo que daría lugar a una laguna en la protección jurídica no buscada por el legislador europeo (§ 60 a 62 de la STJUE de 7 de diciembre, asunto C-634/21).

Como ya comenté en el epígrafe relativo a las precisiones terminológicas, la tesis aquí defendida parte de un concepto de actuación administrativa automatizada amplio, en línea con el asumido por el TJUE al abordar el concepto de decisión. Desde esta óptica, el derecho a una explicación del art. 86 del RIA supone una concreción de las garantías previstas por el art. 22.2. b) RDGPD aplicable a determinadas decisiones que se fundamenten en la información de salida de un sistema de inteligencia de artificial de alto riesgo de los enumerados en el Anexo III del RIA.

3. Conclusión: la necesaria regulación de un derecho específico a la explicación de las decisiones algorítmicas en la ley de procedimiento administrativo común

Del análisis conjunto del derecho a una explicación del RIA y de la interpretación que el TJUE ha hecho del derecho a no ser objeto de decisiones automatizadas del art. 22 RGPD, se concluye la necesidad de reformar la LPAC y la LRJSP. A tal efecto, el legislador estatal debe garantizar que todas las actuaciones administrativas algorítmicas, cuando influyan u orienten la decisión final, puedan ser explicadas. Y ello con independencia de que la herramienta algorítmica emplee inteligencia artificial o no. Los programas que utilizan técnicas de análisis masivo de datos y minería de datos, aun cuando no operen con IA, pueden afectar igual o incluso en mayor medida a los derechos fundamentales que los sistemas de inteligencia artificial.

Como se ha expuesto en páginas anteriores, la Administración ya utiliza potentes herramientas para planificar y orientar la actividad administrativa. El argumento de que la decisión en última instancia la toma un ser humano no puede servir de excusa para eludir las obligaciones que la normativa europea impone.

Ello supondría un vaciamiento del contenido del art. 22 RGPD y una interpretación contraria al espíritu de la norma. En consecuencia, por decisión se entiende no solo el acto administrativo dictado por el órgano competente, sino también todas las actuaciones que sirvan significativamente para orientar la acción de la Administración.

V. REFLEXIONES FINALES: UNA LLAMADA A LA NECESARIA ADECUACIÓN Y REEQUILIBRIO DE LOS PODERES EXORBITANTES DE LA ADMINISTRACIÓN

El uso de sistemas algorítmicos por la Administración es una realidad que, como juristas, tenemos el deber de afrontar. Empero, no de forma superficial y cortoplacista (algo propio de los temas que constituyen una moda o tendencia pasajera), sino de manera profunda y con la mente abierta, pues su uso ya está transformando las relaciones entre la Administración y el ciudadano, así como el modo en que esta ejerce sus potestades. En este trabajo, sin duda modesto en cuanto a su contenido, he tratado de poner los cimientos de un edificio que aún está por construir.

En primer lugar, el estudio pone negro sobre blanco la importancia de las actuaciones administrativas informales que se apoyan en potentes sistemas algorítmicos. En la medida en que estas actuaciones pueden orientar e influir de forma determinante en la esfera del interesado, se hace necesaria una interpretación que otorgue relevancia jurídica a las mismas. Y ello con la finalidad de que puedan ser objeto de control, en su caso, en vía judicial o administrativa. La paulatina sustitución del criterio subjetivo del funcionario por los criterios objetivos que emanan de las decisiones algorítmicas comporta un cambio de paradigma en la actuación de la Administración que no podemos obviar. Es imprescindible, a mi juicio, incorporar al expediente las actuaciones algorítmicas informales que se acometan en el ejercicio de la actividad administrativa.

En consecuencia, con lo expuesto, se recomienda ampliar los contornos del concepto “actuación administrativa automatizada” del art. 41.1 LRJSP, incluyendo también en este los resultados arrojados por los sistemas algorítmicos que se utilicen fuera del marco de un procedimiento. Con la misma finalidad, y en aras de evitar subterfugios o interpretaciones torticeras que vacíen de contenido el citado precepto, conviene realizar una interpretación amplia, en cuya virtud también se consideren actuaciones administrativas automatizadas aquellas en las que el empleado público se limita a seguir la recomendación dada o a reproducir

íntegramente el contenido de la decisión algorítmica. Con esto ponemos coto y controlamos el famoso sesgo de automatización en la toma de decisiones semiautomatizadas.

En segundo lugar, por lo que respecta a las actuaciones algorítmicas que se acometan dentro del marco de un procedimiento administrativo, debemos diferenciar entre dos tipos en función de su finalidad y contenido: las decisiones algorítmicas que constituyan actos de trámite y aquellas otras que representan actos resolutorios. En cuanto a las primeras, en la medida en que su finalidad sea la de valorar la concurrencia de presupuestos fácticos o servir de fundamento a la resolución final, deben formar parte del contenido del acto que pone fin al procedimiento. Nada nuevo bajo el sol, pues la motivación *in aliunde* es una figura de sobra conocida.

Por lo que atañe a las segundas, en el supuesto de que estas contengan medidas desfavorables para el interesado, el trámite de audiencia deviene imperativo. Y ello en aras de cumplir con el derecho a una buena administración, previsto a nivel europeo en el art. 41 CDFUE y que encuentra su fundamento jurídico-constitucional en el plano del derecho interno en los arts. 9.3 y 103.1 CE³⁸. Por otra parte, se concluye que la impugnabilidad de este tipo de actuaciones ante el órgano competente está fuera de toda duda. Como hemos tenido la ocasión de comprobar, el caso BOSCO supone un caso paradigmático de cómo no se debe regular un procedimiento administrativo automatizado total o parcialmente.

En relación con los argumentos que niegan la necesidad de garantías adicionales por el hecho de que dichas garantías no se prevén si la actuación la realiza un humano, no pueden ser compartidos por quien suscribe este trabajo. Si queremos implementar de forma generalizada el uso de sistemas algorítmicos en la Administración debemos hacerlo mediante un reequilibrio de sus poderes exorbitantes. Es cierto que hasta ahora muchas de las actuaciones informales o previas al procedimiento no eran objeto de fiscalización porque venían justificadas por criterios subjetivos imposibles de escrutar. Sin embargo, la información arrojada por los sistemas algorítmicos que orientan e influyen en la subjetividad del empleado público sí pueden, en mayor o menor grado, objetivarse. Ergo, no podemos dar el mismo tratamiento a situaciones que son radicalmente distintas.

³⁸ Una muestra de la potencialidad y las posibilidades de este principio podemos encontrarla en GIMENO FELIU, José María (2024). *Hacia una buena administración desde la contratación pública. De la cultura de la burocracia y el precio a la de la estrategia y el valor de los resultados*. Marcial Pons.

Por consiguiente, y a fin de facilitar la explicabilidad de dichas actuaciones, sería conveniente una reforma de la normativa básica estatal que impusiera a la Administración la obligación de emplear únicamente sistemas algorítmicos de “caja blanca”.

Finalmente, quiero hacer una reivindicación del principio de juridicidad y su importancia en un Estado constitucional de Derecho como el nuestro. El sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho exige a esta el respeto a valores y principios jurídicos entre los que se encuentran el principio de proporcionalidad, de seguridad jurídica o de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Huelga decirlo, pero también exige el respeto a los derechos fundamentales en todas y cada una de sus actuaciones. Sea esta formal o informal. Tenga o no moldes jurídicos o un régimen al que ajustarse.

Dichos principios y valores, que operan como soporte y fundamento de todo el sistema normativo, modulan y restringen la actuación administrativa. Con esta simple disertación quiero llamar la atención e invitar a la reflexión sobre una cuestión que quizás, precisamente por su simpleza, podemos pasar de largo: una cosa es atribuir valor jurídico a las decisiones algorítmicas o regular el uso de sistemas informáticos para garantizar un uso racional y razonable, y otra muy distinta es promover el sometimiento o la vinculación de la Administración a criterios matemáticos.

Que para la correcta aplicación del Derecho sea necesario en ocasiones acudir a otras ciencias es algo inevitable. Ahora bien, cuando alegremente se habla de atribuir valor normativo a los sistemas algorítmicos o a sus productos (las decisiones automatizadas), en realidad no hablamos de la utilización de criterios técnicos para valorar supuestos de hecho, sino de sustituir al propio Derecho en su función ordenadora por criterios matemáticos. Esto, en mi opinión, no es viable desde el punto de vista jurídico-constitucional ni democrático.

A menos, claro está, que como sociedad queramos renunciar a un modelo de Administración propio de un Estado democrático de Derecho por otro basado en una dictadura del algoritmo. Dictadura en la que el ciudadano pasaría a ser tratado como una mera variable en una ecuación cuyas incógnitas nos son imposibles de despejar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Álvarez García, V. y Tahiri Moreno, J. (2023). La regulación de la inteligencia artificial en Europa a través de la técnica armonizadora del nuevo enfoque. *Revista General de Derecho Administrativo*, (63).

Álvarez García, V. (2024). La naturaleza jurídica de los algoritmos. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 114, pp. 42-47.

Barrio Andrés, M. (dir.) (2024). *Comentarios al Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*. La Ley.

Bermejo Latre, J. L. (2023). La aplicación de la inteligencia artificial en la actividad formal e informal de la Administración [archivo PDF]. https://congresoepdavigo2024.es/wp-content/uploads/2023/12/Ponencia-Bermejo-Latre-iA_actuacionadmva.pdf.

Bermejo Vera, J. (1998). La Administración inspectora. *Revista de Administración Pública*, 147, pp. 39-58.

Carro Fernández-Valmayor, J. L. y Almeida Cerrada, M. (2015). Sobre la llamada actividad informal de la administración pública, en Manuel Rebollo Puig, Mariano López Benítez, Eloísa Carbonell Porras (coord.), *Régimen jurídico básico de las administraciones públicas: libro homenaje al profesor Luis Cosculluela*. Iustel, pp. 393-412.

Cerrillo Martínez, A. (2024). Lección 21. Actuación automatizada, robotizada e inteligente, en Velasco Caballero, F. y Darnaculleta Gardella, M. M. (dirs.). *Manual de Derecho Administrativo*. Marcial Pons, 531-547.

Cotino Hueso, L. (2024). La primera sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre decisiones automatizadas y sus implicaciones para la protección de datos y el Reglamento de inteligencia artificial. *Diario LA LEY*, Nº 80.

García-Andrade Gómez, J. (2024). Lección 20. Actuaciones sin procedimiento, en Velasco Caballero, F. y Darnaculleta Gardella, M. M. (dirs.). *Manual de Derecho Administrativo*. Marcial Pons, 507-523.

García de Enterría E. y Fernández Rodríguez, T. R. (2022). *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I, 20ª ed., Civitas, Navarra.

Gamero Casado, E. (2023). Sistemas automatizados de toma de decisiones en el derecho administrativo español. *Revista General de Derecho Administrativo*, 63.

Gimeno Feliu, J.M. (2024). *Hacia una buena administración desde la contratación pública. De la cultura de la burocracia y el precio a la de la estrategia y el valor de los resultados*. Marcial Pons.

Huergo Lora, A. (2023a). De la digitalización a la inteligencia artificial: ¿evolución o revolución? [archivo PDF]. <https://congresoepdavigo2024.es/wp-content/uploads/2023/12/Ponencia-Alejandro-Huergo-De-la-digitalizacion-a-la-inteligencia-artificial-evolucion-o-revolucion.pdf>.

Huergo Lora, A. (2023b). Inteligencia artificial: una aproximación jurídica no catastrofista. *Revista Española de Control Externo*, 74-75, 110-129.

Huergo Lora, A. (2024): Por qué aciertan las sentencias sobre el ‘algoritmo’ del bono social eléctrico. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/por-que-aciertan-las-sentencias-sobre-el-algoritmo-del-bono-social-electrico>.

Huergo Lora, A. (2024): Distopía y algoritmos. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/distopia-y-algoritmos>.

Mestre Delgado, J. F. (2018). Artículo 105. En Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. y Casas Baamonde M. E. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, BOE-Wolters-Kluwer, 487-501.

Mir Puigpelat, O. (2023). La automatización y el uso de algoritmos e inteligencia artificial en derecho administrativo comparado. *Revista General de Derecho Administrativo*, 63.

Mir Puigpelat, O. (2023). Algoritmos, inteligencia artificial y procedimiento administrativo: principios comunes en el Derecho de la Unión Europea, en Gamero Casado E. (dir.) y Pérez Guerrero F.L. (coord.), *Inteligencia artificial y sector público: retos, límites y medios*. Tirant lo Blanch, 685-725.

Muñoz Machado, S. (2015a). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo III. Los principios de constitucionalidad y legalidad*. Boletín Oficial del Estado, 4ª Edición.

Muñoz Machado, S. (2015b). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo IV. El ordenamiento jurídico*. Boletín Oficial del Estado, 4ª Edición.

Muñoz Machado, S. (2015c). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XII. Actos administrativos y sanciones administrativas*. Boletín Oficial del Estado, 4ª Edición.

Ponce Solé, J. (2022). Reserva de humanidad y supervisión humana de la Inteligencia artificial. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 100, 58-67.

Ponce Solé, J. (2024). Por qué se equivocan las sentencias sobre el algoritmo del bono social eléctrico. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/>

por-que-se-equivocan-las-sentencias-sobre-el-algoritmo-del-bono-social-electrico.

Ponce Solé J. (2024): Utopía y algoritmos. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/utopia-y-algoritmos>.

Ponce Solé, J. (2024). Inteligencia Artificial, decisiones administrativas discrecionales totalmente automatizadas y alcance del control judicial: ¿indiferencia, insuficiencia o deferencia? *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 9, 171-220.

Sánchez Morón, M. (2023). *Derecho administrativo, Parte General*, 19ª ed., Tecnos.

Schmidt-Assmann, E. (2003). *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*. Marcial Pons/Instituto Nacional de Administración Pública.

Schmidt-Assmann, E. (2021). *La dogmática del derecho administrativo*. 1ª ed., Global Law Press, Sevilla.

Tahirí Moreno, J. A. (2023). El principio de presunción de falibilidad de las decisiones algorítmicas desfavorables: Una nueva garantía jurídica frente a las decisiones automatizadas y el uso de sistemas de inteligencia artificial en la Administración Pública. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 60, pp. 188-214.

Tahirí Moreno, J. A. (2024). Una panorámica de los sistemas de inteligencia artificial desde la perspectiva del derecho administrativo. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (61), 137-168.

Tahirí Moreno, J. A. y Cofrades Aquilué, L. (2024). Déficits y excesos normativos en materia de transparencia, buena administración y buen gobierno: un análisis de la cuestión a partir de la legislación estatal y extremeña. *Revista De Estudios De La Administración Local y Autonómica*, (publicación anticipada). <https://doi.org/10.24965/real.11350>.

Velasco Rico, C. I. (2022). La actividad informal de la administración. Premisas para una tentativa de reconstrucción de una categoría (casi) olvidada. *Revista de Derecho Público: teoría y método*, 5, 37-71.

