

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Septiembre-octubre
2021

Publicación bimestral

SUMARIO

PRESENTACIÓN Y ADVERACIÓN DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO: REFLEXIONES AL HILO DE LA PANDEMIA ACTUAL, Aurelio Barrio Gallardo, pp. 3-29

PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO LEGAL DE HABITACIÓN EN FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, A LA LUZ DE LA LEY FORAL 21/2019, DE ACTUALIZACIÓN DEL FUERO NUEVO, Leyre Elizari Urtasun, pp. 31-56

LOS DIVERSOS MECANISMOS JURÍDICOS QUE FUNDAMENTAN LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR MALTRATO A LOS MAYORES, María Remedios Guilabert Vidal, pp. 57-96

EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD FAMILIAR: EL ACOGIMIENTO TEMPORAL Y SU FINALIDAD DE RETORNO, Anna Massons-Ribas, Neus Cortada Cortijo, M. Angels Balsells Bailón, pp. 97-131

LA DESHEREDACIÓN EN LA EXPERIENCIA ITALIANA: PERFILES EVOLUTIVOS, Roberta Catalano, pp. 133-147

TABLE OF CONTENTS

SUBMISSION AND PROBATE OF THE HOLOGRAPHIC WILL: THOUGHTS WITH REGARD TO THE PRESENT PANDEMIC, Aurelio Barrio Gallardo, pp. 3-29

PRESENT AND FUTURE OF THE LEGAL RIGHT OF HABITATION IN FAVOUR OF PEOPLE WITH DISABILITIES, IN THE LIGHT OF THE FORAL LAW 21/2019, UPDATING THE FUERO NUEVO, Leyre Elizari Urtasun, pp. 31-56

THE VARIOUS LEGAL MECHANISMS THAT BASED CIVIL LIABILITY FOR MISTREATMENT OF ELDERLY, María Remedios Guilabert Vidal, pp. 57-96

THE PRINCIPLE OF FAMILY PRIORITY: TEMPORARY CARE AND ITS PURPOSE OF REINTEGRATION, Anna Massons-Ribas, Neus Cortada Cortijo, M. Angels Balsells Bailón, pp. 97-131

DISINHERITANCE IN THE ITALIAN EXPERIENCE: EVOLUTIONARY PROFILES, Roberta Catalano, pp. 133-147

FUNDADA POR
Felipe Clemente de Diego
José M.^a Navarro de Palencia
el 15 de octubre de 1913

CONSEJO DE REDACCIÓN

Eduardo Galán Corona
Catedrático de Derecho Mercantil
de la Universidad de Salamanca

Ana Díaz Martínez
Catedrática de la Universidad de
Santiago de Compostela

Isabel González Pacanowska
Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Murcia

Cristina Guilarte Martín-Calero
Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Valladolid

Miquel Martín Casals
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Gerona

Juan Antonio Moreno Martínez
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Alicante

Antonio Pau Pedrón
Registrador de la Propiedad
de Madrid

Antonio B. Perdices Huetos
Catedrático de Derecho Mercantil
de la Universidad Autónoma
de Madrid

CONSEJO ASESOR INTERNACIONAL

Prof. D. Guido Alpa
Catedrático de Derecho Civil de la
Universidad «La Sapienza» de Roma

Prof. D. Hernán Corral Talciani
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de los Andes

Prof. Dr. Ewoud Hondius
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Utrecht

Prof. D. Bernhard A. Koch
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Innsbruck

Prof. Dr. Jean-Jacques Lemouland
Catedrático de Derecho Privado
de la Universidad de Pau
et des Pays de l'Adour

Pfra. Dra. Noemí Lidia Nicolau
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Rosario

Prof. Dr. Antonio Pinto Monteiro
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Coimbra

Prof. Dr. h.c. Reiner Schulze
Catedrático de Derecho Civil Alemán
y Europeo de la Universidad de
Münster

Prof. Dr. Matthias F. Storme
Catedrático de Derecho Mercantil
y de la insolvencia ordinario de la
Universidad Católica de Lovaina y
extraordinario de la Universidad de
Amberes

Prof. Dr. Simon Whittaker
Catedrático de Derecho Comparado
Europeo de la Universidad de Oxford

DIRECTORA
Silvia Díaz Alabart

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid

SECRETARIA DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

M.^a Patricia Represa Polo

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid

Indexada en las bases de datos ISOC, DICE (CSIC), RESH, Latindex,
IN-RECJ, MIAR, IFLP, RAS, REGESTA IMPERII y DIALNET

INSTRUCCIONES PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

1. *Envío de originales.* Los trabajos deberán ser inéditos y redactados en español. Han de estar escritos en Microsoft Word o en un formato compatible. Se enviarán por correo electrónico a la editorial Reus S. A., a la dirección, reus@editorialreus.es
2. *Formato.* Los originales deberán ir escritos a espacio y medio en letra Times New Roman de tamaño 12. La extensión completa no superará 40 páginas. En la primera página se incluirá el título del trabajo en español y en inglés, nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y un teléfono de contacto. En una segunda página se incluirá un resumen del trabajo en español y en inglés, de unas 120 palabras, y entre tres y cinco palabras clave, también en español y en inglés.
3. *Reglas de edición:*
 - a) Referencias bibliográficas. Se limitarán a las obras citadas en el trabajo y se harán conforme es usual en las publicaciones científicas.
 - b) Notas a pie de página. Las notas irán a pie de página, numeradas en arábigos y en formato superíndice.
4. *Proceso de publicación.* La Revista de Derecho Privado acusará recibo de todos los originales en un plazo de 30 días desde el momento de su recepción. La publicación de los trabajos se decidirá en base a dos informes de evaluación elaborados por sendos especialistas ajenos a la organización editorial de la revista, aplicando el método doble ciego. La publicación podrá condicionarse a la introducción de cambios respecto de la versión original. La decisión sobre la publicación no superará el plazo de seis meses.

Cuando los autores de los trabajos aceptados para su publicación sean requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, deberán devolverlas en el plazo de una semana. Las correcciones quedan limitadas a la corrección de errores respecto a la versión aceptada.
5. *Derechos de autor.* Para la publicación, el autor o autores cedan a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción, de distribución y de comunicación pública, en su modelo de puesta a disposición del público.
6. *Aviso.* El incumplimiento de las anteriores reglas de publicación será motivo suficiente para rechazar el original remitido.

© EDITORIAL REUS, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid (España)
Teléfonos: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
reus@editorialreus.es
www.editorialreus.es

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, km 3,400
50013 Zaragoza

I.S.S.N.: 0034-7922
I.S.S.N. digital: 2695-7264
Depósito Legal: M 288-1958

PRESENTACIÓN Y ADVERACIÓN DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO: REFLEXIONES AL HILO DE LA PANDEMIA ACTUAL*

AURELIO BARRIO GALLARDO

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

La pandemia que ha asolado España, dada la insuficiencia de las formas de testar excepcionales previstas legalmente, ha supuesto un incremento exponencial del recurso al testamento ológrafo, principalmente entre la tercera edad. Sin embargo, frente a una creencia popular muy extendida, esta modalidad exige a los potenciales sucesores una serie de complicados trámites notariales, ignorados por la mayoría de la sociedad y que encarecen el proceso hereditario. Siguiendo una exégesis jurisprudencial y dogmático-académica de los artículos tanto del Código Civil como de la Ley del Notariado, este trabajo pretende realizar un análisis de situación, exponer en detalle cuáles son los principales problemas que afronta la presentación y adveración del testamento ológrafo, así como ofrecer posibles soluciones.

Palabras clave: *testamento ológrafo; adveración notarial; jurisdicción voluntaria; caducidad; testigos; peritos calígrafos.*

SUBMISSION AND PROBATE OF THE HOLOGRAPHIC WILL: THOUGHTS WITH REGARD TO THE PRESENT PANDEMIC

ABSTRACT

The pandemic that has devastated Spain, given the insufficiency of the exceptional forms of testamentary dispositions provided by law, has led to an exponential increase in the use of the holographic will, mainly among the elderly. However, contrary to a widespread popular belief, this modality requires potential successors to go through a series of complicated notarial procedures, unknown by most of society and which make the hereditary process more expensive. Following a case-law and dogmatic-academic exegesis of the articles of both

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación de Referencia «De Iure» (S26_20R), financiado por el Gobierno de Aragón y FEDER, y del Proyecto de Investigación «Autonomía privada y formas y efectos de la litigación civil en una sociedad de masas» (PID2019-108844-RB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España, del que son IP J.F. HERRERO PEREZAGUA y J. LÓPEZ SÁNCHEZ, Catedráticos de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza.

the Civil Code and the Law of Notaries, this paper aims to carry out a situation analysis, to explain in detail what are the main problems faced by the submission and probate of the holographic will, as well as to offer possible solutions.

Key words: *holographic will; notarial probate; voluntary jurisdiction; expiration term; witnesses; calligrapher expert-witness.*

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN: TESTAMENTOS Y PANDEMIA COVID-19.— II. LA INTERVENCIÓN NOTARIAL Y EL EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.— III. LA NECESIDAD DE ADVERACIÓN DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO: 1. Inicio del expediente a instancia de parte interesada: A) *Plazo quinquenal de caducidad.*— B) *Presentación del testamento:* a) *Conservación.*— b) *Inicio por parte del tenedor del testamento.*— c) *Inicio a instancia de parte interesada que no posee el testamento.*— 2. El objeto de la adveración notarial: A) *Necesidad y consecuencias de su falta.*— B) *Diligencias de comprobación practicadas ante notario:* a) *Introducción.*— b) *Trámite de audiencia a parientes e interesados.*— c) *Testigos y peritos en la adveración testamentaria:* a') *Declaración testifical.*— b') *Prueba pericial.*— IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: TESTAMENTOS Y PANDEMIA COVID-19

El testamento ológrafo suele definirse «como aquella disposición de última voluntad que el testador formaliza por sí mismo, escribiéndola y firmándola de su puño y letra, sin intervención de testimonio ajeno alguno»¹. Es una institución

jurídica que el Derecho español incorporó como modalidad ordinaria de testar (arts. 678 y 688 y ss. CC), inspirado en el Código Civil napoleónico, que a su vez la rescató de los precedentes consuetudinarios franceses², cuya característica

¹ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, VI-2, Reus, Madrid, 2015, p. 62. De la conjunción de los arts. 678 y 688 CC puede obtenerse también —siguiendo a E. RUIZ VADILLO— la siguiente definición: «se llama testamento ológrafo el que se otorga, sin ninguna otra intervención, por una persona mayor de edad, escribiéndolo por sí mismo todo él y firmándolo con expresión del año, mes y día del otorgamiento» («El testamento ológrafo», *RDP*, Vol. 56, n.º 7, 1972, p. 617). La presencia de la fecha es un requisito indispensable para la validez del testamento ológrafo (STS 29 septiembre 1900; STS 12 junio 1905; STS 5 diciembre 1927; STS 13 mayo 1942 [RJ 628]; STS 11 abril 1945 [RJ 540]), pero hoy se admite pacíficamente que el orden de los elementos que la componen puede ser alterado o abreviado por el testador sin ninguna clase de reper-

cusión jurídica negativa (*cfr.* STS 16 febrero 1967 [RJ 732]); tampoco obstaría a la validez del testamento ológrafo que el causante se remitiera a una fecha de cierta trascendencia en tanto en cuanto pueda resultar conocida por terceras personas. *Vid.* RUIZ VADILLO, E., «El testamento ológrafo», *op. cit.*, p. 637; TORRES GARCÍA, T.F., «Del testamento ológrafo», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo García), IX-1-A, Edersa, Madrid, 1990, pp. 429 y ss. Lo que no cabe es que su falta de consignación sea suplida o enmendada mediante deducciones o por los medios ordinarios de prueba (STS 3 abril 1945 [RJ 570]; STS 4 noviembre 1947 [RJ 213]). *Vid.*, además, AAP Murcia, 5ª, 8 mayo 2006 (JUR 188128).

² Ello no quiere decir que no existan precedentes del testamento ológrafo en el Derecho romano que se pueden remontar a los tiempos de Valentiniano III y Teodosio II (446 d.C.). También hallamos vestigios en el Fuero Juzgo (Ley XV, Título V, Libro II) o en el Código alfonso (Ley VII, Título I, Partida VI), pero el antecedente más inmediato del art. 688 CC —que

fundamental, aparte de su carácter autógrafo o manuscrito, es que es privado y secreto no solo en cuanto a su contenido, sino incluso a su propia existencia: el testador es la única persona que participa de su otorgamiento prescindiendo de toda solemnidad de carácter público³. No resulta obligatoria la intervención notarial ni tampoco la presencia de testigos; tal actuación individual, sin el concurso de varias personas en su otorgamiento, hace que carezca de sentido exigir en él unidad de acto⁴.

Ello no quiere decir que se imponga un secretismo absoluto pues, si así lo desea, el causante puede testar con toda la publicidad que estime oportuna⁵, sin que por esta razón quede menoscabada la libertad del disponente dada la incondicional facultad revocatoria que este conserva⁶. Nada impide que, perfeccionado el negocio jurídico *mortis causa*, pueda

el testador comentar el hecho del otorgamiento y su contenido con familiares y allegados, entregarles una copia o incluso hacerles depositarios del original. Tal decisión puede contribuir a eliminar una de las grandes desventajas imputables a esta forma de testar: el peligro de extravío o la destrucción, accidental o malintencionada, del testamento⁷.

En su virtud se permite ordenar la sucesión con rapidez, facilidad y sencillez de un modo accesible a cualquier ciudadano mayor de edad que cuente a mano en ese momento con un útil de escritura y un soporte que le permitan dejar constancia indeleble de su última voluntad⁸. Está así especialmente indicado, a juicio de los autores, para personas enfermas, alejadas de centros de población, que residen en lugares pequeños o con dificultades de desplazamiento⁹. Estas ventajas

lo contempla no como forma excepcional, sino común de ordenar la sucesión—, a través del art. 564 del Proyecto Isabelino de 1851, se encuentra en el art. 970 del CC francés en cuya virtud «no será válido el testamento ológrafo si no está enteramente escrito de puño y letra del testador, fechado y firmado por él». Vid. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, al cuidado de la Cátedra de J.L. Lacruz Berdejo, Cometa, Zaragoza, 1974, p. 303.

³ Vid. STS 27 abril 1940 (RJ 303); STS 29 septiembre 1956 (RJ 3167). Sin embargo, la eventual inclusión de una cláusula testifical, cuestión poco estudiada por la doctrina científica española, no debería ser en sí misma causa de nulidad del testamento ológrafo. En sentido parecido, *cfr.* GARRIDO MELERO, M., «El testamento y sus formas», *Instituciones de Derecho Privado* (dir. V.M. Garrido de Palma), V-3, Civitas, Pamplona, 2018, p. 112.

⁴ Vid. STS 17 noviembre 1898 (G. 16 diciembre 1898, CL. t. 3, p. 341).

⁵ TORRES GARCÍA, T.F., *El testamento ológrafo*, Montecorvo, Madrid, 1977, p. 153; PEÑA LÓPEZ, F., «El testamento», *Derecho de Sucesiones* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, 2009, p. 271.

⁶ RDGRN 6 marzo 1997 (RJ 2033).

⁷ *Cfr.* para un compendio de argumentos favorables y contrarios a esta modalidad testamentaria, ROMERO COLOMA, A.M., «El testamento ológrafo: ventajas e inconvenientes», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 94, 2015, pp. 61-74. Vid. también, RUIZ VADILLO, E., «El testamento ológrafo», *op. cit.*, pp. 618 y ss.

⁸ Opina GARCÍA CANTERO que «el testamento escrito a lápiz resulta *per se* —lo mismo que un testamento escrito con tiza o con carbón en una pared a la intemperie— sumamente frágil y lo mejor es no aceptarlo *a limine* por razones de seguridad jurídica» [GARCÍA CANTERO, G., «Testamento ológrafo: ¿transformarse, o morir?», *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista* (dirs. F. Lledó Yagüe, M.P. Ferrer Vanrell, J.Á. Torres Lana, coord. Ó. Monje Balmaseda), I, Dykinson, Madrid, 2014, p. 261].

⁹ Vid. PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil español*, V-1, Edersa, Madrid, 1958, pp. 225-226; FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *Los testamentos*, 2ª ed., Comares, Granada, 2005, p. 179. Uno de los colectivos donde goza de mayor predicamento es el de las personas mayores dependientes (*cfr.* DÍAZ ALABART, S., *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes: problemas y posibles soluciones*, Reus, Madrid, 2018, p. 10). Recuerda RUIZ VADILLO que «puede ser otorgado en cualquier momento, en cualquier lugar, sin tener que recurrir a la confianza de nadie y sin producir gastos» («El testamento ológrafo», *op. cit.*,

hacen de la ológrafo una modalidad testamentaria muy útil en momentos peligrosos, de riesgo para la vida o la integridad física, donde el tiempo apremia, como p. ej. los vividos a causa de la pandemia actual.

En circunstancias ordinarias no hay duda de que el testamento abierto notarial es el más extendido en España¹⁰ y cabe otorgarlo por un *precio* relativamente módico frente a otras escrituras públicas, al tratarse de un documento sin cuantía conforme a las reglas que estipulan el arancel notarial¹¹. Pero el confinamiento domiciliario, más allá de lo que hoy —ya habituados a este triste escenario— consideramos un simple *toque de queda*, una vez decretado el estado de alarma¹², ha afectado no solo a los desplazamientos de los particulares, sino también al de los propios notarios, en aras de la protección de la salud, tanto

de clientes como de fedatarios, frente al contagio de la enfermedad¹³.

Dejando al margen la barbarie del holocausto y los horrendos crímenes padecidos por el ser humano a manos de sus propios semejantes bajo el auspicio totalitarista de los regímenes autocráticos del siglo XX, lo cierto es que nuestra especie no se había visto expuesta a una catástrofe sanitaria de tal magnitud y semejante mortandad desde la epidemia de gripe de 1918 —la mal llamada «Gripe Española»— sin que la existencia de vacunas para combatir el SARS-CoV-2 haya llegado a poner todavía fin a este oscuro período de nuestra Historia. No es que con anterioridad al Covid-19 se hiciera

p. 610). En el mismo sentido, afirma CASTÁN «que es la forma de testar más cómoda y sencilla, muy útil para los enfermos, que no siempre tienen tiempo ni medios de llamar a un notario» (*Derecho Civil español...*, *op. cit.*, p. 65).

¹⁰ «La mayoría de testamentos que se formalizan en España se hacen en forma abierta ante notario» (GARRIDO MELERO, M., «El testamento y sus formas», *op. cit.*, p. 109).

¹¹ El testamento abierto notarial suele oscilar entre 40 y 60 €. *Vid.* Número 1, letra d) y Número 4 del Anexo I del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios. Aunque el ológrafo no entraña ningún gasto mientras el testador está vivo, ello es principalmente porque el coste económico, mucho más elevado —aprox. 300 €—, se traslada a sus sucesores, que tienen que pechar con las expensas del proceso de adveración testamentaria, objeto de estudio en este trabajo.

¹² *Cfr.* Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 («BOE» n.º 67, de 14 de marzo de 2020, pp. 25390 y ss.), así como STC 14 julio 2021 (RTC 148).

¹³ *Vid.* Instrucción de la DGSJFP 15 marzo 2020 sobre la adopción de medidas que garanticen la adecuada prestación del servicio público notarial. La interpretación tan restrictiva realizada en la práctica de la segunda instrucción contenida en ella, sin apreciar que el hecho de desear testar revistiera carácter urgente y justificara el desplazamiento a las notarías, ha llevado después a muchos autores a plantearse hasta qué punto sería conveniente proceder a una modificación legislativa del CC para arbitrar el ejercicio de la testamentifacción por medios telemáticos, en particular, para incorporar un testamento *online* por videoconferencia segura ante notario. *Vid.*, FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS, A., «Reflexiones sobre la sucesión 'mortis causa' tras la pandemia», *Buen Gobierno | Iuris&Lex y RSC-elEconomista.es*, n.º 33, 17 abril 2020, p. 28. Otros expositores proponen que la intervención testifical del art. 701 CC se produzca de forma síncrona a través de un programa informático de videollamada (RAMÓN FERNÁNDEZ, F., «El coronavirus, el testamento en situación de epidemia y el uso de las TICs en el Derecho español», *Revista de Derecho Privado*, n.º 40, 2021, p. 414), aunque existen serias dudas acerca de su admisión *de lege lata*, pues su comparecencia debería ser muy probablemente física y respetándose, en todo caso, la unidad de acto. También hay quien sugiere permitir directamente la grabación del testamento, sea empleando hoy p. ej. *WhatsApp* (SERRANO CHAMORRO, M.E., «Covid-19. Testamento ológrafo. Testamento ante testigos», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 7, n.º 4, 2020, p. 324) o antiguamente una cinta magnetofónica (RUIZ VADILLO, E., «El testamento ológrafo», *op. cit.*, p. 648).

precisamente un uso escaso y anecdótico de esta clase de testamento, pues siempre ha gozado de buena salud, como afirma la doctrina más autorizada¹⁴, pero sí que experimentó un notable resurgimiento en términos comparativos respecto a la situación previa de normalidad sanitaria, en particular entre los más vulnerables, esos ancianos que vivían en residencias de la tercera edad, con los que este coronavirus se ha mostrado implacable.

Tampoco proliferó en aquellos momentos restrictivos del ejercicio de la libertad ambulatoria la modalidad del art. 701 CC, sucesora del *testamentum pestis*

¹⁴ En uno de sus recientes trabajos, redactado antes de que sufriéramos los estragos de la pandemia, G. GARCÍA CANTERO llega a la conclusión de que al testamento ológrafo aún le quedan muchos años de andadura en el ordenamiento jurídico español: «después de más de un siglo de aplicación cabe concluir que la regulación codicial del testamento ológrafo... goza de buena salud, y no se encuentra en ningún momento crítico que pueda expresarse con alternativa al título de este trabajo, renovarse o morir, ni tampoco que se hayan cumplido los vaticinios que alguna doctrina reciente ha reiterado. Puede afirmarse, más bien, que esta modalidad de testar ha sido asimilada por la sociedad española con normalidad» (*op. cit.*, p. 260) y, más aún, ha logrado democratizarse en la práctica al resultar fácticamente accesible a todas las clases sociales (*op. cit.*, p. 261) representando así «el máximo reconocimiento de la libertad del ciudadano» (*ibidem*). Para F. CLEMENTE DE DIEGO, «es más que un acto o, sin dejar de serlo, es un régimen», siendo «el testamento una de tantas manifestaciones, quizá la más augusta, de la soberanía civil o de la autonomía que pertenece a las personas privadas» (*Dictámenes Jurídicos*, III, Bosch, Barcelona, 1958, p. 11). En el parecer de E. RUIZ VADILLO, la ológrafa es, además, «la forma que tiene mayor fuerza expansiva; de ella se dice que una vez implantada no puede ser ya desarraigada e incluso, todavía más, que sustituye poco a poco a las otras formas» (*op. cit.*, p. 617), quien muestra un criterio absolutamente favorable a su difusión y arraigo (*op. cit.*, p. 621). También se ha señalado que la facilidad que supone para el testador hace que en la práctica se otorgue con bastante frecuencia (DÍAZ ALABART, S., *El testamento ológrafo...*, *op. cit.*, p. 9).

*tempore conditum*¹⁵ y rescatada del arcón de las hasta entonces consideradas como «momias jurídicas»¹⁶, porque en la práctica se reveló poco eficaz al no cubrir las expectativas del testador¹⁷. Resultaba complicado contar con tres personas mayores de dieciséis años que reunieran las condiciones de idoneidad previstas en los arts. 681 y 682 CC y pudieran juzgar la capacidad del testador, cuestión harto difícil de evaluar para los profanos en la materia¹⁸. El hecho de que entre la co-

¹⁵ En palabras de J.M. GONZÁLEZ PORRAS, «el Derecho romano concedió facilidades a quien decidiera otorgar testamento en una ciudad o población atacada de peste y en tal sentido se cita el manoseado pasaje de la Constitución de Diocleciano y Maximiano, del año 290, recogida en la Ley 8ª, Título XXIII, Libro VI, del Código» [«Artículo 701», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo García), IX-1-B, Edersa, Madrid, 1987, p. 234]. *Vid.*, además, LÁZARO GUILLAMÓN, C., «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código Civil español: crónica para la validez de una institución pretérita en pleno siglo XXI», *Revista General de Derecho Romano*, n.º 35, 2020.

¹⁶ «En los tiempos que estamos viviendo, por desgracia únicos y esperemos que irrepetibles, con una pandemia mundial por coronavirus (Covid-19), se ha rescatado, de forma totalmente inesperada, una figura jurídica, calificada por muchos como momia jurídica» (RAMÓN FERNÁNDEZ, F., «El coronavirus, el testamento...», *op. cit.*, p. 424). «Este contexto de pandemia mundial... ha propiciado que el testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código Civil... cobre carta de naturaleza, de tal forma que su aparentemente anacrónico tenor se ha impuesto a numerosas opiniones que proponían su eliminación» (LÁZARO GUILLAMÓN, C., «El testamento en caso...», *op. cit.*, p. 3).

¹⁷ Aunque muchos estudiosos piensen que ha resucitado el art. 701 CC, hasta entonces poco utilizado, opina SERRANO CHAMORRO que la norma es realmente difícil de aplicar, en particular, lo es localizar a tres testigos idóneos: se debe guardar la distancia de seguridad, es complicado que el trabajo del personal sanitario les permita realizar estas funciones, etc. *Vid.* SERRANO CHAMORRO, M.E., «Covid-19. Testamento ológrafo...», *op. cit.*, pp. 289 y 310-311.

¹⁸ VELA SÁNCHEZ, A.J., «El testamento en tiempo de epidemia: cuestiones esenciales», *Diario La Ley*, n.º 9629, 2020.

munidad científica prevalezca la opinión de aplicar al recogido en el art. 701 CC la doctrina legal establecida para el testamento *in articulo mortis* sobre la ausencia de intervención notarial¹⁹ conduce a la necesidad de realizar denodados esfuerzos para justificar que contar con ella ha sido de todo punto imposible, lo que tampoco resulta especialmente favorecedor de la validez del testamento en tiempo de epidemia²⁰.

Esta paradoja de verse impedido el fedatario público para abandonar el despacho notarial sin que nadie pudiera acudir a él para otorgar testamento abierto produjo la insólita situación de profesionales —notarios y abogados— ejerciendo de samaritanos asesorando, cuando no directamente *autorizando*, testamentos por teléfono que eran copiados al dictado por sus clientes más desasistidos, conducta de la que se hicieron eco los medios de comunicación y no le resta —al pare-

cer— un ápice de validez al testamento ológrafo, contra lo que cabría pensar acerca de la potencial amenaza de una posible captación de voluntad o la vulneración de su carácter personalísimo²¹.

II. LA INTERVENCIÓN NOTARIAL Y EL EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

La circunstancia nada desdeñable de que el CC español permita otorgar testamento sin testigos, se haya declarado o no con carácter oficial una epidemia²²,

²¹ Según la STS 24 febrero 1961 (RJ 351), «una persona, mayor de edad con solo saber leer y escribir, aun sin cultura amplia, puede otorgar su testamento en forma ológrafa, valiéndose de tercero de su exclusiva confianza que dé expresión ordenada y hasta técnica a la declaración de voluntad exactamente concebida y querida por la testadora, que luego ésta copia o transcribe, por ser nada más que suya la volición en concreto contenido». La resolución no deja de resultar un tanto curiosa puesto que la persona que elabora la minuta —el cura párroco— es también el principal beneficiario del testamento ológrafo redactado por la feligresa en detrimento de sus sobrinas carnales. *Cfr.*, además, STS 24 noviembre 2004 (RJ 7554), ampliamente comentada por C. HORNERO MÉNDEZ donde subraya el papel del letrado que en la actualidad comparte con el notario buena parte de la labor de asesoramiento en materia testamentaria (*vid.* «¿Cualquiera puede hacer testamento? Comentario a la Sentencia del TS de 24 de noviembre de 2004», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 15, 2005, p. 488).

²² Una discusión que carece de sentido en el ológrafo, pero que ha sido siempre objeto de controversia en nuestro país con ocasión del testamento en caso de epidemia en vista de que para algunos autores bastaría con poder acreditar ante los tribunales, mediante cualquier medio de prueba, la concurrencia de dichas circunstancias, mientras que para otros resultaría indispensable una declaración oficial. En ambos casos se destaca la conveniencia práctica de la segunda postura en aras de fijar tanto un comienzo como un fin a esta posibilidad excepcional de testar sin intervención notarial que, además, facilita el cómputo del plazo de caducidad de dos meses establecido en el art. 703.I CC. *Vid.*, por todos, GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Artículo 701», *op. cit.*, pp. 241-242.

¹⁹ *Cfr.* STS 22 abril 1910; STS 23 febrero 1926; STS 19 diciembre 1959 (RJ 4890); STS 2 julio 1977 (RJ 3265); STS 22 marzo 1983 (RJ 1606); STS 27 junio 2000 (RJ 5910); STS 10 junio 2005 (RJ 4365).

²⁰ En contra, tan solo un minoritario, aunque selecto, sector doctrinal apoya la tesis de que en el art. 701 CC la dispensa de notario es absoluta. *Cfr.* LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de Sucesiones*, I, Bosch, Barcelona, 1971, p. 387. Por otra parte, sobre el testamento *in articulo mortis* piensa J.R. LEÓN-CASTRO ALONSO, «en lo que a la necesaria presencia y posible ausencia del notario respecta, conviene partir de la premisa de que si el testamento en peligro de muerte solo fuera tolerado en supuestos en que resultara manifiesta la imposibilidad de asistencia del notario, inmediata y automáticamente se le estaría desnaturalizando y convirtiendo en un mero medio subsidiario del testamento abierto» («Pervivencia de la forma nuncupativa. Unidad de acto y testamento como documento y como negocio», *RDN*, n.º 125, 1984, pp. 193-194). *Vid.* también un sólido argumentario en GALICIA AIZPURUA, G., «Comentario a la STS 10 junio de 2005. Testamento en peligro inminente de muerte. Injustificada falta de intervención notarial y subsiguiente nulidad», *CCJC*, n.º 70, 2006, pp. 599-601.

circunstancia relacionada aunque en puridad diferente del estado de alarma, no debe llevar a la conclusión apresurada de que cabe prescindir de toda intervención notarial. En contra de una creencia popular bastante arraigada, pero errónea, el hecho de que el fedatario público no autorice el testamento ni participe en su otorgamiento no conlleva el poder suprimir por completo su actuación. En el caso del testamento ológrafo no basta con que el disponente acomode su última voluntad a los requisitos de validez contemplados en el art. 688 CC, que resultan de cumplimiento inexcusable²³, sino que, fallecido el testador, es preciso adverarlo, en una especie de validación²⁴ que es impuesta a todos los testamentos otorgados sin intervención notarial a fin de quedar regularizados²⁵.

Las disposiciones contenidas en un documento²⁶ autógrafo, redactado de puño y letra por un mayor de edad, fechado y firmado, reveladoras de una clara voluntad de testar —o *animus tes-*

tandi en el lenguaje del foro—, es decir, cumplidas las previsiones del art. 688.II CC y observadas todas las solemnidades legales, menores que en otros testamentos²⁷ pero exigidas con severidad por el Tribunal Supremo²⁸, no surten efecto alguno hasta que no hayan recibido confirmación²⁹ u homologación³⁰ por parte de una autoridad pública. Sin superar este examen, bien se podría llegar a afirmar que el texto manuscrito en cuestión no reviste suficiente entidad para el Derecho al no alcanzar tan siquiera la condición de documento privado en el tráfico³¹, sino que sería una suerte de nada jurídico³² a expensas de recibir el marchamo oficial. Y a partir de entonces,

²³ Cfr. STS 18 junio 1994 (RJ 6022).

²⁴ Vid. sobre esta categoría, DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Validación: construcción de un concepto de teoría general del Derecho», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 31, 2008, pp. 643 y ss.

²⁵ Esta doble criba lleva a la doctrina científica a diferenciar dos períodos en la normativa del Código: el primero que coincide con la fase de confección u otorgamiento, al que se destina el art. 688 CC, y el segundo, de adveración y posterior protocolización del testamento, al que se reserva la restante regulación del art. 689 en adelante. Vid. TORRES GARCÍA, T.F., «Del testamento ológrafo», *Edersa, op. cit.*, p. 385; FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *Los testamentos, op. cit.*, p. 209; MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Del testamento ológrafo», *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5309 y 5310.

²⁶ Vid. acerca del soporte material, BARRIO GALLARDO, A., «El testamento ológrafo electrónico: una «contradictio in terminis», ¿Cómo poner en práctica el gobierno abierto? (coord. F. Galindo Ayuda), Reus, Madrid, 2019, p. 162.

²⁷ «El testamento ológrafo —como ya afirmara CLEMENTE DE DIEGO— es el menos solemne de todos, si es que es solemne ya que supuesto el acto testamentario, a saber, la voluntad seria y decidida de ordenar la sucesión, cumple todos los requisitos de forma con estar todo él, escrito, fechado y firmado por el testador» (*Dictámenes Jurídicos, op. cit.*, p. 11).

²⁸ STS 27 abril 1940 (RJ 303); STS 13 mayo 1942 (RJ 628); STS 3 abril 1945 (RJ 570); STS 19 diciembre 1956 (RJ 3860) o la más reciente, STS 4 noviembre 2009 (RJ 5835). «Parece claro —como apunta DÍAZ ALABART— que con mayor motivo debería exigirse el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos del testamento ológrafo en el que, por sus características, son mucho menores las cautelas que pueden imponerse al testador en el momento de otorgarlo» (*El testamento ológrafo..., op. cit.*, p. 35).

²⁹ STS 27 abril 1940 (RJ 303); STS 13 mayo 1996 (RJ 3910).

³⁰ RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 547.

³¹ Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de Sucesiones, op. cit.*, p. 418. Dice RODRÍGUEZ VALCARCE que «ser mero tenedor de un testamento ológrafo antes de ser elevado a público, aun no afectado de caducidad, es menos que tener en su cartera cualquier otro documento privado en general» (RODRÍGUEZ VALCARCE, F., «Testamento ológrafo: problemas que suscita su elevación a público y su protocolización», *RDN*, n.º 63, 1969, p. 218).

³² RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones..., op. cit.*, p. 547.

merced a dicha validación³³, es elevado a la categoría de documento público³⁴ obteniéndose un título apto para regir la sucesión, transmitir el dominio, reclamar derechos sucesorios y justificar la cualidad de heredero³⁵.

Esta exigencia de una posterior adveración y protocolización es una característica que comparten entre sí todos los testamentos privados, entendiendo por tales aquellos en los que no ha intervenido una autoridad pública en su otorgamiento. La razón de la exigencia de estos trámites es la necesidad de cumplir con el principio consagrado en el art. 704 CC³⁶, igualmente extrapolable a esta clase de testamento, como se ocupó de subrayar reiteradamente la jurisprudencia desde antiguo³⁷ y recogen de un modo particularizado para la modalidad autógrafa los arts. 689 y ss. CC español.

Cabe añadir además que, tras la reforma operada merced a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), la competencia para la adveración testamentaria ha sido retirada a los jueces para serle entregada, de forma exclusiva y excluyente, al notariado. Se trata

de una medida que potencia la figura del notario como servidor público dotado de imparcialidad alejando su función de las corrientes mercantilistas³⁸; destaca su papel relevante en esta clase de expedientes, reivindicado desde el *Ius Commune*³⁹, y entronca con el origen histórico de esta institución de abolengo: los *tabelliones* romanos, juristas prácticos especializados en testamentos y contratos⁴⁰.

Ha sido esta una decisión de política legislativa generalmente aplaudida por teóricos y profesionales del Derecho en lo que no es sino un paso más de una operación de mayor amplitud orientada a desjudicializar⁴¹ la administración de justicia a fin de descongestionarla, con el ánimo de concentrar ahora todos los recursos y esfuerzos, así como los medios materiales y personales, en atender las causas de naturaleza contenciosa y tratar

³⁸ Vid. GÁZQUEZ SERRANO, L., «Disposición final primera. Cincuenta y ocho-Sesenta y uno», *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria* (dir. A. Fernández de Buján, coord. Á. Serrano de Nicolás), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 968.

³⁹ HERRERO OVIEDO, M., «El testamento ológrafo en el Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria: el final de una disfunción», *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García* (dir. A. Domínguez Luelmo y M.P. García Rubio), Wolters Kluwer España-La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014, p. 642.

⁴⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 20 de octubre de 2006 (y II)», *Revista General de Derecho Romano*, n.º 8, 2007, p. 11.

⁴¹ Sin embargo, no todo han sido parabienes; en contra un sector disidente encabezado por los sindicatos de funcionarios públicos mostró cierto enfado al apreciar en esta modificación una privatización de la administración de justicia. Vid., además, JORDA CAPITÁN, E., «La incidencia y oportunidad de la reforma operada por la ley de jurisdicción voluntaria y por la proyectada en la ley de corresponsabilidad parental en algunos aspectos relativos a la disolución y la liquidación del régimen económico matrimonial», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 9, 2015, p. 68.

³³ Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Validación: construcción...», *op. cit.*, p. 645 y PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil...*, *op. cit.*, p. 257, n. 48.

³⁴ «La protocolización tiene en el testamento ológrafo extraordinaria importancia por ser, como antes se dice, la solemnidad que le imprime carácter de documento público» (STS 27 abril 1940 [RJ 303], Cdo. 3).

³⁵ Cfr. STS 27 abril 1940 (RJ 303); STS 29 septiembre 1956 (RJ 3167).

³⁶ TORRES GARCÍA, T.F., «Del testamento ológrafo», *Comentario del Código Civil* (dir. C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, P. Salvador Coderch), I, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, p. 1741; TORRES GARCÍA, T.F., «Del testamento ológrafo», Edersa, *op. cit.*, p. 442; MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Del testamento ológrafo», *op. cit.*, pp. 5321 y 5309.

³⁷ STS 5 diciembre 1955; STS 24 marzo 1963 y la reciente SAP Toledo 25 marzo 2015 (AC 474).

de paliar con ello dilaciones, aparte de prevenir la siempre acechante amenaza del colapso de los tribunales.

La práctica totalidad de los autores consagrados de nuestra disciplina ya había puesto de relieve hace tiempo las abundantes concomitancias existentes entre el proceso, antaño contemplado en los arts. 689 y ss. CC⁴², y el expediente de jurisdicción voluntaria, subrayando la naturaleza procesal o el carácter adjetivo de estos preceptos del Código⁴³, que tras la LJV 2015 han sido en su mayoría trasladados a la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (en adelante, LN), a cuyos arts. 62 y ss. debe entenderse hecha la remisión contenida en los arts. 691 y

692 CC en su redacción actual⁴⁴ y que, visto su tenor, bien podrían haber quedado refundidos en un único precepto⁴⁵. La transferencia de esta competencia al notariado parecía tan solo una cuestión de tiempo y, desde la cómoda perspectiva que ofrece el presente, cabe decir que se han cumplido todos los pronósticos.

III. LA NECESIDAD DE ADVERACIÓN DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO

1. INICIO DEL EXPEDIENTE A INSTANCIA DE PARTE INTERESADA

A) Plazo quinquenal de caducidad

Por tanto, cualquier testamento privado, aun cuando fuere abierto ante testigos en vez de ante notario (arts. 700 y 701 CC), está sujeto a un plazo de adveración, transcurrido el cual deviene necesariamente ineficaz. Así lo dispone el art. 689.I CC, en cuya virtud «el testamento ológrafo deberá protocolizarse, presentándolo, en los cinco años siguientes al fallecimiento del testador, ante Notario»⁴⁶. Ha existido siempre un amplio

⁴² La explicación de su permanencia en el CC, sin haber transitado a la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil (LECA), se debe, tal y como refiere MANRESA Y NAVARRO, al hecho de que la Ley ritualaria de 1881, al ser anterior en el tiempo a la regulación de la modalidad ológrafa, nada pudo prever al respecto (FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *Los testamentos*, op. cit., p. 209). De forma más adecuada, la LJV ha puesto finalmente término a esta dualidad de regímenes para una misma finalidad. Vid. TORRES GARCÍA, T.F., «Otras formas testamentarias: el testamento ológrafo en el Código civil», *Tratado de Derecho de Sucesiones* (dir. M.C. Gete-Alonso y Calera, coord. J. Solé Resina), I, Civitas, Madrid, 2011, p. 459, y 2ª ed., 2016, pp. 483-484.

⁴³ RODRÍGUEZ VALCARCE, F., «Testamento ológrafo: problemas...», op. cit., p. 218; LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de Sucesiones*, op. cit., p. 418; PUIG FERRIOL, L. y BADOSA COLL, F., *Anotaciones al Derecho de Sucesiones de T. Kipp*, I, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1976, p. 303; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, IV, Tecnos, Madrid, 1982, p. 473; TORRES GARCÍA, T.F., «Del testamento ológrafo», op. cit., p. 1741; TORRES GARCÍA, T.F., «Del testamento ológrafo», Edersa, op. cit., p. 462; FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *Los testamentos*, op. cit., p. 208; MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Del testamento ológrafo», op. cit., p. 5322; RUEDA ESTEBAN, L., *Instituciones de Derecho Privado* (dir. M.V. Garrido de Palma), V-3, Civitas, Pamplona, 2018, p. 511; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...*, op. cit., p. 516; entre la jurisprudencia, cfr. STS 17 noviembre 1966 (RJ 5878); SAP Sevilla 13 septiembre 1993 (AC 1689).

⁴⁴ «Presentado el testamento ológrafo y acreditado el fallecimiento del testador, se procederá a su adveración conforme a la legislación notarial» (art. 691 CC). «Adverado el testamento y acreditada la identidad de su autor, se procederá a su protocolización» (art. 692 CC).

⁴⁵ Tal es la atinada sugerencia que realizó un distinguido grupo de académicos en nuestro país. Vid. MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Art. 462-23», en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 552.

⁴⁶ Cabría dudar, *prima facie*, por el tenor de la norma si el plazo de cinco años lo es para la protocolización del testamento, es decir, si es preciso haber concluido el expediente dentro del lapso indicado o si, por el contrario, el plazo quinquenal es tan solo para comenzar o darle curso. La interpretación más probable —y también más acorde al sentido que tiene el propio trámite— es que esté establecido para el inicio y no para su conclusión. Resulta más acer-

consenso doctrinal en aseverar que dicho plazo es de caducidad⁴⁷ y no de prescripción⁴⁸ con la finalidad de procurar seguridad jurídica y evitar que permanezcan indefinidamente en lo incierto los efectos de las últimas voluntades⁴⁹. Estas disposiciones legislativas previenen situaciones sucesorias sujetas a provisionalidad *ad aeternum*, expuestas a una permanente revisión, y «propenden a garantizar los derechos del testador, los de terceras personas que puedan tenerlos adquiridos y a veces el interés social»⁵⁰.

Al ser un plazo de decadencia, opera de forma automática y corre inexorablemente sin posible interrupción, depa-

tada, por tanto, la redacción conferida al art. 462-21 de la Propuesta de Código Civil de la APDC que prescinde por completo del uso de la coma y aclara así el sentido de esta regla (*vid.* MARTÍNEZ ESPÍN, P., *op. cit.*, p. 551).

⁴⁷ *Cfr.*, por todos, FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *Los testamentos*, *op. cit.*, p. 209. La jurisprudencia consultada es uniforme y mantiene este criterio sin fisuras. *Vid.* STS 27 abril 1940 (RJ 303); STS 26 noviembre 1968 (RJ 5542); STS 19 enero 1973 (RJ 44); STS 14 mayo 1996 (RJ 3910); SAP Toledo, 1ª, 25 marzo 2015 (AC 474).

⁴⁸ Por esta razón, la Propuesta de la APDC, con elevada factura técnica, incorpora una rúbrica calificando dicho plazo como de «caducidad» pese a no diferir demasiado el contenido de su art. 462-21 de la redacción actualmente vigente del CC. *Vid.* MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Art. 462-21», en APDC, *Propuesta de Código Civil*, *op. cit.*, p. 552. En el art. 61.4 LN, desarrollo del art. 689.I CC, el legislador tampoco emplea el término caducidad, pero sí puede apreciarse una cierta descripción de sus efectos jurídicos: «No se admitirán las solicitudes que se presenten después de transcurridos cinco años desde el fallecimiento del testador».

⁴⁹ STS 29 septiembre 1956 (RJ 3167). En este sentido, afirma HERNÁNDEZ GIL que las razones que sirven de fundamento al art. 689 del CC son, sin duda, evitar la incertidumbre y los riesgos del fraude, así como la dificultad de modificar situaciones jurídicas creadas cuando el testamento se presenta (HERNÁNDEZ GIL, A., *Dictámenes*, II, Sucesores de Rivadeneyra, S. A. Madrid, 1968, p. 149).

⁵⁰ STS 27 abril 1940 (RJ 303).

rando a su fin la extinción del derecho⁵¹. La caducidad —nunca mencionada como tal en el art. 689 CC⁵²— conlleva el efecto radical y automático de cesación del valor jurídico del testamento por lo que no puede invocarse para su interpretación el art. 1969 CC, solo aplicable a la prescripción, institución sujeta a otros principios⁵³. No se le pueden comunicar, en consecuencia, los impedimentos *ratione initii* y los motivos de interrupción y suspensión propios de la prescripción⁵⁴. Se inicia fatalmente desde el fallecimiento del testador sin que quepa aducir que se desconoce el hecho de la muerte ni la fecha cierta en que ésta se produjo, como tampoco la ignorancia de poseer el testamento ológrafo en su poder⁵⁵, aunque esta última circunstancia sí pueda tener cierta relevancia atenuante o eximente en materia resarcitoria (art. 690.I.2ª CC).

La norma —art. 689 CC— contiene una determinación precisa del día en que comienza su computación⁵⁶. El plazo de cinco años se contará de fecha a fecha, conforme a la regla general preceptuada por el propio Código (art. 5.1 CC), tomando como *dies a quo* el de la apertura de la sucesión. Buena parte de la doctrina critica la amplitud del plazo que es considerado excesivamente generoso⁵⁷ si se lo compara con otros recogidos en sede

⁵¹ *Cfr.* STS 2 junio 2005 (RJ 5308); STS 2 julio 2008 (RJ 4362).

⁵² No así en la Propuesta de la APDC que, como se ha indicado con anterioridad, califica expresamente dicho plazo como de caducidad en el titulillo de su artículo 462-21. *Vid.* MARTÍNEZ ESPÍN, P., en APDC, *Propuesta de Código Civil*, *op. cit.*, 2018, p. 551.

⁵³ STS 29 septiembre 1956 (RJ 3167).

⁵⁴ *Vid.* STS 27 abril 1940 (RJ 303).

⁵⁵ STS 29 septiembre 1956 (RJ 3167).

⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁷ TORRES GARCÍA, T.F., «Del testamento ológrafo», Edersa, *op. cit.*, pp. 445-446; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Del derecho Civil español...*, *op. cit.*, pp. 72-73; MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Del testamento ológrafo», *op. cit.*, p. 5323.

testamentaria, como p. ej. el mucho más breve previsto para el testamento en peligro inminente de muerte o en tiempo de epidemia, que es tan solo de tres meses a contar desde el óbito del causante (art. 703.II CC).

Esta laxitud puede derivar en consecuencias indeseadas como p. ej. la apertura de la sucesión intestada, ante la ignorancia de la existencia del testamento ológrafo, nada inusual si no se ha tomado razón del mismo en el Registro General de Actos de Última Voluntad (RGAUV)⁵⁸, con el resultado de que los herederos aparentes, p. ej. bajo la sucesión legal, hayan procedido ya a realizar las operaciones particionales, adjudicarse bienes y disponer de partes del activo hereditario inmobiliario, que podrían haber sido adquiridas con carácter irreivindicable por terceros hipotecarios, máxime una vez que el art. 28 del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (LH), ha sido suprimido, con efectos de 3 de septiembre de 2021, en virtud de la reciente Ley 8/2021, de 2 junio⁵⁹.

⁵⁸ Vid. PUIG FERRIOL, L. y BADOSA COLL, F., *Anotaciones...*, op. cit., p. 302; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, V-2, Bosch, Barcelona, 1977, p. 138.

⁵⁹ Cfr. art. 3.2 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE n.º 132, de 3 de junio). Tradicionalmente se ha considerado que el fundamento de esta disposición —el art. 28 LH— era la inseguridad en el título sucesorio (vid. STS 26 junio 2001 [RJ 5071]; STS 23 junio 2015 [RJ 2547]) en cuanto pudieran aparecer parientes del causante que no habían sido tenidos en cuenta, o un testamento de fecha más reciente en el que se designara un heredero distinto. Es decir, protegía a un eventual heredero real frente al aparente en toda o parte de la sucesión y, principalmente, frente a los adquirentes que trajeran causa de este (RDGSJFP 12 junio 2020 [RJ 3381], FJ 4). Tal vez cabría haber discutido de forma más pausada hasta qué punto la respuesta al problema debía pasar

B) Presentación del testamento

a) Conservación

A pesar de que el Código no contiene una disciplina sobre el particular ni dicta ninguna medida en orden a la conservación del testamento ológrafo, seguramente para otorgar primacía a su conatural carácter privado y secreto⁶⁰, se da por supuesto que el causante pudo entregárselo a un familiar o allegado, confiarle su custodia a un fedatario público⁶¹, que

necesariamente por la eliminación de esta norma de Derecho inmobiliario registral —hoy tan denostada— en vez de lograr una mejor coordinación con el art. 689 CC. Calificado de anomalía anacrónica, se han mostrado favorables a la derogación del art. 28 LH, MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A., «¿Nadie va a derogar nunca el artículo 28 de la Ley Hipotecaria?»; VALLS I XUFRE, J.M., «Artículo 28 de la Ley Hipotecaria. Una anomalía anacrónica a revisar», ambos en *El Notario del S. XXI*, n.º 96, 2021, pp. 14 y ss. y pp. 20 y ss., respectivamente; y, con matices, PÉREZ RAMOS, C., «Pretendiendo explicar una posible reforma del artículo 28 de la Ley Hipotecaria», *ibidem*, pp. 28 y ss. La razón esgrimida por el legislador para prescindir de él ha sido «que los supuestos que eventualmente este artículo está llamado a proteger son muy residuales en comparación con el perjuicio que ocasiona en la sucesión de colaterales y extraños y la perturbación del tráfico, generando situaciones antieconómicas» (Preámbulo ap. IV.3ª de la citada Ley 8/2021, de 2 de junio).

⁶⁰ Vid. TORRES GARCÍA, T.F., «Del testamento ológrafo», op. cit., p. 1744.

⁶¹ No existe ninguna objeción a que pueda constituirse un depósito notarial conforme a las normas generales previstas en los arts. 216 y ss. RN. «De esta manera —afirma RUIZ VADILLO— subsistiendo prácticamente todas las ventajas del testamento ológrafo, quedan suprimidos todos sus inconvenientes» («El testamento ológrafo», op. cit., p. 647). El verse impedido para desplazarse a la oficina del fedatario público o el mantenimiento de la consabida distancia de seguridad podrían hacer que este medio de custodia y conservación del testamento resultase difícil de llevar a la práctica durante la fase más estricta de confinamiento. A veces se ha propuesto entregárselo a un vecino, amigo o familiar en quien se confíe (cfr. LÓPEZ FRÍAS, M.J., «Testamentificación en tiempos revueltos: especial consideración del testamento en caso de epidemia», *Revista Empresa Derecho y Sociedad*, n.º 17, 2020, p. 10/16).

tras levantar el acta correspondiente, cabría que hubiese dejado constancia del mismo en el RGAUV⁶² o guardarlo en la caja fuerte de un banco si así lo estimó oportuno. Este amplio abanico de posibilidades previene contra una de las carencias más significativas del testamento ológrafo, como es su sustracción, pérdida o destrucción.

b) Inicio por parte del tenedor del testamento

El expediente notarial debe comenzar, conforme al principio de rogación, a iniciativa de parte interesada que, presupuesta por el art. 690 CC la situación anteriormente descrita, aunque sin tratarla explícitamente, no tendría por qué coincidir con aquel en cuyas manos obre el testamento. Muerto o declarado fallecido el testador, pesa sobre quienes lo tengan materialmente el deber de comunicar entonces su existencia y proceder a su entrega, que aparece descrito en el art. 690.I.1 CC: «La persona que tenga en su poder un testamento ológrafo deberá presentarlo ante Notario competente en los diez días siguientes a aquel en que tenga conocimiento del fallecimiento del testador».

El precitado artículo, en su versión actual, mejora sustancialmente el tenor del antiguo precepto al aportar seguridad jurídica en la medida que pone término con carácter definitivo a una ardua polémica que había desatado la norma anterior. El que el art. 690 CC en su redacción primigenia afirmara que «la persona

en cuyo poder se halle *depositado* dicho testamento *deberá* presentarlo al Juzgado luego que tenga noticias de la muerte del testador» había llevado a los expertos a plantearse si el tal deber se imponía única y exclusivamente a quienes actuaban en calidad de depositarios o si, en cambio, cabía predicarlo de cualquiera en cuyo poder obrara físicamente el testamento, lo hubiese recibido o no bajo el amparo de este título. La opinión mayoritaria sostenía que resultaba irrelevante haberse constituido formalmente en depositario, en la acepción técnico-jurídica del término⁶³, haciendo igualmente responsable al simple tenedor por su falta de entrega o presentación extemporánea. Tal es con claridad el parecer que ha salido triunfante y cuya interpretación acoge ahora —tras la reforma de 2015— el legislador en el art. 690.I.1^a CC («La persona que tenga en su poder el testamento...»).

Al hallarnos en presencia de un verdadero deber jurídico, su inobservancia conlleva la imposición de la correspondiente *sanción* civil, consistente en el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados por dicha omisión o dilación. Así lo dispone acto seguido, de una forma genérica y no solo para el cumplimiento tardío, el art. 690 CC: «El incumplimiento de este deber le hará responsable de los daños y perjuicios que haya causado»

⁶² Precisaba la doctrina que el deber era de todo aquel que estuviese en posesión el testamento, aunque el antiguo art. 690 CC se refiriera tan solo al depositario. *Vid.* ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho sucesorio mortis causa*, Edelce, Sevilla, 1951, p. 91; RUIZ VADILLO, E., «El testamento ológrafo», *op. cit.*, p. 637; LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de Sucesiones*, *op. cit.*, p. 419; PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil...*, *op. cit.*, p. 254; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil español*, V, Edersa, Madrid, 1978, p. 276; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema...*, *op. cit.*, p. 472; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil*, V, Edersa, Madrid, 1982, p. 162.

⁶³ «En el Registro general se tomará razón: b) De los testamentos ológrafos, si los otorgantes lo desean y lo hacen constar por medio de acta notarial, en que se expresen la fecha y lugar de su otorgamiento y las demás circunstancias personales expresadas en el artículo siguiente» (art. 3.b. Anexo II, RN).

(art. 690.I.2^a CC), y ello aun cuando pudiera no albergar ningún interés en dar principio al expediente (arts. 61.3 y 57.3 LN).

Que el ámbito de aplicación de la norma abarque no solo al depositario, sino también al simple tenedor, incluido el tercero en cuyas manos lo hayan podido confiar después tanto el primero como el segundo, según había precisado la mejor doctrina jurisprudencial⁶⁴ y científica⁶⁵, no exime de interpretar la obligación legal resarcitoria a la luz de los principios generales, y ello exige que los damnificados —principalmente los beneficiarios del testamento— acrediten la existencia del daño y el nexo causal entre este último y la falta de presentación del testamento⁶⁶. La acción para exigir tal responsabilidad se regirá por lo establecido en el art. 1968.2^o CC, quedando sujeta al plazo de prescripción de un año desde que cada agraviado pudo tener conocimiento de tales circunstancias.

En obsequio a los citados principios resulta bastante discutible, por tanto, que quien ignora poseer el testamento, por haberlo recibido del tenedor o depositario, merezca idéntico reproche jurídico, lo que conduce a algunos autores a exonerarlo de responsabilidad por carecer de culpa o, cuando menos, a dar lugar a que en los casos más livianos de negligencia el juez pueda moderarla conforme al art. 1103 CC⁶⁷. Y, en el polo opuesto, tampo-

co puede ser igual de grave la culpa de quien, excediendo el plazo, lleva a cabo una presentación extemporánea, cuya dilación, en efecto, ocasiona un daño que se habrá de acreditar, frente a la de aquel que oculta o destruye a propósito el testamento ológrafo tratando de provocar el *abintestato* o la apertura de la sucesión con arreglo a un testamento anterior, conducta dolosa de la que bien pudieran derivarse asimismo consecuencias penales para el infractor del art. 690.I.2 CC⁶⁸.

Se antoja claro, a la letra del art. 690.I.1^a CC, que el plazo de diez días —en esta ocasión relativamente breve, si lo comparamos v.gr. con el previsto para solicitar la certificación del RGAUV⁶⁹— principiará cuando la persona que posea en su poder el testamento tenga noticia de la muerte del testador, respetando la pauta marcada por su predecesor antes de la reforma de 2015⁷⁰, así como el cri-

⁶⁸ Vid. STS 16 noviembre 1932 (RJ 1289), Cdo. 2. Cuando la no presentación obedece «a la circunstancia de haberse ocultado, destruido o extraviado culposa o negligentemente dicho documento, con pérdida de su sustancia formal y de sus sagradas declaraciones “in fine”, es claro que la calificación jurídica de tal evento excede del ámbito de una mera obligación concreta «ex lege» para recaer en el campo anormal del hecho ilícito, cuya acción civil se extrae genéricamente del contenido inscrito en el art. 1902 de dicho Cuerpo Legal, cuyo ejercicio está limitado al transcurso de un año que autoriza el art. 1968» (STS 16 noviembre 1932 [RJ 1289], Cdo. 1). «Dicho ilícito civil —explica MARTÍNEZ ESPÍN— se transmite a los herederos en caso de fallecimiento del culpable, a salvo la prescripción que será la prevista en el art. 1968 CC» (MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Del testamento ológrafo», *op. cit.*, p. 5328).

⁶⁹ Cfr. TORRES GARCÍA, T.F., «Del testamento ológrafo», Edersa, *op. cit.*, p. 459; MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Del testamento ológrafo», *op. cit.*, p. 5328. Según el art. 5.III del Anexo II RN es preciso que hayan transcurrido quince días —entiéndase hábiles— desde la fecha de la defunción para que se pueda expedir el consabido certificado de actos de última voluntad.

⁷⁰ «La persona en cuyo poder se halle depositado dicho testamento *deberá presentarlo* al Juzgado luego

⁶⁴ «La obligación establecida en el art. 690.1 CC no solo recae en la persona en manos de la cual hubiera el testador consignado mediante entrega directa su testamento ológrafo, sino de cualquiera otra que lo tuviera en su poder al fallecimiento de aquél» (STS 16 noviembre 1932 [RJ 1289], Cdo. 1).

⁶⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de Sucesiones*, *op. cit.*, p. 419.

⁶⁶ Vid. STS 16 noviembre 1932 (RJ 1289).

⁶⁷ Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de Sucesiones*, *op. cit.*, p. 420.

terio que reinaba pacíficamente en la comunidad científica, que ya se expresaba en términos similares a como hoy lo hace la versión vigente del CC español: «ha de entenderse que los diez días se contarán desde que la persona así obligada tenga conocimiento del fallecimiento del testador»⁷¹.

Por tanto, el *dies a quo*, a diferencia de cuanto acontece en el art. 689 CC, no se inicia indefectiblemente con la defunción del causante, sino que exige conocimiento de dicha circunstancia por el obligado, y empieza a correr desde las cero horas del día siguiente a haber tenido noticia de la apertura de la sucesión. Es de interés subrayar cómo el plazo de diez días, en apariencia demasiado breve, no transcurre fatalmente, sino que puede verse interrumpido, o simplemente no iniciarse, por la concurrencia acreditada de situaciones constitutivas de caso fortuito, fuerza mayor o estado de necesidad que impidan al tenedor o depositario cumplir con el mandato del art. 690.I.1^a CC.

Y es que ha de entenderse, por último, en aras de mantener la coherencia y armonía entre ambas reglas jurídicas —arts. 689 y 690 CC—, que los diez días no suponen una extensión adicional que pueda añadirse al término quinquenal, sino que el lapso de caducidad ya comprende el impuesto por el art. 690.I.1^a CC, que se ve subsumido en él. Ni tan siquiera en el extraño e hipotético supuesto de

que el imponderable se alargara más allá del plazo fijado en el art. 689 CC podría evitarse la aplicación del art. 61.4 LN, en cuya virtud el notario debe inadmitir las solicitudes que se presenten después de transcurridos cinco años desde el fallecimiento del testador. Otra interpretación, salvo previsión especialísima y extraordinaria del legislador, como la contenida en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo⁷², desnaturalizaría la fatalidad del instituto jurídico de la caducidad que ante el paso del tiempo extingue de un modo inexorable todos los derechos, incluidos los sucesorios⁷³.

c) Inicio a instancia de parte interesada que no posee el testamento

El indicado deber, descrito en el art. 690.I («deberá presentarlo»), pasa a convertirse en mera facultad cuando quien ostenta un interés legítimo en la sucesión testada no se encuentra en dicha situa-

⁷² El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE n.º 67, de 14 de marzo), estableció en su DA4^a: «los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos quedarán suspendidos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren». Cfr. sobre las diferencias entre interrupción y suspensión, aunque se analiza un supuesto de prescripción y no de la caducidad, la STS 12 junio 1997 (RJ 476), FJ 3.

⁷³ En sentido similar, RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...*, op. cit., p. 518. En contra parece posicionarse L. RUEDA ESTEBAN cuando afirma que «este cómputo no puede ser ampliado, nada más que añadiendo a los cinco años los diez días a que alude el párrafo 1º del art. 690 CC para poder llevar a cabo la presentación del testamento por aquel que lo tenga en su poder, sin incurrir en responsabilidad» [«Disposición final primera. Cincuenta y siete», *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria* (dir. A. Fernández de Buján, coord. Á. Serrano de Nicolás), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 934].

que tenga noticias de la muerte del testador, y, no verificándolo dentro de los diez días siguientes, será responsable de los daños y perjuicios que se causen por la dilación» (art. 690.I, según el texto original del CC).

⁷¹ Vid. OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 146; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, op. cit., p. 139.

ción, pues, en otro caso, regiría para él la misma *obligación legal*⁷⁴: «también podrá presentarlo cualquiera que tenga interés en el testamento como heredero, legatario, albacea o en cualquier otro concepto» (art. 690.II CC). Conviene puntualizar que si alguno de los sujetos enumerados en la norma, que no constituye un *numerus clausus*⁷⁵, se encuentra en posesión del testamento ológrafo, viene compelido igualmente a presentarlo sin que esta condición —p. ej., la cualidad de sucesor en su virtud—, como parece lógico, amerite dispensarle un tratamiento jurídico diferente ni evite las consecuencias indemnizatorias del art. 690.I.2^a CC.

El sentido que acaso cabe conferir a la segunda proposición del precepto es que a quien ostente un interés legítimo le sea posible recabar la presentación del testamento de aquel que lo posea, lo

que presupone que conoce tanto su existencia como en poder de quién obra. En cualquier caso, queda expedita para dicho interesado la opción de promover la adveración (art. 690.II CC) y, transcurridos diez días desde el fallecimiento del otorgante sin que se haya producido una entrega voluntaria, sea a favor del propio interesado⁷⁶ o ante el notario competente, solicitar del fedatario público que requiera al tenedor el cumplimiento de su deber (art. 61.2 LN). Efectuada tal intimación, no atenderla hará responsable al poseedor de cualquier daño y perjuicio que ocasione su negativa, sin que desde ese momento quepa pretextar la concurrencia de alguna de las circunstancias eximentes de responsabilidad, como p. ej. desconocer el fallecimiento del causante o ignorar que tenía consigo el testamento.

⁷⁴ La doctrina más autorizada entiende que lo recogido en el art. 690.I.1^a CC no es técnicamente una obligación *ex lege* sino la cualificación legal de un supuesto de culpa aquiliana por negligencia. *Vid.*, p. ej., GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos...*, op. cit., p. 310 y ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo García), IX-2, Edersa, Madrid, 1983, pp. 87-88, así como la ya citada STS 16 noviembre 1932 (*cf.* nota n.º 68).

⁷⁵ El elenco abierto mencionado en el art. 690.II CC, que permite la presentación del testamento a cualquiera que tenga interés en el testamento, no solo como heredero, legatario o albacea, sino también en cualquier otro concepto, ha llevado a algunos autores a entender comprendido dentro de su ámbito a los acreedores, sustentando dicha tesis en la aplicación analógica de los arts. 1001 y 1005 CC (RIPOLL JAÉN, A., Expediente notarial de jurisdicción voluntaria. II.— sucesiones: c) adveración testamento ológrafo», *Notarios y Registradores*, «Oficial Notarial», 8 julio 2015). Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 5 junio 2020 afirma «que las demás partes interesadas en la herencia, incluidos los acreedores del causante, tienen derecho a conocer la existencia del testamento [ológrafo]» (SAP Pontevedra, 6^a, 5 de junio 2020 [JUR 22198], FJ 5).

2. EL OBJETO DE LA ADVERACIÓN NOTARIAL

A) Necesidad y consecuencias de su falta

La cuestión que atañe principalmente a la adveración —fuera antes judicial u hoy notarial— estriba en dilucidar si la autoría del escrito que se presenta como testamento pertenece, en efecto, al supuesto causante. Adverar es así, en el parecer de la comunidad científica, comprobar o investigar su autenticidad⁷⁷, una inteligencia que coincide con la etimología latina del vocablo (*adverare, verus*):

⁷⁶ *Cfr.* CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español...* op. cit., p. 73.

⁷⁷ En palabras de ALBALADEJO GARCÍA, adverar «es certificar o dar por cierto que (el testamento) realmente procede de quien aparentemente lo otorgó (lo que se llama también comprobar su autenticidad o identidad)» (*Curso de Derecho Civil, V, Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 230).

dar por cierto o verdadero⁷⁸ y la acepción vulgar o no técnico-jurídica que del término procura la Real Academia Española. Según su autorizado Diccionario, el verbo advenir significa «certificar, asegurar, dar por cierto algo o por auténtico algún documento». Y lo mismo cabría predicar de la doctrina sentada por la mayoría de las Audiencias Provinciales de nuestro país: se deniega la protocolización cuando no hay o falta identidad entre el autor del documento presentado y el causante⁷⁹.

Los expositores advierten de que la constatación notarial no debería extenderse más allá de lo estrictamente preceptuado por los arts. 692 y 693.I CC, esto es, a acreditar la autenticidad del testamento atribuyendo su autoría de forma

⁷⁸ «Advenir (de *ad* y *verus*) significa certificar o dar por exacta y verdadera alguna cosa, confirmando un hecho realizado» [voz «Adveración de testamento», en MASCAREÑAS, C.E. (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, II, Francisco Seix, Barcelona, 1975, p. 428]. «Del latín “*adverare*”, y éste de “*ad*” y “*verus*”, es certificar, asegurar, documento que asegura la verdad de un hecho» [voz «Adveración del testamento», ÁNGEL DEL ARCO TORRES, M.A. y PONS GONZÁLEZ, M. *Diccionario de Derecho Civil*, I, Editorial Aranzadi, El Cano (Navarra), 1984, p. 81].

⁷⁹ «El objeto del expediente de protocolización de testamentos ológrafos está claramente determinado en el Código civil, y no es otro que acreditar la identidad del autor del documento que se presenta como testamento ológrafo» (AAP A Coruña, 5^a, 8 octubre 2010 [AC 1768]). «Para que el Juez de primera instancia ordene la protocolización de un testamento ológrafo basta con que no albergue dudas sobre la identidad del testamento, como dice el artículo 693, esto es, que ha sido redactado de puño y letra del testador» (AAP Burgos, 3^a, 8 junio 2006 [AC 1892]). Para protocolizar el testamento no deben existir dudas acerca de la autoría del documento manuscrito (AAP Madrid, 12^a, 18 marzo 2011 [JUR 250338]). *Vid.* también, AAP Madrid, 13^a, 26 febrero 2004 (JUR 249821); «presentado el testamento ológrafo, la actividad judicial ha de limitarse a comprobar su identificación y autenticidad» (AAP Sevilla 23 junio 1993 [AC 1348]).

indubitada al causante⁸⁰. Las diligencias practicadas se orientan en exclusiva a tal fin sin entrar en pormenores. De la redacción conferida al art. 693.I CC, donde se indica que «el notario, si se considera acreditada la autenticidad del testamento, autorizará el acta de protocolización», interpretada *a contrario sensu*, se colegiría que no puede el fedatario rechazarla por motivos distintos⁸¹.

Es cierto que, en rigor, la adveración queda limitada a la comprobación tan solo de un requisito de forma⁸²: que el escrito es de quien se reputa que lo otorgó⁸³ sin que previamente la petición de apertura del acta haya excedido del plazo de caducidad previsto legalmente, que produce la ineficacia fatal y definitiva del testamento. El resultado de la adveración, estimatoria o desestimatoria, no produce los efectos propios de la cosa juzgada material, ni tan siquiera en lo concerniente a su propio objeto —la autoría testamentaria⁸⁴—, que podría reproducirse en un

⁸⁰ Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema...*, *op. cit.*, p. 473. «El objeto de este expediente de jurisdicción voluntaria no es otro que determinar si ha quedado justificada la identidad del testamento, tal y como se refiere el art. 693 CC, lo que no es sino una forma sintética de decir que su finalidad es comprobar la identidad y autenticidad del testamento» (AAP Murcia, 3^a, 22 julio 2004 [JUR 253338]).

⁸¹ *Cfr.* STS 14 junio 1994 (RJ 6022).

⁸² El examen quedaría así limitado a comprobar que el documento reúne todos los requisitos formales del testamento ológrafo (autografía, firma y fecha). *Vid.* STS, Pleno, 21 junio 2018 (RJ 3238).

⁸³ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso...*, *op. cit.*, p. 230; TORRES GARCÍA, T.F., «Del testamento ológrafo», *op. cit.*, p. 1751.

⁸⁴ STS 17 noviembre 1966 (RJ 5878); STS 17 junio 1988 (RJ 5113); STS, 1^a, 16 junio 2015 (RJ 2529). Ello conduce a la posibilidad de que, en la práctica, el interesado en la adveración y protocolización del testamento pueda acudir a varios despachos notariales a probar fortuna mientras no se haya agotado el plazo de caducidad del art. 689 CC. Entiende M.A. BAÑEGIL ESPINOSA que sería necesario implementar alguna comunicación telemática al Colegio Notarial

nuevo proceso, esta vez de naturaleza contenciosa⁸⁵. Por tanto, este trámite no es el lugar adecuado para dictaminar acerca de la validez o nulidad del negocio jurídico *mortis causa*⁸⁶, ni valorar el fondo del asunto⁸⁷ que quedaría reservada al proceso declarativo ordinario (arts. 693.I CC y 63.III LN)⁸⁸ conforme a los requisitos —no siempre pacíficos entre los autores— de la *actio petitio hereditatis*⁸⁹.

Esta conclusión es común a todos los expedientes de jurisdicción voluntaria que están dotados no de un carácter definitivo⁹⁰, sino *provisionalmente firme*⁹¹, dejando siempre abierta su revisión en un juicio declarativo, con una fase probatoria más amplia, si los interesados de-

y al Consejo General del Notariado para dar a conocer que se ha iniciado el procedimiento el día de la firma del requerimiento y evitar esta peregrinación por notarías cuando el resultado sea negativo («Adveración, apertura y protocolización de testamentos ológrafos, cerrados y otorgados en forma oral», *El Notario del S. XXI*, n.º 63, 2015, p. 10).

⁸⁵ Cfr. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...*, op. cit., p. 550.

⁸⁶ RUIZ VADILLO, E., «El testamento ológrafo», op. cit., p. 646; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema...*, op. cit., p. 473; MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Del testamento ológrafo», op. cit., p. 5322.

⁸⁷ Entre otras, interpretar el sentido de la última voluntad del causante (STS 11 febrero 1956 [RJ 1102]). Puntualiza el Centro Directivo que «no ha de olvidarse que se trata de un testamento ológrafo redactado por persona que carece de la especialización técnica y jurídica necesaria, por lo que las dudas que pudieran plantearse al interpretar su testamento habrán de resolverse, de acuerdo con el art. 675 del CC, atendiendo a la voluntad real de la causante» (RDGRN 27 marzo 1981 [RJ 1790]).

⁸⁸ Para impugnar el testamento protocolizado no hay otra vía que la promoción del juicio declarativo. Vid. STS 11 febrero 1956 (RJ 1102); STS 19 enero 1973 (RJ 44).

⁸⁹ Vid. RDGRN 13 junio 2013 (RJ 5440).

⁹⁰ Cfr. a este respecto, STS 3 octubre 1910; STS 9 mayo 1961 (RJ 1866); STS 17 noviembre 1966 (RJ 5878); STS 19 enero 1973 (RJ 44).

⁹¹ TORRES GARCÍA, T.F., «Del testamento ológrafo», op. cit., p. 1751; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...*, op. cit., p. 550.

ducen acción al amparo del art. 693.III CC⁹². No obstante, resulta razonable conferir al notario la facultad de rechazar la protocolización si se presenta un escrito no susceptible de ser calificado como tal testamento por presentar defectos manifiestamente insalvables (v. gr. falta de fecha⁹³ o de autografía⁹⁴) o no respetar la integridad documental (p. ej. un documento cercenado o mutilado). Así lo he defendido en otro lugar⁹⁵ sin que se trate de una opinión aislada en la academia,

⁹² Esta posibilidad viene reconocida desde antiguo por la jurisprudencia. Cfr. STS 31 enero 1911; STS 28 enero 1914. Es de interés matizar que, aun cuando el plazo de prescripción de la acción debe empezar a correr desde la denegación de la adveración, momento en que nace la acción ex art. 693.II CC, como ha mantenido en alguna ocasión el máximo intérprete de la legalidad ordinaria (STS 19 enero 1973 [RJ 44]), se conviene actualmente en que es posible acudir directamente al proceso declarativo para atacar la validez del negocio jurídico *mortis causa* sin haberse tramitado previamente el expediente de jurisdicción voluntaria ni tener que aguardar a la protocolización del testamento ológrafo. Vid. STS 31 enero 1911; STS 23 enero 1914 y, en particular, STS 14 mayo 1996 (RJ 3910). De la doctrina del TS se deduce «con claridad que ni la resolución dictada en el mismo accediendo a la protocolización impide a los eventualmente perjudicados impugnar en juicio declarativo la validez del testamento, ni, en sentido contrario, la que no accede priva a los presuntos beneficiarios de la facultad de propugnarla también en juicio declarativo, en el que la contradicción es efectiva y plenas las posibilidades probatorias y de defensa concedidas a las partes, frente al más limitado ámbito —de decisión y procesal— de los actos de jurisdicción voluntaria» (SAP Zaragoza 13 julio 1992 [AC 1103], FJ 2).

⁹³ Vid. p. ej. STS 4 noviembre 1947 (RJ 1213); STS 10 febrero 1994 (RJ 848); SAP Alicante, 4ª, 17 abril 1997 (AC 731); SAP Zaragoza, 5ª, 2 noviembre 2006 (JUR 277617); AAP Madrid, 10ª, 4 abril 2005 (AC 449); AAP Madrid, 14ª, 11 febrero 2009 (JUR 210408).

⁹⁴ Cfr., entre otros, AAP Islas Baleares, 4ª, 17 noviembre 2004 (JUR 2005\21892); AAP Cuenca, 1ª, 8 febrero 2006 (AC 129); AAP Granada, 3ª, 19 de junio 2009 (AC 1462).

⁹⁵ BARRIO GALLARDO, A., «El testamento ológrafo electrónico», op. cit., p. 165.

sino compartida por reputados especialistas en la materia⁹⁶.

B) Diligencias de comprobación practicadas ante notario

a) Introducción

El expediente notarial tendente a la adveración se inicia, sea por parte del tenedor del testamento ológrafo, si es que tiene interés en el mismo, o por cualquier otro interesado (art. 62.1 LN), con la solicitud al notario de que extienda el acta de protocolización, de conformidad con la legislación notarial, a la que remiten los arts. 689 y 691 CC. Pese a que la única alusión en el CC aparece singularizada, conviene aclarar que, en el fundado juicio de los prácticos, si bien se trata de un único expediente, el acta, que por su propia naturaleza y características es de notoriedad (art. 49.2º LN⁹⁷), en aras de la economía procesal, habría de extenderse por duplicado⁹⁸; de lo contrario,

podría llegar a comprender hasta tres instrumentos: uno de apertura y prueba, otro de declaración de notoriedad y un último de protocolización del testamento adverado⁹⁹.

b) Trámite de audiencia a parientes e interesados

Con carácter previo, y dentro de los treinta días hábiles siguientes a la admisión de la solicitud (art. 18.1 LJV), frente a «con la brevedad posible», expresión consignada en el antiguo art. 692.I CC, es preceptivo citar a una comparecencia a determinados parientes del difunto, junto con el viudo o viuda, si viven al tiempo de evacuarse el trámite: «el cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, los descendientes y ascendientes del testador y, en defecto de unos y otros, los parientes colaterales hasta el cuarto grado» (art. 62.1 LN). El llamamiento de carácter preferente viene a coincidir con los que la norma codicial califica impropia como *herederos forzosos*, es decir, quienes en el régimen del CC ostentan la condición de legítimos (descendientes, ascendientes y cónyuge).

Precisa la doctrina que la alusión referida al cónyuge viudo debería hacerse extensiva a la pareja de hecho supérstite, aunque quizá solamente en aquellas legislaciones civiles autonómicas que atribuyen derechos sucesorios a su favor¹⁰⁰. El radio de acción de esta audiencia a la parentela se ha ampliado notablemente, pues antes de la reforma de 2015, el pa-

⁹⁶ RODRÍGUEZ VALCARCE, F., «Testamento ológrafo: problemas...», *op. cit.*, p. 221; LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de Sucesiones*, *op. cit.*, p. 421; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso...*, *op. cit.*, p. 230; MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Del testamento ológrafo», *op. cit.*, pp. 5329 y 5338; HERRERO OVIEDO, M., «El testamento ológrafo...», *op. cit.*, p. 654; RUEDA ESTEBAN, L., *Instituciones...* *op. cit.*, pp. 510-511. Quizá la reforma operada por la LJV 2015 habría sido la ocasión propicia para conceder al notario unas atribuciones más amplias en correspondencia con su habitual quehacer profesional. *Vid.* HERRERO OVIEDO, M., «El testamento ológrafo...», *op. cit.*, p. 654.

⁹⁷ «Cuando el expediente tenga por objeto la constatación o verificación de un hecho, la percepción del mismo, así como sus juicios o calificaciones, el Notario procederá a extender y autorizar un acta» (art. 49.2º LN).

⁹⁸ «Tratándose de acta de notoriedad el instrumento se duplicará, constando en el primero la solicitud o requerimiento, con las pruebas diligenciadas que se practiquen, y en el segundo la declaración de notoriedad, si procediere, y protocolización» (RIPOLL JAÉN, A., «Expediente notarial de jurisdicción...», *op. cit.*).

⁹⁹ *Vid.* RIPOLL JAÉN, A., «Procedimiento notarial de jurisdicción voluntaria: los testigos», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 99, 2016, p. 572; BANEGIL ESPINOSA, M.A., «Adveración, apertura y protocolización...», *op. cit.*, p. 7.

¹⁰⁰ RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...* *op. cit.*, p. 527; RUEDA ESTEBAN, L., «Disposición final...», *op. cit.*, p. 954.

rentesco por línea colateral, ante la falta de legitimarios, terminaba, a estos efectos, en el segundo grado (*cf.* antiguo art. 692.I CC) y no en el cuarto como sucede ahora. Aunque la norma no hace distinciones, pues no establece ninguna gradación entre ellos, sería lógico mantener la preferencia a favor de los hermanos, en vez de realizarse un llamamiento conjunto a unos y a otros.

En vista del ámbito subjetivo del art. 62.1 LN, puede que la razón de ser de esta audiencia no estribe tanto, o al menos no solo, en tutelar los derechos sucesorios del cónyuge y la familia del difunto¹⁰¹, un interés que permanece latente en la norma, sino en atención a la naturaleza misma de estas diligencias: identificar la letra y la firma del testador¹⁰². Las observaciones que puedan formular los comparecientes al hilo de la práctica de las diligencias (art. 62.6 LN), a veces buenos conocedores de la caligrafía del causante, por muy críticas que resulten, no tornan el proceso en contencioso, pero sí pueden ser esclarecedoras para que el notario se forme una opinión certera acerca de la

procedencia del testamento¹⁰³ y quedarán reflejadas en el acta de adveración, «en la que hará constar las actuaciones realizadas y, en su caso, las observaciones manifestadas» (art. 693.I *i.f.* CC).

De todas formas, tampoco parece que la enumeración del art. 62.1 LN sea taxativa, sino un *numerus apertus*, donde se permite a aquellas personas que justifiquen un interés legítimo en el testamento asistir al acto de adveración¹⁰⁴, lo que motivaría igualmente que hubieran podido dar inicio al expediente (art. 61.2 *i.f.* LN). Lo ideal, conforme al principio de audiencia, sería que cualquiera que pudiera salir beneficiado o perjudicado por el resultado del expediente¹⁰⁵, incluidas las personas extrañas a la familia, fuera citado, y lo deseable, que el notario actuante, si el contenido del testamento resultara directamente accesible, procediera a la notificación de todas aquellas

¹⁰¹ Si el emplazamiento preferente parece orientado a proteger la legítima del cónyuge superviviente y de los parientes en línea recta descendente o ascendente (art. 807 CC), el subsidiario podría atender al interés del resto de la familia en tanto que posibles herederos abintestato habida cuenta de que el llamamiento a la sucesión legal acaba en los parientes de cuarto grado en línea colateral (art. 954 CC).

¹⁰² TORRES GARCÍA, T.F., *El testamento ológrafo*, *op. cit.*, pp. 405-406; RUEDA ESTEBAN, L., *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 517. Es bastante probable que coincidan en la norma dos finalidades diversas que ahora aparecen superpuestas en el art. 62.1 LN, que ha desplazado al antiguo art. 691 CC, a saber: tanto tutelar los derechos sucesorios, ora de los herederos forzosos ora de los legales, como coadyuvar a la identificación de la autoría del testamento por parte de quienes mejor pudieran conocer los rasgos de la escritura y la firma del testador: su familia más próxima.

¹⁰³ En el mismo sentido, TORRES GARCÍA, T.F., «Del testamento ológrafo», *op. cit.*, p. 1749. Desde esta última perspectiva, si la finalidad de la comparecencia es que los emplazados colaboren con sus manifestaciones a que el notario se forme una mejor opinión acerca de la autenticidad del testamento, quizá no estaría de más convocar igualmente a la pareja de hecho, aunque no se le atribuyan derechos legales en una sucesión regida por el CC, si es que no ha sido propuesta ya como testigo por la parte *ex art.* 62.4 LN. Tal vez este cauce permitiría al notario suplir la imposibilidad de designar testigos de oficio al amparo del art. 180 RN, cuya aplicación al caso resulta más dudosa.

¹⁰⁴ *Cfr.* MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Del testamento ológrafo», *op. cit.*, p. 5333.

¹⁰⁵ *Vid.* RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...* *op. cit.*, p. 530; MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Del testamento ológrafo», *op. cit.*, p. 5332. Ha de tenerse en cuenta que el principio de audiencia deberá coheretarse asimismo con la agilidad propia de un expediente de jurisdicción voluntaria, «pues si se examina en su conjunto la regulación [...] de las diligencias encaminadas a la protocolización del testamento ológrafo, se observa que se hallan inspiradas en un criterio de celeridad en su práctica» (*vid.* STS 5 julio 1962 [RJ 3190], Cdo. 4).

personas mencionadas en él (albaceas, herederos, legatarios...), que no tienen por qué guardar relación de parentesco con el causante.

Si cursar el requerimiento para comparecer resulta obligado para el notario, que cumple con notificar, y puede hacerlo a través del tablón municipal de anuncios si ignora la identidad o el domicilio de los interesados (*cf.* art. 62.2 LN), no lo es para los emplazados, a quienes resulta facultativo asistir, no teniendo obligación de hacerlo¹⁰⁶. Tampoco se les impone a estos últimos con carácter necesario la postulación procesal, pudiendo, no obstante, acudir al acto de adveración testamentaria, si así lo desean, representados por un procurador y asistidos de un letrado.

c) Testigos y peritos en la adveración testamentaria

a') Declaración testifical

Más llamativa resulta, aunque quizá sea solo en apariencia, la redacción dada al art. 62.4 LN frente a la interpretación tradicional de su antecesor, el antiguo art. 691 CC, donde se daba a entender que los testigos resultaban fundamentales para la adveración testamentaria y, en consonancia, podían llegar a ser propuestos *motu proprio* por el juez¹⁰⁷. El precepto afirma ahora: «*si el solicitante hubiera pedido al Notario* —y no, por tanto, en otro caso— la comparecencia de testigos para declarar sobre la autenticidad del testamento, el Notario los citará para que comparez-

can ante él en el día y hora que señale» (art. 62.4 LN).

Dicha norma parece abandonar la declaración testifical al principio de justicia rogada, enteramente dispositivo del objeto del proceso, dejándola en manos de quien haya dado inicio al expediente, y configura a la letra la prueba testifical como totalmente voluntaria; por tanto, si no hay rogación nominal y expresa por parte del solicitante no habrá prueba de testigos¹⁰⁸. La explicación tal vez pueda encontrarse en la interpretación jurisprudencial del art. 691 CC en la medida en que 1º) cuando no haya testigos —entiéndase entonces porque no se presentan por el instante del expediente o porque los presentados por él, tras su examen, no resultan idóneos—, 2º) los presentados duden en el reconocimiento 3º) o, simplemente, lo estime necesario o conveniente el notario, se recurrirá al cotejo pericial, y puntualizaba el TS «sin que el juez esté vinculado a recurrir a nuevos testigos»¹⁰⁹.

En cambio, no contando con un mínimo de tres testigos idóneos que conozcan la letra del testador (art. 62.5 LN), y a falta de prueba caligráfica, en algún caso podría caerse en la arbitrariedad y provocarse indefensión. El dictamen grafológico no será una diligencia impuesta por el legislador al notario si las manifestaciones de los tres testigos son contestes en afirmar que el testamento ha sido escrito y firmado de mano del testador, pero sí parece casi obligada, a la inversa, cuando no existan tres testigos idóneos o habiénd-

¹⁰⁶ *Cfr.* PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil...*, *op. cit.*, p. 255.

¹⁰⁷ Hace hincapié en esta modificación HERRERO OVIEDO: «en este punto... el impulso *pro parte* del expediente se lleva al extremo al requerir que los testigos sean propuestos por el solicitante» (HERRERO OVIEDO, M., «El testamento ológrafo...», *op. cit.*, p. 652).

¹⁰⁸ *Cfr.* RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...*, *op. cit.*, p. 534.

¹⁰⁹ STS 24 febrero 1961 (RJ 351). Que no esté obligado el notario no significa que se le impida hacerlo en tanto en cuanto los citados a declarar hayan sido propuestos por la parte y esta última haya excedido la terna prevista en la legislación notarial.

dolos duden acerca de la caligrafía del testador. La prueba pericial en estos casos resultaría insoslayable¹¹⁰ pese a la ambigüedad del art. 62.5.II LN, que ha alterado ligeramente la redacción el art. 691.II CC y con ella también en parte su sentido: «a falta de testigos idóneos o si dudan los examinados, el Notario podrá acordar, si lo estima conveniente, que se practique una prueba pericial caligráfica»¹¹¹.

No es comprensible que el notario pueda cerrar el acta de protocolización, en particular en un sentido favorable o positivo, como no sea dejándose guiar en exclusiva de las observaciones formuladas por los comparecientes, lo que quizá se reputa desaconsejable máxime si todos ellos tienen interés en la protocolización. Una cosa es que el recurso al experto sea una facultad discrecional, al modo de las antiguas diligencias para mejor proveer, y otra bien diferente que sin testigos, o estando todos estos en duda, es decir, cuando no se muestran favorables ni contrarios al reconocimiento caligráfico, el notario, sin más guía que su propio criterio, se avenga a advenir el testamento,

lo cual supondría conducirse de un modo arbitrario o extraer una deducción absurda o ilógica¹¹², y ello aun cuando siempre quepa a los interesados disconformes con la protocolización ejercer sus derechos en el juicio que corresponda (arts. 693.III CC y 63.III LN).

No basta con reunir a tres —lo que constituye un mínimo, pero no un máximo— sino que, además, tales testigos deben resultar idóneos y a tal fin deben ser examinados por el notario para evaluar si, en efecto, reúnen dicha cualidad. Es posible, por tanto, que se propongan testigos en número superior para cumplir las exigencias y superar así esta criba inicial, lo que se sigue del art. 62.5.II LN («cuando al menos tres testigos...»). Más dudas suscita, en cambio, si tanto testigos como después peritos pueden ser objeto de una recusación proveniente de los comparecientes¹¹³ habida cuenta de que ser familiar del testador o tener interés directo o indirecto en el asunto de que se trate es motivo de tacha (art. 377 LEC), norma orientada a los procesos contenciosos y, quizá en menor medida, pensada para los expedientes de jurisdicción voluntaria.

¹¹⁰ Así, RIPOLL JAÉN, A., «Expediente notarial...», *op. et loc. cit.*

¹¹¹ *Cfr.* con el art. 691.II del CC en su versión originaria: «a falta de testigos idóneos, o si dudan los examinados, y siempre que el Juez lo estime conveniente, podrá emplearse con dicho objeto el cotejo pericial de letras». Esta redacción cobraba sentido pleno en la medida que se podía colegir de su tenor que el recurso al dictamen caligráfico cabía aun a pesar de haber sido oídos tres o más testigos idóneos acordándose entonces de oficio la intervención del perito al modo de una diligencia para mejor proveer, antes prevista en el art. 340 LECA 1881, y actualmente, en los arts. 435.5 y 436 LEC 2000. La segunda posible lectura, que es el sentido tradicional secundado por la STS 24 febrero 1961 (RJ 351), permitía que se practicara esta diligencia, a la letra del precepto, a falta de tres testigos idóneos o, cuando los así reputados, no acertaran a identificar la grafía del causante en el texto o en la firma del supuesto testamento.

¹¹² *Vid.* STS 30 junio 2006 (RJ 3978).

¹¹³ En el mismo sentido, MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Del testamento ológrafo», *op. cit.*, p. 5333; RUEDA ESTEBAN, L., *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 516. Ha de diferenciarse entre dos atributos que debería reunir el sujeto para que su declaración pudiese reputarse conforme a Derecho: el primero es su habilidad, relativa a la capacidad para ser testigo, mientras que el segundo, origen de la tacha, es una cualidad o situación que puede afectar negativamente a la veracidad de su testimonio haciéndolo sospechoso. Si el declarante ostenta interés en la causa que se ventila, su aserción, lejos de objetiva, deberá ser puesta en duda o, cuando menos, exigirse a quien actúe como juzgador una mayor prudencia en su valoración. *Vid.*, sobre este extremo, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., «De la prueba de testigos», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albalaejo García), XVI-2, Edersa, Madrid, 1981, p. 504.

Cómo debe ser evaluada la idoneidad, cualidad mencionada en el art. 62.5.III LN («a falta de testigos idóneos»), es objeto de disputa entre los especialistas. La doctrina conviene actualmente en que no ha de realizarse conforme a las reglas generales previstas en el Código para los testigos instrumentales¹¹⁴. La exclusión de los arts. 681 y 682 CC se basa en que dichos preceptos están concebidos para testigos que presencian la disposición de última voluntad, como pone de relieve claramente el art. 683 CC al remitir el enjuiciamiento de la inhabilidad al momento del otorgamiento. Parece obvio que este presupuesto no acontece en el ológrafo, paradigma del testamento privado, en el que la intervención testifical tiene lugar, no cuando el disponente está aún vivo, ordenando su sucesión, sino en un momento posterior, tras la defunción del causante.

Por el tenor de la propia norma, el examen podría quedar limitado, desde una perspectiva estrictamente funcional, a su misión en el expediente: conocer la letra y la firma del testador según el art. 62.5.II LN¹¹⁵, es decir, identificar los rasgos caligráficos de la persona cuya sucesión se ha abierto¹¹⁶, sin acudir a otras reglas adicionales o limitándola única y exclusivamente al art. 361 LEC¹¹⁷: haber cumplido 14 años, salvo que, a juicio del notario, se posea antes de dicha edad el

discernimiento necesario para conocer y declarar verazmente, y no hallarse privado permanentemente de razón o del uso del sentido necesario para conocer el hecho de que se trate, en nuestro caso, la vista¹¹⁸. Circunscrita la idoneidad a estas circunstancias, así como a su finalidad en el expediente, no habría entonces inconveniente a que fueran familia del testador; es más, cuanto mayor sea la proximidad de grado con el causante, mejor podrán cumplir con su cometido de reconocimiento¹¹⁹.

Los del art. 62 LN serían así una suerte de testigos de conocimiento de la letra y firma del testador a quienes resultarían aplicables las normas de los testigos de esta naturaleza, con arreglo al Reglamento Notarial, que permite actuar en calidad de tales a «los cónyuges y los parientes [del testador], dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad» (arts. 184 y 182.4 RN). El espíritu que subyace en el razonamiento, además de agilizar el expediente y facilitar la vida del ciudadano —e indirectamente también la del notario—, es que si la familia más próxima al difunto está conforme, y no manifiesta ninguna objeción, valga el escrito presentado como tal testamento ológrafo y se proceda a su inmediata protocolización¹²⁰.

¹¹⁴ Vid. MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Del testamento ológrafo», *op. cit.*, p. 5330; RUEDA ESTEBAN, L., *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 514; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...*, *op. cit.*, p. 539.

¹¹⁵ RUEDA ESTEBAN, L., *Instituciones...* *op. cit.*, p. 514.

¹¹⁶ TORRES GARCÍA, T.F., *El testamento ológrafo*, *op. cit.*, pp. 405-406; RUEDA ESTEBAN, L., *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 514; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...*, *op. cit.*, p. 538.

¹¹⁷ Cfr. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...*, *op. cit.*, p. 539; MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Del testamento ológrafo», *op. cit.*, p. 5330.

¹¹⁸ No parece que 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 (BOE n.º 132, de 3 de junio), en vigor desde el pasado día 3 de septiembre, haya alterado esta previsión y resulta lógico que así sea, pues carecería de sentido que pudiese prestar declaración como testigo, al objeto de identificar los rasgos caligráficos del testador, una persona invidente.

¹¹⁹ TORRES GARCÍA, T.F., *El testamento ológrafo*, *op. cit.*, p. 408; TORRES GARCÍA, T.F., «Del testamento ológrafo», Edersa, *op. cit.*, p. 469.

¹²⁰ En el mismo sentido, RIPOLL JAÉN, A., «Procedimiento notarial...», *op. cit.*, p. 574.

Sin embargo, la descrita puede ser la opinión mayoritaria y hoy prevalente, pero no completamente pacífica, pues llevada al extremo refundiría en uno solo el papel de compareciente y testigo. Según otros autores, en un parecer tal vez menos arraigado, aunque no exento de razón, el parámetro para determinar su idoneidad habría de descansar en los antiguos arts. 1246 y 1247 CC, criterio quizá algo más cercano en la actualidad al art. 209 bis.5 RN¹²¹, lo que conduce a excluir, cuando menos, a aquellos testigos que tuvieran interés en la protocolización del testamento¹²². Otra solución, más próxima al tiempo presente, pasaría por aplicar analógicamente el art. 56.2 LN, como ha mantenido algún notario, y que procura una respuesta adecuada: «Dichos testigos podrán ser, en su caso, parientes del fallecido, sea por consanguinidad o afinidad, cuando no tengan interés directo en la sucesión»¹²³.

¹²¹ Una tesis que parece encajar mejor con la naturaleza de esta clase de testigos, llamados asertorios o probatorios (cfr. GOMÁ SALCEDO, J.E., *Derecho Notarial*, 2ª ed., Bosch Barcelona, 2011, pp. 118-119; RIPOLL JAÉN, A., «Procedimiento notarial...», *op. cit.*, p. 566).

¹²² PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil...*, *op. cit.*, p. 256. «Ciertamente, hay que ser conscientes de que la idoneidad de los testigos puede ponerse en tela de juicio cuando son herederos y legatarios en él instituidos, cónyuges o parientes de aquellos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Estas personas se encuentran expresamente considerados como inhábiles para actuar como testigos en el testamento abierto. Evidentemente, no existe en el testamento ológrafo una prohibición para que estas personas directamente interesadas en la validez del testamento intervengan como testigos, pero puede advertirse la concurrencia de idéntica finalidad para poder considerarlos como inidóneos para actuar como testigos en el reconocimiento de la autenticidad del testamento ológrafo» (AAP Cantabria, 2ª. 15 enero 2009 [JUR 22639], FJ 4).

¹²³ RIPOLL JAÉN, A., «Procedimiento notarial...», *op. cit.*, p. 574.

La declaración vertida por cada testigo, que habría de producirse preferiblemente no en unidad de acto, sino con carácter reservado, por separado y de forma sucesiva¹²⁴, al modo previsto por el art. 366 LEC para evitar condicionarse entre sí, no constituye un juicio de valor técnico, en el sentir doctrinal más extendido, sino una manifestación de parecer limitada a la concordancia entre lo allí redactado y sus conocimientos acerca de la escritura del testador¹²⁵. Todas las diligencias practicadas, incluidas las testificales, constituyen una cuestión de hecho, son materia objeto del acta de notoriedad y deben ser valoradas por el notario, como ya hiciera el juez con anterioridad a la LJV, conforme a las reglas de la sana crítica (art. 348 LEC), quedando a su prudente arbitrio el decidir, a la vista de las comprobaciones realizadas, y tenidas en cuenta las manifestaciones de los comparecientes, si le consta que el testamento pertenece a quien las pruebas parecen señalar como su autor.

b') Prueba pericial

De existir entre los sujetos propuestos por la parte cuando menos tres declaraciones testificales coincidentes, en el sentido «de no abrigar duda racional de que [el testamento] fue manuscrito y firmado por [el testador]» (art. 62.5.II LN), el notario, si «considera justificada la autenticidad del testamento, autorizará el acta de protocolización» (art. 693.I CC),

¹²⁴ RIPOLL JAÉN, A., «Expediente notarial...», *op. cit. loc. cit.*; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...*, *op. cit.*, p. 541.

¹²⁵ Vid. TORRES GARCÍA, T.F., *El testamento ológrafo*, *op. cit.*, p. 408; TORRES GARCÍA, T.F., «Del testamento ológrafo», Edersa, *op. cit.*, p. 466; RUEDA ESTEBAN, L., *Instituciones...* *op. cit.*, p. 515; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...* *op. cit.*, p. 538.

añadiendo entonces el art. 63.I LN que, además, «expedirá copia de la misma a los interesados que la soliciten». En otro caso, si no se ha formado un juicio favorable y le ofrecen dudas las testificales, podría recurrir «a las declaraciones... que faltaren», en vez de prescindirse de ellas (*arg. ex art.* 62.5.II LN) si es que, según la interpretación dominante, el número de testigos presentados por la parte ha excedido el mínimo previsto por la Ley, pues no parece que el notario pueda proceder a su designación de oficio, como antaño hiciera el juez¹²⁶, sino tan solo a *elegir* entre el elenco de los propuestos por quien instó el expediente¹²⁷.

La otra solución que le procura el Derecho, ante la falta de suficientes piezas de convicción, pasaría casi necesariamente por acudir al cotejo pericial de letras, pese al carácter discrecional con el que tradicionalmente se ha configurado tanto el recurso a esta prueba, al modo de una diligencia para mejor proveer que solo procede de oficio¹²⁸, como su misma apreciación¹²⁹, aunque para ello se haya de contrariar el tenor literal del art. 62.5.II LN «a falta de testigos idóneos o si dudan los examinados, el notario *podrá* acordar, *si lo estima conveniente*, que se practique una prueba pericial caligrá-

fica». Parece dar a entender la norma, contra todo sentir lógico, que, a pesar de no contar con ningún testigo idóneo, el notario podría estimar inconveniente la emisión del meritado dictamen pericial y, con todo, considerar justificada la autenticidad del testamento.

Resulta harto dudoso que la validación del testamento dependa únicamente de las observaciones realizadas por los comparecientes, como también que el cotejo lo pueda realizar el propio notario, dado que el examen caligráfico constituye una complicada ciencia, aparte de la jurídica¹³⁰, que debe practicarse sobre documento original, indubitado¹³¹ y preferentemente contemporáneo a la redacción del testamento. No pretende esta afirmación convertir la pericial en una prueba impuesta¹³² ni de valoración tasada¹³³, pero sí evitar que el acta positiva de adveración y protocolización del testamento ológrafo quede fiada exclusivamente al albur de la Divina Providencia, con una consiguiente y segura judicialización del expediente¹³⁴ que, amén de innecesaria, resultaba fácilmente evitable.

¹²⁶ HERRERO OVIEDO, M., «El testamento ológrafo...», *op. cit.*, p. 652; RIPOLL JAÉN, A., «Procedimiento notarial...», *op. cit.*, p. 574.

¹²⁷ En contra, sostiene RIPOLL JAÉN, no exento de razón, que «una norma elemental de prudencia parece sugerir al notario que exija la prueba testifical siempre, para la que estará legitimado por el art. 180 RN» (RIPOLL JAÉN, A., «Procedimiento notarial...», *op. cit.*, p. 574). A juicio de TORRES GARCÍA, quien ostente un interés legítimo puede solicitar que en el expediente se oiga a cualquier otra persona de las ya citadas (TORRES GARCÍA, T.F., «Del testamento ológrafo», Edersa, *op. cit.*, p. 471).

¹²⁸ STS 24 febrero 1961 (RJ 351).

¹²⁹ STS 14 febrero 1981 (RJ 526); STS 30 junio 2006 (RJ 3978).

¹³⁰ *Cfr. in extenso*, ESPINO BERMELL, C., *El testamento ológrafo: su adveración y protocolización*, Reus, Madrid, 2017, pp. 151 y ss. *Vid.*, también, SAP Asturias, 5ª, 2 octubre 2015 (RJ 249080).

¹³¹ STS 3 diciembre 1985 (RJ 6518); AAP de Santa Cruz de Tenerife, 1ª, 20 abril 2009 (AC 1154); SAP Pontevedra, 6ª, 5 junio 2020 (JUR 22198), FJ 8.

¹³² La práctica del cotejo de letras «es una diligencia no impuesta por la Ley para la validez del proceso de protocolización en el caso de autos en el que las declaraciones de los cuatro testigos que pudieron fueron acordes y no admitían duda alguna sobre la identidad de la letra de la testadora» (STS 5 julio 1962 [RJ 3190], Cdo. 6).

¹³³ *Vid.* STS 17 noviembre 1966 (RJ 5878); STS 29 julio 1998 (RJ 6925); STS 30 diciembre 1998 (RJ 10232); STS 20 noviembre 2002 (RJ 10266).

¹³⁴ *Cfr.* STS 5 julio 1962 (RJ 3190); STS 30 junio 2006 (RJ 3978).

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho Civil, V, Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1982.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel *et al.*, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo García), IX-2, Edersa, Madrid, 1983.
- ÁNGEL DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel y PONS GONZÁLEZ, Manuel, *Diccionario de Derecho Civil, I*, Editorial Aranzadi, El Cano (Navarra), 1984.
- BAÑEGIL ESPINOSA, Miguel Ángel, «Adveración, apertura y protocolización de testamentos ológrafos, cerrados y otorgados en forma oral», *El Notario del S. XXI*, n.º 63, 2015, pp. 6-15.
- BARRIO GALLARDO, Aurelio, «El testamento ológrafo electrónico: una “contradictio in terminis”», ¿Cómo poner en práctica el gobierno abierto? (coord. F. Galindo Ayuda), Reus, Madrid, 2019, pp. 153-172.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral, VI-2* (rev. A.M. Román García), Reus, Madrid, 2015.
- CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Dictámenes Jurídicos, III*, Bosch, Barcelona, 1958.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Validación: construcción de un concepto de teoría general del Derecho», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 31, 2008, pp. 643-660.
- DÍAZ ALABART, Silvia, *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes: problemas y posibles soluciones*, Reus, Madrid, 2018.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil, IV*, Tecnos, Madrid, 1982.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho Civil español, V*, Edersa, Madrid, 1978.
- ESPINO BERMELL, Carlos, *El testamento ológrafo: su adveración y protocolización*, Reus, Madrid, 2017.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, «Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 20 de octubre de 2006 (y II)», *Revista General de Derecho Romano*, n.º 8, 2007, pp. 1-24.
- FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, *Los testamentos*, 2ª ed., Comares, Granada, 2005.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS, Ana, «Reflexiones sobre la sucesión ‘mortis causa’ tras la pandemia», *Buen Gobierno | Iuris&Lex y RSC-elEconomista.es*, n.º 33, 17 abril 2020, pp. 28-29.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka, «Comentario a la STS 10 junio de 2005. Testamento en peligro inminente de muerte. Injustificada falta de intervención notarial y subsiguiente nulidad», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 70, 2006, pp. 593-602.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Testamento ológrafo: ¿transformarse, o morir?», *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista* (dir. F. Lledó Yagüe, M.P. Ferrer Vanrell, J.Á. Torres Lana, coord. Ó. Monje Balmaseda), I, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 235-264.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, al cuidado de la Cátedra de J.L. Lacruz Berdejo, Cometa, Zaragoza, 1974.
- GARRIDO MELERO, Martín, «El testamento y sus formas», *Instituciones de Derecho Privado* (dir. V.M. Garrido de Palma), V-3, Civitas, Pamplona, 2018, pp. 41-430.
- GÁZQUEZ SERRANO, Laura, «Disposición final primera. Cincuenta y ocho-Sesenta y uno», *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria* (dir. A. Fernández de Buján, coord. Á. Serrano de Nicolás), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 966-975.
- GOMÁ SALCEDO, José Enrique, *Derecho Notarial*, 2ª ed., Bosch Barcelona, 2011.
- GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel, «Artículo 701», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo García), IX-1-B, Edersa, Madrid, 1987, pp. 234-248.

- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «De la prueba de testigos», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albalaejo García), XVI-2, Edersa, Madrid, 1981, pp. 490-542.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Dictámenes*, II, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. Cuestiones Procesales*, Sucesores de Rivadeneyra, S. A. Madrid, 1968.
- HERRERO OVIEDO, Margarita, «El testamento ológrafo en el Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria: el final de una disfunción», *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García* (dir. A. Domínguez Luelmo y M.P. García Rubio), Wolters Kluwer España-La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014, pp. 635-656.
- HORNERO MÉNDEZ, César, «¿Cualquiera puede hacer testamento? Comentario a la Sentencia del TS de 24 de noviembre de 2004», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 15, 2005, pp. 481-488.
- JORDÀ CAPITÁN, Eva, «La incidencia y oportunidad de la reforma operada por la ley de jurisdicción voluntaria y por la proyectada en la ley de corresponsabilidad parental en algunos aspectos relativos a la disolución y la liquidación del régimen económico matrimonial», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. 2, n.º 9, 2015, pp. 63-106.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de Sucesiones*, I, Bosch, Barcelona, 1971.
- LÁZARO GUILLAMÓN, Carmen, «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código Civil español: crónica para la validez de una institución preterita en pleno siglo XXI», *Revista General de Derecho Romano*, n.º 35, 2020, pp. 1-34.
- LEÓN-CASTRO ALONSO, José Ramón, «Pervivencia de la forma nuncupativa. Unidad de acto y testamento como documento y como negocio», *Revista de Derecho Notarial*, n.º 125, 1984, pp. 173-207.
- LÓPEZ FRÍAS, María Jesús, «Testamentificación en tiempos revueltos: especial consideración del testamento en caso de epidemia», *Revista Empresa Derecho y Sociedad*, n.º 17, 2020, pp. 220-235.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, «Del testamento ológrafo», *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 849-857.
- «Del testamento ológrafo», *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5309-5338.
- «Del testamento ológrafo», ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 550-552.
- MASCAREÑAS, Carlos E (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, II, Francisco Seix, Barcelona, 1975.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de Derecho Civil*, V, Edersa, Madrid, 1982.
- OSSORIO MORALES, Juan, *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando, «El testamento», *Derecho de Sucesiones* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, 2009, pp. 244-330.
- PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, V-2, Bosch, Barcelona, 1977.
- PUIG FERRIOL, Luis y BADOSA COLL, Fernando, *Anotaciones al Derecho de Sucesiones de T. Kipp*, I, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1976.
- PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de Derecho Civil español*, V-1, Edersa, Madrid, 1958.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, «El coronavirus, el testamento en situación de epidemia y el uso de las TICs en el Derecho español», *Revista de Derecho Privado (UEC)*, n.º 40, 2021, pp. 395-435.
- RIPOLL JAÉN, Antonio, «Expediente notarial de jurisdicción voluntaria. II.— Sucesiones: c) adveración testamento ológrafo», *Notarios y Registradores*, «Oficial Notarial», 8 julio 2015: <https://>

- www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/adveracion-de-testamento-olografo/.
- «Procedimiento notarial de jurisdicción voluntaria: los testigos», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 99, 2016, pp. 551-584.
- RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- RODRÍGUEZ VALCARCE, Francisco, «Testamento ológrafo: problemas que suscita su elevación a público y su protocolización», *Revista de Derecho Notarial*, n.º 63, 1969, pp. 217-229.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María, «El testamento ológrafo: ventajas e inconvenientes», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 94, 2015, pp. 61-74.
- ROYO MARTÍNEZ, Miguel, *Derecho sucesorio mortis causa*, Edelce, Sevilla, 1951.
- RUEDA ESTEBAN, Luis, «Disposición final primera. Cincuenta y siete», *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria* (dir. A. Fernández de Buján, coord. Á. Serrano de Nicolás), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 932-966.
- «El testamento ológrafo», *Instituciones de Derecho Privado* (dir. M.V. Garrido de Palma), V-3, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 433-536.
- RUIZ VADILLO, Enrique, «El testamento ológrafo», *Revista de Derecho Privado*, Vol. 56, n.º 7, 1972, pp. 615-647.
- SERRANO CHAMORRO, María Eugenia, «Covid-19. Testamento ológrafo. Testamento ante testigos», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 7, n.º 4, 2020, pp. 287-330.
- TORRES GARCÍA, Teodora Felipa, *El testamento ológrafo*, Montecorvo, Madrid, 1977.
- «Del testamento ológrafo», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo García), IX-1-A, Edersa, Madrid, 1990, pp. 383-484.
- «Del testamento ológrafo», *Comentario del Código Civil* (dir. C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, P. Salvador Coderch), I, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pp. 1737-1752.
- «Otras formas testamentarias: el testamento ológrafo en el Código civil», *Tratado de Derecho de Sucesiones* (dir. M.C. Gete-Alonso y Calera, coord. J. Solé Resina), I, 1ª ed., Civitas, Madrid, 2011, pp. 449-466, y 2ª ed., Civitas, Madrid, 2016, pp. 473-495.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J., «El testamento en tiempo de epidemia: cuestiones esenciales», *Diario La Ley*, n.º 9629, 11 de mayo de 2020.

PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO LEGAL DE HABITACIÓN EN FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, A LA LUZ DE LA LEY FORAL 21/2019, DE ACTUALIZACIÓN DEL FUERO NUEVO

LEYRE ELIZARI URTASUN

Profesora Contratada Doctor Derecho civil
Universidad Pública de Navarra

RESUMEN

La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de actualización del Fuero Nuevo, ha introducido en su nueva ley 425 un derecho de habitación de origen legal, en favor del ascendiente o descendiente con discapacidad o en situación de dependencia que conviva con el causante, de forma que, al fallecimiento de este, si no se ha previsto otra forma de cubrir su necesidad básica de morada, dichas personas con discapacidad puedan continuar residiendo en la que constituía su vivienda habitual.

Constituye una figura paralela a la que fue introducida en el artículo 822.II del Código Civil por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, con la que, no obstante, presenta algunas diferencias, en especial en cuanto a los titulares del derecho, por lo que el estudio de los requisitos y régimen jurídico de este nuevo derecho de habitación resulta de interés, no solo para el Derecho civil navarro sino también para el Derecho común, en un momento en el que se han materializado ya grandes cambios en materia de discapacidad, por lo que la ocasión es idónea para realizar una reflexión global sobre la figura.

Palabras clave: *personas con discapacidad; derecho de habitación; vivienda habitual; necesidad de vivienda; ley 425 del Fuero Nuevo; artículo 822.II del Código Civil; 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.*

PRESENT AND FUTURE OF THE LEGAL RIGHT OF HABITATION IN FAVOUR OF PEOPLE WITH DISABILITIES, IN THE LIGHT OF THE FORAL LAW 21/2019, UPDATING THE FUERO NUEVO

ABSTRACT

The Foral Law 21/2019, of April 4, updating the Fuero Nuevo, has introduced in its new law 425 a right of habitation with legal origin, on the habitual hou-

sing, which arises after the death of its owner in favor of the ascendants or descendants with disabilities or in a situation of dependence, if no other way has been foreseen, in order to cover his basic need of housing after the death of the deceased.

It is a parallel figure to the one introduced in article 822.II of the Spanish Civil Code by Law 41/2003 of November 18, on the economic protection of people with disabilities, although there are some differences between the two of them, especially regarding to the right holders, so the study of the requirements and legal regime of the right of habitation in Navarre shows interest, not only for Navarre's civil Law but also for the Spanish Civil Code, at a time when major changes in disability have already taken place, so the occasion is ideal for a global reflection on the figure.

Key words: *people with disabilities; right of habitation; habitual housing; need of permanent housing; law 425 Fuero Nuevo; article 822.II Spanish Civil Code; Law 8/2021, June 2, redrafting civil and procedural law to support legal capacity of people with disabilities.*

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.— II. APROXIMACIÓN: LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA REFORMA DEL FUERO NUEVO.— III. EL NUEVO DERECHO LEGAL DE HABITACIÓN SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL EN FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD O DEPENDENCIA (LEY 425 FN): 1. Justificación y caracterización del derecho legal de habitación.— 2. Requisitos del titular del derecho legal de habitación. En particular, la discapacidad o dependencia.— 3. Requisitos objetivos: vivienda habitual, convivencia, necesidad y carácter subsidiario.— 4. Principales cuestiones de régimen jurídico.— IV. EL DERECHO LEGAL DE HABITACIÓN EN FAVOR DEL LEGITIMARIO CON DISCAPACIDAD (ART. 822.II CC) EN LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA.— V. REFLEXIONES FINALES.— VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La continuación de los cuidados tras el fallecimiento de los progenitores es una preocupación constante en aquellas familias en cuyo seno hay hijos con discapacidad, y también, aunque en menor medida, cuando se enfrenta la posibilidad de que quien fallezca sea el cuidador de una persona mayor con discapacidad o en situación de dependencia, debiendo planificarse esta atención a través de los diferentes mecanismos que ofrece el ordenamiento. Sin perjuicio de estas posi-

bilidades, al legislador le preocupa, en particular, la situación de aquellas personas con discapacidad que convivían con el causante y que tras el fallecimiento de este no tengan cubierta su necesidad básica de vivienda por no existir ninguna previsión al respecto.

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad (en adelante, Ley 41/2003) introdujo en el artículo 822.II del Código Civil un derecho de habitación que surge «por ministerio de la ley» para asegurar esta necesidad de vivienda

de aquellos legitimarios que presenten ciertos grados de discapacidad¹, que estuvieran conviviendo con el causante en el momento del fallecimiento de este, y siempre que no lo hubiera excluido expresamente. Ahora ha sido la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo (en adelante, LF 21/2019), la que, inspirándose en aquel precepto, ha introducido en una nueva ley 425² un derecho de habitación equivalente, aunque acomodándolo al ordenamiento navarro y marcando algunas diferencias con el modelo que le sirve de referente. En este sentido, cabe apreciar que el Fuero Nuevo, como se verá, ha querido eludir algunos de los inconvenientes que se han venido achacando a este derecho de habitación en el ámbito del Derecho común. Sin embargo, esto no es óbice para que nos planteemos si, con estos cambios, cumple ya efectivamente con su finalidad de satisfacer la necesidad de vivienda de las

personas con discapacidad que conviven con el causante.

El análisis de la figura contemplada actualmente en el Fuero Nuevo se abordará, por ello, desde el punto de vista del Derecho navarro, pero sin perder de vista las diferencias que presenta con el artículo 822.II del Código Civil, ni la oportunidad de extraer de ellas algunas conclusiones, con la vista puesta en la Ley 8/2021, de 2 de junio (BOE nº 132, 3 junio 2021), por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante Ley 8/2021) y en las modificaciones que afectan a esta figura.

II. APROXIMACIÓN: LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA REFORMA DEL FUERO NUEVO

La reforma de la Compilación del Derecho civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, modificado por última vez mediante la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, venía considerándose ya necesaria, inaplazable incluso, especialmente en el ámbito del Derecho de familia. En ese sentido, el Preámbulo de la Ley Foral 21/2019 pone de relieve los años transcurridos desde aquella modificación, y la circunstancia de que en este tiempo «la sociedad navarra ha experimentado profundas transformaciones en el ámbito personal, familiar y económico que, sin embargo, no han tenido un reflejo adecuado en su derecho privado», fundamentalmente en dicho ámbito familiar. Sin embargo, aunque estas afirmaciones pudieran augurar lo contrario, la reforma de 2019 no se limita a una actualización de las normas en el ámbito familiar sino que es «mucho más ambiciosa y se deja

¹ Por remisión de la Disposición Adicional 4ª del Código Civil al concepto de discapacidad del artículo 2.2 de la Ley 41/2003.

² Dispone este precepto, conforme a la redacción dada por la LF 21/2019:

«Ley 425 Derecho de habitación sobre la vivienda habitual de las personas con discapacidad o dependencia.

Tendrán derecho de habitación sobre la vivienda habitual los ascendientes o descendientes con discapacidad o dependencia que convivan en la misma con su titular en el momento de su fallecimiento siempre que este no hubiere previsto de otra forma cubrir la necesidad de vivienda de dichas personas o lo hubiera excluido expresamente.

El derecho reconocido en esta ley coexistirá con los derechos que sobre ella correspondan a otras personas conforme a lo previsto en la presente Compilación, concede a su titular la facultad de ocupar dicho inmueble para sí y para los que con él convivan con la exclusiva finalidad de satisfacer su necesidad de vivienda y no podrá ser objeto de arrendamiento».

sentir a lo largo del Fuero Nuevo»³, con modificación de diversas instituciones e incluso de su propia estructura. El mayor calado de esta labor de actualización se refleja, sin duda, desde el momento en el que se declara que uno de sus objetivos venía constituido por «La protección de todas las personas en su individualidad y en sus relaciones familiares, convivenciales y patrimoniales de carácter privado, desde el respeto a su libertad civil —y con especial atención a la menor edad, discapacidad, dependencia, mayor edad o cualquier otra situación vital que lo requiera», que «pasa a constituir el eje vertebrador del Fuero Nuevo» (Preámbulo LF 21/2019). Así, las modificaciones introducidas con esta finalidad pivotan en torno a dos elementos: la protección de la persona, en su consideración individual y en la esfera de sus relaciones con terceros, por un lado, y, por otro, la existencia de ciertas circunstancias que intensifican esa necesidad de protección.

Comenzando por esto segundo, en todas las situaciones vitales que se enumeran en el Preámbulo la persona se encuentra en una situación en la que, a priori, presenta una mayor vulnerabilidad, que justificaría por ello una protección superior por parte del ordenamiento. Dejando de lado otras circunstancias posibles, en lo que aquí interesa, el Preámbulo se refiere a la discapacidad, a la dependencia y a la «mayor edad», expresión con la que, entendemos, quiere referirse a las personas mayores o ancianas, evitando el empleo de un término que pudiera presentar connotaciones negativas. Si se examinan

las modificaciones efectivamente introducidas a lo largo del articulado se comprueba, no obstante, que el legislador ha utilizado en ellas categorías bien conocidas y asentadas, ya sea en el ámbito del ordenamiento jurídico en general, como la de persona «con discapacidad» o «en situación de dependencia»⁴, ya sea, específicamente, en el ámbito del Derecho civil, al referirse a las personas «con capacidad judicialmente modificada»⁵ o con «capacidad natural»⁶. Esto resulta lógico

⁴ Se refieren tanto a la persona con discapacidad como a la persona en situación de dependencia las leyes 44 y 45 FN, relativas al patrimonio protegido, la ley 425, que regula el derecho de habitación legal y la ley 204.4º FN.

⁵ La previsión de la modificación o pérdida de la capacidad es lo que justifica el otorgamiento de poderes preventivos, regulados ahora en la ley 49 FN, que, además, alude a la «necesidad de medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de la capacidad jurídica», al igual que la ley 76 FN, que también hace referencia a la constitución de un apoyo. La modificación judicial de la capacidad es tenida en cuenta en materia de responsabilidad parental por las leyes 67 y 76 FN.

⁶ Para ser testigo en el otorgamiento de un testamento se exige «discernimiento necesario» (ley 186.3 FN), y para otorgarlo, «capacidad natural de entender y querer», conforme a la ley 184 en su nueva redacción. Sin embargo, este precepto, al igual que otros también modificados, no solo alude a la capacidad natural, sino que junto a ella se plantea la posibilidad de que la persona tenga la capacidad judicialmente modificada. De esta forma, para otorgar testamento además de la exigencia de capacidad natural, ya aludida, se contempla expresamente que las personas con capacidad judicialmente modificada puedan otorgar testamento abierto si dos facultativos responden de su capacidad, salvo que la sentencia contemple expresamente su falta de capacidad para testar. Por su parte, la ley 19 FN declara la nulidad de las declaraciones de voluntad emitidas por personas que carezcan de capacidad natural de entender y querer, así como aquellas realizadas por personas con capacidad judicialmente modificada en contravención de las prohibiciones establecidas en la sentencia. Las declaraciones emitidas por personas con capacidad judicialmente modificada sin el complemento de capacidad establecido en la sentencia, en cambio, resultarán anulables.

³ Como subrayan RUBIO TORRANO, Enrique, y ARCOS VIEIRA, María Luisa, Prólogo, en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, RUBIO TORRANO, Enrique y ARCOS VIEIRA, María Luisa (Dir.), 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, p. 20.

e incluso forzoso, ya que la actualización del Fuero Nuevo en 2019 debía conjugar con el sistema de modificación judicial de la capacidad resultante de lo entonces dispuesto en el Código Civil (art. 200 CC y sig.) y en la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 756 y sig.), aplicables en Navarra, y que ya era tenido en cuenta por el resto de disposiciones del Fuero Nuevo, que venían haciendo referencia a la «incapacitación» y a las instituciones de protección de la persona previstas por el Código Civil (tutela, curatela, defensor judicial). Con todo, la novedosa ley 21 del Fuero Nuevo, que contempla la influencia debida y el abuso de influencia como supuestos de anulabilidad de las declaraciones de voluntad prescindió de la remisión a cualquiera de las categorías anteriores (discapacidad, capacidad judicialmente modificada...) y, lo que es más, en la redacción de las leyes 49 y 76 FN, dada por la Ley Foral 21/2019 se incorporó la referencia al establecimiento de «medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de la capacidad jurídica», dando entrada en el Fuero Nuevo a la terminología que emplea ahora la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma del Código Civil, entonces en fase de anteproyecto de ley⁷.

⁷ En concreto, Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de 21 de septiembre de 2018 (en adelante, el Anteproyecto).

Ello denota que el legislador navarro ya era consciente del avance de dicha reforma y, también, en parte, de algunos problemas que podían surgir, por ejemplo, en relación a las figuras de la patria potestad prorrogada y rehabilitada, cuya supresión estaba planteada y ha sido materializada, efectivamente, por la Ley 8/2021. Al respecto, la actual ley 76 FN (cuyo contenido se encontraba antes de la ley 67 FN), además de sustituir el término «incapacitación» por «capacidad judicialmente modificada» (además de «patria potestad» por «responsabilidad parental», en cuyos matices no podemos detenernos) incluyó la posibilidad de que la sentencia sobre la capaci-

El otro elemento al que alude el Preámbulo es la finalidad de protección. Aun siendo un concepto cuya definición resulta imprecisa, no todas las modificaciones efectuadas por la Ley Foral 21/2019 y que afectan a las personas con discapacidad responden a una finalidad protectora. En materia sucesoria dichos cambios obedecen a una justificación técnica⁸, y en otros aspectos se pretendió incorporar al texto legal ciertos aspectos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años⁹. Aparece más

dad del hijo estableciera otra medida alternativa a la prórroga de la responsabilidad parental, y a que en lugar de rehabilitar la responsabilidad parental «el juez considere más beneficioso para su interés la constitución de otra medida de apoyo de otras personas». De esta forma trató de alcanzarse una solución que pudiera ser válida tanto en el momento de aprobación de la reforma, en 2019, como en previsión de la aprobación de la citada reforma del Código Civil.

⁸ Así, en dicho ámbito el objetivo de la LF 21/2019 no era la protección de las personas con discapacidad, aunque se hayan incorporado algunas medidas que les afecten, sino terminar con las remisiones estáticas que efectuaban algunas normas, por lo que las leyes 152 y 154 FN ahora recogen las prohibiciones para adquirir a título lucrativo, entre ellas las del tutor o curador respecto a las personas sometidas a su tutela o curatela, y las causas de incapacidad por indignidad. La ley 163 hace lo propio con la revocación de las donaciones por ingratitud. La ley 153 FN en su nueva redacción, en lugar de incorporar el texto de los artículos 752 y 753 CC en su redacción vigente en 2019, incorporó el del artículo 412-5 del Código Civil catalán, que a su vez se recoge parcialmente en el artículo 753 del Código Civil en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio (tal y como aparecía en el texto del Anteproyecto).

⁹ Debe valorarse positivamente, por ello, el efecto actualizador que tuvieron estas modificaciones. Así, en la ley 184 FN se aprecia la influencia de la STS de 15 de marzo de 2018 (en aplicación de los artículos 685, 665 y 698.2 CC) en cuanto a la posibilidad de otorgar testamento. Por su parte, los cambios introducidos en la ley 19 clarifican el régimen de ineficacia de las declaraciones de voluntad e incorporan la sanción de nulidad para aquellas declaraciones de voluntad que contravengan las prohibiciones establecidas en la sentencia, y la anulabilidad de aquellas que se realicen sin el complemento establecido en la sentencia.

nítidamente una finalidad que puede calificarse como de protección en la posibilidad de impugnar las declaraciones de voluntad emitidas por la influencia indebida o el abuso de influencia de otro sujeto (ley 21 FN), de otorgar poderes preventivos (ley 49 FN), de constituir un patrimonio protegido en favor de personas con discapacidad o dependencia, regulado actualmente en las leyes 44 y 45 del Fuero Nuevo¹⁰ y en la aprobación de la ya referida nueva ley 425, que contempla la creación de un derecho legal de habitación sobre la vivienda habitual en favor de ciertas personas con discapacidad o dependencia, que, como se anunció, centrará nuestro análisis. Estas dos últimas medidas se encuadrarían en lo que tradicionalmente se han denominado medidas de protección patrimonial de la persona, por su contenido económico, si bien es cierto que, en la medida en que la persona con discapacidad tenga cubierta sus necesidades vitales, o su necesidad de vivienda al menos, a través de estas dos instituciones, estará mejor protegida también desde el punto de vista personal. Estas consideraciones pueden extenderse, aunque su ámbito de aplicación es mucho más concreto y reducido, a la ley 204.4 FN, que en su nueva redacción permite a los testadores en hermandad disponer de sus propios bienes a título lucrativo para atender las necesidades vitales de descendientes o ascendientes cuya declaración de discapacidad o dependencia hubiera tenido lugar con posterioridad al otorgamiento del testamento.

La proclamación del Preámbulo, al elevar la protección de la persona en to-

dos sus ámbitos a eje vertebrador del Derecho privado navarro, es predicable, así, solo a parte de las medidas introducidas en relación a las personas con discapacidad. Tal vez la intención del legislador fuera, más bien, la de marcar anticipadamente el espíritu de las modificaciones que vendrán en el Derecho civil navarro en los próximos años y más allá de la actualización del Fuero Nuevo, aunque, a estos efectos, a nuestro juicio podía haber prescindido del término «protección» para que el eje vertebrador del Derecho privado navarro lo constituya, simplemente, la persona, en su consideración individual y en sus relaciones con terceros y, bajo este prisma, acometer, entre otras, tanto la reforma de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de Promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, como la regulación de una Ley Foral de Capacidad y Medidas de apoyo a las personas¹¹, anunciadas ambas por la Disposición Final segunda de la Ley Foral 21/2019.

La regulación de los sistemas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica en una Ley Foral específica¹² supondrá un

¹¹ Esta no deberá estar presidida con carácter general por la protección de las personas con discapacidad, al menos en el sentido que se ha dado a esta expresión en las últimas décadas, sino por el reconocimiento y respeto de la capacidad jurídica en el ejercicio de los derechos, y a la autonomía de las personas (art. 12 CDPD). Cuestión distinta, que también deberá afrontar el legislador navarro, es si dentro del sistema de apoyos que se diseñe, que deberá respetar «los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona» (art. 12.4 CDPD) subsiste o no un «interés superior de la persona con discapacidad». Al respecto, véase DE SALAS MURILLO, Sofía, «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 780, p. 2230 y sig.

¹² No acaba de verse, no obstante, la justificación de la técnica de promulgar una Ley Foral especial sobre apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica. Por un lado, precisamente porque la actualización

¹⁰ Véase al respecto VIVAS TESÓN, Inmaculada, «Leyes 44-45», en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 145-154.

hito importantísimo, pues dejará de aplicarse en Navarra el Código Civil con carácter supletorio (ley 6 FN) para pasar a regirse esta materia por una norma propia¹³. Pero también sitúa al Derecho civil navarro ante una importante encrucijada. No es que deba seguir el modelo de apoyos que instaure el legislador estatal. Al contrario, los territorios con Derecho civil propio pueden diseñar su propio sistema pues cuentan con competencia para regular la materia (art. 149.1.8 CE) y decidir cómo adaptan su Derecho civil a la Convención, como ha subrayado MAYOR DEL HOYO¹⁴. Pero, como advierte la autora, el profundo cambio de paradigma del legislador estatal se propagará inevitablemente en otras normas, pudiendo surgir problemas de armonización si la

legislación estatal y la civil especial no coinciden. En tanto no se dicte esa nueva Ley Foral de apoyos para las personas, resulta de aplicación el nuevo sistema de apoyos diseñado por la Ley 8/2021, de 2 de junio¹⁵.

En tanto se materializa dicha reforma en el Derecho navarro, nuestra atención va a centrarse en la figura del derecho legal de habitación en favor de las personas con discapacidad, que, aunque no guarda relación con la adaptación de los ordenamientos al artículo 12 CDPD, ha sido introducida en la ley 425 del Fuero Nuevo, y retocada en el artículo 822 del Código Civil, con ocasión de ese proceso de reformas relacionadas con la discapacidad.

III. EL NUEVO DERECHO LEGAL DE HABITACIÓN SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL EN FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD O DEPENDENCIA (LEY 425 FN)

1. JUSTIFICACIÓN Y CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO LEGAL DE HABITACIÓN

La Compilación es consciente de la vulnerabilidad que el fallecimiento del causante y propietario de la vivienda puede provocar en los descendientes o ascendientes con discapacidad o en situación de dependencia que convivían con él, y trata de asegurar, al menos, que estos tengan cubiertas sus necesidades de vivienda. A tal efecto, se configura un derecho real de habitación, de origen legal,

del Fuero Nuevo en 2019 ha integrado en su articulado materias que con anterioridad se encontraban en Leyes civiles especiales, como la custodia de los hijos en caso de ruptura de la convivencia de los padres o las parejas estables y, segundo, porque el cambio del sistema de apoyos tendrá tal trascendencia que no se agotará con la regulación de los mismos, sino que será necesario modificar también otras muchas instituciones del Fuero Nuevo (si no prácticamente todas). La necesidad de reformar el Fuero Nuevo ya era advertida, desde el momento en que fuera aprobada la reforma del Código Civil, por URZAINQUI ZOZAYA, Isabel, «La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas y su influencia en la reforma del Fuero Navarro», en *Avanzando en la inclusión. Balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el Derecho español de la discapacidad*, MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, MIRANDA ERRO, Javier (Dir.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 219.

¹³ Se ha constituido en el Parlamento de Navarra (el 8 de enero de 2021) una Ponencia para «desarrollar el Fuero Nuevo de Navarra» que «tiene por objeto el desarrollo de Leyes del Fuero Nuevo», que tendrá el plazo de un año para finalizar su Informe.

¹⁴ MAYOR DEL HOYO, M^a Victoria, «Los Derechos civiles en España ante la Convención de Naciones Unidas sobre discapacidad. Especial referencia al Derecho civil aragonés: ¿una adaptación condicionada por la reforma estatal?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n^o 782, 2020, pp. 3403-3404.

¹⁵ Desde el punto de vista práctico, si ambos sistemas difieren mucho, y se separan en el tiempo, supondrá un horizonte complejo para los operadores jurídicos navarros, que deben adaptarse a la aplicación de la reforma del Código Civil (en vigor desde el 3 de septiembre de 2021, conforme a la Disposición Final Tercera de la Ley 8/2021), para, en su caso, adaptarse después a la nueva regulación navarra.

que tiene la finalidad de garantizar «la morada de las personas con discapacidad que convivan con el causante y que sean ascendientes o descendientes del mismo siempre que este no hubiera dispuesto de otra manera la atención de esa necesidad y dejando a salvo la expresa exclusión» (Preámbulo LF 21/2019). De esta forma, surge para el titular del derecho de habitación una situación más favorable y estable incluso que la que tenía durante la etapa anterior, en vida del propietario de la vivienda¹⁶ si bien hay que advertir, al igual que prevé el artículo 822.II del Código Civil, de que el causante puede haberlo excluido.

En realidad, el citado artículo 822 del Código Civil, que persigue la misma satisfacción de la necesidad de vivienda, contiene dos supuestos distintos¹⁷: el del primer párrafo, de origen voluntario, pues prevé que una persona pueda donar o legar un derecho de habitación sobre la vivienda habitual de su titularidad en favor de un legitimario con discapacidad, previendo sus efectos sobre la legítima, y el del segundo párrafo, que contempla un derecho de habitación, de origen legal, en favor del «legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente», siendo este segundo supuesto el que ha inspirado la redacción de la vigente ley 425 del Fuero Nuevo. Se ha de tener presente que el

sistema sucesorio navarro se rige por la libertad de disposición y en él no existen las legítimas con contenido económico (leyes 148 y 267 FN), por lo que no es necesaria una norma equivalente a la del artículo 822.I CC¹⁸.

Consecuentemente, el Fuero Nuevo ha situado este derecho de habitación en el Libro III «De los bienes», Título IV «Del usufructo, habitación, uso y otros derechos similares», y dentro del Capítulo dedicado a la habitación, el uso y otros derechos similares (leyes 423 a 426 FN), para que su naturaleza de derecho real de goce no ofrezca duda, como tampoco el régimen aplicable, que será el establecido en la propia ley 425 y subsidiariamente el régimen general aplicable al derecho de habitación (leyes 423 y 424 FN).

2. REQUISITOS DEL TITULAR DEL DERECHO LEGAL DE HABITACIÓN (LEY 425 FN). EN PARTICULAR, LA DISCAPACIDAD O DEPENDENCIA

El derecho de habitación sobre la vivienda habitual que contempla la ley 425 del Fuero Nuevo, aunque no guarde relación con las legítimas como en el sistema del Derecho común, afecta indudablemente a los derechos que otros sujetos pueden tener sobre la misma vivienda, principalmente al derecho de propiedad de sus herederos, por lo que su nacimiento exige la concurrencia estricta de ciertos requisitos en cuanto a sus titulares y a su objeto. De acuerdo con el texto del precepto, el derecho de habitación se reconoce a los ascendientes o descen-

¹⁶ Lo destaca, en relación al artículo 822 del Código Civil, RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, «Artículo 822», en *Comentarios al Código civil*, Tomo V, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 6105.

¹⁷ De acuerdo con RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, «Artículo 822. Donación o legado de derechos de habitación», *Código civil comentado*, Vol. II, 2ª ed., 2016, p. 1, o RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, «Artículo 822», cit., p. 6095.

¹⁸ Así, URZAINQUI ZOZAYA, Isabel, «La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas y su influencia en la reforma del Fuero Navarro», cit., p. 215.

dientes del causante, con discapacidad o en situación de dependencia, que convivieran con el causante en la vivienda habitual en el momento de su fallecimiento, y que no tuvieran cubierta de otro modo su necesidad de vivienda.

Interesa, de momento, analizar los requisitos que deben concurrir en los titulares del derecho legal de habitación.

En primer lugar, debe existir un vínculo de parentesco entre el causante y dicho titular: la ley 425 expresamente se refiere tanto a los ascendientes como a los descendientes del causante que convivieran con él. Al incluir ambos y no exigírseles su condición de legitimarios, el Fuero Nuevo evita uno de los problemas más criticados del artículo 822 del Código Civil, que excluye que pueda ser protegida la necesidad de vivienda de un ascendiente con discapacidad cuando existan descendientes en el momento del fallecimiento, pues en tal caso el ascendiente ya no ostentaría la condición de legitimario¹⁹.

En el ordenamiento navarro, la cualidad de legitimario o de heredero no es un requisito que deba reunir el titular del derecho de habitación, ni tampoco debe ser un obstáculo para su nacimiento. El ascendiente o descendiente con discapacidad, aun habiendo sido nombrado heredero por el causante (al igual que cuando

la sucesión sea *ab intestato*), podría concurrir con otros herederos y por ello no tener cubierta su necesidad de vivienda, con lo que se darían los presupuestos legales para la constitución del derecho de habitación a su favor.

El uso del plural por la ley 425 admite, además, que sean varios los titulares del derecho de habitación legal, por convivir con el causante varias personas con discapacidad o en situación de dependencia, reúnan o no el mismo grado de parentesco con aquel.

La necesidad de morada del cónyuge viudo o de la pareja estable será satisfecha, sin embargo, a través de sus cauces propios, no mediante este derecho legal de habitación sobre la vivienda habitual, aunque podrían acabar coexistiendo los derechos de ambos sobre la vivienda familiar, como se verá más adelante²⁰.

En segundo lugar, con carácter primordial, además del vínculo de parentesco con el causante, para que surja el derecho legal de habitación el ascendiente o descendiente superviviente debe ser una «persona con discapacidad o dependencia».

El Fuero Nuevo no define ninguna de estas situaciones sino que asume los conceptos ofrecidos por otros textos legales²¹. El concepto de situación de dependencia no puede ser otro que el establecido por el artículo 2.1 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia²².

¹⁹ Crítica compartida por toda la doctrina, por desproteger a las personas mayores que vivieran con el causante. Entre otros, DÍAZ ALABART, Silvia, «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)», *Aranzadi civil: revista quincenal*, (BIB 2006385), p. 25; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «Aspectos controvertidos del legado de habitación previsto en el artículo 822 del Código Civil», en *Estudios de derecho de sucesiones*, Madrid, La Ley, 2014, p. 148. RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, «Artículo 822», cit., p. 6095.

²⁰ Nos remitimos al epígrafe III.4.

²¹ La Ley Foral 12/2018 de 14 de junio, de Accesibilidad Universal, sí recoge entre sus definiciones la de «discapacidad», de forma prácticamente coincidente con el concepto de discapacidad del artículo 1 CDPD, aunque el propio artículo se cuida de determinar que las definiciones ofrecidas lo son únicamente a los efectos de dicha Ley Foral.

²² El apartado 2 de este artículo la define como: «el estado de carácter permanente en que se encuen-

Sin embargo, pueden realizarse algunas observaciones en torno al concepto de «persona con discapacidad», como beneficiaria del derecho de habitación que le reconoce el Fuero Nuevo.

Sabido es que la Convención define a las personas con discapacidad como aquellas que tengan «deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» (art. 1.II), y que, en nuestro ordenamiento, se admite un doble concepto de discapacidad: por un lado, el párrafo primero del artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, TRLGDPD), reproduce prácticamente la definición de persona con discapacidad de la CDPD y, por otro, «además... y a todos los efectos» se considerarán personas con discapacidad aquellas que tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33% (art. 4.2)²³. Por su parte, el artículo 4.2.II

TRLGDPD permite que las normas que establezcan «beneficios o medidas de acción positiva» en favor de personas con discapacidad determinen requisitos específicos para acceder a los mismos, por lo que es necesario plantearse por cuál de los dos conceptos se decanta la ley 425 del Fuero Nuevo, advirtiendo de la importancia que tiene optar por uno u otro, dado que puede implicar el nacimiento, o no, del derecho legal de habitación.

El tenor literal de algunas de las normas del Fuero Nuevo que hacen referencia a la discapacidad o la dependencia, así como su contexto, sugieren la necesidad de que estén en posesión del certificado de discapacidad que lo acredite o de resolución administrativa que reconozca la situación de dependencia: el preámbulo de la Ley Foral 21/2019, al referirse a la protección patrimonial de las personas se refiere a aquellos miembros de la familia que la necesiten «por tener *reconocida* una discapacidad o una dependencia»; la ley 204.b) 4 exige, significativamente, que la *declaración* de discapacidad o dependencia hubiera tenido lugar con posterioridad al otorgamiento del testamento de hermandad; la propia diferenciación constante entre discapaci-

tran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal».

²³ Asimilándose a dicho grado los pensionistas de Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad (art. 4.2 TRLGDPD).

Recuérdese que el TRLGDPD quiso acabar con la dicotomía existente en las normas anteriores entre

personas con discapacidad (art. 7 Ley 13/1982, de Integración Social de los Minusválidos, en adelante, LISMI) y sujetos asimilados a personas con discapacidad (pensionistas de incapacidad permanente, pensionistas de clases pasivas en similares circunstancias a la de incapacidad permanente, de acuerdo con el art. 1.2 Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, en adelante, LIONDAU), que únicamente se consideraban personas con discapacidad a los efectos de las materias reguladas por la LIONDAU. Además, el TRLGDPD incluyó la definición de persona con discapacidad de la Convención, pero al mismo tiempo mantuvo, como se ha referido, el de persona con certificado de discapacidad igual o superior al 33%.

dad y dependencia²⁴ implica que el Fuero Nuevo exige el certificado o resolución que acredite cada una de estas situaciones, porque, por definición, una persona en situación de dependencia, con pérdida de autonomía física, mental o sensorial, que precisa de ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria puede considerarse una persona con discapacidad con arreglo al artículo 1.II CDPD o al artículo 4.1 TRLGDPD, pero no tiene por qué contar con ninguno de los citados certificados.

De acuerdo con esta interpretación, no podrían ser beneficiarios del derecho legal de habitación aquellos ascendientes o descendientes que carezcan de certificado alguno, ni tampoco aquellos cuyo grado de discapacidad sea inferior al 33%, aunque a otros efectos sí reúnan la condición de persona con discapacidad de acuerdo con el artículo 4.1 TRLGDPD. El artículo 4.2.II del citado texto, arriba señalado, avala que las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva en favor de las personas con discapacidad puedan exigir requisitos específicos para acceder a los mismos, y, en el caso del derecho de habitación de la ley 425 del Fuero Nuevo, la acreditación de la discapacidad mediante la presentación del correspondiente certificado (o incluso de una sentencia firme que reconozca el grado de discapacidad), puede venir justificada en aras de la protección de la seguridad jurídica, si se tiene en cuenta que se trata de un derecho con contenido patrimonial, vitalicio, y oponible frente a terceros. La posesión de un

certificado que acredita la discapacidad, expedido tras una valoración objetiva (administrativa o incluso judicial), y que alcanza como mínimo cierta gravedad, excluye la tentación de alegar torticera-mente la existencia de una enfermedad (real o ficticia) para pretender que existe una discapacidad y exigir la constitución del derecho de habitación.

Desde luego, el derecho de habitación legal en el ámbito de la Compilación no se restringe a aquellas personas que tengan un grado de discapacidad intelectual superior al 33%, o una discapacidad física o sensorial superior al 65%, como sucede en el ámbito del Código Civil (por remisión de la Disposición Adicional 4ª CC al concepto de discapacidad de Ley 41/2003, en concreto a su art. 2.2)²⁵.

²⁵ La aplicación de estos porcentajes de discapacidad está fuera de toda duda, de acuerdo con: DÍAZ ALABART, Silvia, «El discapacitado y la tangibilidad...», cit., p. 24; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Usufructo, uso y habitación*, 3ª ed., Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, p. 1513. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «Aspectos controvertidos...», cit., p. 155, aunque advierte muy oportunamente la autora del peligro que constituye la existencia de diferentes definiciones sobre discapacidad no coincidentes entre sí. Más recientemente, BOTELLO HERMOSA, Pedro, *El derecho real de habitación a favor de la persona con discapacidad*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 78-79.

Por otro lado, será ineludible la acreditación del grado de discapacidad, conforme al artículo 2.3 de la Ley 41/2003, «mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme» (disposición que, sin embargo, no tiene equivalente en el Fuero Nuevo).

No obstante, a pesar de la claridad de la remisión legal, también han intentado eludirse, en ocasiones, los porcentajes de discapacidad exigidos. Así, ÁLVAREZ MARTÍNEZ se mostró partidaria de la aplicación del artículo 1.2 de la Ley 51/2003 (en su redacción dada por el la Ley 26/2011), que haría suficiente un grado de discapacidad del 33%, pues quedaba acreditada la discapacidad y constituía una ley posterior a la LPPPD y más benigna. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Georgina Ivón, «Reflexiones sobre el derecho de habitación de las personas con discapacidad desde la perspec-

²⁴ Además de en la propia ley 425 FN, en relación a los patrimonios protegidos (leyes 44-45), en disposiciones sucesorias como las leyes 204.b.4 y 281 y en relación a las circunstancias del beneficiario del derecho de alimentos (ley 272 FN).

Desde un punto de vista comparativo, el legislador navarro ha extendido el derecho de habitación a un abanico mayor de beneficiarios, sin diferenciar entre el tipo de discapacidad y sin exigir un porcentaje superior en el caso de la discapacidad sensorial o física. Si, eventualmente, alguien criticara la extensión de este derecho a personas con discapacidad física o sensorial por debajo del 65%, considerando que existe una mayor probabilidad de que puedan valerse por sí mismas, habría de recordarse que deben concurrir los otros requisitos exigidos por la ley 425 del Fuero Nuevo, en especial la convivencia con el causante en el momento de su fallecimiento y la necesidad de vivienda de la persona con discapacidad, cuya cobertura, en definitiva, constituye la finalidad del derecho de habitación. Y como colofón de esta ampliación, se añade la posibilidad de que el beneficiario tenga reconocido un grado de dependencia, con lo que piensa expresamente en las personas mayores, ascendientes del propietario de la vivienda, que con mayor frecuencia contarán con una resolución que declare su situación de dependencia, puesto que esta puede conllevar el acceso a ciertas prestaciones, antes que con el certificado de discapacidad²⁶.

tiva del operador jurídico», *RCDI*, Año nº 91, Nº 751, 2015, p. 2937. Es partidaria de aplicar el artículo 822 aunque el legitimario no alcance los grados de discapacidad del art. 2.2 Ley 41/2003, cuando se vea afectado «por alguna enfermedad degenerativa que implique un incremento progresivo de su grado de discapacidad (por ejemplo, el Alzheimer) y esté debidamente acreditada tanto en su existencia como en su previsión de aumento», GARCÍA HERRERA, Vanessa, *El legado de habitación a favor del legitimario discapacitado*, Madrid, Dykinson, 2018, p. 115.

²⁶ La mención a las personas en situación de dependencia, de todas formas, solo puede verse como una ampliación de las formas de acreditar la discapacidad, si se exige certificado, como se verá a continuación, en cuyo caso, permitir también la reso-

Al hilo de esta finalidad, y sin desconocer los argumentos anteriormente recogidos, debemos preguntarnos, sin embargo, si esta interpretación y la exigencia de certificado de discapacidad o de declaración de la situación de dependencia, se acomoda al espíritu y la finalidad de la ley 425 del Fuero Nuevo. Piénsese en una familia con varios hijos, uno de ellos con discapacidad intelectual grave y severas dificultades para el desarrollo de las actividades básicas de su vida diaria desde una edad temprana, que toda su vida haya sido cuidado por sus padres, y que carezca de certificado de discapacidad²⁷. En el caso de que el progenitor superviviente, propietario de la vivienda habitual, falleciera sin haber otorgado testamento, siendo herederos todos los hijos, ¿podría denegarse la constitución de un derecho de habitación sobre dicha vivienda a favor del hijo con discapacidad por carecer de certificado? En similar situación

lución administrativa que acredite la dependencia sí supone una extensión. Si no es exigible el certificado, de acuerdo con la interpretación que se propondrá, quedarían incluidas también en el concepto de persona con discapacidad.

²⁷ No es extraño que los progenitores nunca hayan sentido la necesidad de solicitarlo, desconocedores de los posibles beneficios que les pueda reportar, y que nunca hayan entrado en contacto con un trabajador social o profesional que se lo haya recomendado, paradójicamente, por estar la persona con discapacidad perfectamente atendida en el ámbito familiar. Esta posibilidad se verá incrementada con la nueva configuración que la Ley 8/2021, de reforma de la legislación civil y procesal atribuye a la guarda de hecho, como una medida de apoyo más (art. 250 CC, en su nueva redacción), de carácter informal (arts. 263-267 CC). Para un estudio conjunto de esta nueva configuración, referida al Anteproyecto, véase LECIÑENA IBARRA, Ascensión, «La guarda de hecho como institución de apoyo a las personas con discapacidad», en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofía y MAYOR DEL HOYO, María Victoria (Directoras), Tirant lo Blanch, 2019, pp. 293-320.

puede encontrarse el ascendiente, padre o madre aquejado de Alzheimer, por ejemplo, sin certificado de discapacidad o dependencia, que conviviera y fuera cuidado por su hijo o hija, en su vivienda, tras el fallecimiento de este. A nuestro juicio, la interpretación de la ley 425 del Fuero Nuevo, conforme a su finalidad (art. 3 CC), que ha sido objetivada por el propio legislador, e incluso teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en el que ha de ser aplicada, puede permitir una interpretación extensiva, que incluya a aquellas personas que, aun sin certificado, presentan indiscutiblemente una discapacidad o una situación de dependencia. Lo contrario conduciría, precisamente, a una desprotección flagrante de su necesidad de vivienda.

3. REQUISITOS OBJETIVOS: VIVIENDA HABITUAL, CONVIVENCIA, NECESIDAD Y CARÁCTER SUBSIDIARIO

Para que surja el derecho legal de habitación con el fallecimiento del causante se han de reunir además varios elementos o requisitos objetivos.

En primer lugar, el objeto del derecho de habitación lo constituye el inmueble, propiedad del causante, que tenga carácter de vivienda habitual tanto de aquel como de la persona con discapacidad o en situación de dependencia con la que convivía. El Fuero Nuevo no define qué debe considerarse como «vivienda habitual», pero, en esencia, quiere referirse al lugar de residencia con carácter permanente o duradero²⁸. No surge el derecho legal de

habitación sobre inmuebles que tengan el carácter de segundas residencias u otros inmuebles de uso ocasional²⁹, aunque el causante podría voluntariamente constituir un derecho de habitación sobre los mismos.

En segundo lugar, es necesaria la convivencia entre el causante, titular de la vivienda habitual, y el ascendiente o descendiente con discapacidad, en el momento del fallecimiento de aquel³⁰. La ley 425 no exige un período mínimo de convivencia anterior al fallecimiento, como tampoco el artículo 822.II del Código Civil, sin duda porque piensa en la frecuente situación de los hijos con discapacidad que siempre han convivido con sus progenitores, o en los ascendien-

bitual»), mientras que en las leyes 425 y 117, para las comunidades de ayuda mutua, escoge el término «vivienda habitual». En esta segunda figura tiene sentido evitar el uso del término «familiar», habida cuenta de que los convivientes no necesariamente deben tener una relación de parentesco entre ellos, ni su convivencia obedecer a la formación de un núcleo familiar. Puede que también la ley 425 esté pensando en la posibilidad de que en la vivienda residan otros sujetos además del causante y el ascendiente o descendiente con discapacidad, no ligados con un vínculo de parentesco o con los que no se forme un núcleo familiar, y, además, «vivienda habitual» también es el término empleado por el art. 822 CC. En cualquier caso, con independencia del término empleado, ambos conceptos aluden al lugar de residencia habitual, con carácter permanente o con vocación de duración.

²⁹ Tampoco en el ámbito del Código Civil. Véase ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Georgina Ivón, «Reflexiones sobre el derecho de habitación...», cit., p. 2941.

³⁰ La doctrina suele exigir una convivencia de tipo familiar entre ellos. Lo que no excluye, para GARCÍA HERRERA, una interpretación amplia del requisito de la convivencia, no limitado a una convivencia «material», sino comprensivo de situaciones en las que el legitimario resida parte del tiempo en un centro específico para el tratamiento de su enfermedad, siempre que se halle en condiciones de disfrutar del derecho de habitación. GARCÍA HERRERA, Vanessa, *El legado de habitación a favor del legitimario discapacitado*, cit., p. 117.

²⁸ El Fuero Nuevo en materia de familia emplea el término «vivienda familiar» (leyes 69, 81, 89, 101, 104, 109 FN, excepto en la ley 81, en la que utiliza como sinónimos «vivienda familiar» y «vivienda ha-

tes en situación de dependencia que son cuidados por el causante durante largo tiempo³¹. A pesar de no ser exigible tal

³¹ El requisito de la convivencia, no obstante, podría ser reexaminado a la luz del derecho a la vida independiente que consagra el artículo 19 CDPD, como apunta BOTELLO HERMOSA, si bien referido al derecho de habitación de origen voluntario (art. 822.I CC). Para el autor, la exigencia de convivencia para que surja el derecho de habitación desincentiva que el testador fomente que el hijo o hija con discapacidad se independice de la vivienda familiar si este es su deseo y, por ello, esta circunstancia, de vivir fuera del domicilio familiar, no debería impedir que en el futuro surgiera para el legitimario un derecho de habitación voluntario sobre el domicilio del testador (aunque la redacción del artículo 822.I del Código Civil lo excluye). BOTELLO HERMOSA, Pedro, *El derecho real de habitación a favor de la persona con discapacidad*, cit., pp. 107-110. Considera procedente, sin embargo, que en relación al derecho de habitación de origen legal se mantenga el requisito de la convivencia. Ciertamente, pueden existir potenciales beneficiarios (sobre todo, hijos) que, en ejercicio de su libertad de decisión, escojan independizarse del domicilio del causante pero a los que pudiera interesar la constitución de un derecho de habitación, también de origen legal. Aun en este caso, antes de acudir al elemento de la convivencia, debe tenerse presente que el requisito de la necesidad sigue siendo ineludible, tanto en el artículo 822.II CC como en la ley 425 FN, de forma que si es el hijo o hija quien sufragaba sus propios gastos de vivienda no surgirá un derecho legal de habitación a su favor (como tampoco lo hará si, también en ejercicio de su derecho a la vida independiente, convive con el causante aun teniendo recursos propios para procurarse una vivienda). Solo en el caso de que el beneficiario conviva en un domicilio diferente (pudiendo ser otro inmueble propiedad del causante, pero también, incluso, un centro residencial o una vivienda colectiva con apoyos), siendo sufragados los gastos por el causante, y sin que haya provisto a la persona con discapacidad de otros medios para hacer frente a dichos gastos cabría plantear que surja un derecho de habitación a su favor sobre la vivienda habitual del causante, aun eliminando el requisito de la convivencia. De esta forma el derecho de habitación continuaría siendo un mecanismo subsidiario para cubrir la necesidad de vivienda de la persona con discapacidad. Con todo, suprimir el requisito de la convivencia para que surja el derecho de habitación legal no es la forma más adecuada para asegurar el derecho a la vida independiente de la persona con discapacidad que decidió no convivir con el causante, sino que

período mínimo de convivencia, sí se considera necesario, además de acreditar tal situación³², que, si esta es reciente, el traslado de la persona con discapacidad a la vivienda hubiera obedecido a una necesidad real de cubrir sus necesidades de morada. Se excluiría el nacimiento del derecho de habitación si el traslado de la persona con discapacidad a la vivienda del causante, por voluntad propia o a iniciativa de terceros, se hiciera en un momento en el que este pueda estar ya gravemente enfermo, con la única finalidad de hacer surgir el derecho de habitación a su favor. El requisito a examinar cuidadosamente, en ausencia de un tiempo mínimo de convivencia, ha de ser el de la necesidad de vivienda.

Por último, la ley 425 del Fuero Nuevo resalta expresamente el carácter subsidiario del derecho de habitación legal, que no surge si el causante hubiese previsto cubrir de otra forma la necesidad de vivienda de dichas personas. El precepto no precisa más en cuanto a la forma de atender esta necesidad, por lo que habrá que entender que podrá cubrirse mediante negocio *inter vivos* (constituyendo un usufructo sobre la vivienda habitual, o sobre otro inmueble de su propiedad, por ejemplo) o *mortis causa* (instituyéndole como heredero universal, por ejemplo). En cualquier caso, lo determinante es que, si se ha cubierto de otra forma, el ascendiente o descendiente con discapacidad no presenta una necesidad que la ley deba atender, requisito que se destaca más claramente en el artículo 822.II del

esto se lograría procurándole los recursos económicos suficientes para que pueda mantener la forma de vida que haya elegido, al margen de este derecho real de habitación.

³² RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, «Artículo 822», cit., p. 6105.

Código Civil³³. La redacción de la ley 425 FN podría llevar a la conclusión de que solo el causante puede prever otra forma de cubrir esa necesidad de vivienda («... siempre que este no hubiere previsto de otra forma cubrir la necesidad de vivienda de dichas personas...»), pero, a nuestro entender, y aunque la redacción no sea la más acertada, ha de excluirse el nacimiento de un derecho de habitación si la persona con discapacidad dispone de recursos propios (la propiedad de otra vivienda, el usufructo sobre otra vivienda otorgado por otro sujeto distinto al causante, etc.) con los que satisfacer su necesidad de morada. Así, tanto en el Código Civil como en el Fuero Nuevo, no surgirá este derecho de habitación legal si el llamado a ser beneficiario dispone de otra vivienda o medios económicos para procurarse un alojamiento permanente, aunque estos no hayan sido provistos por el causante³⁴.

4. PRINCIPALES CUESTIONES DE RÉGIMEN JURÍDICO

El régimen jurídico aplicable a este derecho de habitación de origen legal es el dispuesto en la ley 425, y, en lo no previsto por ella, el del derecho de habitación, recogido en las leyes 423 y 424 del Fuero Nuevo, en tanto sea compatible con el de aquel.

El derecho de habitación surgirá de forma automática para la persona con discapacidad, sin que sea necesario un

acto de constitución. Así lo sustenta la redacción de la ley 425 del Fuero Nuevo («tendrán... derecho de habitación... siempre que este no hubiere previsto de otra forma cubrir la necesidad de vivienda de dichas personas o lo hubiera excluido expresamente») y así sucede también con otros derechos reales de goce que de acuerdo con el Fuero Nuevo nacen por disposición de la ley³⁵.

El derecho real de habitación tendrá carácter vitalicio y gratuito (ley 423 FN). Si fuesen varios los titulares, se extinguirá cuando fallezca el último de ellos (ley 412 FN).

³⁵ Como el usufructo legal (ley 409 FN), que nace por la mera concurrencia de los presupuestos legales, conforme recoge BARBER CÁRCAMO, RONCESVALLES, «Leyes 408-422», *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, p. 1715. En cambio, en relación a las servidumbres se contempla que puedan tener carácter forzoso («cuando una ley haga necesaria la constitución o modificación de una servidumbre»), en lugar de «legal», estableciendo claramente la ley 399 FN que, en defecto de pacto entre los titulares de los predios afectados, se constituirán por decisión judicial o administrativa.

En relación a la figura del artículo 822.II CC no hay acuerdo sobre si se constituye automáticamente o no. Para DE AMUNÁTEGUI, el hecho de que se atribuya «por ministerio de la ley» le confiere cierto automatismo, por lo que entiende que lo recibirá el sucesor directamente del causante, sin tener que reclamárselo al heredero, a consecuencia de la aceptación automática del legado (sin perjuicio de que para la adquisición de la posesión de la vivienda sí deba dirigirse contra el heredero, si por alguna razón el legitimario hubiera cesado en ella). DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «Aspectos controvertidos del legado de habitación...», cit., p. 152. En contra, RIVERA FERNÁNDEZ sostiene que «como cualquier derecho real limitativo del dominio de carácter legal, supone el derecho del beneficiario a exigir su constitución, pero no su creación automática». Véase RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, «Artículo 822», cit. p. 3. En el mismo sentido, RAMOS MESTRE, Áurea, «El derecho de habitación a favor del legitimario discapacitado», *Revista de Derecho Privado*, ene-feb. 2013, p. 14.

³³ No existe acuerdo en la doctrina, en cambio, sobre si la necesidad también es predicable de la donación o legado de un derecho de habitación (art. 822.I CC). Véase DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «Aspectos controvertidos del legado...», cit., p. 154.

³⁴ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Georgina Ivón, «Reflexiones sobre el derecho de habitación...», cit., p. 2942.

El derecho de habitación de origen legal no puede ser objeto de arrendamiento³⁶, lo cual encaja plenamente con la finalidad exclusiva de que satisfaga las necesidades de vivienda de su titular (último inciso ley 425.II), y supone una excepción a lo dispuesto con carácter general para el derecho de habitación (ley 424 FN), que sí puede ser objeto de arrendamiento, total o parcial.

La ley 425 no establece expresamente si el habitacionista puede utilizar la totalidad de la vivienda, pero esta cuestión debe contestarse afirmativamente, teniendo en cuenta que en el Derecho navarro se presume que todo habitacionista está facultado para ocupar la vivienda total y exclusivamente (ley 424 FN). La utilización de toda la vivienda casa perfectamente con la finalidad de la figura, de cubrir las necesidades de vivienda de la persona con discapacidad o en situación de dependencia, y con la extensión del derecho de habitación, además, tanto a la persona con discapacidad como a las personas que con ella convivan. La opción deliberada de la ley 425.II por señalar como beneficiarios del derecho de habitación a los convivientes, y no a las personas de su familia, pretende dejar clara la inclusión de las personas relacionadas con el titular por vínculos afectivos, de amistad, o de cuidado, tenga o no con ellos vínculo de parentesco (ley 425.II)³⁷, lo cual demuestra la atención al de-

recho a la vida independiente consagrado en el artículo 19 CDPD³⁸ y a la realidad social de la atención a las personas con discapacidad.

No obstante, la ley 424 del Fuero Nuevo prevé que la posibilidad de utilizar la vivienda en exclusiva pueda limitarse no solo voluntariamente sino también en virtud de la ley, posibilidad que ha añadido la Ley Foral 21/2019 precisamente porque la ley 425.II establece que el derecho del habitacionista «coexistirá con los derechos que sobre ella correspondan a otras personas conforme a lo previsto en la presente Compilación»³⁹. Aunque la ley 425.II alude muy genéricamente a la coexistencia del derecho legal de habitación con otros derechos sobre ella, ha de entenderse que se refiere en especial a otros derechos de uso y disfrute sobre la vivienda. Sin perjuicio de la existencia de otros derechos de goce, en particular el derecho del habitacionista puede coexistir, en primer lugar, con el usufructo de

CC, lo extiende al cónyuge, pareja estable o cuidador. DÍAZ ALABART, Silvia, «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima...», cit., p. 26. También DONADO VARA, Araceli, «El legado o donación del derecho de habitación en el caso de un descendiente mayor de edad con discapacidad: controversias ante la aplicabilidad de una novedad legislativa sucesoria y contractual», *RCDI*, año n° 94, N° 767, 2018, p. 1567.

³⁸ La Observación general núm. 5, de 31 de agosto de 2017, del Comité sobre derechos de las personas con discapacidad, sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, entiende que la vida independiente comprende la adopción de decisiones y el control sobre aspectos como dónde y con quién vivir, en estrecha relación, por tanto, con el respeto a la autonomía individual consagrada en el artículo 3 CDPD.

³⁹ No contempla el Fuero Nuevo que deba seguir soportándose la convivencia de los demás legitimarios (condición que no se exige al habitacionista en la figura navarra) mientras lo necesiten (art. 822.II CC) (aunque estos no ostentarían un derecho de habitación, sino que simplemente podrían continuar en la vivienda en tanto subsista su necesidad). RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, «Artículo 822», cit., pp. 6106-6107.

³⁶ En el mismo sentido, DÍAZ ALABART, Silvia, «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima...», cit., p. 22, en relación al artículo 822 CC.

³⁷ Supone, así, una diferencia respecto a la redacción del 524 CC, según el cual el habitacionista puede utilizar las piezas necesarias para sí y «para las personas de su familia», si bien la doctrina lo extiende a otros sujetos ajenos al círculo familiar. Con carácter general, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Usufructo, uso y habitación*, cit., pp. 1459-1460. Específicamente en relación a la figura del artículo 822.II

viudedad reconocido al cónyuge viudo y a la pareja estable si se le ha otorgado, sobre todos los bienes que pertenecieran al cónyuge o pareja premuertos, conforme a la ley 253 FN. De esta forma, el derecho de usufructo del cónyuge viudo, que en principio otorga a este facultades más amplias que el derecho de habitación del ascendiente o descendiente con discapacidad, se vería reducido para permitir el contenido de este y, viceversa, el habitacionista no podría utilizar la vivienda íntegramente para sí, sino que tendría que compatibilizarlo con el uso y disfrute del cónyuge viudo⁴⁰.

En segundo lugar, el derecho de habitación del ascendiente o descendiente con discapacidad o en situación de dependencia podría coexistir con el derecho de habitación del cónyuge viudo que la nueva redacción de la ley 99.II del Fuero Nuevo le atribuye en caso de muerte del cónyuge, sobre la que fuera residencia habitual del matrimonio y que tuviera carácter de conquistas, como alternativa a la adjudicación de la propiedad de la misma. En este supuesto se compatibilizarían dos derechos de habitación, en principio con el mismo contenido, salvo por que el cónyuge viudo podría arrendar la vivienda (ley 424 FN), posibilidad vedada para el habitacionista con disca-

pacidad (ley 425.II). La utilización exclusiva de la vivienda, propia del derecho de habitación de la persona con discapacidad (ley 425.II FN) tendría que reducirse también para permitir la morada del cónyuge viudo (e incluso el arrendamiento de esta parte de la vivienda, excluyéndose la posibilidad de arrendar toda la vivienda).

El Fuero Nuevo admite la coexistencia de varios derechos de uso sobre la vivienda habitual, pero no establece ninguna norma que regule esta convivencia, que puede llegar a ser problemática en la práctica, como tampoco existe en el ámbito del Código Civil⁴¹. Piénsese en que, a pesar de que antes del fallecimiento del causante todos convivieran en el mismo domicilio, el titular del derecho de habitación podría ser el padre o madre del causante, que tendría que continuar viviendo con el viudo/a, o en que este puede no ser el progenitor del titular del derecho de habitación. Si concurre el usufructo del cónyuge viudo o su derecho de habitación con el derecho de habitación de la persona con discapacidad, al ostentar todos estos derechos origen legal tampoco existe título constitutivo que pueda regular esta convivencia, si bien cuando se trate del derecho de habitación del cónyuge viudo al menos será fruto de la elección de este.

También puede incluirse entre los derechos que coexisten con el derecho legal de habitación, aunque en este caso no sea un derecho de goce, el derecho de adjudicación preferente del cónyuge viudo

⁴⁰ Al margen de la concurrencia de ambos derechos de goce sobre la vivienda, el usufructuario viudo debe prestar alimentos, conforme a la ley 259 FN, dentro de los límites del disfrute, a los hijos y descendientes del premuerto, a quienes este tuviere la obligación de prestarlos si hubiese vivido y siempre que aquellas se hallaren en situación legal de exigirlos, obligación que se ha de completar con lo dispuesto en la ley 272 FN para el caso de renuncia o extinción del usufructo de viudedad o falta de pacto a favor de la pareja estable, en cuyo caso la obligación de alimentos en favor de los hijos o descendientes recae también en los sucesores voluntarios a título universal o particular, en los límites de la atribución patrimonial recibida y con cargo a la misma.

⁴¹ Como destacan DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «Aspectos controvertidos del legado de habitación...», cit., p. 151. En cualquier caso, ha de entenderse que es la voluntad del causante la de hacer surgir un derecho de habitación, ya que no lo excluyó expresamente, debiendo respetarse esta voluntad pese a los conflictos que pudieran surgir. RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, «Artículo 822», cit., p. 6109.

sobre la vivienda habitual que tuviera carácter ganancial (ley 99.I.5 FN)⁴².

⁴² En torno al artículo 822.II CC se ha discutido sobre el nacimiento del derecho de habitación del legitimario con discapacidad cuando la vivienda habitual tuviera carácter ganancial y el cónyuge viudo ejercitara su derecho de adquisición preferente sobre aquella (art. 1406 CC). Parte de la doctrina entiende que, al ejercitar su derecho de adquisición preferente sobre la vivienda, esta no puede considerarse un bien del causante en el momento de su fallecimiento, ni es un bien ganancial que forma parte de su herencia, con lo que el cónyuge puede excluir, con su decisión de adjudicarse la vivienda, la posibilidad de que esta resulte afectada por el derecho de habitación del legitimario con discapacidad, que solo podrá reclamar lo dispuesto en el artículo 1380 CC. Así, RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, «Artículo 822», cit., p. 6108. En contra, para otros autores el nacimiento del derecho de habitación no puede quedar en manos del cónyuge, pues sería contrario al espíritu de la norma, como entiende DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «Aspectos controvertidos del legado de habitación...», cit., p. 152, o consideran que existe una excepción al artículo 1380 CC. RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, «Artículo 822», cit., p. 3. Opinan igualmente que el carácter ganancial y la atribución de la propiedad al cónyuge viudo no impiden el nacimiento del derecho de habitación RAMOS MESTRE, Áurea, «El derecho de habitación...», cit., pp. 33-34. DONADO VARA, Araceli, «El legado o donación del derecho de habitación...», cit., p. 1568-1569.

La ley 99 FN en su redacción actual reconoce también al cónyuge viudo un derecho de adquisición preferente sobre la vivienda habitual que tuviera carácter de bien de conquistas, en caso de muerte del otro cónyuge, que debe compatibilizarse con el derecho de habitación de la ley 425 FN («coexistirá con los derechos que sobre ella correspondan a otras personas conforme a lo previsto en la presente Compilación»), como entiende también FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier, «Leyes 83-99», en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, RUBIO TORRANO, Enrique y ARCOS VIEIRA, María Luisa (Dir.), 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, p. 458. En nuestra opinión, el ejercicio de esta preferencia en la adjudicación de la vivienda habitual que tenga carácter de bien de conquistas no puede colocar al cónyuge viudo en mejor posición (excluyendo el bien de la masa hereditaria y, por ello, impidiendo el nacimiento del derecho de habitación) que cuando no ejercite dicha preferencia en la liquidación de la sociedad de conquistas y la vivienda (o su mitad indivisa) le corresponda como heredero, en cuyo caso sí deberá soportar el derecho de habitación, al igual que los otros eventuales herederos de la vivienda.

En cuanto al régimen de los gastos, resultará de aplicación lo dispuesto en el párrafo 2 de la ley 423 FN, por lo que corresponderá al habitacionista pagar las contribuciones, suministros, servicios individualizados y gastos que graven el uso exclusivo que haga de la vivienda. Igualmente le corresponderá hacer frente a las reparaciones que exija el desgaste por el uso ordinario de la misma.

Respecto a las causas de extinción del derecho de habitación (ley 423.3 FN) son las propias del usufructo y el abuso grave de la cosa⁴³. Aunque improbable, cabría plantear que el titular perdiera su condición de persona con discapacidad o en situación de dependencia y con ello se extinguiera el derecho. Mayor virtualidad práctica tendrá la extinción del derecho de habitación por no ser utilizado el inmueble como vivienda habitual por el titular del derecho de habitación, así como por la desaparición de la necesidad de vivienda por adquirir sobrevenidamente otros medios para satisfacer dicha necesidad con carácter permanente⁴⁴. Por lo demás, posee aquí perfecta lógica la imposibilidad de redimir el derecho real de habitación en contra de la voluntad de su titular (ley 423.3 FN).

El causante, por último, ha podido excluir este derecho legal de habitación, para lo cual no es necesario que alegue

⁴³ La misma solución establece el artículo 529 CC.

⁴⁴ La extinción por desaparición de la necesidad de vivienda se admite también respecto a la figura del artículo 822.II CC, de acuerdo con RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, «Artículo 822», cit., p. 3. No obstante, dado que en ambos ordenamientos el derecho de habitación ostenta carácter vitalicio, los nuevos recursos del titular del derecho de habitación deben ser suficientes para garantizar su necesidad de vivienda de forma permanente, no temporal o circunstancial.

ninguna causa⁴⁵. No obstante, es cierto que, para poder excluirlo, debe conocer que existe este derecho legal. En este punto, el asesoramiento notarial, en especial a la hora de otorgar testamento⁴⁶, puede resultar de gran utilidad, para que el causante conozca el derecho legal de habitación y decida si lo excluye, lo mantiene, o si atiende la necesidad de vivienda del descendiente o ascendiente con discapacidad de otra forma. Ante el silencio del Fuero Nuevo en cuanto a la forma de esta exclusión, en virtud de lo dispuesto por la ley 17, habrá de considerarse válida la expresada en cualquier forma⁴⁷.

IV. EL DERECHO LEGAL DE HABITACIÓN EN FAVOR DEL LEGITIMARIO CON DISCAPACIDAD (ART. 822.II CC) EN LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA

Lo primero que hay que tener en cuenta al abordar esta última cuestión es que el propósito de la reforma de la legislación civil y procesal, aprobada mediante

⁴⁵ Al igual que en el ámbito del artículo 822 del Código Civil. RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, «Artículo 822», cit., p. 6107.

⁴⁶ Pero no exclusivamente, porque en el Derecho navarro las formas de disponer *mortis causa* son variadas. Destaca BOTELLO HERMOSA la necesidad de asesoramiento notarial, aunque centrada en el momento anterior a la aceptación de herencia, de forma que el legitimario con discapacidad conozca que puede exigir su constitución (adhiriéndose el autor al sector doctrinal que entiende que no surge automáticamente). BOTELLO HERMOSA, Pedro, *El derecho real de habitación a favor de la persona con discapacidad*, cit., p. 177-178.

⁴⁷ No obstante, en cuanto a la forma de excluir este legado legal, entiende RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, «Artículo 822», cit., p. 3, que solo podrá excluirlo el causante en testamento.

la Ley 8/2021, de 2 de junio, es adaptar nuestro ordenamiento a los mandatos de la Convención en cuanto al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. No es su objeto reformar otras instituciones que afecten o estén a disposición de las personas con discapacidad, como puede ser la figura prevista en el artículo 822 del Código Civil, sin perjuicio, obviamente, de que esta y otras figuras puedan ser objeto de modificaciones futuras, si es necesario, para acomodarse mejor al nuevo paradigma que introduce la reforma. Por tanto, modificar el artículo 822 del Código Civil no estaba en la (intensa y compleja) agenda de la Comisión General de Codificación, Sección civil, cuando se elaboró y presentó el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de 21 de septiembre de 2018⁴⁸. Sin embargo, como se podrá apreciar a continuación, la figura se ha visto salpicada indirectamente por la dificultad de designar adecuadamente a los beneficiarios de esta y otras medidas.

Comenzando por el texto del Anteproyecto, este proponía sustituir en el primer párrafo del artículo 822 el término vigente «legitimario persona con discapacidad» por el de «legitimario que se encuentre en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma». Es dudoso si se pretendió introducir un verdadero cambio en los titulares del derecho de habitación⁴⁹, o si

⁴⁸ Tampoco la Propuesta de modificación del Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil proponía cambios en su artículo 467-7 respecto a la redacción del actual artículo 822 del Código Civil.

⁴⁹ En cuyo caso debía considerarse derogada tácitamente la mención al artículo 822 del Código Civil que efectúa la Disposición Adicional 4ª del Código Civil, cuya modificación no se proponía, por oponerse a la nueva redacción del citado artículo.

el mismo obedecía únicamente a un cambio terminológico para evitar utilizar el término «persona con discapacidad», alineándose fundamentalmente con lo dispuesto por el artículo 248.I⁵⁰. Sea como fuere, existían dudas sobre quiénes quedaban comprendidos en este grupo de personas en situación física o psíquica que les impida desenvolverse de forma autónoma, sobre el que nada más añadía el Anteproyecto⁵¹.

El Proyecto 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, de 17 de julio de 2020⁵², deshizo el cambio del Anteproyecto, estableciendo que el beneficiario del derecho de habitación será aquel «legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad psíquica, física o sensorial». Por un lado, frente a la redacción anterior del artículo 822.II del Código Civil, incluye la discapacidad como una situación en la que se encuentra la persona y no como una cua-

lidad de la misma y, por otro, añade los adjetivos «psíquica, física o sensorial», que, en realidad, no aportan nada, más allá de marcar la distancia con el texto del Anteproyecto, porque la Disposición Adicional 4ª del Código Civil sí se modifica por el Proyecto⁵³, de forma que queda claro de nuevo que el concepto de discapacidad a los efectos del artículo 822 es el de la Ley 41/2003. Además, se proponía añadir un nuevo segundo párrafo que puntualizaba que, para las restantes cuestiones se equiparará persona con discapacidad y persona que precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. De esta forma, se pretendía dejar claro que el destinatario del derecho de habitación era un legitimario con discapacidad que reuniera los grados exigidos por la Ley 41/2003, manteniéndose por tanto los beneficiarios tal y como los definió esta ley.

El Informe de la Ponencia sobre el Proyecto de Ley, de 18 de marzo de 2021, mantuvo la redacción propuesta para los dos primeros párrafos del artículo 822 del Código Civil, sobre los cuales no se presentaron enmiendas por los grupos parlamentarios⁵⁴. Pero sí se aceptó una

⁵⁰ Este artículo venía a establecer que las medidas de apoyo iban dirigidas a «las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica», con el objeto de que «puedan desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad». Sin embargo, otras disposiciones sí mantenían la referencia a la «persona con discapacidad».

⁵¹ Así lo planteaba BOTELLO HERMOSA, Pedro, *El derecho real de habitación a favor de la persona con discapacidad*, cit., pp. 169-170. Ante esta indefinición, entendía el autor que debía acudir a la Ley 39/2006, como única norma que hacía referencia a la autonomía y a las necesidades de apoyo para la autonomía personal (art. 2), aunque esto no solventaba otros problemas como, por ejemplo, si se extinguía el derecho de habitación de aquellas personas con discapacidad que no estuvieran impedidos para «desenvolverse de forma autónoma».

⁵² Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-1.PDF.

⁵³ Con la siguiente redacción:

«La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756, número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica».

También se amplían los preceptos en los que se aplica el concepto de discapacidad de la Ley 41/2003.

⁵⁴ Puede consultarse en: https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-depublicaciones?p_p_id=pu

enmienda a la Disposición Adicional 4^a del Código Civil, que afectaba al concepto de discapacidad, de forma que para las figuras que menciona su párrafo primero, se considera que se encuentran en situación de discapacidad aquellas que cumplan los requisitos de la Ley 41/2003, y, además, las que se encuentren en situación de dependencia de grado II o III⁵⁵.

blicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XIV&_publicaciones_id_texto=BOCG-14-A-27-3.CODI.&_publicaciones_template=PUWTZDTS.fmt.

⁵⁵ La redacción propuesta es la siguiente (la cursiva es del propio texto y se corresponde con las enmiendas introducidas en el Congreso):

Disposición adicional 4^a:

«La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica».

La redacción que finalmente se incorporó en el Informe de la Ponencia se presentó como enmienda propuesta por el Grupo parlamentario Vasco (EAJ-PNV), y también como enmienda del Grupo parlamentario Popular, con idéntica redacción. Justificaban los primeros su introducción como «mejora técnica, ya que sería conveniente incluir en el párrafo I los grados de dependencia II y III conforme a la Ley 39/2006», y como «mejora técnica» los segundos. Sin embargo, el Grupo parlamentario Ciudadanos y el Grupo parlamentario Republicano proponían, de forma muy similar entre sí, que la discapacidad fuera referida al concepto definido en el Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, suprimiendo el párrafo II del precepto. La justificación, no obstante, no es coincidente. Por el Grupo parlamentario Ciudadanos la

Tras su paso por el Senado, se ha eliminado en el párrafo I del artículo 822 los términos «psíquica, física o sensorial», que, como se indicó, eran superfluos. De esta forma, después de todo, los cambios en el artículo 822, párrafos I y II, aprobados por la Ley 8/2021, de 2 de junio, respecto a la redacción anterior del precepto, se han limitado a un cambio terminológico: en lugar de referirse al «legitimario persona con discapacidad», se alude al «legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad» (párrafo I) o al «legitimario que se halle en la situación prevista en el párrafo anterior» (párrafo II).

Sí ha prosperado, sin embargo, la modificación de la Disposición Adicional 4^a del Código Civil, que no fue objeto de enmiendas en el Senado y que, por tanto, fue aprobada por la Ley 8/2021. Esta modificación supone, aparentemente, cierta ampliación en el elenco de posibles beneficiarios de las medidas que contempla

modificación que proponían se amparaba en evitar exclusiones injustificadas, pues, según su interpretación, la referencia del párrafo II del artículo 822 del Proyecto, al hacer referencia a aquellas situaciones en que se precisan medidas de apoyo, «implicaría casos de discapacidad por lo general en grado igual o superior al 65%».

El Grupo parlamentario Republicano justificaba su modificación en que «por el reenvío a la Ley de Protección Patrimonial, exigiría una discapacidad sensorial con un porcentaje superior al 65%, lo cual merma notablemente el grupo de posibles beneficiarios». Aunque esta justificación se aproxima más, es curioso que en ninguna de las dos se aludiera, simplemente, a la eliminación de porcentajes concretos de discapacidad, exigidos por la Ley 41/2003, diferentes según que sea intelectual o física o sensorial y a la equiparación de todas las personas con discapacidad, efecto que se hubiera conseguido con esa remisión al TRLGDPD. Aunque no hubiera evitado, paradójicamente, y como se ha visto en relación a la ley 425 del Fuero Nuevo, la duda sobre a qué tipo de discapacidad se está refiriendo: a la discapacidad conforme a la Convención, o a la acreditada mediante un certificado de discapacidad superior a un 33%.

el artículo 822 del Código Civil. No obstante, en realidad es dudoso que se haya aumentado el número de personas que pudieran optar a las mismas, o esta ampliación es, en todo caso, pequeña, si se tiene en cuenta que incluso las personas con dependencia grado II, dependencia severa, presentarán probablemente un grado de discapacidad física o sensorial superior al 65%⁵⁶. No obstante, sí supone una ventaja en la práctica el hecho de que se admitan también las resoluciones administrativas (o judiciales, en su caso) que declaren la situación de dependencia de la persona, pues en relación a las personas mayores resulta más frecuente que cuenten con esta resolución, que se solicita con mucha mayor frecuencia que el certificado de discapacidad puesto que puede conllevar la concesión de algunas prestaciones para su cuidado, como ya se puso de manifiesto en relación a la ley 425 del Fuero Nuevo.

⁵⁶ El Artículo 26 de la Ley 39/2006 define los grados de dependencia de la siguiente forma, siendo desarrollado por el Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la «Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia:

a) Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.

b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal».

De este recorrido puede concluirse que, aunque la reforma de la legislación civil tenía por objeto la regulación de los apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica para aquellas personas que los necesiten, indirectamente, al prosperar la modificación de la Disposición Adicional 4ª del Código Civil, la figura del artículo 822.II, ha visto cómo se amplían sus posibles beneficiarios, aunque sea ligeramente, para incluir también a aquellas personas que tengan un Grado de dependencia II o III.

Más allá de este cambio y de lo que supone para esta figura concreta, a nuestro juicio, las sucesivas modificaciones descritas en cuanto a los destinatarios del derecho de habitación ponen de manifiesto la dificultad de delimitar un concepto de persona con discapacidad, incluso para el establecimiento de medidas de acción positiva, e incluso, si se desciende a un ámbito más concreto, lo difícil de optar entre los dos conceptos que, a día de hoy, son aceptados por el TRLGDPD, opción no exenta, por cierto, de consecuencias prácticas.

V. REFLEXIONES FINALES

Más de 15 años separan la introducción de un derecho de habitación en el articulado del Código Civil y en el del Fuero Nuevo, como medida de protección de las personas con discapacidad, pero las líneas generales de ambas regulaciones y, sobre todo, la finalidad de la figura, sigue siendo idéntica: cubrir la necesidad básica, primaria, de vivienda, de ciertas personas con discapacidad en caso de fallecimiento del propietario de la misma, con el que convivían y con el cual estaban unidos por un vínculo de parentesco.

El Fuero Nuevo, en su ley 425, redactada por la Ley Foral 21/2019, ha introdu-

cido este derecho de habitación de origen legal siguiendo las líneas generales de su modelo, previsto en el artículo 822.II del Código Civil, aunque efectuando algunos cambios respecto al mismo, parte de los cuales responden a las peculiaridades del Derecho navarro en materia sucesoria, mientras que otros, sin embargo, obedecen a un cambio realizado conscientemente por parte del legislador.

Así, la ausencia de legítimas con contenido patrimonial (leyes 148 y 267 FN) permite en el Derecho navarro el encuadre del derecho de habitación en favor de las personas con discapacidad como derecho real de goce, y que el mismo se ubique de forma natural dentro del Capítulo dedicado a la habitación, el uso y otros derechos similares (leyes 423 a 426 FN), lo cual deja clara la naturaleza de este derecho de habitación y su régimen aplicable, constituido por la ley 425 y subsidiariamente por el régimen de las leyes 423 y 424 del Fuero Nuevo. En el Código Civil, en cambio, resulta necesario aclarar el efecto de este derecho de habitación sobre las legítimas, de ahí su ubicación en sede de sucesiones, si bien a nuestro juicio la naturaleza jurídica es la misma. Constituye un derecho real de habitación, de origen voluntario (párrafo I artículo 822 CC), o legal (párrafo II del citado artículo).

Ciñéndonos al derecho de habitación de origen legal, pues en ambos ordenamientos cabe, obviamente, que el causante constituya voluntariamente un derecho de habitación en favor de la persona con discapacidad, son grandes las coincidencias entre el artículo 822.II del Código Civil y la ley 425 del Fuero Nuevo. En ambos casos surge el derecho de habitación cuando la persona con discapacidad conviviera en la vivienda del causante, teniendo por tanto carácter de vivienda habitual para ambos, y su

muerte provocara una necesidad real de vivienda de aquel, que no estuviera cubierta de otra forma, bien por el propio causante (constituyendo un derecho de habitación sobre esta u otra vivienda, un derecho de usufructo, atribuyéndole la propiedad de otra vivienda, etc.) o bien por otros medios o recursos propios de la persona con discapacidad, aunque la ley 425 se refiera expresamente solo a lo primero. Comparten también las dos figuras su carácter vitalicio, gratuito y no susceptible de arrendamiento.

Sin embargo, en el caso navarro el habitacionista puede utilizar toda la vivienda, frente a la posibilidad de utilizar solo una parte de la vivienda en el caso del artículo 822.II del Código Civil, y, además, no solo para sí y para los miembros de su familia, sino que se aclara, expresamente, que podrán ocupar la vivienda también sus convivientes, dando entrada a las personas relacionadas con el titular por vínculos afectivos, de amistad, o de cuidado, tenga o no con ellos vínculo de parentesco, lo cual dota al derecho de habitación de un mayor atractivo en la práctica. En el caso navarro, el habitacionista con discapacidad no está obligado a mantener la convivencia de los demás legitimarios en la vivienda, mientras lo necesiten, pero sí concurre con otros derechos de uso, señaladamente con el derecho de viudedad del cónyuge superviviente o de la pareja estable si se le hubiera otorgado, sobre todos los bienes del causante (ley 253 FN)⁵⁷.

⁵⁷ Con todo, hay cuestiones que plantean interrogantes en las dos normas, destacadamente: la incidencia del carácter ganancial o de conquistas de la vivienda habitual sobre el derecho de habitación, el efecto del derecho de adjudicación preferente sobre la vivienda habitual de carácter ganancial o de conquistas, reconocido al cónyuge viudo (respectivamente, arts. 1406 CC y ley 99 FN), y la coexistencia de varios derechos de goce sobre la vivienda.

Pero el cambio más notorio que ha efectuado la ley 425 del Fuero Nuevo, si se compara con la actual redacción del artículo 822.II del Código Civil, se refiere a los posibles titulares del derecho de habitación.

La ley 425 del Fuero Nuevo no exige que la persona con discapacidad tenga la condición de legitimaria del causante, siendo indiferente si lo es o no. En su lugar se exige que reúna un vínculo de parentesco con el causante, del que deberá ser ascendiente o descendiente. Esto supone una doble ventaja respecto al artículo 822.II CC: primero, evita el problema que presenta este, según el cual, existiendo hijos (con discapacidad o no) no podrán quedar protegidos los ascendientes puesto que ya no reunirán la condición de legitimarios; segundo, permite que concurren simultáneamente ascendientes y descendientes, si reúnen el resto de requisitos, lo cual tampoco es posible en el Derecho común. Claro está que el derecho de habitación navarro se inserta en un sistema sucesorio distinto al del Código Civil, en el cual las legítimas no tienen contenido patrimonial, pero una cosa es, a nuestro juicio, que el derecho de habitación legal afecte a las legítimas que este establece, y otra distinta que su titular deba ostentar necesariamente la cualidad de legitimario. En este punto la figura navarra se centra en la persona, en la existencia de una discapacidad y en su necesidad de vivienda que es lo que determina la intervención del legislador, al margen de otras circunstancias.

La otra diferencia, crucial, en cuanto a los beneficiarios, se refiere al grado de discapacidad que deben presentar para poder ser titulares del derecho legal de habitación. La Ley 41/2003, cuyo concepto de discapacidad es aplicable al artículo 822 CC, pensaba en la protección de cier-

tas personas con discapacidad y por ello exigía o una discapacidad intelectual superior al 33% o una discapacidad física o sensorial superior al 65%, considerando el legislador, quizás, que aquellas personas que presentaran grados inferiores tendrían mayores posibilidades de ser independientes económicamente, o que eran menos necesitadas de protección y, por ello, no se les atribuía este derecho de habitación (de acuerdo con la D.A. 4ª CC, que remitía a la Ley 41/2003). Sin embargo, esta exigencia puede conducir a resultados injustos (piénsese en una persona con discapacidad física de 60% y la concurrencia de otras discapacidades intelectuales leves que hubiera vivido siempre con sus padres, que reuniera todos los demás requisitos y que a la muerte de estos no tuviera ningún lugar para vivir). La ley 425 del Fuero Nuevo ha querido evitar esta posibilidad y por eso no exige un porcentaje mínimo de discapacidad, ni distingue entre diferentes tipos. Además, incluye como posibles beneficiarias a las personas que cuenten con una resolución que acredite su situación de dependencia. Estos cambios, sin duda, han de ser bien recibidos, puesto que amplían el rango de posibles titulares. De hecho, se sigue, aunque tímidamente, por la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal que, como hemos visto, considera incluidos dentro del grupo de «personas con discapacidad» a efectos del artículo 822.II y otros también a las personas que tengan reconocido un grado de dependencia II o III.

Estos cambios permiten afirmar, sin duda, que el Fuero Nuevo ha apreciado la utilidad de la figura, al introducirla en el ordenamiento navarro, y ha aprovechado para actualizarla «corrigiendo» algunas de las críticas que se habían venido haciendo al artículo 822.II del Código Civil a lo largo de estos años.

Sin embargo, una cuestión que, a nuestro juicio, no resuelve claramente el Fuero Nuevo es la forma de acreditar el grado de discapacidad. En el ámbito del Código Civil no hay duda, con independencia de que sea acertada o no, por la remisión de la Disposición Adicional 4ª del Código Civil a la Ley 41/2003, cuyo artículo 2 exige expresamente certificado de discapacidad, aunque a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, al incluirse a las personas con grado de dependencia II o III podrá aportarse también resolución administrativa que reconozca dicho grado de dependencia. Pero el Fuero Nuevo carece de disposición equivalente. De la interpretación conjunta de ciertas normas parece exigirse el citado certificado, y consecuentemente un grado mínimo del 33%, pero la interpretación de la ley 425 del Fuero Nuevo conforme a su finalidad avala que no se exija necesariamente, siempre que se cumplan el resto de los requisitos. Podría criticarse, por un lado, que esto genera cierta inseguridad en cuanto a la acreditación de la discapacidad, y, por otro, que supone ampliar en exceso, beneficiando con un derecho de habitación vitalicio, por ejemplo, a una persona que tenga una discapacidad física del 25%, o a una persona con discapacidad sensorial del 45%, en perjuicio de los herederos de la vivienda. Sin embargo, el resto de requisitos son estrictos, y deben concurrir en la persona: grado de parentesco, convivencia con el causante anterior a su fallecimiento, necesidad real de vivienda que no se cubra de otra forma. A nuestro modo de ver, no cabe excluir del todo la aparición de ciertos supuestos que, por algunas voces, pudieran calificarse de excesivos, pero parece preferible esto a que personas con una discapacidad grave queden excluidas de disfrutar de un dere-

cho de habitación por la simple razón de no contar con un certificado.

Esta dificultad interpretativa hace aflorar otro problema, más profundo, que es, sin ir más lejos, el del concepto, o más bien, los conceptos de discapacidad que se manejan en diferentes ámbitos y normas del Derecho español, a las que, además, pueden superponerse otras categorías como la de persona en situación de dependencia y que se han manifestado, precisamente, al hilo de los cambios que se han ido planteando respecto al artículo 822 del Código Civil y su Disposición Adicional 4ª a lo largo de la tramitación de la Ley 8/2021, de reforma de la legislación civil y procesal, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Georgina Ivón, «Reflexiones sobre el derecho de habitación de las personas con discapacidad desde la perspectiva del operador jurídico», *RCDI*, Año nº 91, Nº 751, 2015, pp. 2933-2948.
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, «Leyes 408-422», *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, RUBIO TORRANO, Enrique y ARCOS VIEIRA, María Luisa (Dir.), 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 1710-1791.
- BOTELLO HERMOSA, Pedro, *El derecho real de habitación a favor de la persona con discapacidad*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «Aspectos controvertidos del legado de habitación previsto en el artículo 822 del Código Civil», en *Estudios de derecho de sucesiones: Liber amicorum T.F.*

- Torres García, Madrid, La Ley, 2014, pp. 143-164.
- DE SALAS MURILLO, Sofía, «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 780, pp. 2227-2268.
- DÍAZ ALABART, Silvia, «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)», *Aranzadi civil: revista quincenal*, documento electrónico obtenido de Westlaw.es (BIB 2006\385), pp. 1-34.
- DONADO VARA, Araceli, «El legado o donación del derecho de habitación en el caso de un descendiente mayor de edad con discapacidad: controversias ante la aplicabilidad de una novedad legislativa sucesoria y contractual», *RCDI*, año nº 94, Nº 767, 2018, pp.1557-1582.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier, «Leyes 83-99», en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, RUBIO TORRANO, Enrique y ARCOS VIEIRA, María Luisa (Dir.), 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 360-458.
- GARCÍA HERRERA, Vanessa, *El legado de habitación a favor del legitimario discapacitado*, Madrid, Dykinson, 2018.
- MAYOR DEL HOYO, M^a Victoria, «Los Derechos civiles en España ante la Convención de Naciones Unidas sobre discapacidad. Especial referencia al Derecho civil aragonés: ¿una adaptación condicionada por la reforma estatal?», *RCDI*, nº 782, 2020, pp. 3359-3415.
- LECIÑENA IBARRA, Ascensión, «La guarda de hecho como institución de apoyo a las personas con discapacidad», en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofía y MAYOR DEL HOYO, María Victoria (Directoras), Tirant lo Blanch, 2019, pp. 293-320.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, «Artículo 822», en *Comentarios al Código civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.), Tomo V, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 6095-6109.
- RAMOS MESTRE, Áurea, «El derecho de habitación a favor del legitimario discapacitado», *Revista de Derecho Privado*, ene-feb. 2013, pp. 5-34.
- RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, «Artículo 822. Donación o legado de derechos de habitación», *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), Vol. II, 2ª ed., 2016, documento electrónico obtenido de Westlaw.es.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Usufructo, uso y habitación*, 3ª ed., Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020.
- RUBIO TORRANO, Enrique, ARCOS VIEIRA, María Luisa, Prólogo, en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, RUBIO TORRANO, Enrique y ARCOS VIEIRA, María Luisa (Dir.), 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 19-22.
- URZAINQUI ZOZAYA, Isabel, «La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas y su influencia en la reforma del Fuero Navarro», en *Avanzando en la inclusión. Balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el Derecho español de la discapacidad*, MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, MIRANDA ERRO, Javier (Dir.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 197-219.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada, «Leyes 44-45», en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, RUBIO TORRANO, Enrique y ARCOS VIEIRA, María Luisa (Dir.), 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 145-154.

LOS DIVERSOS MECANISMOS JURÍDICOS QUE FUNDAMENTAN LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR MALTRATO A LOS MAYORES

MARÍA REMEDIOS GUILABERT VIDAL

Prof.^a de Derecho Civil
Universidad Miguel Hernández

RESUMEN

El maltrato a las personas de edad avanzada es una lamentable realidad de nuestros días, habiendo alcanzado la misma una dimensión universal. Esta situación de abuso sobre un colectivo especialmente vulnerable, se ha visto notablemente acrecentada por la actual situación de pandemia, precisando por ello de un análisis urgente. Así, deviene necesario investigar sobre su conceptualización, prevalencia real, causas, y mecanismos jurídicos de protección vigentes en nuestro país. Con la finalidad de avanzar en la erradicación de esta execrable lacra social, realizaremos un estudio crítico de las diferentes vías jurídicas que fundamentan la responsabilidad civil de aquellos sujetos que sometan a los mayores a una situación de maltrato. El carácter integrador que ha de mantener este sistema tuitivo justifica el estudio con carácter previo, al menos de las figuras delictivas más relevantes en este ámbito, dado que las mismas se erigen como fuente de la correspondiente responsabilidad civil de naturaleza extracontractual.

Palabras clave: *maltrato; personas mayores; abuso; responsabilidad; centros de mayores; residencias; daños.*

THE VARIOUS LEGAL MECHANISMS THAT BASED CIVIL LIABILITY FOR MISTREATMENT OF ELDERLY

ABSTRACT

The mistreatment of the elderly is an unfortunate reality of our days, having reached a universal dimension. This situation of abuse on a particularly vulnerable group has been notably increased by the current pandemic situation, thus requiring an urgent analysis. Thus, it becomes necessary to investigate its conceptualization, real prevalence, causes, and legal protection mechanisms in force in our country. With the purpose of advancing in the eradication of this execrable social scourge, we will carry out a critical study of the different legal channels that support the civil liability of those subjects who subject the elderly to a situation of abuse. The integrating nature that this protective system must maintain justifies the prior study, at least of the most relevant criminal figures in this area, since they are established as a source of the corresponding civil liability of a non-contractual nature.

Key words: *abuse; old people; abuse; responsibility; senior centers; residences; damages.*

SUMARIO

I. EL FENÓMENO DEL MALTRATO A LAS PERSONAS MAYORES: CONCEPTUALIZACIÓN, PREVALENCIA ACTUAL, TIPOLOGÍA Y ETIOLOGÍA.— II. RESPONSABILIDAD PENAL: 1. Tipos penales: A) *El asesinato.*— B) *La eutanasia.*— C) *Los delitos de lesiones.*— D) *El delito de malos tratos en el ámbito familiar.*— E) *Los delitos contra la libertad sexual.*— F) *El delito contra la integridad moral.*— G) *Los delitos contra la libertad ambulatoria: el uso de contenciones.*— H) *Los delitos contra la intimidad.*— I) *Los delitos contra el honor.*— J) *Los delitos contra el patrimonio.*— 2. Agresores mayores de edad.— 3. Agresores menores de edad.— 4. Responsabilidad penal de las entidades encargadas del servicio asistencial.— III. RESPONSABILIDAD CIVIL: 1. Derivada del ilícito penal: A) *Con arreglo al Código Penal: mayores de edad y personas jurídicas.*— B) *Con arreglo a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor.*— 2. Derivada del ilícito civil: A) *Con arreglo al Código Civil: a) Responsabilidad de las personas físicas: a') Imputabilidad.*— b') *Conducta imprudente.*— c') *Daño. Especial referencia a los daños morales.*— d') *Relación causal.*— b) *Responsabilidad de las personas jurídicas. Especial referencia a los contratos asistenciales: a') Responsabilidad contractual subjetiva.*— b') *Responsabilidad contractual objetiva por actos de los auxiliares.*— B) *Con arreglo a la legislación de consumo: a) Responsabilidad objetiva y sujetos responsables.*— IV. CONCLUSIONES.

I. EL FENÓMENO DEL MALTRATO A LAS PERSONAS MAYORES: CONCEPTUALIZACIÓN, PREVALENCIA ACTUAL, TIPOLOGÍA Y ETIOLOGÍA

Los malos tratos dirigidos a las personas mayores son una lamentable realidad de nuestro tiempo. De acuerdo con la investigación propiciada por la OMS en 2017 y publicada en la revista *The Lancet Global Health*, el 15'7 % de la personas de más de sesenta años padecen abusos. Además, se viene observando por este organismo internacional que se trata de un fenómeno *in crescendo*, dado que, entre otras variables, la esperanza de vida también se ha incrementado. De esta manera se estima que en el año 2050, se alcanzará la cifra de dos mil millones de personas mayores de sesenta años, pudiéndose estimar la cifra de trescientos veinte millones de víctimas de esta lacra social¹.

En relación con esta problemática resulta de especial relevancia la definición de la OMS acerca del maltrato a los mayores, considerando el mismo como un acto único o repetido que causa daños o sufrimiento a una persona de edad, o la falta de medidas apropiadas para evitarlo, y que se produce en una relación basada en la confianza. Estas agresiones incluirían el maltrato físico, sexual, psicológico o emocional, económico, abandono o negligencia, entre otros supuestos². De la concepción que subyace en torno a estas ideas, destacaremos su acertada y dilatada extensión, dado que

mencionado informe manifiesta que la prevalencia del abuso a los mayores en España era del 29.3% en 2016, disponible en [https://www.thelancet.com/journals/langlo/article/PIIS2214-109X\(17\)30006-2/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/langlo/article/PIIS2214-109X(17)30006-2/fulltext), consultado el 25-2-2021.

² <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/elder-abuse>, consultado el 24.2.2021. Comparte esta tipología de abusos IBORRA MARMOLEJO, I.: *Maltrato de personas mayores en la familia en España*, Fundación de la Comunitat Valenciana para el estudio de la violencia (Centro Reina Sofía), Valencia, 2008, p. 14.

¹ Así se ha informado en <https://www.who.int/es/news-room/14-06-2017-abuse-of-older-people-on-the-rise-1-in-6-affected>, consultado el 24.2.2021. El

en ella tendrán cabida, tanto los padecimientos ocasionados a las personas de edad dolosamente, como de forma imprudente, ampliándose de este modo el ámbito de protección de las víctimas. Fiel exponente de esta concepción del maltrato a la persona de edad resulta la definición aportada en la Primera Conferencia nacional de Consenso de Almería de 4 de mayo de 1995. En virtud de este documento se entendió que este tipo de agresiones se referían a «todo acto u omisión sufrido por persona de sesenta y cinco años o más, que vulnera la integridad física, psíquica, sexual y económica, el principio de autonomía, o un derecho fundamental del individuo, que es percibido por éste o constatado objetivamente, con independencia de la intencionalidad y del medio donde ocurra (familiar, comunidad, instituciones)». Como se puede apreciar en virtud de esta conceptualización, la protección dispensada se extendería incluso a situaciones en las que no ha de concurrir necesariamente una especial relación de confianza.

Por lo que respecta a la etiología de este tipo de maltrato, se suelen citar algunas variables propiciatorias del mismo. Así, factores individuales, tales como padecer una situación de salud deteriorada, el abuso de sustancias estupefacientes por parte del agresor o el mero hecho de ser mujer, existiendo por ello también un componente de género en este tipo de agresiones. En cuanto a las causas de tipo relacional, podemos traer a colación la convivencia familiar o la dependencia económica respecto de la víctima. En el plano comunitario, encontramos como causas el aislamiento social de los cuidadores y también de los mayores. Y por último, en atención a los factores socioculturales, debemos

reseñar los estereotipos de debilidad y dependencia de las personas de edad, el deterioro de los vínculos familiares, los sistemas sucesorios, la migración de los hijos o la carencia de medios económicos para dispensar un cuidado adecuado³. Asimismo, consideramos imprescindible hacer mención al denominado edadismo, como una de las causas del maltrato a los mayores por cuanto comporta el mantenimiento de estereotipos negativos hacia las personas por el hecho de ser mayor, llegando a provocar rechazo o exclusión hacia los mismos⁴. Nos encontramos ante un modelo social basado, entre otros valores, en el consumo y la exaltación de la juventud. Estas variables propician la pérdida de protagonismos de los mayores, siendo por tanto factores que abonan el surgimiento de la frustración y la violencia contra los grupos más vulnerables⁵.

Resulta también de notable interés exponer algunos indicadores de este tipo de agresiones con la finalidad de poder detectar este fenómeno de manera precoz. De este modo se cita por la doctrina científica la excesiva dependencia o el

³ Vid. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/elder-abuse>, consultado el 24.2.2021. Véase sobre los factores de riesgo IBORRA MARMOLEJO, I., quien incluye la depresión dentro de los mismos, indicando las dificultades para discernir si estamos ante una causa o consecuencia del maltrato, *op. cit.*, pp. 16-19. También véase sobre esta cuestión BOVER BOVER, A./MORENO SANCHO, M.L./MOTA MAGRAÑA, S. Y TALTAVULL APARICIO, J.M.: «El maltrato a los ancianos en el domicilio. Situación actual y posibles estrategias de intervención», *Aten. Primaria*, 2003, vol. 32, nº 9, p. 543.

⁴ Vid. sobre el edadismo y su relación con la sociedad productiva, la juventud y el poder GIRÓ MIRANDA, J.: «El maltrato hacia las personas mayores», *Ehquidad Internacional Welfare Policies and Social Work Journal*, nº 6, julio 2016, pp. 155-157.

⁵ Véase sobre esta cuestión BOVER BOVER, A./MORENO SANCHO, M.L./MOTA MAGRAÑA, S. Y TALTAVULL APARICIO, J.M., *op. cit.*, pp. 542 y 543-544.

aislamiento, mostrando algunas de estas circunstancias una particular sutileza, tales como sería el caso de la falta de higiene o la deshidratación, destacando en este sentido la valiosa labor que deben desempeñar los profesionales sanitarios, especialmente los vinculados al ramo de la enfermería, dado el estrecho contacto que ejercen, tanto con las víctimas como con sus cuidadores⁶.

Desgraciadamente, la actual situación de pandemia y confinamiento ha provocado un incremento de los casos de agresiones contra las personas de edad, tal y como se ha denunciado a través de los medios de comunicación y de organizaciones no gubernamentales⁷. A este respecto, debemos hacer obligada referencia a la gestión de la pandemia por parte de los centros asistenciales, la cual ha propiciado en no pocas ocasiones situaciones de grave violación de los derechos fundamentales de los mayores. En este sentido, resulta de especial interés señalar el informe titulado *Abandonadas a su suerte* de la organización Amnistía Internacional que denunció la desprotección y discriminación de los residentes, al excluirse de forma generalizada la derivación hospitalaria de los enfermos por COVID-19, así como la falta de medicalización de estos centros y el encierro e incomunicación de estas

personas, muchas de las cuales murieron en soledad⁸.

De igual modo, debemos destacar una vez más el impacto de las nuevas tecnologías en relación con las conductas de abuso de poder, en esta ocasión sobre víctimas de edad. En los últimos tiempos hemos asistido a episodios deleznable de maltrato difundidos a través de las redes sociales⁹. Estas actuaciones representan un plus de gravedad, no solamente por el notorio atentado a la salud, intimidad, propia imagen y dignidad, de las personas agredidas, sino también por el efecto llamada que pueden provocar en las redes sociales hacia individuos carentes de escrúpulos.

II. RESPONSABILIDAD PENAL

1. TIPOS PENALES

En materia de responsabilidad criminal, existe una amplia gama de tipos delictivos recogidos en el Código Penal susceptibles de ser aplicados a las conductas lesivas objeto de estudio y de los que podría derivarse la correspondiente responsabilidad civil por los daños causados a la persona de edad avanzada.

A) *El asesinato*

En primer lugar, debido a su incuestionable magnitud, haremos referencia a los

⁶ Sobre las actuaciones encaminadas a la detección del contrato destacaremos sobre esta cuestión BOVER BOVER, A./MORENO SANCHO, M.L./MOTA MAGRAÑA, S. Y TALTAVULL APARICIO, J.M., *op. cit.*, *Aten. Primaria*, 2003, vol. 32, n° 9, pp. 544-545.

⁷ En este sentido, por ejemplo, <https://elpais.com/espana/catalunya/2020-06-15/los-casos-de-maltrato-a-ancianos-en-barcelona-se-duplican-durante-el-confinamiento.html>, consultado el 22.2.2021 y https://www.age-platform.eu/sites/default/files/Human_rights_concerns_on_implications_of_COVID-19_to_older_persons_updated_18May2020.pdf.

⁸ Disponible en https://doc.es.amnesty.org/ms-opac/doc?q=abandonadas+a+su+suerte&start=0&rows=1&sort=fecha%20desc&fq=norm&fv=*&fo=and&fq=mssearch_mlt98&fv=gseg01&fo=and, consultado el 19.2.2021.

⁹ https://www.antena3.com/programas/espejo-publico/noticias/el-cruel-video-del-maltrato-a-una-anciana-en-una-residencia-de-ciempozuelos-esta-mos-en-la-casa-del-terror_202010025f770552179587000173e385.html y <https://diario16.com/dos-jovenes-maltratan-a-una-anciana-en-una-residencia-de-terrassa-y-lo-graban-en-video/>.

delitos contra la vida, cobrando especial virtualidad en este campo el asesinato, particularmente por lo que se refiere a la modalidad de concurrencia de la circunstancia de alevosía por desvalimiento. Sobre este particular, podemos mencionar, entre otras muchas, la STS de 26 de enero de 2016, por la que se juzgó el caso de una cuidadora que asfixió a la persona de ochenta y tres años a la que atendía, con el objeto de apropiarse del 50% de la vivienda en la que vivía. En esta resolución se hace referencia a la tradicional doctrina del TS, en virtud de la cual admitía en estos casos el mencionado tipo de alevosía: «(...) que consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas inválidas, o porque se hallaran accidentalmente privadas de aptitud para defenderse: persona dormida, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa [SSTS 915/2012, de 15-11 (RJ 2012, 11208); y 703/2013, de 8-10 (RJ 2014, 424) , *entre otras*] (...)»¹⁰.

Este parecer era también compartido por la jurisprudencia menor, a través de resoluciones como la SAP de Zaragoza (Sección 1^a) de 7 de noviembre de 2002, la cual conoció del asesinato de una anciana de ochenta y nueve años que se encontraba sentada a manos de su propio hijo, apreciándose, debido a estas circunstancias, la meritada alevosía por desvalimiento¹¹. En este sentido, también encontramos la SAP de Vizcaya (Sección 2^a) de 28 de octubre de 2016, por la que se condenó al acusado por un delito de asesinato concurriendo concretamente la alevosía sorpresiva y por desvalimiento, al atacar

a su suegra de ochenta y ocho años y cuarenta y nueve kilogramos de peso, con la que convivía, la cual se encontraba acostada y a la que propinó un severo golpe con un objeto contundente para posteriormente asfixiarla¹². En otras ocasiones, pese a la edad avanzada de la víctima se aprecia la concurrencia de la alevosía en su modalidad de proditoria y sorpresiva. Así se determinó en la SAP de Pontevedra (Sección 2^a) de 11 de abril de 2016, por la que se condenó a las dos empleadas de hogar por causar la muerte de un hombre de ochenta y cuatro años, con el objeto de apoderarse de su herencia, por haberle causado la muerte propinándole diversos golpes, tras asaltarle sorpresivamente en un lugar con dificultosa visibilidad¹³.

No obstante, parte de la doctrina penal se mostraba reacia a la admisión de la alevosía en estos supuestos, dado que la situación de especial vulnerabilidad no es creada por el sujeto activo del delito, sino que resulta aprovechada por el mismo. Por tanto la línea argumentativa que durante años mantuvo el Tribunal Supremo no resultaría acorde con la interpretación auténtica de alevosía establecida por el legislador en el art. 22.1^a del CP. Este precepto determina que existe alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido. Al hilo de esta cuestión debemos indicar que la reforma del CP de 2015 introdujo en el art. 140.1.1^a, el tipo agravado en el supuesto de ser la víctima menor de dieciséis años o persona especialmente vul-

¹⁰ RJ 2016/375.

¹¹ JUR 2003/30628.

¹² ARP 2016/1317.

¹³ ARP 2016/1027.

nerable. Esta previsión abonaría la tesis por la que se entiende que la muerte de estos sujetos no resulta necesariamente alevosa en todo caso¹⁴.

Por otra parte, en cuanto a la modalidad de acción exigida por el tipo, resulta particularmente significativa la SAP de Zaragoza (Sección 3^a) de 24 de junio de 1996, por la que se condenó por homicidio en comisión por omisión, a la pena de diez años de prisión al acusado, hijo de la finada, a quien sometió a un estado de total abandono, carente de las más elementales medidas higiénicas y de asistencia médica que la abocaron a la muerte¹⁵. A los efectos que comentamos, esta sentencia refleja la necesidad de concurrencia de una actuación activa por parte del agresor para la apreciación de la alevosía, siendo ésta incompatible con la muerte en comisión por omisión llevada a cabo por el condenado¹⁶.

B) La eutanasia

Una modalidad típica, en el seno de los delitos contra la vida, de relevante interés en la actualidad, es la relativa a la eutanasia, regulada y penada en su modalidad activa en el art. 143.4 del CP. Como resulta consabido, este delito contiene una atenuación penológica respecto de los tipos precedentes relativos a la inducción y cooperación al suicidio. Por lo que atañe a este supuesto, parte de la doctrina penalista abogaba por la despenalización

de la eutanasia con anterioridad a la aprobación de la Ley Orgánica 3/2021, de 25 de marzo, de regulación de la eutanasia, por cuanto el derecho a la vida habría de dejado de tener valor para su titular¹⁷. Ésta reciente normativa prevé la inclusión de un nuevo apartado 5 art. 143 del CP, mediante el que se despenalizan las conductas realizadas con arreglo a dicha Ley Orgánica. Asimismo se establece una atenuación en cuanto a la pena prevista en el art. 143.4 del mismo texto legal.

Sobre el contenido de la ley que comentamos, nos referiremos a dos aristas que la misma presenta difíciles de conciliar con la actual concepción de los derechos de las personas con discapacidad. Por una parte, encontramos aquella relativa al ámbito de aplicación de la eutanasia, y por otra, la cuestión de la voluntad de las personas privadas de capacidad para consentir. Así, en primer término, la literalidad del art. 5.d) abonaría la posibilidad de aplicar la eutanasia a las personas aquejadas de una grave discapacidad, dado que así puede ser entendido el «padecimiento grave, crónico e imposibilitante» previsto en la norma como circunstancia que justifica la petición de ayuda a morir. Sobre esta cuestión, el legislador efectúa una interpretación auténtica en el art. 3.b) conceptuando esta expresión, en términos excesivamente vagos, como la «situación que hace referencia a limitaciones que

¹⁴ En este sentido se ha pronunciado MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 47.

¹⁵ ARP 1996/651.

¹⁶ Propugna la existencia de un comportamiento activo para apreciar la alevosía ARIAS EIBE, M.J.: «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, enero, 2005, p. 5.

¹⁷ Véase en este sentido JUANATEY DORADO, C.: «Una defensa de la ley de eutanasia», disponible en <https://www.levante-emv.com/opinion/2021/02/13/defensa-ley-eutanasia-34623218.html>, consultado el 24.2.2021. Incluso otros autores abogaban por la aplicación del estado de necesidad como causa de justificación cuando quien padece la grave enfermedad sufre dolores de entidad considerable y solicita el auxilio para morir, *vid.* en este sentido MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 68-69.

inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permiten valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría aceptable. En ocasiones pueden suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico».

En relación con este extremo la ONU a través de la Opinión del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre el proyecto de ley de Eutanasia de España, se ha manifestado contundente en relación con este extremo mostrando su profunda preocupación al respecto. Así ha declarado que, pese a las reformas operadas en el texto legal que la referida definición: «(...) supone una clara evocación a las personas con discapacidad, discriminándolas y estigmatizándolas como vidas de menor valor, pues al margen del término imposibilitante, que resulta por sí mismo peyorativo, al definir esa situación se habla con toda claridad de circunstancias que generan una discapacidad (...)». Y con posterioridad cuando añade que «(...) En definitiva, el texto legal podría constituir una invitación pública a que las personas con discapacidad, especialmente con discapacidades graves, opten por la terminación de su vida (...)».

Por lo que respecta al segundo de los interrogantes, con arreglo al art. 5.2 del texto legal objeto de análisis, el consentimiento actual para la solicitud del derecho a morir de la persona incapaz para prestarlo, quedaría suplido por la presentación del documento de instrucciones previas o análogos, toda vez que el médico responsable declarase su inca-

pacidad. Esta previsión supone que una exclusiva decisión facultativa, sin control judicial alguno, cercenaría la posibilidad de revocación de la solicitud de eutanasia realizada con anterioridad por la persona que padece la incapacidad. Además, esta norma infringiría la actual regulación de la capacidad jurídica de estas personas por cuanto 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, establece como principio la capacidad de la persona y la existencia preceptiva de mecanismos de apoyo para posibilitar la prestación del consentimiento del interesado. En este sentido, la Exposición de Motivos de la citada norma establece que: (...) la idea central del nuevo sistema es la del apoyo a la persona que lo precise (...), ejemplificando este soporte en acompañamiento amistoso, ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas, el consejo o la toma de decisiones delegada. E incidiéndose en que «(...) la nueva regulación trata de atender no solo a los asuntos de naturaleza patrimonial, sino también a los aspectos personales, como pueden ser los relativos a decisiones sobre vicisitudes de su vida ordinaria— domicilio, salud, comunicaciones— (...)».

Desde nuestra consideración la existencia de un documento de instrucciones previas, no puede justificar por sí mismo la aplicación de la eutanasia a las personas imposibilitadas de prestar el consentimiento a juicio del facultativo. Esta posibilidad infringiría el derecho a la revocación de la solicitud de prestación de ayuda a morir. Piénsese en las hipótesis en las que pudiera haber existido otras manifestaciones posteriores contrarias a la eutanasia, otorgadas por ejemplo ante

los preceptivos testigos o testigos, no habiendo llegado este documento a incorporarse en la historia clínica. O que incluso la persona, de contar con el apoyo suficiente pudiera ser capaz de manifestar su voluntad contraria y no se haya efectuado ninguna acción encaminada para hacer efectivo este derecho. Entendemos que en estos supuestos resulta preceptivo el control judicial que valore las circunstancias concurrentes en el caso para la adopción más adecuada respecto de los intereses del afectado.

La citada Opinión del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad considera a estos efectos que «(...) basta la opinión de un médico —sin control alguno de carácter judicial ni de cualquier otra naturaleza— que entienda que el paciente no se encuentra en el pleno uso de sus facultades, para que en el caso de la eutanasia pueda aplicarse si la persona, en una situación previa a la discapacidad o enfermedad, la eligió para el futuro en un documento de instrucciones previas, sin que se le permita modificar la elección realizada entonces (...).

En el fondo de estos asuntos late, desde nuestra consideración, el tema fundamental relativo al consentimiento libre a la eutanasia. A estos efectos opinamos que, sin el debido acompañamiento de una ley de cuidados paliativos y de la efectividad ley de la dependencia que cubra las necesidades reales de los más vulnerables y de sus familias, resulta más que cuestionable la existencia de un consentimiento libre de coacciones y presiones. Y ello es así porque en un buen número de casos, las peticiones eutanásicas vienen motivadas principalmente por el dolor físico experimentado como consecuencia de la enfermedad o el sentimiento de representar una carga familiar.

C) *El delito de lesiones*

Centrando la atención ahora en las agresiones contra la salud en su dimensión física o psicológica de los mayores, éstas podrán ser subsumidas en las figuras de lesiones (tanto dolosas como imprudentes, de seguirse la conceptualización de maltrato de la OMS), de los arts. 147 y ss. del CP. En este ámbito cobra especial complejidad exegética las producidas en comisión por omisión, cuando sea posible apreciar la posición de garante del cuidador de la persona de edad que ha sufrido el menoscabo.

Así, la STS de 10 de noviembre de 2009 (Sección 1^a), condenó a la acusada, conviviente con la víctima de avanzada edad por someterla a una severa privación alimenticia que le originó reiterados episodios de malnutrición y deshidratación, los cuales provocaron diversos ingresos de la misma en un centro hospitalario. Con fundamento en la concurrencia de estas omisiones, el Alto Tribunal consideró la concurrencia de un delito de lesiones dolosas¹⁸. Por lo que respecta a las lesiones causadas por imprudencia profesional, resulta de interés destacar la SAP de Zaragoza (sección 3^a) de 7 de marzo de 2013, en la que se determinó la existencia de un este delito al no proporcionarse a la víctima, de ochenta y seis años, los cuidados preceptivos, tales como curas y movilidad de manera periódicas, para evitar las graves úlceras de decúbito que padeció¹⁹. Este supuesto se erigiría en un claro ejemplo de aplicación de la doctrina de la comisión por omisión, dada la posición de garante que ostenta el Director del centro residencial, quien guarda a la persona ma-

¹⁸ RJ 2010/117.

¹⁹ JUR 2013/114624.

yor, en este supuesto aquejada además de Alzheimer.

En otras ocasiones y en relación también con la patología ulcerosa (afectación que, dicho sea de paso, presenta una amplia prevalencia entre los pacientes geriátricos), encontramos resoluciones en las que se declara la inexistencia de responsabilidad penal, debido precisamente a la ausencia de verificación del nexo causal, entre las eventuales omisiones de los profesionales y el resultado lesivo. De este modo, la Auto de la AP de Valladolid (Sección 4ª) de 10 de diciembre de 2003, estableció que las úlceras que sufrió la residente de ochenta y un años y aquejada de Alzheimer no reprochables desde el punto de vista penal, dado que se tomaron los medios para el correcto cuidado de las personas ingresadas, no obstante se produjeron las úlceras²⁰.

D) El delito de malos tratos en el ámbito familiar

En la exposición que nos ocupa merece una mención especial el delito de malos tratos en el ámbito familiar contenido en el art. 153 del CP, el cual recoge explícitamente la mención a «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor». Entendemos que dicha previsión sería aplicable a las personas de edad avanzada, siempre que concurren efectivamente especiales circunstancias de vulnerabilidad.

Ejemplifica esta cuestión la SAP de Ciudad Real (Sección 1ª) de 4 de marzo de 2005, que condenó al acusado, además hijo de la víctima de avanzada edad, por ejercer sobre ella violencia física y psíquica mediante acciones que consistieron desde rociarla con vinagre, aban-

donarla en la calle y amenazas de muerte que provocaron la huida de la misma en busca de refugio en el domicilio de unos parientes²¹. En el análisis del tipo objetivo de este delito también encontramos la problemática acerca de la no consideración de los auxiliares de las residencias geriátricas como personas convivientes respecto de la víctima. Sobre este extremo igualmente se ha pronunciado la jurisprudencia menor, verbigracia, la SAP de Segovia (Sección 1ª) de 23 de mayo de 2019, al conocer de un caso en el que la acusada, auxiliar de una residencia golpeó a una residente de noventa y un años enferma y postrada en la cama, causándole diversos hematomas. La Sala entendió que entre los auxiliares de las residencias de mayores y sus usuarios no existe una relación de convivencia por lo que, de provocarse las lesiones a que hace referencia el art. 153, resultarían subsumibles en el apartado 2 del art. 153, el cual remite a las personas del art. 172.3 del CP entre las que se destaca las personas de especial vulnerabilidad sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados²². En el mismo sentido se manifestó la SAP de Almería (Sección 3ª) de 22 de mayo de 2007, por la que se condenó a un auxiliar de una residencia por las contusiones provocadas a una residente que padecía Alzheimer²³.

E) Los delitos contra la libertad sexual

En materia de delitos contra la libertad sexual, debemos reseñar la mención explícita que realiza el art. 180.1.3ª a la edad, como circunstancia de especial vulnerabilidad, la cual justificaría la

²⁰ JUR 2004/77985.

²¹ JUR 2005/79829.

²² ARP 2019/1231.

²³ JUR 2011/204199.

aplicación automática del tipo cualificado contenido en dicho precepto relativo a las agresiones sexuales. En virtud de esta previsión normativa elevaría la pena hasta llegar al marco teórico de los quince años de prisión para el caso de las conductas de acceso carnal descritas en el art. 179 del CP. Para la aplicación de este precepto la doctrina penalista exige la concurrencia de cierta violencia o intimidación, dado que en caso contrario estaríamos en presencia de un abuso sexual, debiéndose aplicar en esta ocasión el 181.5 como tipo cualificado de los denominados abusos sexuales²⁴.

F) *El delito contra la integridad moral*

Por otro lado, el delito contenido en el art. 173 del CP abarcaría aquellas conductas que supongan el infligir en la víctima un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral. El bien jurídico de esta figura delictiva queda residenciado en la evanescente integridad moral, la cual debe ser entendida de forma autónoma respecto de otros intereses del sujeto pasivo²⁵. Igual línea exegética mantiene el Tribunal Supremo en Sentencias como las de 2 de noviembre de 2004, 6 de abril de 2000 o 3 de octubre de 2001²⁶. Por tanto, en este precepto tendrían cabida las humillaciones, vejaciones, etc., de las que pudiera ser objeto la persona de edad, y de entre las que también debemos hacer especial mención al infantilización, fenómeno que estaría catalogado como un tipo de maltrato psi-

cológico²⁷. Y todo ello sin perjuicio de la punición por otros delitos que resultasen también de aplicación, de ocasionarse la vulneración de otros bienes jurídicos diferentes pertenecientes a la víctima, tales como lesiones, amenazas, coacciones, etc.

La figura delictiva que comentamos fue apreciada por la SAP de Asturias de 27 de mayo de 2014 (Sección 3ª), al conocer un caso en el que la imputada, conviviente con la víctima de avanzada edad, la sometió a reiterados episodios de malos tratos y menosprecios²⁸. Explícitamente en esta ocasión se consideró la concurrencia de los requisitos del tipo agravado del art. 173.2 del CP al acaecer los hechos en el seno de una relación de convivencia con la persona agredida. Por su parte, la STS de 10 de noviembre de 2009 (Sección 1ª), afirmó que para la apreciación de este delito se requiere el ejercicio de violencia física o psíquica por parte del agresor de forma continuada, creando una situación de dominación mediante un comportamiento activo, por lo que no consideró su concurrencia en este caso. Sobre esta resolución destacamos el Voto Particular que contiene. En el mismo, se expone la necesidad de incriminar la conducta aplicando el art. 172.3 del CP y acudiendo para ello al expediente de la comisión por omisión del art. 11 del CP. Para llegar a esta conclusión se toma en consideración la omisión de alimentos a la víctima, respecto de la cual la acusada ostentaba una posición de garante y los malos tratos consignados en el relato de hechos probados²⁹.

²⁴ MUÑOZ CONDE, F., 2013, *op. cit.*, p. 227.

²⁵ En este sentido ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: *Derecho Penal español Parte especial* (Dir. F.J. ÁLVAREZ GARCÍA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 328.

²⁶ RJ 2004/8007, RJ 2000/3438 y RJ 2001/8551 respectivamente.

²⁷ Así se ha informado en <https://www.abc.es/familia-padres-hijos/20130519/abci-trato-mayores-201305151157.html>, consultado el 3.3.2021.

²⁸ ARP 2014/677.

²⁹ RJ 2010/117.

G) *Los delitos contra la libertad ambulatoria: el uso de contenciones*

Por otra parte, los delitos tradicionales contra la libertad, amenazas, coacciones, detenciones ilegales, etc., ostentan una notable relevancia en materia de uso ilegítimo de contenciones, sedaciones forzadas y restricciones no justificadas de la deambulación o el movimiento aplicadas sobre las personas mayores³⁰. En esta materia no contamos con un marco legal común a nivel estatal que legitime estas restricciones a la libertad ambulatoria, habiendo visto la luz en los últimos tiempos alguna normativa autonómica, recomendaciones a nivel de la Unión Europea en este sentido, así como diversos protocolos nacionales, con el objeto de dar solución a esta delicada cuestión³¹.

El uso de las sujeciones sobre este grupo de población puede provocar paradójicamente deterioros físicos y psicológicos de extrema gravedad. Desde erosiones cutáneas y lesiones musculares hasta la muerte por asfixia, pasando por el deterioro cognitivo, la depresión o el sentimiento de vergüenza. No obstante

³⁰ La referida SAP de Asturias (Sección 3ª) de 27 de mayo de 2014, ARP 2014/677, también condenó a la acusada por el delito de detención ilegal, dado que había encerrado a la víctima durante dos días, siendo rescatada por los servicios sociales.

³¹ Así, podemos citar también, algunas disposiciones que se han ido dictando en los últimos tiempos en relación con el empleo de sujeciones: la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 22 de septiembre de 2004; el art. 6 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Cantabria 2/2007 de 27 de marzo; el art. 47.2.i de la Orden valenciana de 4 de febrero de 2005 de la Conselleria de Bienestar Social de 15 de febrero de 2005; el art. 5.1.g del Decreto catalán 176/2000 de 15 de mayo; el art. 9.1.n de la Ley Balear 4/2009 de Servicios Sociales, de 11 de junio, el art. 17.2 del Decreto de la Comunidad Autónoma de Asturias 79/2002 de 13 de junio por el que se aprueba el Reglamento de Centros de Atención de Servicios Sociales sanitarios de 2019.

lo anterior, existen situaciones que justifican el empleo de estos medios, si bien deberá determinarse normativamente las debidas limitaciones y garantías a este respecto, siendo deseable la existencia de una norma que regule en el ámbito estatal esta problemática, tanto en el entorno residencial como en el domiciliario. En este último espacio con más asiduidad se emplean incluso sujeciones no homologadas, no existiendo además una observación constante por parte del personal sanitario, creándose con ello graves riesgos adicionales para la persona de edad sometida a contención.

Sobre este particular, debemos traer a colación, debido a su singularidad, el Decreto Foral de Navarra 221/2011, de 28 de septiembre por el que se regula el uso de sujeciones físicas y farmacológicas en el ámbito de los servicios sociales residenciales de la Comunidad Foral de Navarra, como uno de los escasos textos normativos dedicados al correcto uso de las contenciones mecánicas y farmacológicas en el ámbito geriátrico. Sin embargo, como ya hemos indicado, en el ámbito domiciliario, la aplicación de sujeciones carece de normativa, existiendo únicamente en esta materia protocolos de actuación, como, por ejemplo, los elaborados en Aragón y el País Vasco³². La norma objeto de análisis aporta en el art. 3 un concepto amplio de sujeción física, entendiendo por tal aquella que implica una intencionada limitación de la es-

³² <https://www.aragon.es/documents/20127/6347030/Protocolo+BBPP+Uso+Sujeciones+2019.pdf/dbe35d2c-921b-c903-970f-02babbb16c8e?t=1571989414191>, consultado el 1.3.2021. Y <https://www.euskadi.eus/gobierno-vasco/-/noticia/2019/revision-y-actualizacion-del-protocolo-de-buenas-practicas-en-el-uso-de-medidas-de-sujecion-en-el-ambito-domiciliario-y-centros-asistenciales-sociales-y-sanitarios-en-aragon/>, consultado el 1.3.2021.

pontánea expresión o comportamiento de una persona, o de la libertad de sus movimientos, o su actividad física, o el normal acceso a cualquier parte de su cuerpo, con cualquier método físico aplicado sobre ella, o adyacente a su cuerpo, del que no puede liberarse con facilidad. Por lo que respecta a la contención de naturaleza farmacológica, también definida en este precepto, se entenderá la misma como la también intencionada limitación de la espontánea expresión o comportamiento de una persona, o de la libertad de sus movimientos, o su actividad física, mediante cualquier fármaco³³. De igual modo, se distingue en el citado Decreto, por una parte, un procedimiento ordinario, en el que se exige consentimiento informado del interesado y la prescripción facultativa. Y por otra, aquel de carácter urgente, regulado en los arts. 10 y ss., el cual prescinde de la anuencia del residente, pudiéndose adoptar carente de pauta médica y únicamente para el caso de sujeciones físicas. Esta última vía se

podrá adoptar para evitar daños graves, de forma inminente, a la propia persona o a terceros, en circunstancias de extraordinaria necesidad o urgencia que impidan que se aplique el procedimiento anteriormente descrito³⁴.

Sobre este particular y en consonancia con el art. 763 de la LEC, debemos indicar que, nos encontramos, al aplicar estas contenciones, ante una restricción notablemente más severa y comprometida con la salud del afectado que un mero internamiento en un centro hospitalario. Es por ello que, desde nuestra consideración, la autorización judicial debe ser el principio rector en la aplicación de estas medidas, tanto en las hipótesis que obliguen a utilizar estos medios con carácter habitual (por ejemplo, para evitar caídas durante el descanso nocturno), como en relación con su uso de modo puntual, debido a un estado de agitación aislado. Estas medidas habrán de ser siempre prescritas por un facultativo (salvo que por motivos de urgencia el personal de enfermería deba adoptarlas, comunicándose esta decisión de inmediato al facultativo).

En nuestra opinión, la aplicación de sujeciones ha de comunicarse en todo caso a la Autoridad Judicial. Asimismo, en aquellos supuestos en los que se prevea que la duración de la medida haya de pro-

³³ Asimismo, el art. 4 del mencionado Decreto establece los principios básicos que orientan el uso de las sujeciones. A saber, la dignidad de la persona, el respeto a su libertad, y a la promoción de su autonomía; la información adecuada sobre los tratamientos o medidas necesarias y el rechazo de cualquier daño, sufrimiento o deterioro innecesario en la aplicación de estas medidas. De igual modo, se consagran en el art. 5 los derechos de los usuarios en relación con la aplicación de las contenciones, haciendo de este modo referencia a un trato digno que garantice su libertad y autonomía; una valoración individualizada de sus necesidades y problemas, de acuerdo a sus características y riesgos potenciales; recepción de información previa, de forma clara y sencilla, sobre las ventajas e inconvenientes de la aplicación de sujeciones, así como del uso de barandillas, a fin de que puedan dar su consentimiento específico y libre; posibilidad de rechazo a la aplicación de sujeciones, tratamientos farmacológicos psicotrópicos y de barandillas, sin temor al abandono del cuidado debido; derecho de los usuarios a vivir libres de sujeciones impuestas por disciplina o por conveniencia.

³⁴ En el ámbito médico, y como fruto de la especial sensibilidad creciente en torno a la eliminación de las contenciones sobre las personas de edad, resulta de interés el Documento de Consenso de la Sociedad Española de Geriátrica y Gerontología de 2014, Sobre esta cuestión, subrayaremos la recomendación de notificar a la autoridad jurisdiccional el uso de las contenciones en casos de urgencia, debiendo autorizarlo el Juez en caso de discrepancia entre el facultativo y los familiares, disponible en https://www.segg.es/media/descargas/Documento_de_Consenso_sobre_Sujeciones.pdf, consultado el 1.3.2021.

rrogarse más allá del tiempo necesario en el que deba surtir efectos la primera dosis de fármacos prescritos para tratar la agitación, deberá recabarse la oportuna ratificación judicial para el mantenimiento de la contención, a la vista del informe del Médico Forense. Igualmente, se deberá solicitar autorización judicial en los supuestos de utilización habitual de estos mecanismos, debiéndose revisar periódicamente la necesidad de continuar con los mismos. En todo caso el tiempo de sometimiento a estas medidas no podrá extenderse al previsto, según el estado actual de la Medicina, a aquel en el que se prevea la aparición de consecuencias graves para la salud de la persona, como sería el caso de la formación de trombos originados por la falta de movilidad.

Por lo que respecta a la ejecución de estas medidas, las mismas deberán contar con el preceptivo tratamiento médico, acorde con las características de la persona para hacer más llevadera la situación y con la patología que padezca, debiéndose documentar su prescripción y realizándose una vigilancia constante y minuciosa de su aplicación por parte del personal sanitario. Igualmente, en caso de observarse síntomas que desaconsejen el mantenimiento de esta medida, como sería la presencia de broncoaspiraciones o hipoxia, se deberá liberar a la persona de forma inminente y adoptar las medidas terapéuticas adecuadas. De ahí la imperiosa necesidad de un control continuo de las constantes del paciente. Finalmente, debemos indicar que los familiares deberán estar perfectamente informados sobre el empleo de estas medidas de contención³⁵.

³⁵ *Vid.* en cuanto a la protocolarización del empleo de sujeciones https://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/im_089261.pdf,

Sobre esta cuestión, debemos recalcar que el uso indebido de las privaciones de la libertad ambulatoria y sus nefastas consecuencias han cobrado especial alcance durante el confinamiento decretado por la actual situación de pandemia. En este sentido, organizaciones como *Amnistía Internacional* ha denunciado en el Informe titulado *Abandonadas a su suerte*, el encierro que durante la pandemia sufrieron un buen número de personas mayores en las habitaciones de los centros residenciales durante semanas sin la debida supervisión de las autoridades, algunas de las cuales llegaron a morir en soledad³⁶. Por su parte, la organización *Médicos sin fronteras* en el Informe rubricado *Poco, tarde y mal*, apunta a que asilamiento decretado en muchas residencias no tuvo en cuenta las necesidades físicas, cognitivas y emocionales de las personas de edad, muchas de las cuales dejaron de comer y de tomar los tratamientos farmacológicos prescritos, falleciendo como consecuencia de ello³⁷.

H) Los delitos contra la intimidad

Los datos personales, de todo tipo, pertenecientes a la persona de edad, quedan sometido a una intensa actividad de tratamiento, especialmente por parte

donde se señala, entre otras la necesidad, la necesidad de su adopción por parte de un facultativo, salvo por motivos de urgencia, el preceptivo registro de actuaciones, la comunicación de la situación al Juez antes de las veinticuatro horas o la comunicación a los familiares del uso de la contención.

³⁶ Pp. 55-61, disponible en https://doc.es.amnesty.org/ms-opac/doc?q=abandonadas+a+su+suerte&start=0&rows=1&sort=fecha%20desc&fq=norm&fv=*&fo=and&fq=mssearch_mlt98&fv=gseg01&fo=and, consultado el 19.2.2021.

³⁷ Pp. 58-60, disponible en <https://msfcovid19.org/wp-content/uploads/2020/08/aaff-msf-informe-covid19-residencias-baja.pdf>, consultado el 3.3.2021.

de las entidades encargadas del servicio asistencial, concretamente con anterioridad al ingreso del usuario en el centro residencial. En ese momento, se produce un considerable tráfico de datos con el objeto de evaluar desde la solvencia hasta el estado de salud del futuro residente. A los excesos cometidos en este ámbito les resultarían de aplicación los art. 197 y ss. del CP, en los que encontramos referencias a personas discapacitadas necesitadas de especial protección. Desde nuestra consideración la referencia a la idea de vulnerabilidad hubiera sido más acertada, dado que la edad avanzada no se corresponde con la existencia en todo caso de una discapacidad, resultando, por otro lado, la referencia exclusiva a la edad también insatisfactoria. A estos efectos, consideramos que la inclusión somera a la edad, sin más especificaciones, bien pudiera constituirse en un signo de edadismo al equipararse la edad avanzada con vulnerabilidad, circunstancia que no conlleva una relación de estricta necesidad³⁸.

En relación también con la discapacidad, como elemento de tipo objetivo, encontramos los arts. 510 y ss. del CP, los cuales disciplinan los denominados delitos de odio. En este sentido, debemos señalar las referencias expresas a la discapacidad de la víctima como motivo que impulsa la comisión delictiva. No obstante, tal y como hemos manifestado, dicha discapacidad no se corresponde nece-

sariamente con la condición de avanzada edad del sujeto, por lo que este concepto resulta insuficiente, debiéndose incluirse en estas hipótesis al denominado edadismo como causa de la acción criminal.

I) Los delitos contra el honor

En relación con estos delitos, en particular por lo que se refiere a las injurias recogidas en los art. 208 y ss. del CP, debemos manifestar que representan una de las modalidades típicas de notable prevalencia en la práctica, dado que suponen acciones o expresiones que lesionan la dignidad de las personas, menoscabando su fama o contra su propia estimación. En consonancia con la configuración típica y la pena prevista por el texto legal, se aprecia una carga lesiva inferior hacia el perjudicado en comparación con otros delitos con los que guarda ciertas semejanzas, como el relativo a los ataques contra la integridad moral. A estos efectos, mencionemos la posibilidad de aplicación del tipo agravado de injurias, de cometerse éstas con publicidad, mediante cualquier medio de difusión, incluyéndose con ello las vías de comunicación *online*, así como la posibilidad de su comisión por parte de las personas jurídicas, de conformidad con el arts. 209 a 212 del CP.

J) Los delitos contra el patrimonio

Finalmente, y sin ánimo exhaustivo, debemos hacer también mención a los delitos contra la propiedad, tales como robos, hurtos, estafas, etc., los cuales son susceptibles también de ser cometidos contra el patrimonio de los mayores, tanto en las situaciones de aislamiento como aquellas de convivencia familiar y que suponen un supuesto de maltrato,

³⁸ Sobre el edadismo y la referencia a la edad en materia de consumidores especialmente vulnerables se ha manifestado GRAMUNT FOMBUELA, M., en el sentido de exigir la presencia de circunstancias de vulnerabilidad a propósito del análisis del art. 11.2c) del CCon Catalán, «Las personas mayores como colectivo especialmente vulnerable en el ámbito del consumo», *Revista de Bioética y Derecho*, n° 45, 2019, pp. 155-156.

con arreglo a la conceptualización extensa que propugnamos en este estudio. En este campo, resulta significativa la mencionada STS de 10 de noviembre de 2009 (Sección 1ª), la cual también enjuició la posibilidad de apreciación del delito de estafa, por cuanto la agresora consiguió obtener la totalidad del patrimonio mobiliario e inmobiliario de la víctima. No obstante lo anterior, el Tribunal Supremo no estimó la responsabilidad delictiva, dado que consideró que no existía el preceptivo engaño antecedente del delito de estafa, ostentado además la presunta estafada sus plenas capacidades intelectivas y volitivas en el momento de efectuar los correspondientes trasposos patrimoniales a favor de la acusada³⁹.

En relación con estas cuestiones y el abuso de las nuevas tecnologías, la protección brindada por el Derecho Penal en este ámbito quedaría residenciada, a través de las estafas informáticas recogidas en el art. 248.2.a) del CP, o incluso en el delito de usurpación de estado civil que pueda servir para materializarlas, del art. 401 del CP, siempre que dicha suplantación incluso momentánea, para entenderse consumada, haya propiciado el ejercicio de algún derecho que autoriza el estado civil⁴⁰.

2. AGRESORES MAYORES DE EDAD

Dentro de este grupo se incluyen los eventuales sujetos activos del delito mayores de dieciocho años. En la materia que nos ocupa tiene una especial prevalencia como sujeto activo del delito el cónyuge y los parientes convivientes o personas

con análoga relación, como por ejemplo cuidadores, tanto en el propio domicilio de la víctima como en el medio residencial o en centros de día, etc. En estos supuestos la responsabilidad penal habrá de dilucidarse mediante la subsunción de los hechos en las modalidades típicas expuestas con anterioridad catalogadas en el Código Penal, debiéndose ajustar los marcos penológicos a las circunstancias concretas del caso. De entre las consecuencias previstas en las normas penales para estos sujetos responsables, cabe destacar los inconvenientes que presenta, en ocasiones, la ejecución de la pena de alejamiento, puesto que puede llevar aparejada el desarraigo de la víctima respecto de su entorno al quedar en situación de desamparo. Para evitar estas perniciosas consecuencias, propugnamos que la medida de sometimiento del agresor a programas formativos, condicionando su participación a la suspensión de la pena impuesta, de forma análoga a lo previsto en el art. 83.2 del CP para los delitos de violencia de género.

Del mismo modo, debemos hacer mención a la necesidad de imponer la pena de inhabilitación especial contenida en algunos de los tipos penales analizados, en conjunción con la pena accesoria de esta naturaleza del art. 56.3º del CP, particularmente en los supuestos de agresores en su condición de profesionales que prestan servicios asistenciales, resultando inconcebible que estos agresores continúen desempeñando su labor profesional.

Sobre esta cuestión, debemos reseñar que hallamos resoluciones que imponen la mencionada pena restrictiva de derechos, mientras que en otros supuestos no se realiza esta subsunción, debido probablemente a que no fue solicitada esta pena en los correspondientes escritos de

³⁹ RJ 2010/117.

⁴⁰ MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, 2013, p. 299.

calificación de las partes acusadoras. De este modo, citaremos, como ejemplo algunas sentencias que tratan específicamente estas cuestiones como la SAP de Segovia (Sección 1ª) de 23 de mayo de 2019, la cual rebajó la pena de inhabilitación especial a un año y medio para el cuidado de ancianos, que había impuesto el Juzgador de Instancia al auxiliar de la residencia que agredió a una usuaria⁴¹. Por otro lado, la SAP de Almería (Sección 3ª) de 22 de mayo de 2007, no realizó mención alguna sobre la pena que comentamos, al conocer de la agresión de otro auxiliar que provocó policonusiones a una anciana desvalida usuaria de un centro residencial⁴². Tampoco se aplicó dicha consecuencia penológica por parte de la SAP de Zaragoza (Sección 3ª) de 7 de marzo de 2013, por la que se condenó a título de omisión al Director de una residencia por las úlceras de decúbito padecidas por una anciana⁴³.

En relación con las causas de justificación cobra especial relevancia en relación con el objeto de estudio que nos ocupa, la relativa a la intoxicación y al trastorno mental transitorio recogidas en los art. 20.1º y 2º del CP. En cuanto a la primera de estas hipótesis, hemos señalado con anterioridad que las dependencias a sustancias tóxicas se erigen como una de las posibles causas del maltrato a los mayores. Y por lo que respecta al segundo supuesto, debemos referirnos, por ejemplo, a las situaciones de *burnout* o síndrome del cuidador, caracterizado por el agotamiento emocional del mismo ante la atención constante que en ocasiones precisan las personas de edad avanzada. En aquellos supuestos en que esta afectación alcanzase especial gra-

vedad, la misma podría llegar a exculpar total o parcialmente al agresor; tanto en las hipótesis de cuidado informal, como en aquel que se haya institucionalizado, dependiendo de la afectación a las facultades intelectivas o volitivas del sujeto activo⁴⁴.

Por lo que respecta a las circunstancias accidentales al delito, destacaremos, en primer lugar, la virtualidad de la circunstancia mixta de parentesco, siempre que esta relación no esté prevista especialmente en el tipo de que se trate, en evitación de la infracción del principio *non bis in idem*. Como resulta consabido, en el campo de los delitos contra bienes personalísimos esta circunstancia opera como mecanismo agravatorio de la pena, inversamente a lo que sucede con los delitos de contenido patrimonial⁴⁵. En segundo lugar, también resultará útil recurrir a la hora de enjuiciar una situación de maltrato al expediente del abuso de circunstancias de tiempo, lugar o auxilio de otras personas que debiliten la defensa o faciliten al impunidad, etc. o el abuso de confianza, con arreglo al contenido del art. 22 del CP. Igualmente, consideramos preceptiva una modificación relativa a la circunstancia cuarta del referido precepto el sentido de incluir en su redacción la referencia expresa a la agravante de edadismo, como motivo que impulsa la comisión delictiva por parte del sujeto activo, el cual no resulta identificable con el concepto de discapacidad⁴⁶.

⁴⁴ Sobre este particular destacamos el estudio de PEINADO PORTERO, A.I., Y GARCÉS DE LOS FAYOS RUIZ, E.J.: «*Burnout* en cuidadores principales de pacientes con Alzheimer: el síndrome del asistente desasistido», *Anales de Psicología*, vol. 14, nº 1, 1998, pp. 83 y ss.

⁴⁵ En este sentido DOVAL PAIS, A.: «Ámbito de aplicabilidad de la circunstancia mixta de parentesco según la naturaleza del delito y delitos de tráfico de drogas», *Revista Penal*, nº 6, 2000, p. 31.

⁴⁶ Resulta también reseñable la ausencia de la referencia a la edad como motivo discriminatorio

⁴¹ ARP 2019/1231.

⁴² JUR 2011/204199.

⁴³ JUR 2013/114624.

3. AGRESORES MENORES DE EDAD

En los últimos tiempos hemos podido también constatar la existencia de casos de agresiones contra las personas mayores, por parte de sujetos menores, siendo habitual que ostenten la condición de nietos de las víctimas, particularmente en los supuestos de convivencia con la víctima en el mismo núcleo familiar⁴⁷. Con arreglo al concepto amplio de maltrato que sostenemos en este trabajo, las situaciones de hostigamiento también se extenderían a los supuestos habidos en relaciones de naturaleza análoga, tales como aquellas basadas en lazos de amistad, vecindad o incluso de índole laboral, en cuyo seno el menor perjudicase los intereses de la persona de edad. Sobre esta problemática, podemos hacer referencia a los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística en el año 2019, los cuales reflejaron que en 2017 denunciaron malos tratos 112 personas, en su condición de abuelos. Con posterioridad, en el año 2018 la cifra ascendió de modo preocupante a 142 de estos mayores, con un incremento por tanto del 26%. Así las cosas, debemos manifestar que se observa la mayor tasa de variación as-

del art. 14 de la CE, el cual introduce una cláusula general de cierre, haciendo referencia a «cualquier otra circunstancia personal», en la que es posible subsumir las conductas contrarias al derecho a la igualdad de los mayores.

⁴⁷ ZAMORA, M.A.: «Más de cuarenta padres y abuelos denunciaron agresiones de hijos o nietos en el último año», disponible en <https://www.diariodeleon.es/articulo/leon/mas-40-padres-abuelos-denunciaron-agresiones-hijos-nietos-ultimo-ano/201802040400001743808.html>, consultado el 8.3.2021. ALDAZ, A.: «Las agresiones de hijos a padres repuntan en Guipuzkoa y se extienden a los abuelos», disponible en <https://www.diariovasco.com/gipuzkoa/violencia-hijos-padres-20170909001133-ntvo.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F>, consultado el 8.3.2021.

cedente, de entre todas las víctimas de violencia doméstica, en este período temporal⁴⁸. Sobre este particular, debemos recalcar que estos datos al versar sobre denuncias interpuestas no permiten dar a conocer el número de condenas recaídas finalmente en este ámbito de infracciones, dado que la citada estadística no contiene esta información. No obstante, y como fruto de la considerable invisibilidad que sufren las personas mayores, debemos señalar que existe una marcada ausencia de resoluciones judiciales en relación con la violencia familiar ejercida contra las personas de edad por parte de los menores de su entorno familiar. Entendemos que ello bien puede deberse a los mecanismos desjudicializadores de la jurisdicción de menores en los casos de exigua gravedad, bien a la ausencia de denuncias, dada la especial relación de parentesco existente con los nietos agresores, circunstancia que, dificulta más si cabe, la ardua tarea que *per se* representa para los mayores acudir a la Administración de Justicia. En esta materia encontramos puntualmente resoluciones como la SAP de León (Sección 3ª) de 10 de diciembre de 2012, que condenó al expedientado a una medida de convivencia con un grupo educativo con una duración de seis meses al quedar acreditadas las amenazas continuadas vertidas contra su abuela y que fueron calificadas como faltas continuadas⁴⁹. Idéntica tipología en cuanto a la medida educativa adoptada, pero con una duración en este supuesto de dos años, resulta empleada por la SAP de Tenerife (Sección 5ª) de 21 de abril de 2010, sobre un menor que resultó conde-

⁴⁸ Publicado en https://www.ine.es/prensa/evdvg_2018.pdf, consultado el 8.3.2021.

⁴⁹ ARP 2012/1402.

nado por el maltrato infringido a su propia abuela con la que convivía⁵⁰.

En relación con esta medida de convivencia con un grupo educativo, debemos apuntar que la misma se encuentra recogida en el art. 7.1.j) de la LORP, configurándose como una medida de medio abierto, la cual no debe constreñir la voluntad del menor, salvo lo estrictamente necesario para el ejercicio de la guarda sobre el mismo. Asimismo, este mecanismo se presenta como un cauce de menor incidencia para corregir las conductas de violencia familiar, dado que permite la salida del núcleo familiar de origen para llevar a cabo una acción terapéutica en otro entorno más conveniente⁵¹.

Por otra parte, la medida de libertad vigilada resulta empleada sobre los menores en relación con las amenazas y maltratos leves a los mayores de edad, siendo fiel exponente de ello la SAP de Palencia (Sección 1ª) de 15 de febrero de 2017, al considerar proporcionada tal vía educativa para la expedientada que propinó un manotazo a su abuela, vertiendo graves insultos y amenazas, tanto a ésta ascendiente como a su abuelo⁵². Por lo que respecta a la libertad vigilada, recogida en el art. 7.1.h) de la LORPM, debemos reseñar la acusada virtualidad práctica que presenta, al poder permitir la asistencia del menor a programas formativos de control de violencia y resolución pacífica de conflictos. No obstante, en el supuesto específico que comentamos su contenido no fue concretado judicialmente, siendo deseable que se fije

el mismo en la propia sentencia. A estos efectos debemos resaltar las resoluciones judiciales que determinan expresamente los extremos sobre los que ha de versar la libertad vigilada impuesta al menor. En este sentido, destacamos la SAP de Palencia (Sección 1ª) de 15 de febrero de 2017, la cual confirmó la referida medida establecida por el Juzgado de menores y concretada en un programa de atención a las conductas violentas en el ámbito familiar.

En otras hipótesis de mayor entidad, cuando se aprecia la comisión de hechos graves contra la integridad física de la persona de edad, junto con las circunstancias, entre otras, de consumo de tóxicos y peligro de reiteración delictiva, podemos hallar la aplicación de la medida cautelar de internamiento del menor. Tal y como decretó el Auto de la AP de Barcelona (Sección 3ª) de 18 de noviembre de 2017, sobre el nieto de la conviviente maltratada⁵³. Lamentablemente, también podemos traer a colación sentencias en relación con hechos extremadamente graves tales como los conocidos por el Juzgado de Menores de Santander, en los que un menor dio muerte a su abuela golpeándole con una jarra de cristal. En esta ocasión se condenó al agresor a una medida de internamiento de seis años en régimen cerrado, complementada con otra de libertad vigilada con asistencia educativa por tiempo de tres años⁵⁴.

4. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS ENTIDADES ENCARGADAS DEL SERVICIO ASISTENCIAL

Con arreglo a la legislación penal vigente, la criminalización de las personas jurídicas en el ámbito de los delitos con-

⁵⁰ JUR 2011/11171.

⁵¹ Véase sobre esta medida MORALA SALAMANCA, J.A.: «La medida de convivencia en grupo educativo», *Revista de Educación Social*, nº 15, julio 2012, pp. 6-10, disponible en http://eduso.net/res/pdf/15/conv_res_%2015.pdf, consultado el 8.3.2021.

⁵² JUR 2017/97876.

⁵³ JUR 2018/98770.

⁵⁴ ARP 2015/323.

tra bienes personalísimos resulta infructuosa, salvo alguna salvedad, como sería el caso de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, contra el honor y delitos de odio. Ello es así debido a que la sanción de estas conductas únicamente resulta posible de existir previsión normativa penal al respecto. Así las cosas, en orden a la clarificación de esta cuestión, el Fiscal General del Estado, mediante la Circular 1/2016 sobre responsabilidad de las personas jurídicas conforme a la reforma de Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, expuso el catálogo de delitos que pueden ser cometidos por las personas jurídicas.

Desde nuestra consideración, entendemos que resulta recomendable la incriminación de las conductas lesivas realizadas especialmente por parte de las empresas dedicadas al servicio asistencial, tanto en el ámbito domiciliario del usuario como en el de carácter residencial o de día, debiéndose incluir aquellas entidades asistenciales de titularidad pública. Además, estas previsiones podrían resultar de análoga aplicación a las entidades en cuyo seno se cometiesen delitos contra el patrimonio de las personas mayores. Asimismo, de acuerdo con lo establecido expresamente por el art. 31. quinquies.2 del CP, únicamente resultarán responsables penalmente las entidades públicas que pudieran adoptar la forma de sociedades mercantiles públicas. El punto de partida del planteamiento que exponemos sería la elaboración de protocolos antimaltrato hacia los usuarios en el seno de estas empresas asistenciales. De este modo, y como propuesta de *lege ferenda*, entendemos que dichas pautas de actuación del personal perteneciente a estas entidades bien podrían configurarse como Programas de *compliance*, cuyo soslayo acarrearía la correspondiente responsabilidad

penal de la persona jurídica en cuestión⁵⁵. El art. 31.bis.2 a 4 del CP, determina la exención de responsabilidad criminal de cumplirse las previsiones contenidas en esta normativa, tales como la adopción y ejecución de modelos de organización y gestión que incluyan las medidas idóneas para evitar los delitos o reducir el riesgo de su comisión. En el caso concreto objeto de estudio, deberían programarse específicos mecanismos que contasen con la participación de los familiares y con implicación directa de los profesionales del ámbito sanitario, para la evitación de la incidencia de cada uno de los delitos analizados con anterioridad, susceptibles de ser cometidos contra los intereses de las persona de edad.

El apartado 5 del mencionado artículo preceptúa que dichos *Compliance* deberán contener la identificación de las actividades; el establecimiento de los protocolos (antimaltrato a los efectos que nos ocupan) sobre adopción de decisiones y ejecución de las mismas; la implementación de modelos de gestión financiera para evitar la perpetración de los delitos analizados con anterioridad; la imposición del deber de informar de los riesgos e incumplimiento del órgano de vigilancia; el establecimiento de régimen sancionador ante el incumplimiento de las medidas antimaltrato decretadas y por último, la verificación periódica y realización de las modificaciones pertinentes⁵⁶.

⁵⁵ En cuanto a los protocolos antimaltrato destacamos el siguiente elaborado por el IMSERSO para el ámbito asistencial https://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/im_102205.pdf.

⁵⁶ Para completar el presente análisis, debemos referirnos a las penas que se recogen que se art. 33.7 del CP aplicables para el caso de que la entidad asistencial resulte responsable. Así las cosas cabría, la disolución de la entidad; la suspensión de actividades o la clausura de instalaciones por un tiempo de

II. RESPONSABILIDAD CIVIL

En cuanto a la responsabilidad de corte *ius privatista*, distinguiremos, a los meros efectos expositivos, aquella que emana de la infracción penal, respecto de la originada sobre la base del tradicionalmente denominado ilícito civil.

1. DERIVADA DEL ILÍCITO PENAL

A) Con arreglo al Código Penal: mayores de edad y personas jurídicas

El art. 118 del CP contiene una serie de supuestos específicos relativos a la responsabilidad civil, en relación con aquellos sujetos en los que concurren determinados supuestos de imputabilidad penal. En el ámbito referente a la prestación asistencial a favor de los mayores, resulta de notable interés traer a colación el art. 118.1 del CP, en virtud del cual, incluso de apreciarse la situación de *burnout* como eximente completa, por concurrir, por ejemplo, un trastorno mental transitorio, no implicaría la exención de responsabilidad civil. La misma solución se prevé en los supuestos de intoxicación del agresor provocada por el alcohol o las sustancias psicotrópicas, con arreglo a lo establecido en el art. 118.2^a del CP.

Por lo que respecta a la responsabilidad civil de las personas jurídicas regulada en el Código Penal que pudiera resultar de aplicación al presente objeto de estudio, destacaremos las disposiciones que, en relación con la responsabilidad civil subsidiaria, se establecen en los arts. 120 y 121 del texto punitivo que analizamos. En

hasta cinco años; la prohibición de actividades futuras definitiva o temporalmente con un máximo de quince años y la inhabilitación para la obtención de subvenciones o ayudas públicas, beneficios fiscales o de Seguridad Social, con un máximo temporal de quince años.

este sentido, el art. 120. 2º resultaría de aplicación a los titulares de los medios de comunicación a través de los que se pudiesen difundir imágenes vejatorias de las personas de edad, pudiéndose por tanto invocar este precepto para solicitar responsabilidad, con carácter subsidiario, de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Y ello sin perjuicio de la eventual aplicación en esta materia del régimen de responsabilidad contenido en la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior. Esta norma en concreto, hace referencia a la responsabilidad civil o penal de dichos prestadores ante la difusión impropia de imágenes, en el caso que nos ocupa, atentatorias de los derechos de las personas de edad. En este sentido, el art. 14 del referido texto normativo establece los requisitos de exención de responsabilidad de las referidas entidades. Así, en materia de responsabilidad penal, se determina que el prestador de servicios no debe tener conocimiento efectivo de que la información es ilícita. Y por lo que se refiere a la exclusión de responsabilidad de naturaleza civil, la entidad no ha de contar con el conocimiento de hechos o circunstancias que revelen el carácter ilícito de la información. Por otra parte, de ostentar el prestador de servicios el conocimiento al que se apela en esta disposición, deberá actuar con prontitud para retirar la información o imposibilitar el acceso a la misma, si desea soslayar su responsabilidad⁵⁷.

⁵⁷ No obstante estas previsiones, el art. 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, desde nuestra consideración, contraviene el espí-

Volviendo en este momento expositivo al Código Penal, también debemos mencionar el art. 120. 3^a, el cual se refiere a la responsabilidad civil de los titulares de los establecimientos en los que se hayan realizado los delitos. De este modo, los centros residenciales o de día, tanto de titularidad pública como privada, estarían obligados, con carácter subsidiario, a satisfacer las indemnizaciones debidas por los delitos cometidos por el personal asistencial o sanitario adscritos al mismo, incluso pudiéndose incluir en este supuesto a la responsabilidad de los sujetos auxiliares que presten su servicio en dicho centro y cometan delitos en su seno.

Finalmente, las entidades de Derecho Público nominadas en el art. 121 del CP también pueden resultar acreedoras de la responsabilidad civil, debida por los funcionarios o contratados responsables penalmente y que hayan causado daños a los mayores. Esta disposición resultaría de entera aplicación en las hipótesis de centros asistenciales de mayores de titularidad pública.

En cuanto a las resoluciones judiciales analizadas sobre la problemática que nos ocupa, encontramos que un buen número de ellas no declaran por ninguna de las vías analizadas la responsabilidad del centro asistencial, una vez constatada la responsabilidad civil y penal del infractor adscrito al centro asistencial. Entendemos que ello es así, por no haber sido solicitado en su momento por parte del actor, no re-

ritu de la norma comunitaria al exigir un conocimiento efectivo, incluso para apreciar la existencia de responsabilidad penal del prestador de servicios, favoreciendo con ello los intereses de estas corporaciones, dado que las reclamaciones de carácter civil fundamentadas en un mero conocimiento indiciario de la ilicitud de la información no podrán quedar amparadas al abrigo de esta normativa.

sultando en consecuencia posible su apreciación judicial. Tal sería el caso de la SAP de Zaragoza (Sección 3^a) de 7 de marzo de 2013, la SAP de Segovia (Sección 1^a) de 23 de mayo de 2019 y la SAP de Almería (Sección 3^a) de 22 de mayo de 2007⁵⁸.

B) Con arreglo a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor

Del art. 61.3 de la LORPM emana el régimen resarcitorio aplicable a los daños cometidos a una persona de edad por parte de un menor de edad, pero mayor de catorce años. Este sistema se fundamenta en la responsabilidad solidaria del menor y los sujetos nominados en dicho precepto, los cuales ostentan funciones tuitivas sobre dicho infractor. La redacción que presenta esta disposición es notablemente confusa, lo cual ha propiciado una notable diversidad de interpretaciones, como se expondrá con posterioridad. La naturaleza de esta responsabilidad es considerada por la doctrina mayoritaria como objetiva, dado que no existe ningún mecanismo de exención de responsabilidad de los sujetos enumerados en el precepto en función de la diligencia empleada, previéndose tan solo la posibilidad de moderación, por parte del Juzgador, en caso de no concurrencia de dolo o culpa grave del sujeto que desempeña funciones educativas sobre el menor⁵⁹. Analizando en este punto las diversas líneas exegéticas vertidas en relación con el precepto objeto de estudio, debemos indicar que las posiciones doctrinales han

⁵⁸ JUR 2013/114624, ARP 2019/1231 y JUR 2011/204199.

⁵⁹ Así, por ejemplo, se ha manifestado GÓMEZ CALLE, E.: «Responsabilidad de padres y centros docentes, *Tratado de Responsabilidad Civil* (coord. L.F. Reglero Campos), TI, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 1251.

trascendido por un extenso periplo; en un principio desde posiciones más literales hasta el estado actual de la cuestión, en la que se apuesta por una interpretación basada en la confluencia de funciones tuitivas por parte de los eventuales responsables (padres, tutores, acogedores, guardadores legales o de hecho) concretadas, en nuestra opinión, en el control de la gestión educativa del menor⁶⁰. En concreto, la concepción que sostenemos quedó reflejada expresamente en la SAP de La Rioja (Sección 1^a) de 8 de enero de 2015 al referirse al control potencial o *quasi* potencial del comportamiento del menor⁶¹.

En relación con la postura que se adopta en este trabajo, debemos realizar las siguientes consideraciones con el objeto de intentar adecuarla a la infranqueable literalidad del precepto. Así, partimos de una especie de responsabilidades solidaria entre los sujetos contenidos en el precepto y que desempeñen de forma conjunta funciones educativas sobre el menor. Sin embargo, a la hora de satisfacer las responsabilidades se habrá de respetar el orden legalmente establecido, sin perjuicio del derecho de reintegro por parte del sujeto que hubiese satisfecho una mayor cuota de responsabilidad.

Por lo que respecta a las agresiones a mayores de edad, entendemos que los casos de concurrencia entre diversos sujetos que ostenten funciones de guarda sobre menor agresor serán residuales. Sobre este particular podríamos mencio-

nar, por ejemplo, los referidos a instituciones de guarda y progenitores, siendo en el común de los casos los padres quienes deban responder, con carácter solidario, junto al menor de los daños causados a la persona de edad.

En lo atinente a las hipótesis de crisis matrimoniales, devendrán responsables de los daños causados por el hijo a la persona de edad, en principio, ambos progenitores, dado que por lo general se conservan las funciones educativas propias de la patria potestad, salvo que se revele alguna causa de privación de la misma en el proceso de separación nulidad o divorcio, o que se acuerde, en beneficio del menor que la patria potestad sea ejercida por uno de los progenitores, con arreglo a lo preceptuado en los art. 92.3 y 4 del CC⁶². No obstante, y conforme la postura mantenida en este trabajo, podría acaecer que en un momento determinado, pese a la existencia de la patria potestad ejercida por ambos padres, sólo uno de los progenitores ostentase en control de la gestión educativa del menor, desconociendo, por ejemplo, determinadas concesiones efectuadas o hechos relevantes por el otro. En estos supuestos se podría abogar por la responsabilidad en exclusiva del padre o madre que ostentase el control sobre la educación del menor.

En cuanto a la posibilidad de moderación de la indicada responsabilidad, por parte del órgano jurisdiccional, con arreglo al art. 61.3 de la LORPM, debemos señalar que la misma ha de ser solicitada por el interesado, configurándose por tanto como una facultad potestativa del

⁶⁰ En relación con las facultades educativas ostentadas por los padres y centros docentes de forma convergente sobre el menor se ha pronunciado MORENO MARTÍNEZ, J.A.: «Acoso escolar: examen del fenómeno y su amparo legal. Especial consideración a la reparación del daño», *La responsabilidad civil y su prueba*, Sepin, Editorial Jurídica, 2007, p. 580.

⁶¹ JUR/2015/65786.

⁶² En este sentido *vid.* LACRUZ BERDEJO, J.L./SANCHEO REBULLIDA, F.A./LUNA SERRANO, A./DELGADO ECHEVARRÍA, J./RIVERO HERNÁNDEZ, F. Y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho civil*, IV Familia (rev. J. RAMS ALBESA), Dykinson, 2010, p. 99.

Juzgador. Desde nuestra consideración, esta moderación debe desplegar efectos *ad intra* para de este modo proteger, de forma más eficaz, intereses de las víctimas, especialmente vulnerables en el caso que nos ocupa. Además entendemos que el amparo de las víctimas fue la aspiración del legislador en el momento de la redacción de la LORPM, al establecer, este régimen de responsabilidad civil especialmente riguroso⁶³.

Al analizar algunas de las resoluciones judiciales recaídas en relación con la materia objeto de estudio, hemos podido constatar una marcada ausencia de reclamaciones civiles por parte de las personas de edad contra los menores expedientados o sus progenitores, debido probablemente a los vínculos familiares subyacentes en estos casos. Así, por ejemplo, en las Sentencias de la AP de León (Sección 3^a) de 10 de diciembre de 2012, de la AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 5^a) de 21 de abril de 2010, de la AP de Palencia (Sección 1^a) de 15 de febrero de 2017, o del Juzgado de Menores de Santander de 30 de marzo de 2015⁶⁴. Precisamente en esta última resolución, la cual versó sobre el asesinato con agravante de parentesco, cometido por una nieta contra su abuela, consta la renuncia expresa de los perjudicados a la acción civil.

2. DERIVADA DEL ILÍCITO CIVIL

A) Con arreglo al Código Civil

a) Responsabilidad de las personas físicas

Las situaciones dañosas dirigidas contra los mayores pueden encontrar su fun-

damento tanto en el ámbito contractual, como en el extracontractual. En ambos supuestos se requiere de la presencia de unos determinados requisitos para su apreciación. En el presente trabajo nos decantamos, debido a su incidencia práctica, por el estudio de los requisitos exigidos para la determinación de la responsabilidad extracontractual, bajo el entendimiento de que las conclusiones en materia de acción, daño y relación causal son extrapolables a la materia contractual, es decir cuando entre la persona de edad y el agente dañador se haya suscrito el meritado negocio jurídico.

a') Imputabilidad

Tal y como resulta consabido, la legislación civil no establece una edad mínima en virtud de la cual se considere al menor responsable desde el punto de vista civil. En términos generales, los menores con edades superiores a los diez años empiezan a ser considerados imputables. De este modo, a partir de esta edad, comenzamos a encontrar resoluciones que declaran la responsabilidad de estos sujetos. Fiel exponente de esta cuestión es la SAP de Barcelona (Sección 16^a) de 19 de enero de 2012, por la que se condenó a dos menores de doce años por causar la muerte de otro al manipular los frenos de su bicicleta e impactar por ello con un vehículo cuando bajaba por una calle con una pendiente pronunciada⁶⁵. En materia de infracciones contra las personas de edad, *prima facie*, abogamos para que a partir de los doce años se considere responsable civilmente al menor, siempre que se probase una suficiente capacidad natural de entender y de querer, de forma análoga a lo establecido por el Código Ci-

⁶³ LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, 2001, p. 428.

⁶⁴ ARP 2012/1402, JUR 2011/11171, JUR 2017/97876 y ARP 2015/323 respectivamente.

⁶⁵ JUR 2012/92111.

vil alemán en el § 828 para los mayores de siete años y menores de dieciocho. No obstante, estas consideraciones, en materia de daños hacia los mayores cometidos a través de las nuevas tecnologías, dadas las especiales características del medio virtual y las dificultades de aprehensión de las consecuencias perjudiciales de las conductas desplegadas en el mismo, deberá tenerse en consideración la efectiva capacidad de entender y de querer de los menores.

En cuanto a la hipótesis de la habitual concurrencia de responsabilidad entre el menor y sus padres por los daños causados por aquel a las personas de edad avanzada, propugnamos una modificación de sistema de responsabilidad civil, de tal manera que la responsabilidad de los progenitores se configure de forma objetiva hasta los catorce años de edad del menor. A partir de esta edad y hasta los dieciséis años, la referida responsabilidad paterna podría presumirse, salvo prueba de la debida diligencia empleada. Y a partir de los dieciséis años, únicamente se podría exigir responsabilidad a aquellos progenitores sobre los que se acreditase la falta de diligencia en su conducta.

En concreto, la referida propuesta se haya vigente en el Derecho holandés, concretamente en el arts. 169 párrafo primero y segundo y 162 del Libro sexto, Título tercero, del *Burgerlijk Wetboek*. Consideramos que esta opción resulta realista y acorde con la evolución que experimenta la autonomía del menor a lo largo de las franjas etarias expuestas, de tal manera que se pueda apreciar un incremento paulatino en la responsabilidad del menor, acompañado de la correspondiente atenuación de la exigencia de responsabilidad hacia el progenitor, fundamentado este extremo precisamente en el

libre desarrollo del hijo y el abandono de estilos educativos de tintes autoritarios⁶⁶.

b') *Conducta imprudente*

El concepto de maltrato a los mayores que mantenemos en este trabajo, de acuerdo con las aportaciones doctrinales más relevantes en esta materia, incluye aquellos daños provocados concurriendo una conducta dolosa o imprudente. De estas premisas se desprende la inclusión en dicho concepto de los supuestos de falta de cuidado de la persona de edad, tanto a nivel económico, físico, psicológico o moral, no buscados de propósito por el agente dañador. La culpa se define, en términos generales, con arreglo al art. 1101 del CC, como la omisión de aquella diligencia que exige la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Añadiendo dicho precepto que cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse, se exigirá la que correspondiese a un buen padre de familia. Sobre este modelo de diligencia genérico debemos puntualizar que ha de entenderse referido a la diligencia exigible al ciudadano medio, residenciada en el profesional medio, cuando la prestación exija conocimientos especiales⁶⁷.

⁶⁶ Sobre la referida regulación del Código Civil Holandés véase MARTÍN CASALS, M.: «Una primera aproximación a los principios de Derecho civil europeos», *Indret*, mayo, 2005, p.18.

⁶⁷ En este sentido, SERRA RODRÍGUEZ, A.: «El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad contractual», *Derecho Civil II. Obligaciones y contratos* (COORD. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.118. De igual parecer, al analizar la culpa como uno de los requisitos de la responsabilidad extracontractual ATIENZA NAVARRO, M.L.: «La responsabilidad civil», *Derecho Civil II. Obligaciones y contratos* (COORD. DE VERDA Y BEAMONTE J.R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 575-576.

En relación con la causación de daños imprudentes a las personas mayores, encontramos resoluciones judiciales que atienden especialmente a la concurrencia de determinadas circunstancias personales y espacio-temporales, para de este modo colegir la falta de cuidado en la actuación de los agentes dañadores. Así, comparte este parecer la SAP de Barcelona (Sección 17^a) de 28 de octubre de 2015, al efectuar el análisis de las concretas circunstancias concurrentes en relación con el fallecimiento de una anciana aquejada de úlceras. En esta ocasión, la Sala examinó el informe sobre las lesiones del paciente que efectuó el correspondiente facultativo, en virtud del cual no se consideró urgente el ingreso hospitalario. Debido a estas circunstancias, se consideró que el óbito no acaeció debido a una deficiente asistencia o a la demora en la asistencia hospitalaria, habiéndose prestado por tanto la atención a la residente de forma diligente⁶⁸. Asimismo, la SAP de Asturias (Sección 4^a) de 20 de marzo de 2000, determinó la concurrencia de culpa en la persona del Director médico y del personal que atendía a un residente que se precipitó por una ventana, dado que no se adoptaron las medidas precautorias suficientes para evitar que el finado accediese al balcón, máxime cuando padecía de síndrome depresivo de larga evolución y Alzheimer⁶⁹. Por su parte, la AP de Zaragoza (Sección 5^a) de 5 de diciembre de 2012, entendió que no existió culpa del personal a cuyo cargo estaba el interno que agredió a otra residente ocasionándole la muerte, puesto que no era previsible tal acometimiento violento, dado que anteriormente esta persona no había experimentado

brotos violentos ni existía ningún indicio que avalase la adopción de especiales medidas de vigilancia y seguridad⁷⁰. Conviene resaltar que esta resolución pone el acento en el elemento de la previsibilidad del daño causado, sin la concurrencia del cual no cabe la declaración de la existencia de una conducta negligente. Sobre este particular, debemos asimismo manifestar que para su apreciación deberá tenerse también en cuenta las circunstancias particulares del agente dañador⁷¹.

Igualmente, la SAP de Madrid (Sección 10^a) de 30 de septiembre de 2001, descendió sobre las concretas variables concurrentes, al enjuiciar la muerte de un residente al no colocarse las barreras de seguridad en su cama, pese haber experimentado una caída con anterioridad. De este modo se aprecia falta de cuidado en la omisión concurrente en los siguientes términos: «(...) Se produjo un cambio de circunstancias que, consideradas in concreto, abonaban la utilización de medidas protectoras, especialmente atendido el hecho de que la cama de la que se produjo la segunda caída, para evitar la producción de escaras, tenía instalado un colchón de aire, de suyo más inestable que los de muelles o gomaespuma. Todo ello evidencia que el resultado dañoso —las fracturas costales— guardan relación de causa a efecto con la omisión de medidas de seguridad, revelando que faltó algo por prevenir, estando por tanto incompleta la diligencia —SS. de 5 de diciembre de 1983, de 31 de octubre de 1991 y 24 de diciembre de 1992—, tanto según las circunstancias de personas, tiempo y lugar, cuanto de la esfera de

⁶⁸ JUR 2016/20943.

⁶⁹ AC 2000/1151.

⁷⁰ JUR 2013/112991.

⁷¹ Véase en este sentido LÓPEZ MESA, M.J.: «La culpa como factor de atribución de la responsabilidad», AFDUDC, n° 10, 2006, p. 645.

actividad en que la conducta se proyectó lo que permite determinar que la demandada no obró con el cuidado, atención o perseverancia exigibles y con la reflexión necesaria con vista a evitar el perjuicio de bienes ajenos jurídicamente protegidos, procediendo la desestimación del recurso interpuesto por la demandada» (...)⁷².

Así las cosas, en relación con el fenómeno concreto del maltrato hacia las personas de edad y dada la extrema vulnerabilidad y dependencia que con asiduidad presenta este colectivo, consideramos que en estas hipótesis ha de extremarse el *standard* de diligencia, debido a las gravísimas e irreversibles consecuencias que dichas agresiones pueden llegar a ocasionar. Partiendo de estas premisas, surge también la imperiosa necesidad de activar los correspondientes mecanismos de protección, ante el mínimo indicio de menoscabo en los bienes jurídicos de estas personas, so pena de incurrir también en responsabilidad, a título de omisión imprudente, por parte de las personas bajo cuya guardia o cuidados se encuentre el afectado. Incluso podemos manifestar que los sujetos que se erigen como garantes del bienestar de los mayores, deberán adoptar una actitud proactiva en relación con la detección del maltrato, pudiéndose incluso afirmar que la alegación de desconocimiento de estas situaciones vejatorias puede, en ocasiones, ser prueba de la falta de cuidado hacia la persona de edad.

En relación con este epígrafe, no podemos dejar de mencionar la crisis humanitaria vivida a consecuencia de la covid 19, la cual ha provocado irreparables consecuencias en los derechos a la vida, salud e integridad moral de los mayores. Esta situación, sin duda, obligará en un

futuro próximo a la ponderación de la adecuación de las actuaciones realizadas por aquellos que ostentaban la guardia y cuidados de los mayores, fundamentalmente los responsables y el personal de los centros residenciales, así como los sanitarios obligados a prestar la debida asistencia sanitaria. De este modo, resultará crucial el análisis de las medidas de prevención y detección del virus, las decisiones de derivación hospitalaria de los mayores o incluso las referentes a la incomunicación, aislamiento y abandono de los mayores, durante semanas en las habitaciones de los centros residenciales. Todo ello bajo el entendimiento de la existencia de una situación de desbordamiento hospitalario y de carencias en cuanto materiales y plantillas, así como de extrema fragilidad de estos usuarios. Todas estas circunstancias deberán analizarse en cada caso concreto para poder dilucidar si las acciones efectuadas, o mejor dicho, las omisiones, se adecuaron al modelo conductual del profesional medio inmerso en dicho concreto escenario, o si por el contrario se debió haber actuado de otro modo, por haber existido un adecuado conocimiento y capacidad de acción para ello⁷³.

⁷³ En este sentido GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., quien destaca como causas de la elevada tasa de infectados en las residencias la inutilidad del sistema de clasificación de los residentes establecido en la Orden 265/2020, de 19 de marzo, las carencias por parte de las autoridades centrales en la adquisición de productos sanitarios y en relación a la implementación de los Protocolos de prevención de las pruebas de detección del virus, así como el rechazo de los pacientes en las UCIs en función de su edad. Asimismo, indica como factores que podrían excluir la responsabilidad concurrente de las residencias de mayores la comunicación de las dificultades que presentaban y la activación de los protocolos de derivación hospitalaria, «Responsabilidad patrimonial y civil por contagios del SARS-COV-2 en residencias de mayo-

⁷² JUR 2001/19774.

c') *Daño. Especial referencia a los daños morales*

La tipología de perjuicios que puede experimentar la persona de edad a consecuencia del maltrato presenta una amplísima variabilidad, extensible tanto a aquellos menoscabos de naturaleza patrimonial, física, o psicológica, como también a los denominados daños morales. De entre los menoscabos susceptibles de ser resarcidos, destacaremos los daños morales, dado que presentan particulares dificultades en cuanto a su aprehensión y valoración, dada su naturaleza evanescente. *Prima facie*, pueden ser definidos como aquellos que afectan a esferas de la persona diferentes a la patrimonial o material⁷⁴. Desde nuestra consideración podríamos definir los daños morales como aquellos que afectan a la dimensión espiritual del sujeto y que pueden ser diferenciados de los perjuicios de carácter psicológico, los cuales son susceptibles de ser valorados desde el punto de vista clínico. Dado el singular carácter inmaterial de estos menoscabos, no requieren de una prueba estricta acerca de su constatación, puesto que de acuerdo con las máximas de la experiencia, devienen como resultado irremediable de determinadas agresiones padecidas⁷⁵. Esta resulta ser la tesis mantenida por la STS de 16 de mayo de 1998, al determinar que «(...) se trata sin duda de un concepto que acoge, expansivamente el precio del

dolor, esto es el sufrimiento, el pesar, la amargura y la tristeza que el delito puede originar a sus allegados, sin necesidad de ser acreditados cuando fluye lógicamente del suceso acogido en el hecho probado». Estableciendo asimismo esta resolución que «el daño moral, de acuerdo con lo también antes expuesto, solo puede ser establecido mediante un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa de la víctima, por lo cual deberá atenderse a la naturaleza y gravedad del hecho, no siendo necesario que ese daño moral, consecuencia misma del hecho delictivo no se olvide, tengo que concretarse en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas (...)»⁷⁶.

Por lo que respecta a las decisiones judiciales acaecidas sobre los daños morales causados a las personas de edad, resulta de notable relevancia la SAP de Barcelona (Sección 11^a) de 23 de enero de 2014, por la que se reconoció una indemnización por los daños morales de una residente que sufrió cinco lesiones en poco más de un año, reputando negligente la conducta de la demandada. Destacamos de esta resolución los precisos criterios que emplea para la valoración del daño moral concurrente. De este modo determina que «(...) la situación vivida por la sra. Salvadora en la residencia "(...) La Salut" entre el 29/10/05 y el 15/11/06 la hace merecedora de dicha indemnización: más allá de los días de curación y secuelas padecidas, no es ilógico presumir que los continuos episodios lesivos sufridos por la interna afectaran a su estado de ánimo, le hicieran temer nuevas caídas y a la postre se vio abocada a abandonar el centro que había sido su hogar durante más de tres años, con el

res: nexo causal y criterios de imputación», *Derecho y salud*, vol. 30, n^o extraordinario, p. 28 y 32.

⁷⁴ En este sentido, ATIENZA NAVARRO, M.L., quien además afirma la notable expansión que los mismos están presentado en la actualidad, *op. cit.*, p. 565.

⁷⁵ No obstante, DIEZ-PICAZO, L., entiende que para poder exigir una indemnización por daños morales ha de concurrir una lesión a un derecho de la personalidad y una afectación psicofísica, *El escándalo del daño moral*, Civitas, Madrid, 2008, p. 92.

⁷⁶ RJ 1998/4878.

consiguiente cambio de hábitos y rutinas que tanta seguridad ofrecen a este tipo de personas (...)»⁷⁷.

Así las cosas, podríamos hacer referencia en esta materia a algunos criterios que, desde nuestra consideración, resultarían de utilidad para la valoración de la extensión del perjuicio de índole moral. Así las cosas, la especial fragilidad del perjudicado y su dependencia respecto del agresor; el vínculo entre ambos; el tipo y número de bienes jurídicos afectados; la gravedad de la conducta efectuada; la reiteración de la misma; el lapso temporal durante el que se desarrolla; las especiales circunstancias espacio-temporales que rodean a la agresión; la posible situación de aislamiento en la que pudiera quedar la persona de edad; el cambio de domicilio o de relaciones personales a que se viera obligado efectuar el agredido; la concurrencia de varios sujetos en la conducta lesiva; la publicidad de la agresión, etc.

d') *Relación causal*

Dada la especial fragilidad física o psicológica que presentan un notable número de personas de edad, la acreditación del preceptivo nexo causal entre el maltrato infligido y el daño padecido, presenta en ocasiones una relevante problemática. De este modo, el menoscabo sufrido puede ser producto de la concurrencia de una pluralidad de causas, teniendo en este punto especial virtualidad los criterios establecidos por la conocida teoría de la imputación objetiva del resultado, tales como el incremento del riesgo, el fin de protección de la norma, etc. En este sentido, pueden acontecer eventos extraños al proceso causal no imputables

objetivamente al sujeto, como la fuerza mayor, el caso fortuito, la intervención de la conducta de un tercero o incluso de la propia víctima⁷⁸. Podemos colegir que, con arreglo a estas circunstancias y en función de la intensidad de las concausas presentes, se podrá minorar e incluso exonerar la conducta del sujeto⁷⁹.

Asimismo, resulta especialmente complejo, en el ámbito que nos ocupa, el poder determinar si una determinada patología, como sería por ejemplo la depresión, se debe reputar como una consecuencia del maltrato dispensado o se trata de un factor manifestado con anterioridad al maltrato o que incluso pudo verse agravado por el mismo. En este sentido, sin duda alguna cobrarán especial virtualidad las pruebas periciales que se practiquen en orden a la determinación y alcance de los perjuicios originados. Sobre este particular, podemos citar la SAP de Madrid (Sección 27^a) de 9 de mayo de 2011, la cual al analizar el cuadro de estrés post-traumático que padecía una víctima de violencia intrafamiliar colegió que: «(...) Del mismo modo consta informe del médico forense, D. Moisés, que constata las lesiones físicas sufridas por Elsa el día 25 de abril de 2005, y en el que se establece que Elsa sufre trastorno por estrés post-traumático, explicando que dicho trastorno se estima que se cronifica cuando dura más de seis meses. Sin embargo es significativo que tanto dicho médico forense como la psicóloga que elaboró el anterior informe, manifestaran en el acto del juicio oral que desconocían que Elsa había sufrido previamente tratamiento

⁷⁷ JUR 2014/50956.

⁷⁸ Vid. sobre esta cuestión YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de Responsabilidad Civil*, Dykinson, 2001, pp. 196-197.

⁷⁹ En relación con este punto, ATIENZA NAVARRO, M.A., *op. cit.*, pp. 571-574.

por depresión, explicando el médico forense que ello explicaría una susceptibilidad de la persona, lo cual deja la duda sobre si el trastorno de estrés postraumático se debió a la situación conflictiva mantenida en la convivencia con el acusado, o fue agravada por la previa depresión sufrida. Que la propia denunciante admite haber sufrido con anterioridad a estos hechos (...)»⁸⁰. Igualmente, acerca de la especial relevancia de estos medios probatorios en materia causal, debemos aludir a la SAP de la AP de Barcelona (Sección 16^a) de 28 de marzo de 2001, en virtud de la cual se rechazó la existencia del preceptivo nexo causal entre la intervención quirúrgica del fémur, el alta hospitalaria precipitada de la perjudicada y el óbito de la misma. Concretamente se entendió por la Sala que el fallecimiento se debió, con arreglo a los informes practicados en dicho procedimiento, a un accidente vascular cerebral y demás complicaciones que presentaba⁸¹.

A estos efectos, fiel exponente de la problemática causal que comentamos es la STS de 11 de marzo de 2020, por la que se enjuició el fallecimiento de una residente en un centro geriátrico cuando se encontraba sola en el jardín. En esta ocasión se declaró la falta de nexo causal como requisito indispensable de la declaración de responsabilidad de la residencia. Expresamente esta resolución estableció que: «(...) Pues bien, en el presente caso, dicha relación de causalidad no existe, en tanto en cuanto la muerte de la madre de la actora no se produjo como consecuencia de una indebida prestación de los servicios de la residencia sanitaria, sino por una causa natural, que la sentencia de la Audiencia considera motivada por un

infarto de miocardio, señalando además que no puede afirmarse, como hace la actora, que si la Sra. Elsa hubiera estado acompañada al sobrevenirle el infarto se le hubiera podido facilitar una asistencia que evitase su muerte. Tampoco las patologías que sufría previamente podían hacer pensar en el riesgo de un fallo cardiaco tributario de una asistencia continúa y constante. El hecho de que D.^a Elsa pudiera pasar una hora o dos sola en el jardín del centro o en otra dependencia del mismo, no conforma una conducta negligente causalmente vinculada a una muerte natural, de manera tal que el desenlace de la vida de la Sra. Elsa se lo podamos imputar jurídicamente a la entidad demandada, haciéndole responsable del mismo por un incumplimiento contractual culposo (...)»⁸². De la lectura de estas líneas se desprende la realización del análisis del referido nexo causal, sorprendentemente en sede de culpabilidad. En relación con la determinación del nexo causal, también podemos destacar la SAP de Madrid (Sección 11^o) de 21 de noviembre de 2019, la cual concluyó que los golpes y hematomas que presentaba la persona de edad obedecía, de acuerdo con las testificales practicadas y la historia clínica del residente, a su propia agresividad causada por la enfermedad que padecía, al golpearse contra la barandilla de la cama, no habiéndose acreditado por tanto la situación de maltrato alegada en la demanda⁸³.

En esta materia, debemos hacer obligada referencia a un concepto esencial empleado por los tribunales a la hora de calcular la indemnización en las hipótesis de incertidumbre causal. Nos referimos con ello a la denominada pérdida de

⁸⁰ ARP 2011/1117.

⁸¹ AC 2001/888.

⁸² RJ 2020/889.

⁸³ JUR 2020/74244.

oportunidad. En virtud de este principio se tratará de indemnizar la frustración de las expectativas del perjudicado. En el mismo se observa, por un lado, la certeza de haberse conservado la esperanza de obtener un beneficio o evitación de una pérdida, de no haberse producido la conducta dañosa. Y por otro, la incertidumbre de lo que podría haber acaecido de no haber concurrido la referida acción⁸⁴. Con el objeto de clarificar esta cuestión, podemos citar, destacando la virtualidad pedagógica de su argumentación jurídica, la SAP de Madrid (Sección 8ª) de 28 de septiembre de 2020, la cual entendió inaplicable este principio, dado que la única causa de la muerte del padre del demandante, de ochenta y nueve años de edad, fue la falta de cuidado en las úlceras de decúbito durante su estancia en el centro residencia demandado, las cuales originaron una sepsis generalizada y el fallecimiento del mismo⁸⁵.

b) Responsabilidad civil de las personas jurídicas. Especial referencia a los contratos asistenciales

Las hipótesis de causación de daños sobre las personas de edad provenientes de la actuación de una persona jurídica poseen una enorme variabilidad. Estas acciones habitualmente podrán quedar residenciadas al amparo de la normativa de protección de los consumidores recogida en los arts. 147 y ss. del TRLGDCU en materia de servicio defectuoso. No obstante, pueden acaecer supuestos en los que, por ejemplo, debido al transcurso de los plazos prescriptivos que establece esta legislación sectorial, haya que acudir al *corpus* civil para dar solución a las controversias que puedan plantearse. Al

abrigo del mismo, y por lo que respecta a las entidades de titularidad privada, se puede apreciar, tanto una responsabilidad de corte subjetiva, como aquella de naturaleza objetiva, en atención a los presupuestos concurrentes.

En relación con estas cuestiones y dada su virtualidad práctica nos centraremos en la prestación del servicio asistencial a los mayores, tanto en régimen residencial como domiciliario, extensible también a los denominados centros de día, debidamente autorizadas al respecto. Asimismo, debemos destacar que estas entidades pueden prestar sus servicios al amparo de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, colaborando con los Poderes Públicos o de forma privada.

a') Responsabilidad contractual subjetiva

Los contratos suscritos por las personas de edad o en su caso por sus representantes, con entidades dedicadas a la prestación de servicios asistenciales pueden ser considerados con frecuencia como atípicos y de carácter complejo, dado que suelen combinar diversas figuras contractuales, especialmente en el ámbito residencial, como por ejemplo puede ser el contrato de hospedaje y el arrendamiento de servicios, entre otras figuras⁸⁶. Además, estos negocios jurídicos se caracterizan por su particular maleabilidad, en el sentido que deberán ir adaptándose a las necesidades del usuario, *per se* cambiantes, en función de

⁸⁴ YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, pp. 152-155.

⁸⁵ JUR 2021/1887.

⁸⁶ Destaca el carácter complejo de buena parte de estos contratos LÓPEZ PELÁEZ, P.: «La responsabilidad civil y las residencias de personas mayores: especial referencia a los efectos personales introducidos en el establecimiento», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 716, 2009, p. 5.

las necesidades vitales del prestatario de dichos servicios. La responsabilidad de los prestadores de servicios asistenciales descansa sobre la base de esta relación contractual existente entre el centro prestador del servicio asistencial, bien en régimen domiciliario, bien en otro de tipo residencial (o incluso en el seno de los denominados centros de día), y la persona de edad prestaría de dicha actividad. Ello es así, a nuestro juicio, debido a la integración que ha de efectuarse en el seno del contrato suscrito de los denominados deberes de seguridad⁸⁷.

En términos esencialmente coincidentes se pronunció la SAP de Barcelona (Sección 11^a) de 23 de enero de 2014, la cual consideró la existencia de un incumplimiento contractual sobre la base de la apreciación de una infracción de las finalidades esenciales del contrato, concretamente, la de procurar el bienestar de la usuaria y que no sufriera daño alguno. Como se puede apreciar, en definitiva, estaríamos ante el incumplimiento del deber de seguridad anteriormente citado⁸⁸. En sentido parecido, la SAP de Cáceres (Sección 2^a) de 17 de julio de 2003, al determinar que «(...) porque esa obligación de cuidado y atención de los residentes, a más de ser algo pactado y asumido por la entidad demandada, se deduce y colige de la naturaleza del contrato, artículo 1258 del Código Civil (LEG 1889, 27), ya que hablamos de seres humanos que son llevados o acuden a esos centros a fin de ser atendidos adecuadamente dentro de lo que su estado permita y requiera (...)»⁸⁹. Sin embargo, la SAP de Madrid (Sección 18^a) de 19 de febrero de 2018, que conoció de una agresión por parte de

un residente que causó la muerte de otro y que analizaremos con posterioridad, declaró la yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual, si bien decantándose por esta última. Desde nuestra consideración, se trata de un supuesto de responsabilidad contractual por lo que respecta a la relación de la entidad con el perjudicado, si bien el vínculo entre éste y el agresor resulta de carácter extracontractual⁹⁰. También acoge la tesis de unidad de la culpa civil la SAP de Asturias (Sección 4^a) de 20 de marzo de 2000, al enjuiciar la responsabilidad por la muerte de un residente, enfermo de Alzheimer y depresión de larga evolución, que se precipitó por una ventana⁹¹.

Con carácter general, la responsabilidad de los centros asistenciales derivará de la mala *praxis* desempeñada por sus auxiliares, ya sean trabajadores dependientes o ajenos a la plantilla, que presten sus servicios por haber sido solicitados por la entidad deudora. Si bien este hecho no obsta para que, en algunas ocasiones, podamos considerar responsable a la entidad en exclusiva con independencia de la actuación llevada a cabo por estos auxiliares. De este modo, como resulta consabido, la actuación de la persona jurídica es llevada a cabo a través de sus órganos de representación⁹². Por consiguiente, en las hipótesis en las que un representante de la entidad, por ejemplo, el director de un centro residencial geriátrico, no haya adoptado las medidas organizativas pertinentes, normalmente por omisión, y se deriven daños debido a

⁸⁷ YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, pp. 96-99.

⁸⁸ JUR 2014/50956.

⁸⁹ JUR 2004/53384.

⁹⁰ AC 2018/708.

⁹¹ AC 2000/1151.

⁹² En este sentido, DÍEZ PICAZO, L. Y GULLÓN A.: *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 380.

ello, nos encontraremos ante un caso de culpa en exclusiva de la entidad, siempre que ese órgano representativo no forme parte de la plantilla de personal de la misma. Otra cuestión sería dilucidar la responsabilidad de este sujeto a través del cual ha operado la entidad, la cual, desde nuestra consideración, tendrá carácter extracontractual, dado que ninguna relación de esta naturaleza lo vincula con el perjudicado.

A nuestro juicio, estas premisas subyacen en el razonamiento de la SAP de Madrid (Sección 18^a) de 19 de febrero de 2018, en la que se declaró la culpa del centro residencial por no haber tomado medidas preventivas frente al ataque violento de otro residente que padecía encefalopatía de Korsakoff y que costó la vida al padre del demandante. En esta ocasión se da además la circunstancia de que el agresor se encontraba ubicado entre los residentes que padecían Alzheimer, debiendo estar, debido a la patología que presentaba, albergado en otro lugar. Incluso, en este caso la Dirección del centro tenía constancia de otros ataques violentos que incluso justificaron con anterioridad la inmovilización física y mecánica del agresor. A mayor abundamiento, la Sala hace referencia a los deberes de vigilancia y cuidado que la entidad debía tener protocolizados⁹³.

Dada la especial vulnerabilidad y dependencia que en nutridas ocasiones presentan las personas mayores y las graves e irreparables consecuencias que puede presentar el maltrato hacia las mismas, consideramos que las empresas dedicadas al sector del servicio asistencial, deberán adoptar una actitud proactiva frente al maltrato. De no apreciarse este actuar, devendrían responsables en ex-

clusiva por los daños causados. En este sentido apuntaremos, sin ánimo exhaustivo algunas de las medidas organizativas que debieran establecer estas entidades. Así, la elaboración de protocolos sobre detección temprana de estas vejaciones, en los que incluso se implementasen entrevistas periódicas por parte de personal técnico especializado a los usuarios, trabajadores y familiares acerca de la situación global del usuario; el fomento de la continua capacitación del personal, así como la realización de actividades de sensibilización en esta materia; la constante revisión de los espacios, materiales y equipamientos; la promoción de canales de comunicación directa entre los usuarios y la dirección, así como con las autoridades y servicios sanitarios; la creación de figuras específicas de control de la actividad asistencial en los propios centros; la información transparente y continua hacia los familiares del estado del residente; la existencia de plantillas suficientes en cuanto al número y capacitación asistencial; la creación de mecanismos de autoevaluación de estos protocolos y la posibilidad de modificación de los mismos ante las posibles deficiencias; la obligación remisión de los informes acerca de esta actividad de control a las autoridades y la colaboración estrecha en las tareas de inspección, las cuales han de ejecutarse con una acusada periodicidad.

Otro punto esencial sería el dilucidar si en este ámbito resulta conveniente el mantenimiento del actual sistema de responsabilidad contractual subjetiva por actos propios de la residencia ante la falta de adopción de medidas *in organizando*, o convendría avanzar hacia la senda de una responsabilidad objetivizada, al menos mediante la correspondiente inversión de la carga de la prueba a favor del perjudicado, dada la estructura empresa-

⁹³ AC 2018/708.

rial bajo la que con asiduidad se llevan a cabo estos servicios, el principio de mayor facilidad probatoria de las entidades, el notable riesgo inherente y la especial fragilidad y dependencia del perjudicado que en ocasiones llega a ser extrema respecto del prestador asistencial. La posibilidad de objetivizar esta responsabilidad se planteó en la SAP de Cáceres (Sección 2ª) de 17 de julio de 2003, si bien la Sala se decantó finalmente por apreciar la existencia de culpa en el actuar de la entidad demandada, excluyéndose la apreciación del caso fortuito alegado. En esta ocasión para fundamentar la responsabilidad de la residencia se constató que, pese a conocer la Dirección del centro del estado de la fallecida, aquejada de Alzheimer, patología que le causaba una deambulacion errática, nada se indicó a las personas que debían cuidar de ella. A este respecto debemos precisar también que en el momento de los hechos se encontraban bajo la vigilancia de un solo auxiliar veintiocho residentes, saliendo por la puerta la finada y precipitándose seguidamente por una ventana⁹⁴.

b') Responsabilidad contractual objetiva por actos de los auxiliares

Por parte de la doctrina civilista, se ha abogado tradicionalmente por la vigencia de una responsabilidad sin culpa de la persona jurídica, cimentada en la conducta dañosa de los auxiliares de la misma, al abrigo de lo dispuesto en los arts. 1478.5º, 1488, 1563, 1564, 1602, 1721, 1745, 1767, 1777, 1783 y 1784 del CC. Como auxiliares de la empresa prestadora de servicios asistenciales, debemos entender, a nuestro juicio, todos aquellos sujetos que prestan su actividad

coadyuvando al deudor por iniciativa de éste, ya sea dependiendo del mismo o actuando de forma autónoma⁹⁵. De este modo se englobaría en dicha configuración conceptual, tanto a los trabajadores como a cualquier profesional o empresa subcontratada que maltratasen a los mayores, causando daños mediante todo tipo de acciones u omisiones dolosas o imprudentes.

Sobre este particular encontramos doctrina que, en cuanto a la adopción de esta responsabilidad de corte objetivo y la aplicación del principio de equiparación, no entiende apreciable la responsabilidad sobre el empresario por los daños dolosos provocados por el auxiliar. Con arreglo a esta teoría, de verificarse una situación de maltrato intencional hacia una persona de edad, el principal no respondería de los mismos, dados que no se encontrarían dentro de los perjuicios previsibles a la hora de concertar el contrato⁹⁶. Pensemos en situaciones no sólo de maltrato físico, sino también las referidas a engaños o maquinaciones insidiosas para despojar de elementos patrimoniales a la persona de edad, dado el concepto amplio de maltrato que manejamos. En estos casos, entendemos que cabría la posibilidad de acudir a la normativa civil contenida en el Código Penal para proceder a responsabilizar civilmente a la empresa prestataria del servicio asistencial, en el supuesto de que a conducta del auxiliar revistiese los

⁹⁴ JUR 2004/53384.

⁹⁵ Sobre este particular, destaca JORDANO FRAGA, F., manifiesta la existencia de responsabilidad contractual objetiva de los deudores por los actos de los auxiliares, por él mismo incluidos en el cumplimiento de la obligación por él debida, «Sobre la no aplicación efectiva de un principio de responsabilidad contractual por los auxiliares de cumplimiento del deudor», *ADC*, vol. 46, nº 2, 1993, p. 924.

⁹⁶ YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, p. 276.

caracteres de delito, bien con arreglo a lo dispuesto en el art. 120.3º o 4º de dicho texto legal.

En este campo, resulta de especial interés traer a colación los supuestos de deterioros o pérdidas causadas por los auxiliares del deudor o incluso terceros, sobre los objetos de titularidad del prestatario del servicio que pudiera introducir el mismo en los establecimientos en los que la persona jurídica despliega su actividad. Sobre este particular, la doctrina destaca la posible aplicación de la normativa del contrato de hospedaje, de tal manera que al resultar inherente al régimen residencial la introducción de objetos personales en el centro, éste respondería objetivamente de los menoscabos causados a los mismos por parte de su personal o de terceras personas, siempre que no constituyese un supuesto de robo a mano armada u otro supuesto de fuerza mayor, tal y como prescribe el arts. 1783 y 1784 del CC⁹⁷. A este respecto, debemos indicar que en los supuestos de inimputabilidad de la persona de edad, nos hallaríamos en presencia de custodia directa, subsumible en la regulación prevista para el contrato de depósito necesario. Sin embargo, no parece acertado que en estos supuestos el depositante resulte desfavorecido, dado el título de imputación subjetivo que rige en el contrato de depósito. En estos casos, la culpa del propio titular del objeto como causa de exención de responsabilidad recogida en el art. del CC, desde nuestra consideración, habría de quedar atemperada en los supuestos deterioro cognitivo, respecto de los cuales la entidad se erige como

garante de los intereses de la persona de edad.

Debemos puntualizar que el régimen objetivo que analizamos se basa en dos presupuestos. Por una parte, la introducción de los efectos, conservando la persona mayor su posesión y su comunicación al centro y por otra, la observancia de las prevenciones realizadas por el establecimiento sobre la vigilancia de los objetos. Por lo que se refiere a la primera cuestión, se puede presumir la existencia de los bienes de uso común de la persona de edad. En relación con el segundo presupuesto requerido, se habrá de estar a la normativa sobre seguridad que establezca el centro en cuestión y al cumplimiento de la misma por parte del usuario, debiéndose valorar la concreta capacidad de entender y de querer de la persona mayor, así como las medidas adoptadas al respecto por el centro. Con arreglo a la postura que mantenemos, propugnamos que el régimen expuesto resulte igualmente de aplicación a todos aquellos casos de prestadores de servicios asistenciales que desplegaran la guarda de la persona de edad necesitada de esa protección, aun cuando no se tratase de un régimen residencial, como por ejemplo, en el caso de los centros de día.

Desde nuestra consideración, resultaría muy conveniente la mención expresa y genérica en el Código Civil del sistema de responsabilidad objetiva del deudor por actos dañosos de sus auxiliares de manera tal que se soslayasen las dudas interpretativas al respecto, en favor de los intereses de las personas de edad que resultasen perjudicadas. Ello devendría especialmente conveniente en aquellos supuestos donde la acreditación de la culpa resulte especialmente compleja para el demandante (quien además se encuentra en una especial situación

⁹⁷ Sobre esta problemática y la extensión de la normativa que regula el contrato de hospedaje a las residencias de mayores véase LÓPEZ PELÁEZ, P., *op. cit.*, p. 24.

de vulnerabilidad), precisamente por la concurrencia de una multiplicidad de sujetos intervinientes en la prestación de servicios asistenciales, circunstancia inherente a los mismos con asiduidad, dada su configuración como contrato de naturaleza mixta.

B) Con arreglo a la legislación de consumo

En relación con esta normativa, debemos indicar que la persona de edad, según los casos, deberá ser considerada, de darse esta situación, como consumidor o usuario especialmente vulnerable, con arreglo a lo establecido, por ejemplo, en los arts. 3.2, 8.2, 17.3, 18.2, 20.2, del TRLGDCU⁹⁸. A nuestro entender, en este ámbito se debe avanzar hacia un sistema más garantista de los derechos de este colectivo. De este modo se descenderá a las propuestas legislativas concretas, y no sólo a la plasmación de principios programáticos.

Los supuestos expuestos en los epígrafes anteriores y aquellos que analizaremos con posterioridad no agotan, en modo alguno, la casuística que pueda presentarse en relación con las situaciones de abuso hacia las personas de edad.

⁹⁸ Especialmente destacamos la nueva redacción dada por el Real Decreto Ley 1/2021 al art. 3.2 y 8 del TRLDCU. La primera de estas normas concreta que «tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad». Y en cuanto a la segunda de las normas citadas, debemos de subrayar que mediante la misma se establece un amplio catálogo de derechos básicos destinados a los consumidores y usuarios vulnerables.

En este sentido, destacamos la doble posición de vulnerabilidad que en ocasiones puede presentar la persona mayor, en el ámbito, por ejemplo, como consumidor en la contratación bancaria, tal y como lamentablemente ha sucedido en los últimos tiempos en nuestro país. Esta realidad obliga efectuar una revisión en profundidad sobre los mecanismos de protección de los derechos de estas personas *ex ante*, durante la contratación y después de la misma, particularmente por lo que se refiere a los contratos de adhesión, así como de los mecanismos de acceso para la tramitación de las preceptivas acciones en defensa de los intereses de estas personas. Extremos estos que, por su considerable extensión y trascendencia, exceden de los objetivos del presente trabajo.

a) Responsabilidad objetiva por la prestación del servicio asistencial y sujetos responsables

En cuanto a los daños que el servicio asistencial pueda causar al usuario de edad avanzada, esta vez bajo la perspectiva de la legislación de consumo, el art. 148 del TRLGDCU, aportaría al mismo un plus de protección, respecto del régimen de responsabilidad diseñado por el Código civil, siempre que se entienda que el ámbito objetivo de este precepto se extiende a las referidas actividades. Buena prueba de el régimen de responsabilidad objetivo diseñado por el legislador es la limitación cuantitativa establecida en materia indemnizatoria en el propio art. 148 del TRLGDCU. La siguiente cuestión a dilucidar sería la posibilidad de subsunción en dicho precepto de las conductas de maltrato sobre el usuario del servicio asistencial con arreglo a lo establecido por este precepto. Para tratar

de responde a este interrogante, debemos indicar que este severo régimen a favor de la persona de edad quedaría fundamentado en el deber de seguridad establecido por el art. 11 de la citada norma, obligación que devendría aplicable tanto a los productos, como a los servicios que pudieran ser considerados defectuosos. En definitiva, se trataría de aquellas hipótesis de contravención de una expectativa legítima de seguridad del usuario del servicio, al concurrir un daño sorpresivo e inesperado y por tanto defectuoso⁹⁹.

Por lo que respecta al ámbito objetivo del precepto, debemos reseñar que, tanto los servicios sanitarios, expresamente previstos en el art. 148 del TRLGDCU, como aquellos de carácter asistencial, se configuran como actividades que cuenta con los preceptivos reglamentos de seguridad y sobre las que se exige determinados niveles de garantía en función de los riesgos inherentes a la misma, derivados, en el caso que nos ocupa, de las especiales características y necesidades de los usuarios¹⁰⁰.

Sobre este particular, encontramos algunas resoluciones en las que se realiza mención expresa al régimen objetivo de

la legislación protectora de los intereses de los usuarios en el ámbito residencial geriátrico. Así, la SAP de Ciudad Real (Sección 1ª) de 3 de diciembre de 2012, al enjuiciar el fallecimiento de una residente al quedar atrapada entre el colchón y las barras de protección de su cama. No obstante, debemos poner de manifiesto que esta resolución finalmente declaró expresamente la concurrencia de culpa de la entidad residencial, extremo éste innecesario de constatar, habida cuenta que, desde nuestra consideración, nos hallamos ante un sistema que prescinde de este requisito para la declaración de responsabilidad¹⁰¹. Por su parte, puede resultar como guía interpretativa del ámbito de la responsabilidad objetiva que comentamos, la SAP de Pontevedra (Sección 6ª) de 5 de mayo de 2016, la cual entendió la inaplicación del art. 148 del TRLGDCU al no acreditarse el incumplimiento de ningún reglamento de seguridad por parte de la entidad hospitalaria, refiriéndose en particular a que los protocolos habituales exigían el empleo de barrera en la camilla, sin otra medida adicional, ante la situación que presentaba la paciente¹⁰². Sobre esta problemática no podemos dejar de hacer mención a la STS de 11 de marzo de 2020, por la que se enjuició el fallecimiento de una residente debido a un infarto cuando se encontraba sola en el jardín del centro. En primer lugar destacamos la relevancia de esta Sentencia por cuanto acepta la posibilidad de la aplicación del art. 148 del TRLGDCU a la actividad asistencial en el ámbito residencial, argumento que entendemos extrapolable a otros servicios, como pueden ser los dispensados en régimen de día. Asimismo, esta resolución

⁹⁹ En este sentido véase EVANGELIO LLORCA, R.: «A vueltas con la responsabilidad objetiva por daños derivados de servicios sanitarios al amparo del artículo 148 TRLGDCU», en *Obra colectiva (Inédita), Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños, Estudios en Homenaje al Profesor Dr. ROCA GUILLAMÓN* (coords. J. ATAZ/J.A. COBACHO), Aranzadi, 2021, p. 17. En este sentido también SANTOS MORÓN, M.J.: «La imputación de responsabilidad médica con base a las normas de protección de los consumidores: el artículo 148 TRLC», *ADC*, vol. 70, n° 1, 2017, pp. 129-130.

¹⁰⁰ Algunas de las numerosas normas que disciplinan esta actividad para que la misma llegue en condiciones de seguridad y por tanto con las debidas garantías pueden consultarse en <https://www.inforesidencias.com/contenidos/reglamentacion>, consultado el 18.3.2021.

¹⁰¹ AC 2012/2279.

¹⁰² AC 2016/1011.

efectuó un pormenorizado análisis en torno a la aplicación tanto de la normativa contenida en el Código Civil, como en el TRLGDCU. Por lo que se refiere a esta última regulación, debemos destacar la sorprendente inclusión en la argumentación del tribunal, de criterios subjetivos en el momento de analizar la responsabilidad contenida en el art. 148 del referido texto refundido. Así, se determina en el Fundamento jurídico tercero la necesidad de verificación del nexo causal en estos términos: «(...) Por otra parte, no basta simplemente con que se haya producido un resultado lesivo, sino que es preciso la constatación de una relación de causalidad entre la prestación realizada y el daño, y que no se hayan dispensado los servicios sanitarios con los niveles exigibles de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, que supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario (...)». Manteniendo el siguiente razonamiento con posterioridad: (...) «Pues bien, en el presente caso, dicha relación de causalidad no existe, en tanto en cuanto la muerte de la madre de la actora no se produjo como consecuencia de una indebida prestación de los servicios de la residencia sanitaria, sino por una causa natural, que la sentencia de la Audiencia considera motivada por un infarto de miocardio, señalando además que no puede afirmarse, como hace la actora, que si la Sra. Elsa hubiera estado acompañada al sobrevenirle el infarto se le hubiera podido facilitar una asistencia que evitase su muerte. Tampoco las patologías que sufría previamente podían hacer pensar en el riesgo de un fallo cardíaco tributario de una asistencia continúa y constante. El hecho de que D.^a Elsa pudiera pasar una hora o dos sola

en el jardín del centro o en otra dependencia del mismo, no conforma una conducta negligente causalmente vinculada a una muerte natural, de manera tal que el desenlace de la vida de la Sra. Elsa se lo podamos imputar jurídicamente a la entidad demandada, haciéndole responsable del mismo por un incumplimiento contractual culposo (...)»¹⁰³.

Partiendo de las premisas expuestas, la existencia de una situación de maltrato sobre una persona de edad, evidencia a todas luces la existencia de un servicio defectuoso, por carecer de la más mínima seguridad esperada por parte del usuario, quien en modo alguno asume como previsible en el momento de la suscripción del contrato residencial este trato gravemente inadecuado hacia sus intereses.

En relación con esta cuestión, efectivamente, habrá de verificarse el oportuno nexo causal, no obstante encontrarnos ante un sistema de responsabilidad objetivo. Para ello desde nuestra consideración, resulta muy conveniente el empleo del criterio relativo a la constatación de un resultado típico. De esta manera, aquel daño que consista en una consecuencia habitual de la actividad desplegada no podrá considerarse un supuesto de fuerza mayor. Entendemos que, con la adopción de este razonamiento deviene innecesario invocar criterios subjetivos en el ámbito de la responsabilidad civil objetiva para la verificación de la meritada relación causal. Así las cosas, podemos colegir que el maltrato dispensado a un prestatario del servicio asistencial no puede configurarse como un suceso atípico, extraño y ajeno a la actividad desplegada, por lo que no podrá ser em-

¹⁰³ RJ 2020/889.

pleada en estos casos la fuerza mayor exoneradora¹⁰⁴.

Por otra parte, en cuanto a los sujetos que pudieran devenir responsables en estas hipótesis, debemos hacer obligada referencia tanto a las empresas, como a los profesionales que prestan estos servicios por cuenta propia, contando para ello con un modelo organizativo autónomo¹⁰⁵. Un sector de la doctrina, continuando con esta argumentación, puntualiza también en relación con esta cuestión, que el servicio proporcionado por el profesional-empresario, deberá ser considerado en todo caso como defectuoso para que pueda apreciarse la responsabilidad del mismo¹⁰⁶. Tal y como hemos apuntado con anterioridad, la situación del maltrato supondría, siguiendo esta argumentación, un caso palmario de prestación del servicio asistencial defectuoso, dada que se configura como un resultado a todas luces anómalo.

IV. CONCLUSIONES

La tutela penal dispensada a los mayores por parte del Derecho penal, ofrece un amplio abanico de delitos susceptibles de aplicación a las múltiples situaciones de abuso que puedan presentarse. Sobre este particular realizaremos algunas precisiones de interés.

¹⁰⁴ En este sentido MEDINA CRESPO, M./MEDINA ALCOZ, M. Y MEDINA ALCOZ, L.: «La fuerza mayor y su condicionada virtualidad exoneradora en sede de responsabilidad civil», disponible en <https://www.asociacionabogadosrcs.org>, consultado el 2.12.2020, pp. 9-10, consultado el 2.12.2020.

¹⁰⁵ ASÚA GONZÁLEZ, C. I., reconoce la aplicación de esta responsabilidad objetiva sobre los facultativos que actúen de forma independiente «Responsabilidad civil médica», *Tratado de Responsabilidad Civil*, T II (COORD. L.F. REGLERO CAMPOS Y J.M. BUSTO LAGO), Aranzadi, 2014, p. 425.

¹⁰⁶ SANTOS MORÓN, M.J., *op. cit.*, pp. 151-152.

Por lo que respecta a la eutanasia, la nueva regulación presenta serias dudas en el supuesto de aplicación de la misma sin consentimiento actual del interesado. Entendemos que en estas situaciones debería ser preceptiva la autorización del órgano judicial, cuando los mecanismos de apoyo sean insuficientes para que la persona pueda prestar su consentimiento y aún existiendo un documento de voluntades anticipadas o análogo.

En cuanto a la cuestión relativa al empleo de sujeciones, se ha de partir del principio de aplicación por parte de los facultativos, salvo extrema urgencia, en cuyo caso el personal de enfermería deberá comunicar su adopción de forma inmediata al facultativo. En situaciones de utilización puntual de contenciones, la Autoridad Judicial deberá ratificar la aplicación de esta medida, a la vista del informe del Ministerio Fiscal, en el caso de que se prevea que la misma ha de mantenerse más allá del tiempo en el que debieran hacer efecto la primera dosis de fármacos prescrita. Asimismo, el uso de contenciones habituales, deberá contar con la oportuna autorización judicial. Finalmente, debemos indicar que los familiares habrán de estar informados sobre el empleo de estos mecanismos de contención.

Por lo que se refiere a la utilización de contenciones en el ámbito domiciliario, deviene imprescindible la elaboración de una norma estatal que la regule, dado que la inmensa mayoría de las personas de edad se encuentran en sus propios domicilios.

La regulación de las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal se ve necesitada de la expresa inclusión del edadismo como motivo que impulsa a la acción criminal. Si bien a la hora de valorar las circunstancias de especial vul-

nerabilidad de la víctima resulta insuficiente la sola referencia a la edad de la misma.

En este orden de cosas, también propugnamos una reforma de la actual legislación, de manera que la suspensión de la pena prevista para los delitos de menor gravedad cometidos en el seno familiar esté condicionada a la asistencia a programas formativos sobre control emocional, terapia *antiburnout* y respeto a los mayores, entre otros. Igualmente, respecto de los agresores menores de edad, se debe abordar esta problemática desde la participación igualmente en este tipo programas, bien en el seno de la medida de libertad vigilada o de convivencia con un grupo educativo, con el objeto de enseñar a los más jóvenes la especial relevancia de la persona mayor en el proceso de la construcción social.

También en el orden penal, consideramos esencial dar cabida a la responsabilidad de las personas jurídicas en cuyo seno se causen delitos contra los bienes jurídicos personalísimos de los mayores. En esta propuesta, los protocolos anti-maltrato que se redacten en el seno de estas entidades servirán de base a los Programas *compliance*, cuyo soslayo implicará la responsabilidad penal de la empresa con las consecuencias penológicas previstas en el Código Penal.

Por lo que atañe a la responsabilidad civil derivada del delito, propugnamos una modificación respecto de los menores mayores de catorce años que menoscabasen los intereses de las personas de edad, de tal manera que se prevea una responsabilidad subjetiva de los progenitores y demás sujetos nominados en el art. 61.3 de la LORPM, al menos a partir de los dieciséis años, momento a partir del cual los menores serán los responsables de resarcir los daños causados. De

este modo la responsabilidad de carácter objetivo de los sujetos encargados de la guarda de los menores se extendería hasta que los mismos cumpliesen doce años. A partir de esa edad se presumiría la responsabilidad de los padres salvo prueba en contrario, mientras que a partir de los dieciséis años la responsabilidad de los mismos debería ser probada. Esta propuesta reconocería la posibilidad de responsabilidad del menor imputable a partir de los doce años, la cual deberá contar con la preceptiva prueba de su capacidad natural de entender y de querer.

En materia de daños indemnizables, los perjuicios de carácter moral deben ser entendidos como aquellos que provocan una afectación en la dimensión espiritual del sujeto, resultando desligados de los denominados daños psicológicos, los cuales requerirán de la preceptiva acreditación clínica. A este respecto, las situaciones de notable dependencia, aislamiento, fragilidad física o mental, la naturaleza de la relación con el agresor, el tipo de agresión, la duración de la misma, el cambio de hábitos vida causados, la clase y entidad de daños provocados, etc., se erigen como variables fundamentales que habrán de ser especialmente tenidas en consideración para determinar el alcance de la indemnización correspondiente.

La responsabilidad civil contractual de las personas jurídicas que prestan asistencia de diversa índole a los mayores, se fundamenta en la figura del contrato asistencial o residencial mediante el que se disciplinan las relaciones de las partes. No obstante, y dada la especial vulnerabilidad concurrente en la práctica, entendemos que deberían arbitrarse los oportunos mecanismos de efectivo control, tanto judiciales como administrativos sobre el servicio dispensado. Asimismo, resulta necesario promover la in-

formación y el favorecimiento de canales de acceso a las autoridades pertinentes desde un primer momento, tanto para los usuarios como para sus familiares, ante el mínimo indicio de abuso sobre los mayores, dadas las consecuencias irreversibles que, lamentablemente, acarrearán un buen número de supuestos.

En este ámbito, se suscita la duda sobre la posibilidad de pergeñar un sistema más garantista respecto de los prestatarios del servicio asistencial en materia de responsabilidad contractual, dada la especial fragilidad, dependencia, notables riesgos inherentes, principio de facilidad probatoria y desarrollo del servicio como actividad empresarial de carácter especialmente lucrativo. En este sentido planteamos una propuesta tendente a la objetivación de la responsabilidad del prestador asistencial, al menos mediante la correspondiente inversión de la carga probatoria a favor de la persona de edad.

En lo atinente a la responsabilidad objetiva por daños causados por los auxiliares de la empresa que presta los servicios asistenciales, entendemos que resulta esencial la inclusión en este concepto de todos aquellos sujetos auxiliares del deudor que actúan bajo su requerimiento, bien dependiendo del mismo, bien de forma autónoma. A este respecto, en orden a la evitación de problemas exegéticos, consideramos que la alusión expresa en el Código Civil a esta responsabilidad de carácter objetivo resultaría una opción nada desdeñable. Respecto a este ámbito, defendemos la aplicación de la regulación del contrato de hospedaje a los supuestos de centros asistenciales

que custodien a los mayores, bien en régimen residencial, bien constituyéndose como centro de día. De esta manera la entidad respondería objetivamente de las pérdidas o deterioros de los efectos introducidos y causados por los auxiliares o terceros, salvo en los supuestos de robo a mano armada o fuerza mayor.

La persona de edad, en su condición de usuaria de un servicio se ve favorecida por el régimen de responsabilidad objetiva contenida en el art. 148 del TRLGCU. En este sentido, la prestación de servicios sanitarios y asistenciales se configuran, como actividades incluidas en el precepto que comentamos por contar con la preceptiva regulación de seguridad que garantiza unas determinadas condiciones de seguridad para el usuario. A nuestro juicio, entendemos que la dispensa de un trato vejatorio o negligente hacia los intereses de la persona de edad en este ámbito, resultaría un supuesto palmario de servicio defectuoso, pues a todas luces no se ha prestado el mismo en las más mínimas circunstancias de seguridad y garantía esperadas por dicho usuario.

Finalmente, resulta de interés indicar que, desde la perspectiva del ámbito subjetivo de la regulación sectorial de consumo, cualquier sujeto que ostente una organización de naturaleza empresarial en la prestación de servicios asistenciales, será considerado como empresario, incluyéndose por tanto aquellos que realicen esta actividad por cuenta propia, es decir, como profesionales del mencionado sector de actividad, contando para ello con una estructura organizativa autónoma e independiente.

EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD FAMILIAR: EL ACOGIMIENTO TEMPORAL Y SU FINALIDAD DE RETORNO*

ANNA MASSONS-RIBAS

Becaria predoctoral
Departamento de Pedagogía. Facultad de Educación, Psicología y Trabajo Social
Universidad de Lleida

NEUS CORTADA CORTIJO

Profesora titular de Derecho civil
Facultad de Derecho y Economía
Universidad de Lleida

M. ÀNGELS BALSELLS BAILÓN

Catedrática de Pedagogía
Departamento de Pedagogía. Facultad de Educación, Psicología y Trabajo Social
Universidad de Lleida

RESUMEN

El principio de prioridad familiar constituye uno de los pilares en que se sustenta la legislación protectora del menor¹ y se manifiesta tanto en la subsidiariedad de cualquier medida que suponga la separación, como, de producirse esta, en la prioridad del retorno.

En consecuencia, el apoyo inmediato a la familia a los efectos de su recuperación, junto al cuidado del menor, se plantea como elemento esencial del desamparo: el plan individualizado de protección deberá dirigirse a concretar «las medidas de intervención con la familia» estableciendo «los objetivos, la previsión y el plazo» de las mismas, incluido, en su caso, «el programa de reintegración familiar» (art. 19.1 LOPJM).

El resultado de la intervención deberá constatar, junto a otras circunstancias, una evolución positiva de la familia que permita una reintegración del menor sin riesgos relevantes.

El objetivo del presente estudio se concreta en el análisis crítico del principio de prioridad familiar en el ámbito, un tanto olvidado, de la reintegración del

* El presente documento se ha elaborado en el marco de las actividades del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-105489RB-100 «Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos» (IIPP M.^a Victoria Mayor del Hoyo/Sofía de Salas Murillo); del mismo modo, se integra en el Proyecto de Investigación coordinado del Ministerio de Ciencia e Innovación RTI2018-099305-B-C21 «Un modelo de acción socioeducativa para la reunificación familiar en el sistema de protección a la infancia y la adolescencia desde el enfoque de la parentalidad positiva» (IIPP M.^a Àngels Balsells/Núria Fuentes).

¹ Somos conscientes del creciente uso de «niños, niñas y adolescentes (NNA)» para evitar el término «menor» y de la referencia a «persona menor de edad» que utiliza la reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Sin embargo, en este estudio utilizaremos el término «menor» por ser el que recoge la legislación objeto de estudio.

menor: sus características, sus requisitos, su procedencia y la eficacia de sus planteamientos.

Palabras clave: *desamparo; protección de menores; acogimiento temporal; principio de prioridad familiar; reintegración.*

THE PRINCIPLE OF FAMILY PRIORITY: TEMPORARY CARE AND ITS PURPOSE OF REINTEGRATION

ABSTRACT

The principle of family priority constitutes one of the pillars on which the minor protection legislation is based and is manifested both in the subsidiarity of any measure that involves separation, and, if it's possible, in the priority of return. Consequently, the immediate support to the family for the purpose of minor return is proposed as an essential element of abandonment, along with the care of the child: the individualized protection plan should be directed to specify «the intervention measures with the family»; establishing «the objectives, the forecast, and the term», including, if it is appropriate, «the family reintegration program». (art. 19.1 LOPJM).

The result of the intervention must confirm, along with other circumstances, a positive evolution of the family that allows the minor's reintegration without relevant risks.

The objective of this study is focused on the critical analysis of the principle of family priority in the somewhat forgotten area of the child's reintegration: its characteristics, requirements, its origin and the effectiveness of its approaches.

Key words: *abandonment; protection of minors; foster care; principle of family priority; reintegration.*

SUMARIO

I. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD FAMILIAR EN LA LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN DEL MENOR: 1. La prioridad de la familia en la protección del menor.- 2. La subsidiariedad del desamparo como manifestación del principio de prioridad familiar. La importancia de la prevención del riesgo.- II. LA REINTEGRACIÓN COMO PRIORIDAD EN SUPUESTOS DE DESAMPARO CON PRONÓSTICO DE RETORNO: 1. El desamparo con pronóstico de retorno: el plan individualizado de protección y el programa de reintegración familiar.- 2. La revisión periódica del acogimiento temporal.- III. EL CAMBIO EN LAS CIRCUNSTANCIAS FAMILIARES QUE JUSTIFICA EL RETORNO DEL MENOR: 1. La evolución positiva de las competencias parentales y la ausencia de riesgo grave para el menor: A) *La evolución positiva: la adecuada valoración de las circunstancias.*- B) *La evolución «objetivamente suficiente» de la familia.*- C) *La ausencia de riesgo relevante para el menor.*- 2. El mantenimiento de los vínculos familiares.- IV. LA PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE FRUSTRAN EL RETORNO: 1. La integración del menor en la familia de acogida.- 2. El factor tiempo: A) *El necesario cumplimiento de los plazos.*- B) *La modificación derivada de las revisiones periódicas de la medida.*- IV. CONCLUSIONES.- V. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD FAMILIAR EN LA LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN DEL MENOR

1. LA PRIORIDAD DE LA FAMILIA EN LA PROTECCIÓN DEL MENOR

El principio de prioridad familiar constituye uno de los pilares en que se sustenta la legislación protectora del menor que apuesta por la subsidiariedad de toda medida que comporte el alejamiento de su familia de origen².

Así lo reconoce el art. 2.2c) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor (LOPJM)³ que traduce el interés del menor⁴ en la priori-

² Según ROCA TRÍAS, E., *Familia y cambio social (de la casa a la persona)*, Edit. Cuadernos Cívitas, Madrid, 1999 p. 209 «(...) la familia debe ser el primer elemento de protección, de modo que el Estado no puede eliminarla, aunque debe cooperar con ella».

³ La LOPJM es fiel reflejo, en este aspecto, del art. 9 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (ratificada por España en 1990) que establece: «1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño».

En el mismo sentido se pronunciaba, con anterioridad a la Convención, la Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, de 3 de diciembre de 1986, en su art. 3: «Como primera prioridad, el niño ha de ser cuidado por sus propios padres».

⁴ Para un estudio un estudio pormenorizado de la evolución del concepto jurídico del interés superior del niño en el ordenamiento jurídico español GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de protección jurídica del menor», en *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, (CABALLOL MALLOL, V.J., RAVETLLAT BALLESTÉ, I., coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 87-131.

zación de su «permanencia en su familia de origen»⁵ y el «mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor»⁶.

En el mismo sentido, el art. 11.2 b) LOPJM señala como principio que debe regir la actuación de los poderes públicos en relación con los menores, «el mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés»⁷.

⁵ El art. 2.2 c) LOPJM señala como criterio general de interpretación y aplicación del interés del menor la conveniencia «de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar y adecuado y libre de violencia. (...)».

⁶ Idéntico principio inspira la legislación autonómica sobre protección del menor: art. 3 y 14 de la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores (Extremadura); art. 6, 18 y 24 a 28 de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor del Principado de Asturias; art. 4, 12, y 18 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia; art. 3 y 48 de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantía de los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia de la Comunidad de Madrid; art. 4 y 10 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (Islas Canarias); art. 20 y 27 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor (Andalucía); art. 3, 45 y 47 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y adolescencia en Aragón; art. 4, 27 y 44 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León; art. 2, 28 y 30 de la Ley 1/2014, de 9 de octubre, del Menor de Castilla-La Mancha; art. 46, 47 y 48 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia (País Vasco); art. 31, 32, 38, 39, 57, 69 de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia (Navarra); art. 5, 32, 36, 56, 75 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja; art. 5, 32, 33 y 37 de la Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de Garantía de Derechos y Atención a la Infancia y adolescencia (Cantabria); art. 47 y 59 de la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia; art. 3 y 11 de la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la Infancia y la adolescencia (Valencia); art. 26 y 93 de la Ley 9/2019, de 19 de febrero, de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears.

⁷ Lo encontramos recogido en la Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 3 de diciembre de 1986, sobre Declaración de los Princi-

Sin embargo y pese a su reconocimiento, el principio de prioridad familiar no constituye un principio incondicional cuando se enfrenta al interés del menor. Así, cuando el principio de interés superior del menor entra en contradicción con el de prioridad familiar «se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz que ordena procurar la reinserción familiar se subordina expresamente a ella»⁸.

Así pues, de confirmarse que la permanencia en el medio familiar ocasiona graves perjuicios al menor, el principio de prioridad familiar cederá ante el superior interés del menor, acordando, mediante una declaración administrativa de desamparo, la separación del menor de su familia de origen y la adopción de las medidas de protección pertinentes. Solo en supuestos de desamparo que, por su gravedad, constituyan un peligro real e inminente para el menor, podrá apartarse el menor de su entorno familiar más inmediato. Sin embargo, incluso declarado el desamparo, el principio de prioridad familiar mantendrá su vigencia, ya que, de no ser contrario al interés del menor, su finalidad será la recuperación de su entorno familiar para proceder, lo antes posible, a su reintegración.

De ahí que la adopción de cualquier medida de alejamiento deberá tener carácter excepcional, transitorio y, tender, a

priori, a la reintegración del menor en su familia de origen. Así lo recoge el ordenamiento estatal en el art. 172 ter 2 del Código Civil cuando, textualmente, señala: «Se buscará siempre el interés del menor y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia (...)». Para ello, y en virtud del art. 19 bis 1 LOPJM la entidad pública que asume la tutela del menor deberá elaborar «un plan individualizado de protección que establecerá los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas de intervención a adoptar con su familia de origen, incluido, en su caso, el programa de reintegración familiar»⁹.

2. LA SUBSIDIARIEDAD DEL DESAMPARO COMO MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIORIDAD FAMILIAR. LA IMPORTANCIA DE LA PREVENCIÓN DEL RIESGO

El legislador estatal apuesta decididamente por una actuación preventiva de la administración ante indicios de riesgo: la detección precoz de situaciones de desprotección y la aplicación de medidas de preservación familiar son los objetivos prioritarios.

Responde de este modo al principio de prioridad familiar que se traduce en la subsidiariedad de toda medida de protección que implique la separación del menor. Incorpora, para ello, la distinción entre riesgo y desamparo¹⁰ y la erige en el

pios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños; y en el art. 3 «Como primera prioridad, el niño ha de ser cuidado por sus propios padres» y 9 de la Convención de los Derechos del Niño «1. Los Estados Parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres (...)».

⁸ STS 5817/2009 de 31 de julio (ECLI:ES:TS:2009:5817) y en idéntico sentido STS 4911/2011, de 13 de junio (ECLI:ES:TS:2011:4911); STS 840/2012, de 17 de febrero (ECLI:ES:TS:2012:850) y STS 4243/2014, de 27 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:4243).

⁹ Art. 19 bis LOPJM: «1. Cuando la Entidad Pública asuma la tutela o guarda del menor elaborará un plan individualizado de protección que establecerá los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas de intervención a adoptar con su familia de origen, incluido, en su caso, el programa de reintegración familiar. (...)».

¹⁰ Previamente ya la habían adoptado algunos legisladores autonómicos.

eje sobre el que gira la legislación protectora del menor. La característica que la diferencia pues, del riesgo, es la entidad, intensidad o persistencia de la situación que requiere la separación del menor de su entorno familiar directo. Dicha distinción justifica el grado de intervención de la administración y diferencia los procedimientos y medidas que contempla.

El art. 17.6.2 LOPJM señala: «En situación de riesgo de cualquier índole, la intervención de la administración pública competente deberá garantizar, en todo caso, los derechos del menor y se orientará a disminuir los indicadores de riesgo y dificultad que incidan en la situación personal, familiar y social en que se encuentra, y a promover medidas para su protección y preservación del entorno familiar».

La prevención, se dirige de este modo a evitar una intervención posterior más traumática, más compleja y, con toda probabilidad, menos eficaz y eficiente sobre el problema.

Se configura, de este modo, un modelo de protección que se orienta preferentemente a la detección precoz de la situación y prioriza la atención del menor en su medio, al amparo del principio de prioridad familiar. Por ello, la declaración de desamparo, que comporta la separación del menor de su núcleo familiar, se plantea únicamente como un medio subsidiario al que recurrir cuando las actuaciones de detección e intervención por riesgo no han producido los resultados deseados¹¹.

¹¹ Del mismo modo, la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas «Derechos del niño» A/RES/74/133 (18 de diciembre de 2019) recoge lo siguiente: «4. Reafirma que el niño no será separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, determinación que puede ser necesaria en ca-

pero incluso en estos casos de declaración de desamparo, la prioridad continúa siendo la familia por lo que la reunificación familiar se convierte en el objetivo prioritario desde el mismo momento en que se produce la separación del menor de su familia biológica.

La idea que subyace, conforme a los principios que inspiran la vigente legislación, es la de evitar al máximo la separación del menor de su núcleo familiar, entendiendo que la familia de origen constituye el medio adecuado para su desarrollo integral. La separación debe ser, únicamente, una medida subsidiaria cuando el menor ya se encuentra privado de la debida atención moral y material. Se inspira, el legislador estatal, en el contenido de la Observación General n.14 cuando señala: «dada la gravedad de los efectos en el niño de que lo separen de sus padres, la medida de separación de la familia biológica solo deberá aplicarse como último recurso, no siendo viable cuando pueda protegerse al niño de un modo que se inmiscuya menos en la familia. Antes de recurrir a la separación, el Estado debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño. A menos que la separación sea necesaria para protegerlo. La separación solo debe barajarse en los casos en que la asistencia que la familia requiere para preservar la unidad familiar no es suficientemente eficaz para evitar el riesgo de abandono o un riesgo para la seguridad del niño. Y cuando la separación sea necesaria, los responsables de la toma de decisiones deberán velar por que el niño mantenga

... particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o falta de cuidados por parte de sus padres (...).

y conserve los lazos y la relación con sus padres y su familia, excepto cuando ello contravenga su interés»¹².

El riesgo deviene, así, el elemento esencial en que el legislador focaliza la finalidad de la norma, legitimando la intervención de la administración para eliminarlo, mediante la adopción de medidas asistenciales, educativas, técnicas, económicas, de asesoramiento, etc., tanto dirigidas al menor como, principalmente, a su familia¹³.

Todas ellas, a diferencia del desamparo, parten de la permanencia del menor en su núcleo familiar aunque contando con el apoyo y vigilancia de las entidades competentes en materia de protección.

El propio legislador estatal incide en este punto a tenor de lo dispuesto en el art. 12.2 LOPJM: «Los poderes públicos velarán para que los progenitores, tutores, guardadores y acogedores, desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y les facilitarán servicios accesibles de prevención, asesoramiento y acompañamiento en todas las áreas que afecten al desarrollo de los menores»¹⁴.

El desamparo deberá pues adoptarse con carácter restrictivo, siendo únicamente procedente cuando se acredite efectivamente el incumplimiento de unos mínimos en el ejercicio de la guarda sobre los menores pues, aunque es primordial y preferente el interés del menor, también lo es «el derecho del propio menor a crecer en el seno de su familia de origen»¹⁵.

La resolución administrativa que declara el desamparo comportará la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria del menor y, con ello, la inmediata asunción de las funciones tutelares por parte de la Entidad pública competente¹⁶.

II. LA REINTEGRACIÓN COMO PRIORIDAD EN SUPUESTOS DE DESAMPARO CON PRONÓSTICO DE RETORNO

1. EL DESAMPARO CON PRONÓSTICO DE RETORNO: EL PLAN INDIVIDUALIZADO DE PROTECCIÓN Y EL PROGRAMA DE REINTEGRACIÓN FAMILIAR

Declarado el desamparo con carácter temporal, el principio de prioridad familiar mantiene su vigencia¹⁷. Así se desprende del art. 172 ter 2 del Código Civil

¹² Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño. Comité de los Derechos del Niño, «Observación general n° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial», de 29 de mayo de 2013, p. 15, párr. 61.

¹³ Estas medidas han sido definidas e incorporadas como prestaciones de la Red de Servicios Sociales de atención pública en la cartera de servicios sociales, tal y como estipula el artículo 24 de la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales.

¹⁴ Sin embargo, sin una «adecuada y digna dotación presupuestaria —la protección de los menores debería ser una apuesta prioritaria de todos los gobiernos—, va a dar pobres resultados, provocando la frustración y el desengaño de quienes confiaron en ella» CORTADA CORTIJO, N., «La protección de niños y adolescentes en el derecho civil de Cataluña: el tratamiento del riesgo y el desamparo», *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015* (MAYOR DEL HOYO, M.V., dir.) 2017, p. 184.

¹⁵ NORIEGA RODRÍGUEZ, L., «Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *ADC*, tomo LXXI, 2018, fasc. I, p.218.

¹⁶ La adopción de cualquier medida de protección deberá tomarse mediante resolución motivada y se notificarán a progenitores, tutores y guardadores, así como al menor adolescente. Dicha resolución deberá indicar los medios de impugnación y los plazos para ello. Las resoluciones que acuerdan las medidas de protección son impugnables ante la autoridad judicial, sin necesidad de reclamación previa por la vía administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de la resolución que se impugna. Se establece el plazo de preclusión de un año.

¹⁷ MARTÍNEZ GARCÍA, C., *Principales modificaciones en las instituciones jurídicas del sistema de protección de la infancia y la adolescencia en España*. Edit. Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 2016, p.28.

cuando en supuestos de desamparo y sin perjuicio del interés del menor, establece que «se priorizará su reintegración en la propia familia»¹⁸.

Dicha prioridad debe guiar, de este modo, la actuación de la administración. Los términos imperativos en que se expresa el legislador no dejan lugar a las dudas sobre la obligación que se impone a las administraciones públicas en relación con la adopción de medidas dirigidas a la reunificación, considerando la reintegración como una prioridad¹⁹. Esto concuerda con las orientaciones que provienen del acuerdo científico, social y profesional que defienden que cuando se separa a un niño de su familia de origen, la prioridad debe de ser retornar lo antes posible a la misma²⁰.

En este sentido, las leyes de protección vigentes «abordan la cuestión de la reinte-

gración en la familia de origen del menor desde una perspectiva positiva, la fomentan, la impulsan, proponen planes individualizados de protección del menor cuyo objetivo no es otro que el retorno con su familia biológica»²¹. En concreto, el art. 19 bis 1 y 2 LOPJM señala que cuando la entidad pública asume la tutela o guarda del menor «elaborará un plan individualizado de protección que establecerá los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas de intervención a adoptar con su familia de origen, incluido, en su caso, el programa de reintegración familiar», que aplicará en caso que del pronóstico se derive la posibilidad de retorno a la familia de origen.

Resulta pues, determinante, a efectos de la reintegración, la existencia de un pronóstico de reversibilidad²². Únicamente cuando la declaración de desamparo se sustente en realidades fácticas que pueden y deben cambiar, el desamparo deberá tender a su revocación y su naturaleza será provisional y transitoria²³.

Podemos afirmar de este modo que, en estos casos, la declaración de desamparo persigue dos finalidades: por una parte, la protección inmediata del menor alejándolo de un entorno familiar dañino; por otra, la recuperación de dicho en-

¹⁸ GARCÍA AGUACIL, M.J., «Nuevas cautelas en el ámbito de la protección de los derechos del menor tras las leyes del 2015», *Revista de Derecho Privado*, Núm. 6, Noviembre-Diciembre 2016, p. 38 señala que «se intentará siempre que proceda el retorno del menor a su familia de origen y el mantenimiento de las relaciones entre los hermanos».

¹⁹ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, B., «El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia», *Revista de Derecho Civil*, nº 4, 2014, p.124: «Si la familia se considera el mejor entorno para el desarrollo integral del menor, mientras no se demuestra lo contrario, todas las medidas protectoras que adopte la Administración darán lugar en principio a una separación temporal y deberán ir encaminadas a la reintegración del menor en su familia de origen o, cuando las circunstancias lo aconsejen, y valorado el interés superior del menor, a su incorporación en otra. Solo así se respeta el derecho a la vida familiar proclamado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y reconocido ampliamente por la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos».

²⁰ BALSELLS, M.À., MATEOS, A., URREA, A., VAQUERO, E., «Positive parenting support during family reunification», *Early Child Development and Care*, 188(11), 2018, pp. 1567-1579.

²¹ MARTÍN GARCÍA, M.L., «Reflexiones en torno a la responsabilidad patrimonial de la Administración en los casos de privación de la patria potestad: los supuestos de acogimiento y adopción de menores», *Revista de Derecho Privado*, nº6, 2017, p. 85.

²² De ahí la importancia de un cuidado y acertado pronóstico.

²³ SAINZ-CANTERO, *cit.*, p.137 señala: «Es lógico que, si la familia se considera el mejor entorno para el desarrollo integral del menor, tanto la tutela administrativa como la guarda estén concebidas como algo provisional. Y esta característica, tanto de la tutela como de la guarda, se ha querido intensificar en el Anteproyecto, por comprometer el fin último de las medidas de protección sobre el menor: su reintegración familiar, si es posible».

torno que permita su retorno sin riesgos. Estos son los dos momentos de especial relevancia para la vida de los niños que están en el sistema de protección a la infancia: el momento de la separación y de la vuelta a casa²⁴.

Únicamente en aquellos supuestos en que el retorno quede descartado *ad initium*, tanto por la gravedad de los hechos que originen el desamparo como por las particulares circunstancias familiares, las medidas de protección adoptadas deberán tener carácter definitivo: no siendo así, todo desamparo de carácter temporal tenderá a la reintegración familiar del menor.

Por otra parte, la recuperación del entorno no es algo que suceda de manera espontánea por el simple paso del tiempo. Para que ello suceda, requiere un complejo contexto de intervención, orientación, apoyo y valoración continuos, que aproximen las opciones de reunificación familiar. De este modo, elemento esencial del desamparo, junto al cuidado del menor será que, aplicada la medida de protección se inicie de inmediato el apoyo a la familia a los efectos de su recuperación²⁵: el plan individualizado de protección se dirige principalmente, como señala el art. 19.1 LOPJM, a concretar «las medidas de intervención con la familia»

estableciendo «los objetivos, la previsión y el plazo» de las mismas, incluido, en su caso, «el programa de reintegración familiar».

Por consiguiente, el plan individualizado de protección y el programa de reintegración no deberán nutrirse únicamente de las herramientas de intervención precisas para la atención del menor, sino, y de manera expresa, de todas aquellas herramientas que permitan la asistencia a la familia para hacer posible su recuperación. De hecho, se ha señalado como un importante foco en la práctica y en la investigación el encontrar nuevas claves que permitan alcanzar con éxito la reunificación de las familias, de tal forma que los niños y las niñas del sistema de protección puedan volver con las garantías necesarias con su familia de origen. El trabajo con la familia es una condición indispensable y el complemento imprescindible ante una situación de disgregación familiar que tenga por objetivo el retorno del niño o la niña a su núcleo familiar.

En este contexto debe de señalarse que la reintegración no constituye un hecho que pueda banalizarse: el mismo celo que el legislador requiere a las administraciones competentes en la concreción de los hechos que fundamentan una declaración de desamparo con la consiguiente separación, debe mostrarse en la autorización del retorno, denegando el regreso al núcleo familiar originario en aquellos supuestos en que una nueva salida sea probable²⁶.

²⁴ FARMER, E., LUTMAN, E., «Working Effectively with Neglected Children and Their Families – What Needs To Change?», *Child Abuse Review*, 23(4), 2014, pp. 262-273. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1002/car.2330>.

²⁵ Así se pronuncia la fiscalía general del Estado en la *Circular 8/2011, de 16 de noviembre sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores*, señalando que «tras la declaración de desamparo la Entidad Pública debe seguir trabajando con el menor y su familia para, en su caso, lograr su reinserción, y de no ser posible, buscar la mejor alternativa para el futuro del mismo (...)».

²⁶ MARÍN GARCÍA, I., LÓPEZ RODRÍGUEZ, D., «Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo», *Indret, Revista para el análisis del derecho*, 2, 2010, p. 24, entienden también que «(...) la Administración debe ser cautelosa a la hora de asumir la tutela de un menor, pero todavía más a la hora de acordar el retorno con su familia de origen».

Por esta razón, los cambios apreciados en las circunstancias de la familia que aconsejen la reintegración deberán ser «sustanciales y duraderos»²⁷ e, incluso siendo así, deberán adoptarse cautelas por parte de la administración que procuren su irreversibilidad. La misma LOPJM en su art. 19 bis 4 insta a la administración a realizar «un seguimiento posterior de apoyo a la familia del menor».

2. LA REVISIÓN PERIÓDICA DE LA MEDIDA DE ACOGIMIENTO TEMPORAL

Declarado el desamparo con pronóstico de reunificación, procede acordar con carácter temporal la medida de acogimiento familiar o, no siendo este posible, el residencial (art. 172 ter CC). Su carácter temporal y transitorio se concreta, *a priori* en dos años «salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva»²⁸.

²⁷ STS 5683/2001 de 2 de julio de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:5683).

²⁸ El art. 173 bis 2.b) CC señala que el acogimiento temporal tendrá carácter transitorio, «bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de este en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva».

De superarse el plazo previsto, el art. 12 LOPJM requiere que la Entidad Pública remita al Ministerio Fiscal «informe justificativo de la situación de un determinado menor cuando este se haya encontrado en acogimiento residencial o acogimiento familiar temporal durante un periodo superior a dos años, debiendo justificar la Entidad Pública las causas por las que no se ha adoptado una medida protectora de carácter más estable en ese intervalo».

Una vez finalizado el plazo del acogimiento temporal la administración competente deberá acordar, bien la reintegración del menor a su familia de origen, bien la adopción de otras medidas de carácter permanente.

Sin embargo, no resulta obligatorio agotar el plazo previsto en caso de que el interés del menor no lo aconseje. De suerte que cualquier variación en las circunstancias familiares que aconsejen una modificación de las medidas inicialmente propuestas, debe traducirse en un cambio inmediato en las mismas²⁹. De hecho, la prioridad de la familia, y por ello la finalidad de reintegración familiar, no tiene carácter absoluto, ya que «cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas»³⁰. En este sentido, de nuevo la investigación internacional avala esta temporalidad ya que un predictor positivo de la reunificación es el tiempo que el menor está en acogimiento siendo recomendable la limitación de dos años como plazo óptimo.

Así, si el resultado de las preceptivas revisiones³¹ del acogimiento temporal desaconseja la reintegración, deberá

²⁹ Lo apunta de este modo, GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., «La problemática reinserción en su familia de origen del menor acogido», *Derecho Privado y Constitución*, n. 18, enero 2004, p. 325, señalando que la administración competente «no debería tener problema alguno en adoptar inmediatamente una medida jurídica de protección que tuviera carácter estable».

³⁰ STS 4911/2011 de 13 de junio (ECLI:ES:TS:2011:4911).

³¹ El art. 172 ter 2 CC dispone que «la situación del menor en relación con su familia de origen será revisada, (...) al menos cada seis meses». Por su parte, el art. 12.5 LOPJM concreta lo siguiente: «Cualquier medida de protección no permanente que se adopte respecto de menores de tres años se revisará cada tres meses, y respecto de mayores de esa edad se revisará cada seis meses. En los acogimientos permanentes la revisión tendrá lugar el primer año cada seis meses y, a partir del segundo año, cada doce meses».

avanzarse hacia medidas de separación definitivas³². Únicamente cuando el retorno sea posible y responda al interés del menor estará justificado el mantenimiento de una situación transitoria y provisional como es el acogimiento temporal³³. Siendo así, la Entidad Pública competente está legitimada para, ponderando en todo momento las circunstancias familiares, modificar la medida de protección acordada junto a la declaración de desamparo, adecuándola a las necesidades reales y actuales del menor acogido³⁴.

En consecuencia, el pronóstico fundado de irreversibilidad en las circunstancias de la familia biológica que originaron el desamparo justificará la

modificación de la medida hacia medidas de carácter permanente, descartando por ello la reunificación. Claramente lo señala el legislador estatal en el art. 172.2 CC al apuntar que durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo «la Entidad Pública, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, podrá adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen»³⁵.

Además, la modificación de la medida resulta congruente con la apuesta de la LOPJM³⁶ por soluciones estables: cuando la interinidad de un acogimiento temporal que no va a cumplir su objetivo —el retorno— deba modificarse sin dilaciones innecesarias. Descartada la posibilidad de retorno, por constatarse la irreversibilidad de la situación de los padres para cuidar adecuadamente a sus hijos, no tiene sentido mantener una interinidad que no beneficia en ningún extremo al menor³⁷.

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., «Sobre la estrenada reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Revista Derecho Privado*, n° 100, 2016, p. 55, valora positivamente la reducción del plazo de revisión en menores de tres años: «Ciertamente, el establecimiento de un plazo más breve para la revisión de las medidas de protección no permanentes en relación con menores de tres años debe considerarse acertado, por las necesidades específicas que requieren los niños de tan corta edad y por ser imprescindible que en estos casos las medidas provisionales no deriven de facto en medidas irreversibles por el mero transcurso del tiempo».

³² Del mismo modo BERROCAL LANZAROT, A. I., «Las instituciones de protección a la infancia y adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa, y acogimiento familiar y residencial tras la Ley 26/2015», *La Ley Derecho de familia* 6064/2015, p. 15, señala que «en la actual regulación se adoptará tal acogimiento cuando finalice el plazo de dos años de acogimiento temporal y no sea posible la reintegración en la familia de origen o en los casos de menores con necesidades especiales o cuando la situación del menor y su familia así lo aconsejen».

³³ El TS, en la STS 5817/2009 de 31 de julio (ECLI:ES:TS:2009:5817) apuesta por promover el retorno del menor con su familia «(...) siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor».

³⁴ Debiendo ser notificada al Ministerio Fiscal como se dispone en el último apartado del artículo 172.2 CC.

³⁵ A salvo queda la facultad de los padres a oponerse, en virtud del art. 172.2.7 CC, a las decisiones de la entidad competente que puedan colisionar, durante esos dos años, con el deber general de primar la reintegración del menor en su propia familia biológica. Recordemos que cualquier actuación de la administración en el ámbito de la protección de menores está sujeta a un doble control: la vigilancia del Ministerio Fiscal, la revisión judicial en caso de oposición de los progenitores.

³⁶ El art. 2.3 d) LOPJM señala como elemento a ponderar en la toma de decisiones por parte de la administración la estabilidad de las soluciones que se adopten «para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro».

³⁷ Con anterioridad a la reforma de 2015 de la LOPJM y del CC, la fiscalía general del Estado ya

En sentido opuesto, pero con idéntica finalidad, la constatación de la reversión de las circunstancias que originaron el desamparo, y la apreciación de la concurrencia de todos los requisitos exigidos, habilita a la entidad pública competente para que, aun sin atender al plazo máximo de dos años y siempre velando por los intereses del menor, revoque la declaración de desamparo y el menor retorne con su familia de origen³⁸. Así lo apunta el legislador en el art. 172.3 CC cuando autoriza a la entidad pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, a «revocar la declaración de situación de desamparo y decidir el retorno del menor con su familia, siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés»³⁹.

había apuntado dicho extremo en la *Circular 1/2008, de 22 de diciembre, sobre limitaciones temporales a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, tras la reforma operada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre* para supuestos de enfermedades graves y crónicas, problemas de drogadicción... que apuntaban a la irreversibilidad. En dicha Circular, se insistía en que «no se debiera esperar el transcurso de los dos años para instar la constitución de la adopción o en su caso, el acogimiento familiar preadoptivo».

³⁸ De constatarse el cambio en las circunstancias que originaron el desamparo, el cese de la tutela de la entidad no será automático, a pesar de la literalidad del art. 172.5 CC, sino que requerirá la revocación expresa de la declaración y de la medida adoptada.

³⁹ Revocación ligada a la solicitud de los progenitores de cese de la medida por cambio en las circunstancias. Así lo señala el art. art. 172.2 CC: «Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo, los progenitores que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el apartado 1, o los tutores que, conforme al mismo apartado, tengan suspendida la tutela, podrán solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor; si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela».

Resulta decisivo, pues, junto a un adecuado pronóstico inicial, una acertada y continua valoración de las circunstancias que aconsejen o no la reintegración. De ahí que devenga esencial disponer de un detallado programa de actuación y valoración que aleje la reintegración de decisiones individuales e interpretaciones subjetivas. La importancia del derecho que se protege requiere de un marco detallado y complejo que concrete los objetivos, las actuaciones y el resultado a obtener⁴⁰.

Así pues, cuando el pronóstico realizado no descarte el retorno, temporalidad y reversibilidad caracterizaran al desamparo, manteniendo únicamente la separación del menor en la medida en que subsista la causa que la motivó y siempre a expensas de su interés superior⁴¹.

Sin embargo, y a pesar de que el legislador reproduce en el articulado de la ley la prioridad del retorno del menor con su familia, la realidad desmiente en la actualidad dicha intención: la falta de una concreción en los procesos y herra-

⁴⁰ Lo señala la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños A/64/142* (de 30 de noviembre de 2009), cuando, bajo el título «Promoción de la reintegración en la familia», detalla lo siguiente: «49. Para preparar al niño y a la familia para su posible regreso a esta y para apoyar dicha reinserción, la situación del niño debería ser evaluada por una persona o un equipo debidamente designado que tenga acceso a asesoramiento multidisciplinario, en consulta con los distintos actores involucrados (el niño, la familia, el acogedor alternativo), a fin de decidir si la reintegración del niño en la familia es posible y redundante en favor del interés superior de este, qué medidas supondría y bajo la supervisión de quién. 50. Los objetivos de la reintegración y las tareas principales de la familia y el acogedor alternativo a este respecto deberían hacerse constar por escrito y ser acordadas por todos los interesados».

⁴¹ La SAP O 310/2014 de 6 de febrero de 2014 (ECLI:ES:APO:2014:310) subraya «(...)que el retorno del menor a la familia biológica es una aspiración legal y objetivo de la acción protectora, como así se deduce del art. 172.4 CC (...)».

mientas, la escasez de recursos humanos y materiales, el exceso de celo, la escasa formación y experiencia en ocasiones, los criterios de ponderación para acordar el retorno, etc., prolonga *sine die* las situaciones de desamparo, y, por consiguiente, frustran en muchos casos el regreso de los menores con sus familias de origen⁴². El análisis del sistema de protección español indica que no existe trabajo proactivo con la familia para que adquiera una percepción realista de su situación y de los cambios necesarios para mejorarla; el planteamiento conservador hace permanentes los acogimientos, sin un verdadero pronóstico con fecha límite y sin un verdadero trabajo con las familias⁴³.

III. EL CAMBIO EN LAS CIRCUNSTANCIAS FAMILIARES QUE JUSTIFICA EL RETORNO DEL MENOR

Para acordar la reintegración familiar del menor, el art.19 bis 3 LOPJM declara «imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se cons-

tate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico»⁴⁴.

Siendo la separación del menor, consecuencia de la constatación objetiva de circunstancias perjudiciales en su entorno familiar, su desaparición debería ser suficiente para revocar la declaración de desamparo. Por ello, acreditando⁴⁵ que los padres «ya no se encuentran in-

⁴⁴ El art. 19 bis 3 LOPJM incorpora los criterios de la STS 5817/2009 de 31 de julio (ECLI:ES:TS:2009:5817). El TS sienta doctrina al señalar que «(...) para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico».

⁴⁵ La STS 3162/2015 de 9 de julio (ECLI:ES:TS:2015:3162) declara que no procede estimar la impugnación del desamparo al entender que los cambios alegados no se encuentran debidamente acreditados pues los datos que se aportan a la causa «no son suficientes para considerar que ha existido una evolución favorable que permita a los padres biológicos asumir la guarda y custodia de la menor y —lo más importante— que ello resulte positivo». Del mismo modo, en STS 404/2018 de 14 de febrero (ECLI:TS:2018:404), el tribunal se muestra cauteloso con el retorno alegando que faltan «informes precisos que provoquen una convicción suficiente de que la medida acordada no provocaría en los menores una desubicación de su actual entorno socio familiar y educativo, en el que se encuentran integrados de forma positiva, superando carencias que sufrieron y que motivaron la situación de desamparo».

⁴² MARTÍN GARCÍA, *cit*, p. 85, se muestra pesimista en cuanto a los resultados de la apuesta por la reintegración: «¿es viable, es posible, o la realidad de las situaciones nos presenta un panorama menos halagüeño?, ¿cuenta la Administración con la organización necesaria para abordar situaciones de riesgo que eviten una declaración futura de desamparo, o que eviten la transformación de un acogimiento temporal en uno permanente, o en una adopción? Disculpen por el pesimismo, pero tengo mis dudas».

⁴³ BALSELLS, M. À., ÚRREA, A., PONCE, C., VAQUERO, E., NAVAJAS, A. «Claves de acción socioeducativa para promover la participación de las familias en procesos de acogimiento», *Educacion XXI*, 22(1), 2019, pp. 401-423.

cursos en las causas que justificaron su declaración»⁴⁶ y que el retorno no supone riesgos relevantes para el menor, debería revocarse la declaración de desamparo y con ello, poner fin a la separación.

De hecho, el retorno del menor con su familia mantiene un estrecho vínculo con la separación: si el desamparo no puede justificarse en el simple riesgo sino que requiere la apreciación objetiva de circunstancias especialmente graves que generen un daño real al menor, el retorno deberá acordarse cuando, aun persistiendo el riesgo, las concretas circunstancias que motivaron el desamparo hayan desaparecido. De no ser así, y mantenerse la separación aun desaparecidas dichas circunstancias, la distinción entre riesgo y desamparo que inspira la totalidad de la legislación tuitiva del menor, y que obedece a criterios de subsidiariedad del desamparo, dejaría de cumplir su función: la administración solo está legitimada para intervenir separando al menor de su familia de origen cuando las circunstancias son especialmente graves y/o persistentes. Cuando dejan de serlo, cesa, a su vez, su legitimación⁴⁷: el menor deberá reintegrarse en su familia de origen, adoptando en su lugar las medidas necesarias de protección, asistencia, formación y apoyo, propias del riesgo.

⁴⁶ Circular 1/2008, de 22 de diciembre, p.7.

⁴⁷ El mismo legislador así lo contempla en el Preámbulo de la LOPJM cuando señala: «Mientras en las situaciones de riesgo, caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, la citada intervención se limita a intentar eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo, en las situaciones de desamparo, donde la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, aquélla se concreta en la asunción por la entidad pública de la tutela del menor y la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria».

1. LA EVOLUCIÓN POSITIVA DE LAS COMPETENCIAS PARENTALES Y LA AUSENCIA DE RIESGO GRAVE PARA EL MENOR

A) *La evolución positiva: la adecuada valoración de las circunstancias*

La valoración de las circunstancias objetivas que aconsejen el retorno deberá realizarse en idénticos términos en que se realizó la valoración que aconsejó la separación. Para ello, deberán utilizarse los mismos criterios que para el desamparo: desaparecidas las circunstancias concretas que lo justificaron, procederá su revocación⁴⁸.

Resulta, así, imprescindible, atender al carácter objetivo de la valoración: como señala la LOPJM, la evolución positiva de las competencias parentales debe ser «objetivamente suficiente»⁴⁹ para restablecer la convivencia familiar sin riesgo

⁴⁸ Las circunstancias evaluables serán las que concurran en el preciso momento en que se decida sobre el retorno. Como ejemplo de ello, la STS 3162/2015 de 9 de junio (ECLI:ES:TS:2015:3162) señala que las circunstancias familiares que fundamentan la decisión del cambio o modificación de medidas, deben valorarse en el momento de la modificación comprobando «cuál era la situación personal del progenitor en esa fecha: comprobar si el consumo de tóxicos que dio lugar al desamparo ha desaparecido, si las condiciones de la vivienda actual son las necesarias para el menor, si posee la capacidad económica suficiente para atender las necesidades del menor».

⁴⁹ Art. 19 bis «3. Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma».

relevante para el menor. El retorno, como la separación, no puede depender de valoraciones subjetivas que respondan a «meros criterios educativos, más o menos acertados, pero opinables»⁵⁰, ni a la sustitución de la escala de valores paterna por «una escala oficial, mientras se respeten ciertos límites generales»⁵¹. Desaparecidas las circunstancias objetivas que justificaron la separación, procederá la revocación del desamparo y, con ello el retorno del menor con su familia.

A estos efectos resulta, pues, decisivo, disponer de herramientas o instrumentos precisos, descriptivos y homogéneos que permitan una valoración técnica y que puedan fundamentar, en su caso, la oposición a la decisión adoptada. La LOPJM otorga al informe técnico la función de acreditación del cambio, de ahí la transcendencia de su elaboración y contenido. La Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, de 30 de noviembre de 2009, bajo el título «Promoción de la reintegración en la familia», detalla lo siguiente: «49. Para preparar al niño y a la familia para su posible regreso a esta y para apoyar dicha reinserción, la situación del niño debería ser evaluada por una persona o un equipo debidamente designado que

tenga acceso a asesoramiento multidisciplinario, en consulta con los distintos actores involucrados (el niño, la familia, el acogedor alternativo), a fin de decidir si la reintegración del niño en la familia es posible y redundante en favor del interés superior de este, qué medidas supondría y bajo la supervisión de quién.

La ausencia de herramientas de valoración conduce a la imprevisibilidad ante un marco de decisión incierto y, con ello, a la indefensión⁵². Ante su ausencia, resulta interesante atender a las siguientes indicaciones:

- a) Las habilidades parentales de los progenitores y el entorno material y social familiar deben ser valorados desde una óptica de mínimos y no de máximos⁵³. Para acordar el retorno del me-

⁵² En este sentido resultan interesantes, aunque dirigidos al desamparo y no al retorno, los siguientes instrumentos:

«Valórame: instrumento para la valoración de la gravedad de las situaciones de riesgo, desprotección y desamparo de la infancia en Andalucía», <https://www.juntadeandalucia.es/servicios/procedimientos/detalle/17842.html>.

• «BALORA, Instrumento para la valoración de la gravedad de las situaciones de riesgo y desamparo en los Servicios Sociales Municipales y Territoriales de Atención a la Infancia y Adolescencia en la Comunidad Autónoma Vasca», <https://www.euskadi.eus/valoracion-situaciones-riesgo/web01-a2gizar/es/>.

• También resulta interesante a los efectos de la identificación de las situaciones de riesgo el «Simulador del Módulo de Soporte a la Gestión del RIESGO (MSGR)» en Cataluña, [https://treballiaferssocials.gencat.cat/ca/ambits_tematicas/infancia_i_adolescencia/proteccio_a_la_infancia_i_ladollescencia/maltractaments_dinfants_i_adolescents/registre_unificat_de_maltractaments_infantils_rumi/index.html#googtrans\(ca/es](https://treballiaferssocials.gencat.cat/ca/ambits_tematicas/infancia_i_adolescencia/proteccio_a_la_infancia_i_ladollescencia/maltractaments_dinfants_i_adolescents/registre_unificat_de_maltractaments_infantils_rumi/index.html#googtrans(ca/es).

Sería aconsejable la elaboración de instrumentos similares para el retorno. Sin embargo, atendiendo a su identidad de razón con el desamparo, pueden ser igualmente utilizados para su valoración. De hecho, sus indicadores no deberían diferir en demasía.

⁵³ La STSJ CAT 5191/2015 de 4 de mayo (ECLI:ES:TSJCAT:2015:5191) se pronunciaba en este sentido declarando con carácter general que las habili-

⁵⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «¿Protección de menores *versus* protección de progenitores? Comentario al AAPP Sevilla, de 3 de febrero 2000 (AC 2000, 56)», *Aranzadi civil*, Vol. III, 1999, p. 95.

⁵¹ En la SAPZ 1917/2004 de 15 julio 2004 (ECLI:ES:2004:1917) se recoge que «salvo los supuestos de violación de los derechos del menor, las opciones educativas, culturales y económicas de los progenitores no pueden ser objeto de corrección por el Estado. De lo contrario, se correría el riesgo —en aras del principio de igualdad— de tener que amparar y tutelar a un importantísimo número de menores con ejemplos paternos alejados de las tesis oficiales».

nor se exige únicamente que cesen aquellas circunstancias que ocasionaron la separación, no la construcción de un entorno ideal para el menor⁵⁴. Resulta ilustrativa, al respecto, la STS 535/2017, de 2 de diciembre⁵⁵ cuando estima la oposición al desamparo, pronunciándose favorablemente a la reunificación atendiendo a que la progenitora «(...) se

dades parentales de los progenitores deben ser valoradas desde una óptica de mínimos, no de máximos y que la situación social de los padres solo es relevante si repercute en la estabilidad del menores, acordando también el retorno atendiendo a la desaparición de las circunstancias del desamparo ya que la madre había superado sus problemas psicológicos, retomado sus relaciones sociales, disponía de empleo estable y vivienda adecuada.

⁵⁴ En este sentido, resultan clarificadores los pronunciamientos judiciales que, resolviendo sobre la oposición al desamparo, justifican el retorno del menor con su familia de origen basándose en las mejoras objetivas en los hábitos de los progenitores, las condiciones de higiene y habitabilidad de la vivienda, la relación familiar, etc...

En la SAP de Barcelona 753/2019, de 13 de Noviembre de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:13671....) se analiza con detalle la situación que desaconseja, por el momento, la modificación de la medida: «Apreciamos mejora en su situación personal y económica lo que indica que la evolución está siendo satisfactoria. Su actitud ha mejorado y, pese a no haber firmado el plan de mejora, parece que va siguiendo las indicaciones y su comportamiento evidencia una evolución y una aceptación *de facto* del plan. Va manteniendo relación con los dos hijos. No hay prueba de maltrato y existe apego emocional entre madre e hijos. Desde marzo de 2018 trabaja con un contrato indefinido y sueldo de 900 euros/mes. Estas mejoras en la madre, como consignan los informes del EATAF son todavía frágiles y deben consolidarse para que puedan provocar cambios en la medida de protección adoptada por la administración. Algunos factores de riesgo importantes que determinaron la resolución de desamparo persisten como consigna la sentencia de instancia. Así resulta del informe del EATAF y no lo desvirtúa la prueba documental a la que alude la apelante. Vemos que su percepción de la situación no se ajusta a la realidad no solo a nivel de las necesidades del hijo sino también en cuanto a las necesidades de mejora en su capacidad parental».

⁵⁵ STS 3469/2017 de 2 de octubre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3469).

ha procurado vivienda en propiedad por sus propios medios, (...) ha demostrado apego emocional a su hijo al que procurar esparcimientos propios de su edad (ahí están los múltiples vídeos, fotos, en la feria, en la cabalgata de reyes, etc...), le proporciona alimentación adecuada y pasa los controles ordinarios médicos sin ser sabedora de los rasgos autistas. Es decir, es capaz, a pesar de las dificultades que le acucian y posiblemente algo afectada por las mismas, de proporcionar al menor el ambiente familiar y de estabilidad emocional (...)»⁵⁶.

b) No deben influir, a los efectos del retorno, las condiciones materiales de pobreza o de discapacidad de los progenitores⁵⁷. Las privaciones materiales de la familia no son razones suficientes para autorizar la injerencia en la vida familiar ni justifican la separación del menor⁵⁸ salvo que las mismas vayan unidas

⁵⁶ Por el contrario, la STSJ CAT 3120/2016 de 4 de abril (ECLI:ES:TSJCAT:2016:3120), constata la subsistencia de la situación de desamparo de tres hermanos menores de edad dada la insuficiente capacidad de los progenitores para afrontar las necesidades educativas y protectoras de los hijos (el padre se desentiende del todo y la madre presenta un desequilibrio emocional, no afronta sus problemas de salud mental y no es capaz de identificar las necesidades emocionales de los menores).

⁵⁷ El párrafo segundo del art. 18.2 LOPJM señala que: «La situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo. Asimismo, en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos». La LOPJM reproduce en este punto, el §15 de las *Directrices sobre las modalidades alternativas...*, cit. *supra*, que así lo apuntaban.

⁵⁸ La imposibilidad de disponer de vivienda propia no constituye motivo suficiente para el desamparo. Así lo consideró el TSJ AND 2507/2009 de 30 de abril (ECLI:ES:TSJAND:2009:2507) que concedió 40.000 € a la madre y cada una de sus dos hijas y 20.000 € a su abuela por la afectación gravísima de la vida familiar que comportó el alejamiento de las menores de su hogar durante casi seis años a causa

a otras circunstancias que, debidamente ponderadas, señalen como mejor opción para su interés la separación de su núcleo familiar. De hecho, la administración es la responsable de proporcionar a la familia de los medios asistenciales necesarios para revertir sus carencias materiales⁵⁹.

c) En supuestos de acogimiento familiar, la decisión relativa al retorno del

de una declaración de desamparo con fundamento en la imposibilidad de la madre de conseguir una vivienda propia, motivo por el cual residían en el domicilio de la abuela. En el FJ 3 puede leerse: «La existencia del daño, y su ilegitimidad, resulta del auto de la Audiencia Provincial que, apoyándose en el dictamen del perito judicial, califica como crueles respecto de la madre y las menores ciertas actuaciones de la Administración, deja claro que la situación de los menores en relación con el comportamiento de la madre en modo alguno podía calificarse como de abandono o desamparo, sino más bien al contrario, y que “objetivamente las circunstancias de las menores, aun reconociendo las carencias familiares, éstas eran sobre todo de orden material y económico derivado de la imposibilidad de la madre de conseguir una vivienda propia”. Estos datos del auto que acaba con la declaración de desamparo no son desvirtuados por las alegaciones sobre la razonabilidad de la actuación. El daño es ilegítimo porque se trata de un supuesto en el que la Administración se debió de abstener de intervenir sobre la guarda y custodia. Además, una vez producida la retirada de la guarda y custodia, ésta se prolongó excesivamente por circunstancias en buena medida imputables a la Administración, como también indica la Audiencia Provincial, citando las dilaciones que sufrió el procedimiento ante el Juzgado, en gran medida provocadas por el retraso de la Administración en enviar la documentación requerida. La Administración debe responder por los daños causados».

⁵⁹ La Recomendación REC (2006) 19 contempla entre las políticas de apoyo a las familias, facilitarles el acceso a «recursos materiales, sociales, psicológicos y culturales adecuados». Del mismo modo, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas recomendaba en sus Observaciones finales a España, en 2010, que «redoble sus esfuerzos por prestar asistencia adecuada a los padres y tutores legales en el ejercicio de sus responsabilidades relacionadas con la crianza, en particular a los de familias en situaciones de crisis debido a la pobreza, la falta de vivienda adecuada o la separación».

menor con su familia de origen no puede fundarse en un análisis puramente comparativo entre el núcleo familiar de origen y la familia de acogida⁶⁰: como ya se ha señalado, no se trata de buscar un entorno material y social ideal para el menor, sino de restaurar su propio núcleo familiar para que deje de resultar dañino. El hecho de que un niño pueda ser acogido en un marco más propicio para su educación no es motivo bastante para alejarlo de su familia, ni, mucho menos, para impedir su retorno.

B) *La evolución «objetivamente suficiente» de la familia*

Tanto el plan individualizado como el programa de reintegración familiar no deben dirigirse únicamente del menor, sino, muy especialmente hacia la recuperación de un entorno familiar seguro. Ya hemos señalado que así lo requiere el art. 19 bis 1 LOPJM cuando impone a la entidad pública que asume la tutela del menor la elaboración de un plan individualizado de protección que establezca los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas de intervención a adoptar «con su familia de origen, incluido, en su caso, el programa de reintegración familiar».

Así, el periodo de desamparo no debe servir únicamente para garantizar temporalmente al menor un entorno libre de perjuicio, sino fundamentalmente, para establecer las bases de un retorno seguro dotando a la familia de los instrumentos precisos para ello.

Por ello, la intervención deberá dirigirse prioritariamente a la familia del menor, proponiendo medidas tanto de

⁶⁰ CAPARRÓS OVERA, N. y JIMÉNEZ AYBAR, I., *El acogimiento familiar (aspectos jurídicos y sociales)*, Edit. Rialp, Madrid, 2001, pp. 188 y ss.

carácter asistencial como educativas y orientando las actuaciones de los diferentes profesionales que van a intervenir a restablecer el adecuado entorno familiar y a recuperar —o adquirir— competencias en el ejercicio de las funciones parentales⁶¹. Se trata, en este último caso, de ofrecer a los padres orientación técnica para promover el desarrollo personal y parental creando una dinámica familiar normalizada, capacitándoles para las funciones de atención, educación y cuidado de los menores a su cargo⁶².

De hecho, la Resolución de la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 2009 en la que se aprueban las Directrices sobre las modalidades alternativas del cuidado de los niños⁶³, recomienda que se hagan constar por escrito los objetivos de la reintegración y las tareas principales tanto de la familia como de los acogedores que deben de ser acordadas por todos los participantes⁶⁴.

⁶¹ En este ámbito son las CCAA quienes, a tenor de su competencia en asistencia social y/o protección de menores deberán procurar las herramientas pertinentes para el trabajo de recuperación de la familia: Existen herramientas interesantes dirigidas a esta finalidad como *Caminar en familia: Programa de competencias parentales durante el acogimiento y la reunificación familiar*, del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

⁶² BOCCIO SERRANO, M.J.P., *El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección. La actividad protectora de los poderes públicos en el ordenamiento español*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 141. Por su parte, NAVAS NAVARRO, S., «El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada» en *Estudios en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, coordinado por Cabanillas Sánchez, A, Madrid, 2003, p. 693, sustenta el interés del menor sobre tres pilares, el bienestar físico, el psíquico y el social.

⁶³ Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños* A/64/142 (de 30 de noviembre de 2009).

⁶⁴ Interesante ejemplo de ello encontramos en Andalucía, en la naturaleza vinculante del docu-

La formalización de un documento con los objetivos a conseguir y el trabajo a realizar clarificará la situación y facilitará la comprensión. Debe tenerse en cuenta que gran parte de las familias que se encuentran en situación de desamparo «no alcanzan a entender las actuaciones que tienen que llevar a cabo para lograr que su hijo o hijos sean reinsertados en su propia familia, y más aun teniendo en cuenta la parquedad de la regulación legal —pese a los importantes avances de las últimas reformas— y la ausencia de preceptos específicos que contemplen todas las posibles causas de oposición y los pasos concretos a observar por los progenitores que —no incursos en causa de privación de patria potestad— pretendan recuperar la guarda y custodia de sus hijos menores»⁶⁵.

Un buen trabajo con la familia biológica para lograr la mejora de las condiciones que determinaron la intervención administrativa garantiza «en un mayor número de casos, el objetivo primordial: la reinsertación del menor con su familia de origen»⁶⁶.

Alcanzados los cambios perseguidos y con idénticas cautelas que en la adopción de la decisión relativa a la separación, el retorno deberá acordarse cuando existan evidencias contrastadas de que las circunstancias familiares que motivaron la declaración de desamparo han desapare-

mento de compromiso que a los efectos de la reintegración familiar firman los titulares de la patria potestad suspendida con los Equipos de Tratamiento Familiar en el que se detalla los elementos del cambio, las acciones a realizar y sus consecuencias.

⁶⁵ ZAMORA SEGOVIA, M.L., «Sistema de protección de menores. Desamparo. Reinsertación del menor en familia de origen», *Observatorio de la Infancia en Andalucía*, 2011, p. 25.

⁶⁶ ZAMORA SEGOVIA, *cit* p. 25.

cido por completo⁶⁷. De mantenerse las mismas, pese al principio de prioridad familiar, no procederá en ningún caso el retorno, pudiendo adoptarse, como ya hemos señalado, medidas de protección de carácter definitivo⁶⁸.

La evolución favorable de la familia y la concurrencia del resto de circunstancias requeridas constituyen así, el paso previo e indispensable al retorno del menor. Sin embargo, para que el retorno se haga efectivo deberán concurrir junto a dichos cambios, la constatación de la ausencia de riesgos y la ponderación de las circunstancias que pudieran frustrar el retorno.

Sin embargo, constatadas las anteriores circunstancias el retorno no será inmediato ya que resulta necesaria: bien la revocación de la declaración de desamparo por la entidad pública ya sea de oficio o a instancias del Ministerio Fiscal o de los propios progenitores⁶⁹ (art. 172.2.1 y 3 CC); bien sentencia judicial dictada en el procedimiento de oposición

al desamparo incoado por los mismos progenitores⁷⁰.

C) La ausencia de riesgo relevante para el menor

Como ya hemos señalado, la reintegración con su familia de origen no debe comportar riesgos «relevantes» para el menor. No se descarta, en consecuencia, que exista cierto riesgo en el retorno. De hecho, parece más que probable que la reversibilidad de las circunstancias del desamparo no sea total en un periodo de dos años, por lo que acordada la reintegración, es fundamental que la administración mantenga un periodo de acompañamiento, más o menos intenso, a la familia. El acompañamiento posreintegración durante un año como mínimo es un factor que influye en el éxito de la reunificación de la familia y que ayuda a consolidar la nueva situación familiar⁷¹.

En este sentido, acordado el retorno del menor al núcleo familiar, el art. 19

⁶⁷ La STS 5817/2009 de 31 de julio (ECLI:ES:TS:2009:5817) utiliza como argumentos para denegar el retorno, la falta de certeza en el cambio en las circunstancias que lo justificarían: «(...) en el dictamen pericial se manifiesta que la madre continúa padeciendo déficits en áreas cognitivas y en habilidades sociales y carece de herramientas sobre educación necesarias para el cuidado y educación del hijo, por lo que necesitaría ayuda de otras personas y de los servicios sociales. La posibilidad de superar estos déficits mediante la ayuda de otras personas y de los servicios sociales no aparece en un examen del conjunto de circunstancias como suficientemente segura (...)».

⁶⁸ El último párrafo del art.172.2 CC señala que durante el plazo de «dos años, la Entidad Pública, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, podrá adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen».

⁶⁹ En los dos años posteriores al desamparo.

⁷⁰ Art. 172.2 CC: «Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo, los progenitores (...) podrán solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor; si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela.

Igualmente, durante el mismo plazo podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor. Pasado dicho plazo decaerá el derecho de los progenitores o tutores a solicitar u oponerse a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor (...)».

⁷¹ BALSELLS, M. À., PASTOR, C., MATEOS, A., VAQUERO, E., URREA, A., «Exploring the needs of parents for achieving reunification: The views of foster children, birth family and social workers in Spain», *Children and Youth Services Review*, 48, 2015, pp. 159-166; KIMBERLIN, S. E., ANTHONY, E. K., AUSTIN, M. J., «Re-entering foster care: Trends, evidence, and implications», *Children and Youth Services Review*, 31(4), 2009, pp. 471-481.

bis 4 LOPJM impone a la administración pública un seguimiento de apoyo para garantizar la estabilidad de las circunstancias que justificaron la reintegración. Responde el legislador a la Resolución de la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 2009 en la que se aprueban las Directrices sobre las modalidades alternativas del cuidado de los niños⁷², que concibe el retorno no como un único acto, sino como un proceso gradual y supervisado, que debe incorporar medidas de apoyo y seguimiento⁷³.

Pese a ello, y más allá de la articulación del seguimiento, sería conveniente la sustitución de la declaración de desamparo por una de riesgo que justifique la permanencia de las medidas de asistencia, acompañamiento y control previstas para dichos casos⁷⁴.

Sin embargo, y aun partiendo de la importancia del trabajo con la familia a los efectos de su recuperación, no existe ley general que así lo imponga ni procedimientos concretos para ello⁷⁵, ni mu-

cho menos, previsión presupuestaria que pueda cubrirlos⁷⁶.

2. EL MANTENIMIENTO DE LOS VÍNCULOS FAMILIARES

La separación del menor de su familia de origen y la suspensión de la patria potestad derivadas de la declaración de desamparo, no implican necesariamente el cese de toda relación entre ambos⁷⁷. Al contrario, tanto hijos como progenitores conservan, de no resultar contrario al interés del menor, sus respectivos derechos de relación. Así puede interpretarse cuando el art. 2.2.c) LOPJM apuesta por el «mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor».

En este sentido, el art. 160 CC contempla el derecho del menor a relacionarse con sus progenitores «aunque éstos no ejerzan la patria potestad» extendiéndolo a «hermanos, abuelos y otros parientes y allegados»⁷⁸.

Idéntica consideración recoge la LOPJM en su art. 21 bis d) donde, con independencia de la modalidad de acogimiento en que se encuentre, reconoce al menor el derecho de «relacionarse con su familia de origen en el marco del régimen de visitas, relación y comunicación establecido por la Entidad Pública».

⁷² Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas «Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños» A/64/142 (de 30 de noviembre de 2009).

⁷³ Se abordaba ya, como elemento de especial relevancia, en la STS 605/2011 de 21 de febrero de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:605) en la que, acordando la revocación del desamparo, accedía al retorno del menor con su padre, pero no de forma incondicionada sino sometida a los controles de la administración competente para vigilar el desarrollo de la relación.

⁷⁴ No debería descartarse la intensificación del régimen de visitas y estancias del menor con su familia biológica como ORDÁS ALONSO, M., «El nuevo sistema de protección de menores en situaciones de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio», *Revista Doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, 9/2016, p. 44.

⁷⁵ MARTÍN GARCÍA, *cit.*, p. 82, señala «la situación de precariedad y escasez de medios, personales y materiales» de la Administración pública en los últimos tiempos, así como de la ausencia de juzgados de familia, especializados en este tipo de materia, en muchas provincias españolas».

⁷⁶ Aun cuando la LOPJM parte del principio de prioridad presupuestaria en el ámbito de la protección de menores, acorde con su interés superior —principio que recogen del mismo modo las legislaciones autonómicas que asumen la competencia de su protección—, dicho principio no tiene ninguna transcendencia práctica.

⁷⁷ DÍAZ ALABART, S., «El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados», *Revista Derecho Privado*, n° 87, 2003, p. 345 y ss.

⁷⁸ De hecho, el art.160.2 CC señala que no podrán impedirse sin justa causa «las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados».

A su vez, y junto al derecho del menor a mantener las relaciones personales con su familia, los padres son titulares del *ius visitandi* siempre que no estén privados de la patria potestad⁷⁹. El tema de las visitas y los contactos ha sido ampliamente estudiado por la comunidad científica y hay acuerdo en la necesidad de mantenerlos especialmente cuando el pronóstico es de reintegración⁸⁰.

En concreto, para la medida de acogimiento familiar, el art. 20.3 d) 1 LOPJM, señala que la formalización del acogimiento deberá acompañarse, en documento anexo, del «régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, en los supuestos de declaración de desamparo, por parte de la familia de origen, que podrá modificarse por la Entidad Pública en atención al interés superior del menor». Por su parte, el art. 21 LOPJM en sede de acogimiento residencial apunta que las entidades públicas y centros donde se encuentren: «e) Promoverán la relación y colaboración familiar, programándose, al efecto, los recursos necesarios para posibilitar el retorno a su familia de origen, si se considera que ese es el interés del menor. j) Potenciarán las salidas de los menores en fines de semana y períodos vacacionales con sus familias de origen o, cuando ello no fuese posible o procedente, con familias alternativas».

El legislador estatal cumple, de este modo, con el mandato del art. 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño

cuando dispone que: «Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño»⁸¹.

De este modo, es la administración competente quien deberá prestar especial atención en concretar y garantizar la periodicidad y la forma de contacto del menor con su familia de origen⁸².

En consecuencia, bien en la declaración de desamparo, bien en el acto posterior de concreción de la medida de protección aplicada, deberá constar de manera expresa el régimen de visitas y relación, en supuestos de acogimiento temporal tanto familiar como residencial.

Así se reconoce en el art. 161 CC que atribuye a la administración⁸³ la compe-

⁸¹ Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989.

⁸² *Circular 8/2011, cit.*: «Pese a la redacción literal del art. 161 CC existen poderosos argumentos para reconocer la competencia a estos efectos de la Entidad Pública: ésta tiene la obligación de velar por el menor y si está facultada para la más trascendental decisión jurídica en relación con la patria potestad (suspenderla y separar a los hijos de sus progenitores) con mayor razón deberá tener la posibilidad de determinar el régimen de visitas, limitarlo o incluso impedir las relaciones que resulten perjudiciales (argumento *a maiori ad minus*). Habrán de ser los padres que se crean perjudicados por la decisión administrativa quienes la impugnen ante el juez civil».

En cuanto al plazo para formular oposición a las resoluciones sobre régimen de visitas, habrá de estarse a las previsiones del apartado primero, párrafo segundo, inciso final del art. 780 LEC, que dispone que la oposición a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores (distintas de la declaración de desamparo) se habrá de formular en el plazo de dos meses desde su notificación. Este plazo será aplicable cuando la acción tiene por objeto atacar la propia resolución recurrida.

⁸³ Competencia discutida en el proceso de elaboración de la ley y que el TS consideraba intransferible atendiendo a su carácter judicial [STS 5185/2013 de 4 de noviembre (ECLI:ES:TS:2013:5185)].

⁷⁹ *Circular 8/2011, cit.*

⁸⁰ FUENTES, M. J., BERNEDO, I., SALAS, M. D., GARCÍA-MARTÍN, M. Á., «What do foster families and social workers think about children's contact with birth parents? A focus group analysis», *International Social Work*, 62(5), 2018, pp.1416-1430; LEÓN, E., PALACIOS, J., «Las visitas de los padres y la reunificación familiar tras el acogimiento», *Portularia*, 4, 2004, pp. 241-248.

tencia en la regulación de «las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal. A tal efecto, el director del centro de acogimiento residencial o la familia acogedora u otros agentes o profesionales implicados informarán a la Entidad Pública de cualquier indicio de los efectos nocivos de estas visitas sobre el menor»⁸⁴. Hay que tener en cuenta en este ámbito la incidencia de la vigente redacción del art. 94 CC en relación al régimen de visitas «respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género».

Correlativamente a la necesaria fijación del régimen de relación del menor con su familia de origen, la suspensión o privación de visitas o comunicación, deberá estar perfectamente justificada en su interés pudiendo ser objeto de opo-

sición ante la jurisdicción civil⁸⁵ y originando, en caso de exclusión o limitación improcedente, la responsabilidad patrimonial de la Administración que así lo ha declarado⁸⁶.

Por ello, adoptada por la administración competente la decisión de suspender o limitar la relación o visitas entre el menor desamparado con su familia de origen, debe justificarse conveniente su necesidad atendiendo a su interés⁸⁷ y ponderarse de forma proporcional los derechos afectados que deben ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, cuidando de no restringir o limitar más derechos de los que ampara (art. 2.3. f) LOPJM). Por ello, aun entendiendo necesaria la separación del menor de su familia de origen, la suspensión de toda relación con su familia originaria debe fundamentarse en el interés del menor a tenor de una concreta, ponderada y proporcional valoración⁸⁸.

⁸⁵ Así lo señala el art. 161 CC: «(...) El menor, los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil».

⁸⁶ Así, en la STEDH de 7 agosto de 1996, *Johansen c. Noruega*, el TEDH declaró que la asunción de la tutela de la hija menor de la demandante por el Estado noruego no infringe el artículo 8 del Convenio, mientras que la supresión del régimen de visitas a su favor sí que violó dicho precepto.

⁸⁷ Así, tal y como señala el art. 2.5 d) LOPJM, toda medida adoptada en interés de menor que lo afecte directamente debe incluir «en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas».

⁸⁸ Cuando falte el juicio de ponderación pertinente entre los intereses afectados por una decisión que limite las relaciones entre el menor y su núcleo afectivo de pertinencia, existirá vulneración del art. 24 CE. Por todas ellas, SSTC 138/2014, de 8 de septiembre (ECLI:ES:TC:2014:138) y 65/2016, de 11 de abril (ECLI:ES:TC:2016:65).

⁸⁴ *Circular 8/2011, cit.*: «Un elemental respeto al principio de seguridad jurídica debe llevar a los Sres. Fiscales a vigilar que desde el primer momento en que la Entidad Pública asume la tutela automática de un menor, se determine con un mínimo de precisión el régimen de visitas de la familia de origen, ya en la resolución de desamparo, ya en resolución administrativa aparte».

Conviene recordar, al respecto, que constituye una obligación de la administración, supervisada por el Ministerio Fiscal, la revisión semestral de las medidas acordadas, pudiendo ajustar las visitas en función de carencias o necesidades detectadas⁸⁹.

III. LA PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE FRUSTRAN EL RETORNO EN SUPUESTOS DE ACOGIMIENTO FAMILIAR

Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno. Así, pese a la evolución positiva de las capaci-

dades parentales de los padres biológicos y el mantenimiento de los vínculos, el art. 19.3 LOPJM apunta que, en supuestos de acogimiento familiar, «deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma».

Por consiguiente, aun alcanzada la evolución positiva de la familia en la recuperación o adquisición de las competencias parentales que haga previsible la ausencia de riesgos en el retorno del menor, a ojos del legislador, el paso del tiempo y la integración del menor en la familia de acogida constituyen obstáculos para su retorno. Hay que tener presente que, dado que se parte del hecho consumado de que el alejamiento del menor de su propio núcleo familiar ya se ha producido, resulta enormemente difícil su retorno⁹⁰ «sobre todo, si se parte, como se suele realizar, de un análisis comparativo entre la familia de origen y la de acogida»⁹¹.

1. LA INTEGRACIÓN DEL MENOR EN LA FAMILIA DE ACOGIDA

Como ya hemos señalado, para decidir sobre el retorno del menor con su familia de origen, junto a la valoración de las circunstancias precedentes, que se concretan en la evolución positiva de las capacidades parentales y el mantenimiento del vínculo del menor con la familia de origen, el art. 19 bis 3 LOPJM impone la ponderación de su «integración en la fa-

⁸⁹ Tan amplias competencias del Ministerio Fiscal derivan del art. 174 CC: «1. Incumbe al Ministerio Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta sección; 2. A tal fin, la Entidad Pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas de formalización de la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor. El Ministerio Fiscal habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y promoverá ante la Entidad Pública o el Juez, según proceda, las medidas de protección que estime necesarias; 3. La vigilancia del Ministerio Fiscal no eximirá a la Entidad Pública de su responsabilidad para con el menor y de su obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las anomalías que observe; 4. Para el cumplimiento de la función de la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, cuando sea necesario, podrá el Ministerio Fiscal recabar la elaboración de informes por parte de los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes. A estos efectos, los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes atenderán las solicitudes de información remitidas por el Ministerio Fiscal en el curso de las investigaciones tendentes a determinar la situación de riesgo o desamparo en la que pudiera encontrarse un menor».

⁹⁰ MARTÍN GARCÍA, *cit.*, p. 87.

⁹¹ Díez GARCÍA, H., «¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?», en *RDP*, marzo-abril, 2003, p.166.

milia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma»⁹².

Dicha ponderación, por su propio contenido, resultará procedente únicamente en aquellos supuestos en que la medida de protección sea un acogimiento familiar de carácter temporal.

No lo apunta expresamente el legislador pero resulta evidente que el resultado de dicha ponderación alejará las posibilidades de reintegración del menor en su familia de origen: el art. 19 bis 3 LOPJM parece sugerir que la integración del menor en la familia de acogida y su entorno y el desarrollo de vínculos afectivos con la misma va a pesar en contra del retorno del menor con su familia biológica⁹³, ya que, arraigado en el entorno de acogida, se antojará desaconsejable someterle a

⁹² En concreto, la STS 5817/2009 de 31 de julio (ECLI:ES:TS:2009:5817) dispone que «Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico».

Posteriormente, han recogido esta doctrina, entre otras, la STS 4911/2011, de 13 de junio (ECLI:ES:TS:2011:4911); la STS 605/2011 de 21 febrero (ECLI:ES:TS:2011:605) y la STS 399/2015 de 28 septiembre 2015 (ECLI:ES:TS:2015:3999).

⁹³ DÍEZ GARCÍA, *cit.*, p.167.

un segundo desarraigo para reintegrarlo de nuevo con su familia de origen⁹⁴.

A estos efectos, resultan ilustrativos los argumentos del Tribunal Supremo⁹⁵ cuando, para desestimar la oposición al desamparo presentada por la madre biológica, manifiesta lo siguiente: «A la hora de llevar a cabo tal ponderación resulta de vital importancia el informe de seguimiento del acogimiento de los menores (...) del que se infiere como el interés de los mismos, en los términos y expuestos, es mantenerse en la situación existente por cuanto: (i) – Que los menores se encuentran seguros, han vinculado con la familia acogedora y tienen sentido de pertenencia a esta. (ii) – Que un cambio en la situación de los menores los expondrá a un notable desajuste psicológico compatible con problemas emocionales, conductuales y educativos. (iii) – Que los menores se encuentran en el mismo centro educativo por tercer curso consecutivo. (iv) – Que la relación de los acogedores con el centro educativo de los menores es normalizada y continua. (v) – Que los menores acuden con regularidad a sus controles periódicos y sus citas programadas. (vi) – Que los menores conocen su proceso de protección, y los acogedores tienen clara la importancia de irles revelando con más profundidad, según su edad lo vaya exigiendo, su condición de adoptados. (vii) – Que gracias al acogimiento, los menores han vinculado fuertemente entre ellos y están deseosos de que llegue el momento de que su adopción sea plena. Ante ese interés de los menores debe ceder el de la madre biológica, no por motivos de pobreza, que sería contrario al artículo 18 de la LO

⁹⁴ BOCCIO SERRANO, *cit.*, p. 364.

⁹⁵ STS 5220/2015 de 2 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5220).

1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, tras la modificación ya citada, si fuese el único factor valorado, sino en atención a los vínculos existentes entre los menores y sus acogedores y circunstancias que rodean tal relación según el informe anteriormente transcrito».

No deja de sorprender el propio planteamiento de tal ponderación que, si bien parece responder al interés del menor, resulta absolutamente contraria a los principios que inspiran la legislación protectora de menores: por un lado, no debe olvidarse que el legislador apuesta decididamente por el acogimiento en familia como medida de protección preferente, dejando el residencial como un mero recurso subsidiario⁹⁶; por otro, el acogimiento familiar por el que apuesta el legislador se asienta en la plena integración del menor en la familia de acogida⁹⁷

⁹⁶ El art. 12 LOPJM establece que primaran «1. (...) en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas».

No entraremos en la valoración de la trascendencia práctica de dicha preferencia; sin embargo compartimos plenamente la opinión de MAYOR DEL HOYO, M.V., «El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio», en Mayor del Hoyo, M. V (directora.), *El nuevo régimen jurídico del menor*, Edit., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 222, cuando señala que «se trata de una declaración de buenas intenciones porque la misma norma establece dos salvedades a la prohibición. Una, que la medida no convenga al interés del menor. Hasta aquí ninguna objeción. La otra excepción es que resulte imposible porque el ingreso en el centro sea la única medida disponible».

⁹⁷ VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., «El interés superior del menor de edad en situación de desprotección como principio rector de la actuación de los poderes públicos», *BMJ*, año LXXIII, julio 2019, núm. 2.221, p.69, apunta que el acogimiento familiar «produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las mismas obligaciones que se imponen a los progenitores de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo».

a quien se impone el deber de fomentar su participación en la vida familiar, procurarle un entorno afectivo y facilitarle las mismas condiciones que a los hijos biológicos o adoptivos⁹⁸.

Desde esta perspectiva resulta del todo contradictorio que el establecimiento de un acogimiento familiar como medida más favorable para el menor, acabe constituyendo un obstáculo para sus opciones de reintegración.

No puede negarse que, en supuestos de protección de menores, cualquier circunstancia deberá ser tenida en cuenta para sopesar el interés del menor, pero hacer mención expresa de la integración del menor en la familia de acogida supone desconocer desde diversas perspectivas dicho principio. La integración en la familia de acogida constituye un factor esencial del acogimiento familiar que, precisamente por ello, no debe penalizar a la familia de origen erigiéndose en argumento para denegar el retorno. Conviene recordar que el acogimiento temporal es una medida provisional y transitoria cuya finalidad debe ser, precisamente, el retorno del menor; y que familiares, acogedores y menores afectados, deben ser conscientes de ello.

⁹⁸ El art. 20 bis LOPJM señala como deberes de la familia acogedora los siguientes: «2. a) Velar por el bienestar y el interés superior del menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo; (...) c) Asegurar la plena participación del menor en la vida de familia». Correlativamente, el art. 21 bis LOPJM señala como derecho del menor en acogimiento familiar la plena participación «2.a (...) en la vida familiar del acogedor».

En idéntico sentido el art. 173 CC concibe el acogimiento familiar como aquel que «1 (...) produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo».

Por ello, en un entorno favorable de acogimiento, es competencia de la administración que el menor conserve los padres biológicos como referentes y la adopción de las medidas oportunas para mantener tal relación: es en el plan de atención individualizada, y necesariamente en el plan de reintegración, donde deben de constar de forma expresa dichos objetivos y los mecanismos para alcanzarlos.

Un acogimiento familiar que integre al menor en un entorno de afecto no debería ser obstáculo para, de concurrir el resto de las circunstancias requeridas, conducir a la reunificación familiar. Es tarea de la administración disponer de los instrumentos necesarios para ello, asegurando apoyos a la familia de origen y facilitando el mantenimiento de la relación⁹⁹. Obviamente siempre que las circunstancias no indiquen que el interés del menor sugiere actuaciones diferentes.

Entendemos que, de cumplirse estrictamente las previsiones de la ley, la ponderación de la integración del menor en la familia de acogida no debería constituir, en ningún caso, un elemento limitante para el retorno.

Recordemos que la separación del menor no debe ni puede justificarse en comparaciones entre la familia de acogida y la biológica¹⁰⁰, ni en la sustitución de

unos valores por otros, ni en la búsqueda de un entorno ideal para el menor..., sino procurando que las situaciones que originaron la separación reviertan. En este sentido el «hallazgo de una familia ideal no tiene por qué contraponerse a la posibilidad de reinserción en su familia original, pues es sabido que el grado de bienestar material y afectivo no se da en todas las familias por igual hacia sus hijos y no por ello se piensa en promover mutaciones familiares en aras de colocar a los hijos en la que sea posible alcanzar para él pues en procurarle, encontrarle el mejor núcleo familiar posible, a modo de una subasta familiar en la que cada familia pujaría ofreciendo los mejores servicios materiales y disponibilidades afectivas, sino en su mantenimiento en el núcleo familiar de pertenencia por razón de nacimiento que es el naturalmente llamado a proporcionar los mayores lazos afectivos y donde naturalmente ha de desarrollarse con mayor potencialidad su personalidad»¹⁰¹.

En caso contrario, si la integración y el afecto por la familia de acogida han de suponer elementos que limiten y alejen el retorno, siendo el retorno una prioridad, quizá el legislador debería priorizar en los casos con pronóstico de reintegración, un acogimiento en familia extensa, funcional¹⁰², profesional o incluso resi-

⁹⁹ Lo señala BENAVENTE MOREDA, P., «Desamparo, acogimiento y retorno a la propia familia», *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 23. enero-diciembre 200, p. 17.

¹⁰⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *cit.*, pp. 12-13, señala que el hecho que un menor se encuentre a gusto con la familia a cuya custodia a la que ha sido encomendado «no puede predominar sobre la opción preferible, en principio, legalmente reconocida, de procurar la reinserción en su familia original. No cabe duda de que, además, junto con el interés material y afectivo del niño, existe también un interés de sus padres, naturales o adoptivos, que debe ser respetado. La protección del menor no consiste en propiciarle los mejores padres o guardadores posi-

bles, sino en confiarle a quienes por naturaleza o adopción les corresponde, salvo los supuestos excepcionales en los que los mismos incumplen sus deberes de protección, dando así lugar a una situación de desamparo de sus hijos».

¹⁰¹ Auto de la AP Sevilla, 3 de febrero del 2000 (AC 2000/56).

¹⁰² La falta de recursos humanos y materiales, el exceso de celo, la escasa formación y experiencia, en ocasiones, prolonga sine die las situaciones de desamparo, y, por consiguiente, frustran el regreso de los menores con sus familias de origen.

dencial¹⁰³ que no alejara la medida adoptada de su objetivo: la reintegración¹⁰⁴.

Recordemos que nos encontramos en supuestos en que el pronóstico previo a la adopción de la medida temporal y transitoria ya se ha indicado la probabilidad de retorno¹⁰⁵. Por ello, el detalle del plan individualizado y del programa de reintegración que la administración viene obligada a redactar y a aplicar debe de contemplar las medidas necesarias para que, aun integrándose plenamente en la familia de acogida, el menor mantenga la relación con su familia de origen¹⁰⁶ y no pierda de vista la perspectiva del retorno.

¹⁰³ En Catalunya, el Proyecto «Cases d'Infants» impulsado por la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia (DGAIA) gestionado por la *Fundació Acció Social Infància* (FASI), contempla un acogimiento residencial para niños con posibilidad de retorno alto y un trabajo integrado con sus familias para facilitarlos: participación de las familias en la vida de la casa, pernoctas alternas, soporte psicológico, pedagógico y social especializado... En noviembre de 2020, 61 niños y niñas se acogen a este proyecto residencial.

<http://www.fasi.cat/dipticweb.pdf>.

https://treballiaferssocials.gencat.cat/web/contenut/03ambits_tematics/07infanciaiadolescencia/dades_sistema_proteccio/2020_11_informe_DGAIA.pdf.

¹⁰⁴ Experiencias como las «Cases d'Infants» para supuestos de pronóstico alto de reintegración podrían ser un instrumento válido.

¹⁰⁵ Recordemos el contenido del art. 19 bis LOPJM: «1. Cuando la Entidad Pública asuma la tutela o guarda del menor elaborará un plan individualizado de protección que establecerá los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas de intervención a adoptar con su familia de origen, incluido, en su caso, el programa de reintegración familiar (...). 2. Cuando del pronóstico se derive la posibilidad de retorno a la familia de origen, la Entidad Pública aplicará el programa de reintegración familiar».

¹⁰⁶ En este sentido y para cumplir la finalidad de la norma, deviene esencial el mantenimiento de un régimen de visitas con la familia biológica. Lo contrario supone añadir al factor tiempo, un elemento más hacia el no retorno DE LA OLIVA VÁZQUEZ, A., «El acogimiento del menor en situación de desamparo», en

En nuestra opinión, la ponderación propuesta por el legislador al amparo del art. 20 LOPJM en sede de acogimiento familiar¹⁰⁷, nunca debería poder plantearse.

2. EL FACTOR TIEMPO

A) El necesario cumplimiento de los plazos

El órgano competente para acordar el retorno deberá ponderar la evolución positiva de la familia de origen juntamente con los daños que una eventual reversión de tal medida pudiera ocasionar en el bienestar del menor.

Un factor determinante en el alcance de los daños que puede ocasionar la reversión de la medida es la duración de esta¹⁰⁸. No olvidemos que el tiempo, sobre todo en niños de corta edad, es un factor extremadamente relevante y decisivo en la adopción de cualquier decisión.

En supuestos de acogimiento familiar, la reflexión del legislador en la ponderación del factor tiempo que impone la LOPJM en la decisión sobre el retorno, va estrechamente vinculada con el apartado anterior: a mayor duración del acogimiento familiar, mayor integración del menor en la familia de acogida, mayor dificultad en su desvinculación¹⁰⁹. Tanto

Aspectos actuales de la Protección Jurídica del Menor. Una aproximación Interdisciplinaria, Thomson-Aranzadi (GARCÍA GARNICA, M.C., dir.), 2008, p.241.

¹⁰⁷ De cumplirse todos los términos que la legislación tuitiva impone.

¹⁰⁸ SAINZ-CANTERO, *cit.*, p. 145.

¹⁰⁹ En esto coincide con los resultados de la investigación internacional Biehal, N. (2007), «Reuniting Children with their Families: Reconsidering the Evidence on Timing, Contact and Outcomes», *British Journal of Social Work*, 37, 2007, pp. 807-823; Fernández, E.; Lee, J. S., «Returning children in care to their families: Factors associated with the speed of reunification», *Child Indicators Research*, 4, 2015, pp. 749-765.

es así que el transcurso de un periodo dilatado de tiempo desde la resolución de desamparo, y, en consecuencia, desde la separación, puede alterar el sentido de la decisión sobre el retorno haciendo inútil el esfuerzo de los progenitores para reconducir la situación que lo originó: el transcurso de un periodo excesivo de tiempo puede dar lugar a una plena adaptación del menor a su nuevo medio, alejándolo de su familia de origen y comportando, con ello, un perjuicio evidente ante un posible retorno¹¹⁰. Así lo han considerado los tribunales en innumerables ocasiones¹¹¹.

Sin embargo, aun sin discrepar de la afirmación anterior sobre los efectos perjudiciales del paso del tiempo, debemos señalar que atendiendo a la regulación del desamparo, resulta absolutamente improcedente repercutir sus efectos negativos sobre la familia biológica.

No olvidemos que es el propio legislador quien temporiza el desamparo y establece un plazo de dos años para los casos de acogimiento temporal que aquí tratamos¹¹². Dicho plazo se justifica atendiendo tanto a las necesidades del menor como a las de su familia: dos años es el tiempo máximo —casi excesivo según la edad— de provisionalidad para el menor; dos años debe ser tiempo suficiente para

que la familia reconstruya un entorno sin riesgo relevante para el menor¹¹³. El legislador parece sugerir, de este modo, que todas aquellas carencias familiares que en un periodo de dos años no puedan ser resueltas, deben dar paso, en interés del menor, a la adopción de medidas definitivas de separación¹¹⁴.

Por ello, habiendo establecido el legislador la medida procedente en estos casos —el acogimiento temporal—, y concretado, además, su plazo previsible —y máximo— de vigencia, resulta del todo incongruente que el paso del tiempo penalice a la familia afectada por la separación¹¹⁵.

La gestión del tiempo es competencia de la administración: es la administración quien establece los objetivos, las actuaciones, las fases, los instrumentos que, sin perder los vínculos con el menor, van a permitir a la familia biológica la adquisición o recuperación de sus competencias parentales y de un entorno libre de riesgo grave que permita el retorno del menor¹¹⁶. Es la administración quien me-

¹¹⁰ Así lo señala BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., «Comentario a la sentencia de 31 de julio de 2009 (RJ 2009, 4581)» *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, septiembre/diciembre 2010, pp. 1446: «(...) el paso del tiempo provoca que lo mejor para los intereses de los menores sea que estos permanezcan con la familia que los ha acogido».

¹¹¹ GARCÍA PASTOR M., «Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil. Tomo I». Segunda edición (PASQUAU LIAÑO, M., dir.), Art 172, Comares 2009, pp. 683 a 686.

¹¹² Únicamente, según el art. 173 bis CC con una breve y justificada prórroga en atención a «2 b) (...) la previsible e inmediata reintegración familiar».

¹¹³ Como acertadamente considera MARTÍN GARCÍA, *cit.*, p. 87, «Lo que no se puede es (...) “esperar” indefinidamente a que los progenitores puedan evolucionar de la forma adecuada con el objetivo de recuperar el ejercicio de la patria potestad».

¹¹⁴ Recordemos que el legislador legitima a la entidad pública competente para que modifique las medidas temporales de protección a otras de carácter definitivo cuando las preceptivas revisiones así lo aconsejen.

¹¹⁵ De hecho «la entidad pública habrá de proceder a una adecuada selección de los acogedores, teniendo en cuenta los propios objetivos que ese acogimiento —en concreto el simple (arts. 173 y 173 bis CC)— está destinado a cumplir. Desde esa perspectiva, la entidad ha de poner el acento en que los acogedores tengan claro que esa medida es de carácter temporal, transitoria y reversible, en cuanto que, tarde o temprano, el menor normalmente retornará con sus padres», GUTIÉRREZ SANTIAGO, *cit.*, p. 326.

¹¹⁶ Son muchas y variadas las circunstancias que intervienen. MARTÍN GARCÍA, *cit.*, p.85 señala al res-

diante las preceptivas revisiones constata la evolución previsible o aleja y descarta el retorno¹¹⁷.

El tiempo de la medida provisional de desamparo nunca puede exceder de dos años, excepto que una inminente reintegración así lo aconseje. Por ello, cuando el dilatado transcurso del tiempo deriva de una mala gestión de la administración competente, resulta injusto que sus efectos perjudiciales recaigan sobre la familia¹¹⁸.

Más aun cuando el propio legislador permite la modificación de medidas, antes de consumido el plazo si de los sucesivos informes técnicos se deriva bien la irreversibilidad de la situación¹¹⁹, bien la reintegración anticipada del menor.

Recordemos que la revocación del desamparo se regula en el artículo 172.3 CC, a cuyo tenor: «La entidad pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá

revocar la declaración de situación de desamparo y decidir el retorno del menor con su familia, siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal».

Por ello, el factor tiempo debería ser excluido de cualquier ponderación en el retorno puesto que es la administración quien debe velar por el cumplimiento de los plazos establecidos.

Entendemos que es responsabilidad de la administración competente, tanto la valoración de las opciones de retorno en el pronóstico inicial¹²⁰ y en las sucesivas revisiones a las que la ley le obliga¹²¹, como, en su caso, la elaboración de un ajustado programa de reintegración familiar que facilite a la familia las herramientas necesarias para superar sus carencias¹²². Todo ello, sin superar el plazo de dos años señalado por el legislador: es la administración competente quien debe adecuar el trabajo de recuperación de la familia a dicho espacio temporal.

Deviene esencial una planificación detallada y realista, adaptada tanto a las necesidades del menor como a las carencias de la familia.

El factor tiempo, gestionado por la administración competente no puede ser, en ningún caso, la excusa para denegar un retorno gestado de acuerdo con un

pecto: «La falta de recursos humanos y materiales, el exceso de celo, la escasa formación y experiencia, en ocasiones, prolonga sine die las situaciones de desamparo, y, por consiguiente, frustran el regreso de los menores con sus familias de origen».

¹¹⁷ Sin embargo, es también la propia Administración quien en ocasiones obstaculiza el retorno precisamente con su actuación poco colaborativa. Sirva en este sentido el análisis de las numerosas sentencias recogidas por GARCÍA PASTOR, *cit.*

¹¹⁸ Compartimos en este punto, la percepción de MARTÍN GARCÍA, *cit.*, p.87, cuando se cuestiona si el factor tiempo «(...) debe adquirir tal relevancia desde el punto de vista de la protección del interés superior del menor como para impedir su retorno con la familia originaria?, ¿o estamos, en ocasiones, de un enorme fallo del sistema de protección de menores con consecuencias irreparables desde el punto de vista personal?».

¹¹⁹ En cualquier caso, «durante ese plazo de dos años la Entidad pública, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, podrá adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen» (art. 172.2 CC).

¹²⁰ Art. 19.2 bis LOPJM: «Cuando del pronóstico se derive la posibilidad de retorno a la familia de origen, la Entidad Pública aplicará el programa de reintegración familiar (...)».

¹²¹ Art. 12.5 LOPJM: «Cualquier medida de protección no permanente que se adopte respecto de menores de tres años se revisará cada tres meses, y respecto de mayores de esa edad se revisará cada seis meses. (...)».

¹²² Díez GARCÍA, *cit.*, p. 19, considera que, en caso contrario, la administración competente «podrá ser reputada responsable en el caso de que adopte medidas que impidan, efectivamente, la reagrupación familiar».

programa de reintegración familiar limitado a dos años.

Únicamente en el caso en que la dilación se deba al incumplimiento de la familia de origen podría justificarse el perjuicio. Sin embargo, y ajustándonos a la regulación vigente, ello no es posible: toda desviación de la familia de las previsiones del plan debe quedar reflejadas en las preceptivas revisiones periódicas que, de ser relevantes, deberían descartar el retorno.

Ni siquiera en el caso de oposición judicial a la medida o a la denegación del retorno¹²³, el paso del tiempo debería jugar en contra de la familia. Así, es preciso que cualquier resolución judicial que afecte a menores en estas situaciones sea ágil, flexible y preferente, evitando convertirse en un largo procedimiento judicial que justifique, en definitiva, el no retorno del menor¹²⁴.

Solo una vigilancia ajustada por quien tiene dicha facultad puede evitar que el tiempo aleje las opciones de retorno: la ampliación del plazo de dos años solo deberá acordarse de manera excepcional y en previsión de un retorno inminente¹²⁵; en caso contrario, la ley obliga a la entidad pública competente a remitir in-

forme al Ministerio Fiscal justificando «las causas por las que no se ha adoptado una medida protectora de carácter más estable en ese intervalo»¹²⁶.

La realidad, sin embargo, es bien distinta: el incumplimiento de plazos es habitual y la demora en el retorno convierte en definitiva la separación¹²⁷. La contrapartida es la responsabilidad de la administración, convirtiendo la pérdida de los hijos en una simple indemnización patrimonial por daños morales: aun reconociendo una mala gestión de la administración en el desamparo, el paso del tiempo y sus consecuencias descartan el retorno del menor, imponiendo a la administración la indemnización por los perjuicios causados¹²⁸. Un sustancioso pero triste consuelo.

¹²⁶ Art. 12.6 LOPJM: «Además, de las distintas funciones atribuidas por ley, la Entidad Pública remitirá al Ministerio Fiscal informe justificativo de la situación de un determinado menor cuando este se haya encontrado en acogimiento residencial o acogimiento familiar temporal durante un periodo superior a dos años, debiendo justificar la Entidad Pública las causas por las que no se ha adoptado una medida protectora de carácter más estable en ese intervalo».

¹²⁷ BENAVENTE MOREDA, P., *cit.*, p. 51, hace referencia al imposible retorno al que aboca las incongruencias del sistema y el paso del tiempo «con lo que ello implica, no lo olvidemos, de sustitución, como si de una pirueta en el aire se hiciera, de una “suspensión de la patria potestad”, que ya fue criticada por no acordarse judicialmente, a una auténtica privación de la misma».

¹²⁸ Muy crítico al respecto se muestra CARRASCO PERERA, A., «Padres sin hijos y ciudadanos que lo pagan», cuando afirma: «Según la sentencia, queda acreditado un funcionamiento anormal de los servicios públicos de menores. Pero no es “anormal” que ello ocurra, sino todo lo contrario. Lo normal es que el tiempo juegue contra los padres biológicos, que la situación devenga progresivamente irreversible, un ejemplo macabro de autocumplimiento de las profecías que dieron lugar a un curso de procedimiento administrativo. A este perverso proceso se une la deleznable doctrina, hoy mayoritaria, que “petrifica” el estado de abandono al

¹²³ Y/o acordada medida permanente.

¹²⁴ ALLUEVA AZNAR, L., «Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores» *Indret* 4/2011, p. 18, se plantea incluso «si en aras del interés superior del menor, los jueces podrían determinar el retorno del mismo con su familia biológica con independencia del plazo transcurrido. Ello traería a colación el controvertido tema de la desjudicialización de los tribunales o la tendencia moderna, a nivel de derecho comparado, hacia la humanización de la administración de justicia».

¹²⁵ Art. 173 bis 2 b) CC: «(...) Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva».

B) La modificación derivada de las revisiones periódicas

En sentido contrario al anterior, el plazo máximo de dos años en el que se fija la duración del acogimiento temporal, no debe ser obstáculo para que la duración sea inferior siempre y cuando el interés superior del menor así lo aconseje. Así pues, cuando de las sucesivas revisiones de la medida se derive la imposibilidad del retorno, resulta, no solo innecesario sino perjudicial el mantenimiento del menor en esta situación de provisionalidad. De ahí que resulte indicado en estos casos el cambio de la medida temporal a otras de carácter permanente y definitivo.

No debe de olvidarse que el plazo de dos años de la medida temporal, coincide con el plazo que el legislador otorga a los padres para proponer la revocación de la declaración de desamparo por cambio en las circunstancias (art. 172 c) CC). Como ya hemos señalado, el legislador parte de que aunque sea cierta la causa de desamparo, debe de permitirse, a los padres biológicos, superar los obstáculos que les impidieron ejercer adecuadamente sus deberes y, consiguientemente, recuperar la plenitud de la patria potestad en un tiempo razonable. Este tiempo razonable se fija en dos años, durante el que pueden promover la revocación. Parecería en este sentido consecuente que en principio, durante estos dos años, no debieran adoptarse decisiones sobre el menor incompatibles con una posible reinserción

tiempo de la declaración de desamparo, y que desconsidera los cursos de evolución futura, precisamente por el hecho de que el curso de acción ya iniciado reclama su propia irreversibilidad, dado que el niño, instalado en otro medio, evoluciona de tal forma que la recurribilidad del proceso comportaría una lesión a su "interés superior" como menor adaptado a las nuevas y normalizadas circunstancias».

en la familia biológica¹²⁹; sin embargo, y al margen de esta conveniencia, el interés del menor justifica la modificación de su situación de provisionalidad cuando, de las sucesivas revisiones realizadas se derive claramente la inviabilidad del retorno. La propia Circular 1/2008 de Fiscalía, excepciona dicha situación cuando afirma que «este plazo de dos años previsto para reclamaciones de los padres biológicos no tiene porqué ser obstáculo para la constitución de acogimientos pre-adoptivos o adopciones inmediatas, si de los informes consta la irreversibilidad de la situación de los padres para cuidar adecuadamente de los hijos. Tal irreversibilidad puede inferirse de múltiples factores, y así, *ad exemplum*, puede hacerse referencia a hijos nacidos tras la declaración de desamparo —dictada años atrás y no impugnada— de sus hermanos; cuando la Entidad Pública constata que la incapacidad de los padres es crónica; cuando median causas de enfermedad persistente y grave que imposibilite para el desempeño de la patria potestad, etc.»¹³⁰.

V. CONCLUSIONES

I. El legislador estatal apuesta decididamente por una actuación preventiva de la administración ante indicios de riesgo: la detección precoz de situaciones de desprotección y la aplicación de medidas de preservación familiar son los objetivos prioritarios. Responde de este modo al principio de prioridad familiar que se traduce en la subsidiariedad de toda me-

¹²⁹ Circular 1/2008 *cit.*

¹³⁰ A favor de agotar los dos años se manifiesta BOCCIO SERRANO, *cit.*, p. 377, incluso cuando las posibilidades de retorno sean escasas.

dida de protección que implique la separación del menor.

II. La declaración de desamparo, que comporta la separación del menor de su núcleo familiar, se plantea únicamente como un medio subsidiario al que recurrir cuando las actuaciones de detección e intervención por riesgo no han producido los resultados esperados. Pero incluso en supuestos de desamparo la prioridad continúa siendo la familia, por lo que la reunificación familiar se convierte en el objetivo prioritario desde el mismo momento en que se produce la separación. Así lo recoge el ordenamiento estatal en el art. 172 ter 2 CC cuando, textualmente, señala: «Se buscará siempre el interés del menor y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia (...)». Para ello, y en virtud del art. 19 bis 1 LOPJM la entidad pública que asume la tutela del menor deberá elaborar «un plan individualizado de protección que establecerá los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas de intervención a adoptar con su familia de origen, incluido, en su caso, el programa de reintegración familiar».

III. Únicamente en aquellos supuestos en que el retorno quede descartado *ad initium*, tanto por la gravedad de los hechos que originen el desamparo como por las particulares circunstancias familiares, las medidas de protección adoptadas deberán tener carácter definitivo: no siendo así, todo acogimiento de carácter temporal tenderá a la reintegración familiar del menor.

IV. La recuperación del entorno no es algo que suceda de manera espontánea por el simple paso del tiempo sino que requiere un complejo contexto de intervención, orientación, apoyo y valoración continuos, que aproximen las opciones de reunificación familiar. De este modo,

elemento esencial del desamparo, junto al cuidado del menor será el inmediato apoyo a la familia a los efectos de su recuperación: el plan individualizado de protección se dirige principalmente, como señala el art. 19.1 LOPJM, a concretar «las medidas de intervención con la familia» estableciendo «los objetivos, la previsión y el plazo» de las mismas, incluido, en su caso, «el programa de reintegración familiar». El trabajo con la familia es una condición indispensable y el complemento imprescindible ante una situación de disgregación familiar que tenga por objetivo el retorno del niño o la niña a su núcleo familiar. Se trata de ofrecer a los padres orientación técnica para promover el desarrollo personal y parental creando una dinámica familiar normalizada, capacitándoles para las funciones de atención, educación y cuidado de los menores a su cargo.

V. La formalización de un documento con los objetivos a conseguir y el trabajo a realizar clarificará la situación y facilitará la comprensión. Debe tenerse en cuenta que gran parte de las familias que se encuentran en situación de desamparo «no alcanzan a entender las actuaciones que tienen que llevar a cabo para lograr que su hijo o hijos sean reinsertados en su propia familia, y más aun teniendo en cuenta la parquedad de la regulación legal —pese a los importantes avances de las últimas reformas— y la ausencia de preceptos específicos que contemplen todas las posibles causas de oposición y los pasos concretos a observar por los progenitores que —no incurso en causa de privación de patria potestad— pretendan recuperar la guarda y custodia de sus hijos menores».

VI. La reintegración no constituye un hecho que pueda banalizarse: el mismo celo que el legislador requiere a las admi-

nistraciones competentes en la concreción de los hechos que fundamentan una declaración de desamparo con la consiguiente separación, debe mostrarse en la autorización del retorno, denegando el regreso al núcleo familiar originario en aquellos supuestos en que una nueva salida sea probable.

En consecuencia, los cambios apreciados en las circunstancias de la familia que aconsejen la reintegración deberán ser «sustanciales y duraderos» e, incluso siendo así, deberán adoptarse caute-las por parte de la administración que procuren su irreversibilidad. La misma LOPJM en su art. 19 bis 4 insta a la administración a realizar «un seguimiento posterior de apoyo a la familia del menor». El acompañamiento posreintegración durante un año como mínimo es un factor que influye en su éxito. Más allá de la articulación del seguimiento, sería conveniente, en el momento del retorno, la sustitución de la declaración de desamparo por una de riesgo que justifique la permanencia de las medidas de asistencia, acompañamiento y control previstas para estos casos.

VII. La evolución favorable de la familia constituye el paso previo e indispensable para el retorno del menor. Sin embargo, para que el retorno se haga efectivo deberán concurrir, junto a dichos cambios, la ausencia de riesgos y la ponderación de las circunstancias que pudieran frustrar el retorno.

VIII. El art. 19.3 LOPJM apunta que, en supuestos de acogimiento familiar, «deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma». Este artículo parece sugerir que la integración del menor en la familia de acogida

y su entorno y el desarrollo de vínculos afectivos con la misma va a pesar en contra del retorno del menor con su familia biológica, ya que, arraigado en el entorno de acogida, se antojará desaconsejable someterle a un segundo desarraigo para reintegrarlo de nuevo con su familia de origen.

Desde esta perspectiva resulta del todo contradictorio que el establecimiento de un acogimiento familiar como medida más favorable para el menor, acabe constituyendo un obstáculo para sus opciones de reintegración. Precisamente, la integración en la familia de acogida constituye un factor esencial del acogimiento familiar que no debe penalizar a la familia de origen erigiéndose en argumento para denegar el retorno.

IX. Por otra parte, es competencia de la administración que el menor conserve los padres biológicos como referentes y la adopción de las medidas oportunas para mantener tal relación: es en el plan de atención individualizada, y necesariamente en el plan de reintegración, donde deben de constar de forma expresa dichos objetivos y los mecanismos para alcanzarlos.

En caso contrario, si la integración y el afecto por la familia de acogida han de suponer elementos que limiten y alejen el retorno, siendo el retorno una prioridad, quizá el legislador debería priorizar en los casos con pronóstico de reintegración, un acogimiento en familia extensa, funcional, profesional o incluso residencial que no alejara la medida adoptada de su objetivo: la reintegración.

X. La ponderación del factor tiempo que impone la LOPJM en la decisión sobre el retorno, va estrechamente vinculada con el apartado anterior: a mayor duración del acogimiento familiar, mayor integración del menor en la familia de

acogida, mayor dificultad en su desvinculación. Tanto es así que el transcurso de un periodo dilatado de tiempo desde la resolución de desamparo hace inútil el esfuerzo de los progenitores para reconducir la situación que lo originó.

Sin embargo, atendiendo a la regulación del desamparo, resulta absolutamente improcedente repercutir los efectos del paso del tiempo sobre la familia biológica. No olvidemos que es el propio legislador quien temporiza el desamparo y establece un plazo de dos años para los casos de acogimiento temporal que aquí tratamos. En consecuencia, es responsabilidad de la administración competente tanto la valoración de las opciones de retorno en el pronóstico inicial y en las sucesivas revisiones que la ley impone, como, en su caso, la elaboración de un ajustado programa de reintegración familiar que facilite a la familia las herramientas necesarias para superar sus carencias. Todo ello, sin superar el plazo de dos años señalado por el legislador.

La realidad, sin embargo, es bien distinta: el incumplimiento de plazos es habitual y la demora en el retorno convierte en definitiva la separación. La contrapartida es la responsabilidad de la administración, convirtiendo la pérdida de los hijos en una simple indemnización patrimonial por daños morales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALLUEVA AZNAR, L., «Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores», A propósito de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia, *Indret* 4/2011.
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., «Sentencia de 31 de julio de 2009. Impugnación de declaración de desamparo y acogimiento familiar de una menor. Principio del interés del menor. Proporcionalidad de la medida adoptada. El factor tiempo en las medidas de protección de menores. Retorno a la familia biológica: requisitos», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 84, 2010.
- BALSELLS, M. À., MATEOS, A., URREA, A., VAQUERO, E., «Positive parenting support during family reunification», *Early Child Development and Care*, 188(11), 2018.
- BALSELLS, M. À., PASTOR, C., MATEOS, A., VAQUERO, E., URREA, A., «Exploring the needs of parents for achieving reunification: The views of foster children, birth family and social workers in Spain», *Children and Youth Services Review*, 48, 2015.
- BALSELLS, M. À., PASTOR, C., AMORÓS, P., FUENTES-PELÁEZ, N., MOLINA, M. C., MATEOS, A., VÁZQUEZ, N., *Caminar en familia: Programa de competencias parentales durante el acogimiento y la reunificación familiar*, Madrid, 2015, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Centro de Publicaciones.
- BALSELLS, M. À., URREA, A., PONCE, C., VAQUERO, E., NAVAJAS, A., «Claves de acción socioeducativa para promover la participación de las familias en procesos de acogimiento», *Educacion XX1*, 22(1), 2019.
- BENAVENTE MOREDA, P., «Desamparo, acogimiento y retorno a la propia familia», *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 23, enero-diciembre 2009.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «¿Protección de menores *versus* protección de progenitores? [Comentario al AAPP Sevilla, de 3 de febrero 2000 (AC 2000, 56)]», *Aranzadi civil*, Vol. III, 1999.
- BERROCAL LANZAROT, A.I., «Las instituciones de protección a la infancia y adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa, y acogimiento familiar y residen-

- cial tras la Ley 26/2015», *La Ley Derecho de familia* 6064/2015.
- BIEHAL, N., «Reuniting Children with their Families: Reconsidering the Evidence on Timing, Contact and Outcomes», *British Journal of Social Work*, 37, 2007.
- BOCCIO SERRANO, M.J.P., *El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección. La actividad protectora de los poderes públicos en el ordenamiento español*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- CAPARRÓS OVERA, N., JIMÉNEZ AYBAR, I., *El acogimiento familiar (aspectos jurídicos y sociales)*, Edit. Rialp, Madrid, 2001.
- CARRASCO PEREA, A., «Padres sin hijos y ciudadanos que lo pagan», 2010, Disponible en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/conciliacion/2010/10/28/padres-sin-hijos-y-ciudadanos-que-lo-pagan/>.
- CORTADA CORTIJO, N., «La protección de niños y adolescentes en el derecho civil de Cataluña: el tratamiento del riesgo y el desamparo», *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015* (MAYOR DEL HOYO, M.V., dir.) 2017, Aranzadi Thomson Reuters.
- DE LA OLIVA VÁZQUEZ, A., «El acogimiento del menor en situación de desamparo», en *Aspectos actuales de la Protección Jurídica del Menor. Una aproximación Interdisciplinar*, Thomson-Aranzadi (GARCÍA GARNICA, M.C., dir.), 2008.
- DÍAZ ALABART, S., «El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados», *Revista Derecho Privado*, núm. 87.1, 2003.
- DÍEZ GARCÍA, H., «¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 87.2, 2003.
- FARMER, E., «Improving Reunification Practice: Pathways Home, Progress and Outcomes for Children Returning from Care to Their Parents», *British Journal of Social Work*, 44(2), 2014.
- FARMER, E.; LUTMAN, E., «Working Effectively with Neglected Children and Their Families – What Needs To Change?», *Child Abuse Review*, 23(4), 2014.
- FERNÁNDEZ, E., *Accomplishing Permanency: Reunification Pathways and Outcomes for Foster Children*. Springer, 2013.
- FERNÁNDEZ, E., LEE, J.S., «Returning children in care to their families: Factors associated with the speed of reunification», *Child Indicators Research*, 4, 2015.
- FUENTES, M.J., BERNEDO, I., SALAS, M.D., GARCÍA-MARTÍN, M.Á., «What do foster families and social workers think about children's contact with birth parents? A focus group analysis», *International Social Work*, 62(5), 2018.
- GARCÍA AGUACIL, M.J., «Nuevas cautelas en el ámbito de la protección de los derechos del menor tras las leyes del 2015», *Revista de Derecho Privado*, núm. 6, 2016.
- GARCÍA PASTOR M., «Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil. Tomo I». Segunda edición (PASQUAU LIAÑO, M., dir.). Art 172, Comares 2009.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de protección jurídica del menor», en *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia* (CABALLOL MALLOL, V.J., RAVETLLAT BALLESTÉ, I., coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., «La problemática reinserción en su familia de origen del menor acogido», *Derecho Privado y Constitución*, n. 18, enero 2004.
- KIMBERLIN, S. E., ANTHONY, E. K., AUSTIN, M. J., «Re-entering foster care: Trends, evidence, and implications», *Children and Youth Services Review*, 31(4), 2009.
- LÁZARO GONZÁLEZ «El interés superior del niño en la reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Familia y Sucesiones. Cuaderno Jurídico* nº 114, 2016.

- LEÓN, E., PALACIOS, J., «Las visitas de los padres y la reunificación familiar tras el acogimiento», *Portularia*, 4, 2004.
- MARÍN GARCÍA, I., LÓPEZ RODRÍGUEZ, D., «Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo», *Indret, Revista para el análisis del derecho*, 2, 2010.
- MARTÍN GARCÍA, M.L., «Reflexiones en torno a la responsabilidad patrimonial de la Administración en los casos de privación de la patria potestad: los supuestos de acogimiento y adopción de menores», *Revista de Derecho Privado*, núm. 6, 2017.
- MARTÍNEZ GARCÍA, C., *Principales modificaciones en las instituciones jurídicas del sistema de protección de la infancia y la adolescencia en España*. Edit. Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 2016.
- MAYOR DEL HOYO, M.V., «El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio», en Mayor del Hoyo, M. V (directora), *El nuevo régimen jurídico del menor*, Edit., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.
- NAVAS NAVARRO, S., «El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada», en *Estudios en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, coordinado por Cabanillas Sánchez, A, Madrid, 2003.
- NORIEGA RODRÍGUEZ, L., «Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXI, 2018, fasc. I.
- ORDÁS ALONSO, M., «El nuevo sistema de protección de menores en situaciones de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio», *Revista Doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, 9/2016.
- ROCA TRÍAS, E., *Familia y cambio social (de la casa a la persona)*, Edit. Cuadernos Cívitas, Madrid, 1999.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, B., «El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia», *Revista de Derecho Civil*, nº4, 2014.
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., «Sobre la estrenada reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Revista de Derecho Privado*, nº 100, 2016.
- «El interés superior del menor de edad en situación de desprotección como principio rector de la actuación de los poderes públicos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 73, julio 2019, núm. 2.221.
- ZAMORA SEGOVIA, M.L., «Sistema de protección de menores. Desamparo. Reinserción del menor en familia de origen», *Observatorio de la Infancia en Andalucía*, 2011.

LA DESHEREDACIÓN EN LA EXPERIENCIA ITALIANA: PERFILES EVOLUTIVOS

ROBERTA CATALANO

Profesora de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad de Campania Luigi Vanvitelli

RESUMEN

El artículo es un estudio sobre la evolución de la desheredación en el derecho italiano que pretende poner de manifiesto los elementos de continuidad y discontinuidad a través del análisis de las leyes y la jurisprudencia, prestando atención al cambio de mentalidad de la doctrina y los jueces.

Palabras clave: *desheredación; evolución; jurisprudencia; doctrina.*

DISINHERITANCE IN THE ITALIAN EXPERIENCE: EVOLUTIONARY PROFILES

ABSTRACT

This essay is a study on the evolution of disinheritance in Italian law that aims to highlight the elements of continuity and discontinuity through the analysis of laws and jurisprudence, paying attention to the change in the mentality of doctrine and judges.

Key words: *disinheritance; evolution; jurisprudence; doctrine.*

SUMARIO

I. EXPOSICIÓN DE LOS PROBLEMAS.— II. LA AFIRMACIÓN EN ITALIA DE LA ORIENTACIÓN SEGÚN LA CUAL LA CLÁUSULA DE DESHEREDACIÓN ES NULA.— III. EL *REVIREMENT* JURISPRUDENCIAL Y EL APOYO DE LA DOCTRINA.— IV. ARTÍCULO 448 BIS DEL CÓDIGO CIVIL: 1. Ámbito de aplicación.— 2. Derecho a desheredar.— 3. Artículo 448 bis del Código Civil y protección de los legitimarios.— V. CONSIDERACIONES FINALES.— VI. PRINCIPALES REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. EXPOSICIÓN DE LOS PROBLEMAS

En el derecho italiano, la desheredación es la declaración por la que el testador manifiesta su intención de excluir a cualquiera de sus sucesores de la herencia. El efecto jurídico resultante es privar a la persona excluida de su derecho legal a participar en la sucesión. Para producir este efecto, la voluntad de desheredar debe manifestarse en un acto de última voluntad y declaración testamentaria y, en la mayoría de los casos, constituir una cláusula independiente del testamento. La desheredación, por tanto, presupone la existencia de un testamento válido. Puede afectar a uno o varios beneficiarios y constituye un acto de autonomía testamentaria. A diferencia de la indignidad, la desheredación es atípica ya que puede depender de las más variadas razones que no necesitan ser mencionadas explícitamente por el testador; sin embargo, no puede afectar a los derechos reservados por la ley a los legitimarios (art. 457, párrafo 3, Código Civil).

La desheredación, aunque ya conocida en el derecho romano y tradicionalmente objeto de complejas discusiones doctrinales y jurisprudenciales, se ha descuidado por los legisladores e intérpretes italianos¹ en las últimas décadas del siglo XX y las

primeras del XXI. De hecho, a diferencia de lo que ocurre en otros países europeos y de lo que hacían los códigos italianos anteriores a la unificación, el legislador ha guardado un largo silencio sobre la desheredación, omitiendo su previsión y regulación tanto en el Código Civil vigente promulgado en 1942, como en el anterior de 1865². Lejos de estimular el debate, las escasas sentencias sobre el tema se han basado en un aparato argumentativo, que no resulta convincente, según el cual la cláusula de desheredación estaría afectada de nulidad radical —como todo el testamento en el que se incluyera— a menos que de dicha cláusula o del testamento se dedujera implícitamente, no sólo la voluntad de desheredar, sino también la de destinar todos o parte de los bienes de la herencia a otros beneficiarios³.

En 2012, sin embargo, dos importantes novedades —una legislativa y otra jurisprudencial— han agitado las aguas estancadas del asunto en cuestión en Italia, dando lugar a una renovada atención al mismo. Entre las novedades cabe destacar una sentencia (la n° 8352) en la que el Tribunal Supremo se apartó bruscamente de la orientación consolidada antes descrita y vino a apoyar la validez de

¹ Para el estudio de la historia y la evolución de la desheredación en el derecho romano, véase G. AZZARITI, *Diseredazione*, en *Nuovo dig. it.*, 5, Turín, 1938, 1189; A. BURDESE, *La Diseredazione* (dir. rom.), en *Noviss dig. it.*, 5, Turín, 1960, 1113; F. CANCELLI, *La Diseredazione* (dir. rom.), en *Enc. dir.*, 23, Roma, 1964, 96; S. KURSA, *La diseredazione nel diritto giustiniano*, Bari, 2012, 3. En cuanto a las fuentes de la desheredación entre la Edad Media y la Edad Moderna, la entrada de A. MARONGIU, *Diseredazione (ad vocem)*, en *Enc. dir.*, 13, 1964, 99, seguida de los estudios de G. CHIODI, *L'interpretazione del testamento nei Glossatori*, Milán 1997, 459, y M. CAVINA, *Il padre spodestato. L'autorità paterna dall'antichità a oggi*, Bari-Roma, 2007, 4.

² En cambio, en los códigos vigentes en otros países europeos es frecuente encontrar disposiciones dedicadas al caso de desheredación. Este es el caso, por ejemplo, del Código Civil español, art. 848 y siguientes; del ABGB austriaco, art. 768; del BGB alemán, art. 2333; del Código Civil suizo, art. 447; del Código Civil portugués, art. 2166.

³ Véase Cass., 20 de junio de 1967, n° 1458, en *Giust. civ.*, 1967, I, p. 2032; Tribunal Supremo, 23 de noviembre de 1982, n° 6339, en *Foro it.*, 1983, I, 1652; Tribunal Supremo, 18 de junio de 1994, n° 5895, en *Giur. it.*, 1995, I, 1564, en *Notariato*, 1995, 11, y en *Riv. not.*, 1995, 342. En este sentido, en la jurisprudencia sobre el fondo, véase Trib. Reggio Emilia 27 de septiembre de 2000, en *Vita not.*, 2001, 694; Ap. Catania 28 de mayo de 2003, en *Giur. merito*, 2004, 15.

la cláusula de desheredación⁴; y la inserción *ex novo* en el entramado del Código Civil del art. 448 bis del Código Civil que, al prever un supuesto de desheredación, apoya la opinión de quienes sostienen su validez y eficacia.

Ambas novedades han inducido a los estudiosos a revisar algunas orientaciones hermenéuticas consolidadas y, de este modo, a reflexionar sobre las consecuencias sistemáticas de tales cambios de orientación⁵. En efecto, en el plano de la exclusión de los sucesores, se enfrentan dos valores —el de la autonomía

testamentaria, por una parte, y el de la solidaridad familiar, por otra— en los que se basa todo el edificio del derecho de familia y de la herencia. Por tanto, la opción por una u otra de las soluciones interpretativas propuestas en materia de desheredación (es decir, por la validez o no de la cláusula) implica necesariamente un desplazamiento del centro de gravedad de esta estructura hacia uno u otro de estos valores en conflicto, con todo lo que ello implica a nivel sistemático y, en particular, en lo que se refiere a la definición de las numerosas cuestiones generadas por las dificultades de conciliación de los valores mencionados (piénsese, por ejemplo, en las antiguas cuestiones relativas a la relación entre la legítima y la sucesión testamentaria, a la tipicidad o no del contenido del testamento, o a la protección de los legitimarios).

En tiempos de rápidos y profundos cambios en el tejido social, el derecho de familia y el derecho sucesorio son los que, antes que cualquier otro sector del derecho civil, se ven sometidos a fuertes tensiones. La evolución de la noción de familia y de los lazos de solidaridad familiar ponen en juego nuevos intereses merecedores de protección que obligan a los intérpretes a cuestionar los marcos normativos vigentes y las interpretaciones de que son objeto. Por lo tanto, casos como el de la desheredación —que implican evaluaciones relativas al equilibrio entre la autonomía testamentaria y los vínculos de solidaridad familiar— se convierten en un punto privilegiado de observación de los fenómenos evolutivos en curso y de la dirección en que se desarrollan. Especialmente cuando se introduce una nueva regulación sobre el tema, o cuando hay cambios importantes en la dirección previamente seguida por la jurisprudencia.

⁴ Cass. 25 de mayo de 2012, n° 8352, en *Giur. it.*, 2013, 315 con nota de M. Fusco; en *Notariato*, 2013, 24 con nota de R. Cimmino; en *Foro it.*, 2012, I, 3407 con nota de M. Galgani; en *Giust. civ.*, 2012, I, 1164 con nota de L. Ciarfardini, así como *ivi*, 2013, 685 con nota de V. Occorsio; en *Fam. pers. succ.*, 2012, 767 con nota de V. Barba; en *Fam. dir.*, 2013, 146 con nota de G. Bellavia; en *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 991 con nota de R. Pacia; en *Corr. giur.*, 2013, 614 con nota de B. Caliendo; en *Diritto e giustizia*, 2012, 470 con nota de R. Savoia; en *Riv. not.*, 2012, 1228 con nota de M. Di Fabio; en *Vita not.*, 2012, I, 665 con nota de D. PASTORE; en *Quotidiano giuridico*, 9 de julio de 2012, con nota de M. Di Marzio. Cabe mencionar, además, que el Consejo Nacional del Notariado ha dedicado un estudio a esta decisión: núm. 339-2012/C, *Clausola di diseredazione e profili di modernità*, editado por M. Scalisi, aprobado el 20 de septiembre de 2012; y que sobre el caso entonces resuelto por la sentencia en cuestión G. Bonilini ya había emitido el dictamen entonces publicado con el título *Disposizione di diseredazione accompagnata da disposizione modale*, en *Fam. pers. succ.*, 2007, 715. La sentencia confirma una orientación ya seguida por algunos jueces de primera instancia: Ap. Florencia 9 de septiembre de 1954, en *Foro pad.*, 1955, I, 47; App. Nápoles 21 de mayo de 1961, *ivi*, 1962, I, 939; Trib. Parma 3 de mayo de 1977, en *Riv. not.*, 1977, 689; Trib. Catania 28 de marzo de 2000, en *Giust. civ.*, 2001, 1110; App. Génova 16 de junio de 2000, en *Giur. merito*, 2001, 937.

⁵ Véase M. SCALISI, *Clausola di diseredazione e profili di modernità*, en *Studi e materiali. Quaderni trimestrali del Consiglio Nazionale del notariato*, 2013, 111; L. DE STEFANO, *I nuovi profili della clausola di diseredazione*, en *ilcaso.it*, 1 de agosto de 2015; G. PERLINGIERI, *La diseredazione nel pensiero di Alberto Trabucchi*, en *Dir. succ. e fam.*, 2017, 21.

Por todo ello, en Italia se ha reavivado recientemente el debate sobre la desheredación y, lejos de llegar a resultados ampliamente compartidos, parece estar muy abierto. En otras palabras, las aguas de la desheredación, de estar estancadas, ahora parecen agitadas, y muchos son los intérpretes que, a través de la lente de las novedades mencionadas, se cuestionan si las nuevas soluciones propuestas son convincentes o son preferibles las ya probadas para los problemas conocidos. En estas aguas turbulentas trataremos de aventurarnos, con la intención de formular algunas propuestas reconstructivas.

II. LA AFIRMACIÓN EN ITALIA DE LA ORIENTACIÓN SEGÚN LA CUAL LA CLÁUSULA DE DESHEREDACIÓN ES NULA

El persistente silencio del legislador italiano llevó a muchos intérpretes a pensar que la cláusula de desheredación debía considerarse nula⁶.

El Tribunal Supremo basó su convicción en la afirmación de que el testamento, según los artículos 587 y 588 de nuestro Código Civil, tiene necesariamente carácter atributivo, de modo que un documento testamentario que contenga únicamente una cláusula de desheredación no es válido, a menos que dicha cláusula sea capaz de manifestar, al menos indirecta e implícitamente, «la intención inequívoca del testador, además de

desheredar a un determinado beneficiario, de atribuir sus bienes a otro»⁷. Según los jueces, «la voluntad de desheredar a algunos de los sucesores puede ser válida para reconocer una voluntad simultánea de instituir a todos los demás sucesores no desheredados cuando, del propio contenido de la manifestación de voluntad o del contenido global de la escritura que la contiene, se desprende la existencia real de la citada voluntad positiva autónoma del declarante, con la consecuencia de que sólo en tal caso, se permite buscar también mediante elementos externos distintos del documento que contiene la declaración de desheredación, el contenido real de la voluntad de instituir. Por lo tanto, si el juez en la interpretación de dicho documento considera que tal voluntad es inexistente, consiguientemente no admitirá la prueba directa para demostrar la voluntad del *de cuius* de disponer de sus bienes a favor de determinadas personas, ya que el objetivo de dicha prueba no es identificar la voluntad testamentaria contenida, explícita o implícitamente, en el documento, sino crear dicha voluntad»⁸.

⁷ Tribunal de Supremo, 20 de junio de 1967, n° 1458, citada anteriormente, que fue la primera en expresarse claramente en estos términos y que ha sido seguida por la jurisprudencia de legitimidad (véase también Tribunal Supremo, 23 de noviembre de 1982, n° 6339, citada anteriormente; Tribunal de Supremo, 18 de junio de 1994, n° 5895, citada anteriormente) y de primera instancia (Trib. Reggio Emilia, 27 de septiembre de 2000, citada anteriormente; Ap. Catania, 28 de mayo de 2003, citada anteriormente). En la jurisprudencia no faltan ejemplos de sentencias favorables a la validez de la cláusula de desheredación: Trib. Parma 3 de mayo de 1977, en *Riv. not.*, 1977, 689; Trib. Nuoro 15 de septiembre de 1989, en *Riv. giur. Sarda*, 1991, 389; Trib. Catania 28 de marzo de 2000, en *Giust. civ.*, 2001, 1110.

⁸ Tribunal Supremo 23 de noviembre de 1982, n° 6339, citado anteriormente; Tribunal Supremo 18 de junio de 1994, n° 5895, citado anteriormente.

⁶ Entre otros, véase A. CICU, *Successione legittima e dei legittimari*, Milán, 1943, 15; Id., *Successioni per causa di morte. Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredità*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, dirigido por A. Cicu e F. Messineo, XLII, 1, Milán, 1954, 100; Id., *Diseredazione e rappresentazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, I, 392; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, *Diritto delle successioni per causa di morte*, Milán, 1962, 153.

Por su parte, un sector de la doctrina ha respaldado esta orientación jurisprudencial apoyándose en dos argumentos, el primero de los cuales tiene su origen en una lectura restrictiva de lo dispuesto en los artículos 457, 587 y 588 del Código Civil.

A este respecto, se observa que el término «dispone» utilizado en el art. 587 significa que sólo las cláusulas atributivas constituyen un contenido válido del testamento. En efecto, como también se desprende del artículo 588 del Código Civil, sólo las disposiciones que contemplan una atribución positiva de bienes podrían afectar a la estructura del patrimonio del testador para el momento en que éste deja de vivir y, por tanto, sólo las disposiciones universales o particulares previstas en ellas integrarían el contenido del acto de última voluntad y, por tanto, constituirían el contenido del testamento⁹. El artículo 457 del Código Civil, que establece que sólo la sucesión testamentaria puede evitar la apertura de la legítima, parece referirse a un fenómeno de «sucesión» en sentido técnico que sólo puede producirse cuando el testador establece la atribución positiva de sus bienes. Así pues, la cláusula de desheredación sólo podría escapar a la nulidad cuando parece expresar, aunque sea implícitamente, la voluntad positiva del testador de instituir a los demás herederos¹⁰.

⁹ L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale (successione legittima)*, Milano, 1999, 23.

¹⁰ A. TORRENTE, *Diseredazione: c) diritto vigente*, in *Enc. dir.*, 13, Milán, 1964, 102, pero también A. MARINI, *Note in tema di diseredazione*, en *Tradizione e modernità nel diritto successorio, dagli istituti classici al diritto di famiglia*, editado por S. Delle Monache, Padua, 2007, 190. Por el contrario, F. CORSINI, *Appunti sulla diseredazione (Notas sobre la desheredación)*, en *Riv. not.*, 1996, 1093 y ss.

Otro argumento en el que se apoya la opinión doctrinal en cuestión es que la nulidad de la cláusula de desheredación derivaría de la ilicitud de su causa, dado que una manifestación de voluntad que no tiene «otra finalidad que la de privar a alguien de la sucesión legítima» pretende realizar intereses que no merecen protección por no ser funcionales respecto de los deberes de solidaridad familiar¹¹.

III. EL CAMBIO DE DIRECCIÓN JURISPRUDENCIAL Y EL APOYO DE LA DOCTRINA

En Italia, este era el estado de la cuestión, en materia de desheredación, hasta 2012; es decir, hasta que la ley n° 219 de 10 de diciembre de 2012 —más conocida como ley de unificación del estatuto jurídico de los hijos— y la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2012, n° 8352, intervinieron para revisar algunos puntos importantes de referencia en materia de desheredación y de derecho sucesorio en general.

La sentencia del Tribunal Supremo n° 8352 de 2012 ha afirmado por primera vez el principio de que «es válida la cláusula del testamento con la que el testador expresa su intención de excluir de su patrimonio a algunos de los sucesores»¹².

Los magistrados llegaron a esta conclusión partiendo de la suposición de la falta de ambigüedad del codicilo, y en particular del art. 587 del Código Civil. Sostuvieron, por lo tanto, que el intérprete está obligado a encontrar en otra parte, en el tejido de la legislación dedicada a

¹¹ M. MORETTI, *La diseredazione*, in *Tratt. dir. succ. e donaz.* dirigido por G. Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milán, 2009, 267.

¹² Las expresiones citadas textualmente están tomadas de Cass. 25 de mayo de 2012, n° 8352, cit.

la sucesión testamentaria o al derecho de sucesiones en general, indicaciones útiles para definir el significado del término «dispone» contenido en ella. Desde tal perspectiva, consideraron que «nuestro legislador ha concebido disposiciones de carácter puramente patrimonial, que no implican atribuciones en sentido técnico y que pueden incluirse genéricamente en la noción de “acto dispositivo” de los bienes propios conforme al art. 587, párrafo 1, del Código Civil, habiendo utilizado el término “disposición” en el sentido de “regulación de las relaciones patrimoniales”»; como ocurre, por ejemplo, «en materia de simple asignación divisoria, de *modus* testamentario, de división de deudas hereditarias, de disposición contraria a la constitución de servidumbres para el uso del padre de familia, de disposiciones a favor del alma y de prohibiciones testamentarias de división».

El Tribunal Supremo también señaló que, si se da al testador la posibilidad de excluir a uno de los sucesores por preterición, es decir, disponiendo de todos sus bienes a favor de personas distintas del sucesor legal excluido (lo que se denomina preterición), «no se entiende por qué no puede, mediante una declaración expresa y específica, limitarse a excluir a un sucesor *ex lege* mediante una disposición negativa de sus bienes. En efecto, excluir equivale no a la ausencia de una manifestación de voluntad adecuada, sino a una manifestación de voluntad específica, en la que, frente a una declaración de voluntad (positiva), cambia el contenido de la propia declaración, que es negativa».

Por lo tanto, los jueces concluyen que la cláusula de desheredación integra un acto dispositivo de la voluntad del testador que constituye una expresión de una regulación de las relaciones patrimoniales, que puede incluirse en el contenido

típico del testamento ya que la «disposición» a la que se refiere el apartado 1 del art. 587 del Código Civil puede incluir no sólo una voluntad atributiva y una voluntad instituyente, sino también una voluntad ablativa y, más precisamente, una voluntad destituyente.

Con estas decisiones el Tribunal Supremo se ha alejado de la orientación jurisprudencial tradicional utilizando argumentos desarrollados por la doctrina más reciente¹³. En efecto, desde hace algunos años, algunos autores habían objetado que la palabra «dispone» del art. 587 del Código Civil y la expresión «sucesión testamentaria» del art. 457, párrafo 2, del Código Civil no son suficientes por sí mismas para fundar una interpretación según la cual el contenido típico del testamento se limita únicamente a las cláusulas atributivas o instituyentes. Es más, en el marco de una interpretación sistemática, llevada a cabo teniendo en cuenta las demás normas relativas al fenómeno de la sucesión testamentaria (incluidas las recordadas por el Tribunal Supremo en apoyo de su cambio de dirección), esa palabra y esa expresión deben interpretarse más bien en sentido amplio, es decir, de modo que incluyan toda manifestación de última voluntad, aunque no sea atributiva, destinada a regular la sucesión en su conjunto¹⁴.

Sin embargo, estas no son las únicas objeciones a la orientación jurisprudencial tradicional.

¹³ M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del testamento*, Turín, 1966, 213; A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, en *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 39; M. SCALISI, *Clausola di diseredazione e profili di modernità*, cit., 111.

¹⁴ V. BARBA, *Tecniche di intestazione di beni sotto nome altrui e problemi successori*, en *Fam. pers. succ.*, 2012, I, 348; ID., *La disposición testamentaria de la desheredación*, en *Fam. pers. succ.*, 2012, 772.

También se ha señalado que jueces y autores expresan opiniones contradictorias cuando afirman la nulidad de la cláusula de remoción por carecer de contenido atributivo, mientras que al mismo tiempo no dudan de la validez del documento testamentario que contiene únicamente la voluntad de revocar un testamento anterior¹⁵. Es cierto que, si se afirma la nulidad de un testamento puramente revocatorio, habría que llegar también a la conclusión, incompatible con las normas y principios de la libertad testamentaria, de que una vez redactado el testamento el fideicomitente perdería definitivamente el derecho a morir *ab intestato*. Sin embargo, si el testamento meramente revocatorio es válido a pesar de su contenido negativo-demoleedor, no se explica por qué se reafirma que el contenido de la escritura testamentaria sólo puede ser positivo-atributivo; de ello se concluye la nulidad de la cláusula de desheredación¹⁶.

A este respecto podría objetarse que la disposición de revocación de un testamento anterior puede incluirse en el contenido típico del testamento, mientras que la cláusula de desheredación no; de modo que la nulidad afirmada de esta última también puede explicarse en base al tradicional principio de la necesaria tipicidad de las cláusulas testamentarias. Esta objeción, sin embargo, no es convincente ya que desde hace tiempo la reflexión jurisprudencial y doctrinal ha sometido a revisión —al menos en lo que

se refiere a las disposiciones de carácter patrimonial— el tradicional principio de la necesaria tipicidad del contenido de la última voluntad¹⁷.

Además, en apoyo de la validez de la cláusula de desheredación, existen las siguientes observaciones adicionales.

El silencio sobre la desheredación en el Código Napoleón y en el Código Civil italiano de 1865 estaba motivado por la intención de desaprobando un caso considerado incompatible con el principio de solidaridad familiar. Sin embargo, en aquella época sólo se consideraba familia a la legítima, por lo que la opinión de que la cláusula de desheredación era nula se estableció en un clima fuertemente conservador, y con la intención de preservar el orden social burgués, reforzando la posición de los grupos familiares entendidos en un sentido amplio y tradicional, es decir, como para incluir a todos los miembros a los que el ordenamiento jurídico reconoce derechos sucesorios *ab intestato* (familia extensa). Así, se sostuvo que, además de los legitimarios, ninguno de los miembros de la familia hasta el sexto grado podía ser excluido de la sucesión por desheredación; y que, como ya se ha dicho, la sucesión legítima estaba supeditada a la sucesión testamentaria y sólo podía ser evitada mediante cláusulas testamentarias que establecieran y asignaran derechos sucesorios.

Sin embargo, tal opinión, precisamente porque el Código Civil no preveía ni regulaba la desheredación, nunca ha tenido una base normativa sólida y se ha consolidado a lo largo de las déca-

¹⁵ Cfr. M. ALLARA, *La revocazione delle disposizioni testamentarie* (1951), rist. Nápoles, 2012, 206 en adelante.

¹⁶ G. PERLINGIERI, *La revocazione delle disposizioni testamentarie e la modernità del pensiero di Mario Allara. Natura della revoca, disciplina applicabile e criterio di incompatibilità oggettiva*, en *Rass. dir. civ.*, 2013, 775-776.

¹⁷ Véanse, entre otras, las reflexiones realizadas por S. CONTI, *Azione di riduzione e donazioni pregresse*, en *Giur. it.*, 2009, 2682; L. BIGLIAZZI-GERI, *Il testamento*, en *Tratt. dir. priv.* dirigido por P. Rescigno, 6, Turín, 1982, 127.

das esencialmente gracias a la labor de la jurisprudencia, que ha seguido reiterándola a pesar de que cada vez parece menos coherente con los cambios de la situación social y jurídica italiana. En efecto, los cambios sociales, la experiencia normativa y la reflexión jurisprudencial y doctrinal sobre la familia de hecho, sobre la reforma del derecho de familia, sobre la disciplina de la separación y el divorcio, sobre las leyes de unificación del estatuto jurídico de los hijos y sobre las uniones civiles, han inducido una reorganización progresiva de la centralidad de la familia legítima; en particular de la familia entendida en sentido amplio. Ello ha provocado una creciente insatisfacción con las normas vigentes y las soluciones interpretativas que sacrifican la autonomía testamentaria frente a las posiciones ancladas únicamente en la familia legítima¹⁸; insatisfacción que se ha traducido en diversas propuestas de reforma del derecho de sucesiones y de las sucesiones forzosas en particular¹⁹.

En este contexto modificado, el hecho de que la letra de los artículos 587 y 588 del Código Civil sea compatible con varios significados posibles tiene una importancia considerable. Términos como «disposición» o «sucesión» pueden interpretarse bien en el sentido de que el contenido de la voluntad debe ser necesariamente atributivo para que se produzca la sucesión en sentido estricto, o bien en el sentido de incluir cualquier intención de regular la sucesión en sentido amplio. Ante esto, el intérprete no

tiene más remedio que optar por el significado más coherente con los principios y valores que inspiran el sistema en el momento histórico.-sociológico actual. Y, desde este punto de vista, una interpretación que podía parecer convincente en un sistema en el que los valores de la solidaridad familiar se concebían tradicionalmente como superiores y relativos a la familia legítima ampliada, puede dejar de serlo en el contexto normativo actual. Sobre todo si es tal que equipara, en términos de desheredación, el tratamiento reservado a los herederos forzosos (miembros de la familia nuclear) con el relativo a todos los demás herederos legítimos (miembros de la familia extensa). También es significativo recordar que el Código Civil de 1942 va acompañado de una introducción que no repite las consideraciones hechas cuando se promulgó el Código anterior. Sobre todo, el legislador europeo, con el Reglamento UE 650/2012, ha promulgado normas que, inspiradas en el principio de reconocimiento de la mayor libertad y autonomía del testador, se refieren expresamente a la posibilidad de que el testador ejecute actos que están permitidos en muchos países europeos pero no en Italia, como los pactos sucesorios (véase el artículo 25 del Reglamento 650/2012) o la desheredación (véase el artículo 23, apartado 2, letra d, del Reglamento 650/2012).

A la vista de lo anterior, la solución interpretativa tradicional propugnada en relación con la cláusula de desheredación parece cada vez menos convincente, ya que somete la autonomía testamentaria a una limitación no prevista por ninguna ley interna, ni totalmente coherente con el marco de valores y principios que inspiran actualmente el ordenamiento jurídico italiano y el sistema normativo europeo.

¹⁸ Véanse, entre otras, las reflexiones de S. CONTI, *Azione di riduzione e donazioni pregresse*, cit., 2682.

¹⁹ Cf. v. G. AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione ed istanze di riforma*, en *Riv. not.*, 2007, 803; S. DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, *ivi*, 2007, 815.

IV. ARTÍCULO 448 BIS DEL CÓDIGO CIVIL

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El artículo 448 bis del Código Civil italiano, introducido por el artículo 1, apartado 9, de la Ley n° 219 de diciembre de 2012, modificado por el Decreto Legislativo n° 154 de 28 de diciembre de 2013, confirma la nueva orientación expresada por el Tribunal Supremo en la sentencia n° 8352 de 2012. Según el artículo 448 bis «el hijo, incluidos los hijos adoptivos, y, en su defecto, los parientes más próximos, no están obligados a cumplir la obligación de prestar alimentos al progenitor contra el que se ha pronunciado la privación de la responsabilidad parental y, por hechos que no constituyan casos de indignidad con arreglo al artículo 463, pueden excluirlo de la sucesión»²⁰.

La doctrina coincide en que esta disposición tiene por objeto evitar que el progenitor continúe aprovechándose de la solidaridad familiar que fue el primero en violar gravemente. Sin embargo, no hay acuerdo sobre la definición de los «hechos» en presencia de los cuales el art. 448 bis del Código Civil permite la exclusión del padre de la sucesión²¹. Esto es

²⁰ El texto y la rúbrica del artículo 448 bis del Código Civil italiano fueron modificados por el Decreto Legislativo n° 154, de 28 de diciembre de 2013, artículo 66, para sustituir la palabra «potestà» por la expresión «responsabilidad parental».

²¹ Sobre este punto, en la doctrina, cf. M. CINQUE, *Profili successori nella riforma della filiazione*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 665; M. PARADISO, *Decadenza dalla potestà, alimenti e diseredazione nella riforma della filiazione*, en *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 557; F. GIGLIOTTI, *L'esclusione dalla successione nell'art. 448 bis c.c. Luci (poche) ed ombre (molte) di una disposizione scarsamente meditata*, en *Rass. dir. civ.*, 2014, 1096; F. OLIVIERO, *Decadenza dalla responsabilità genitoriale e diritti successori: il nuovo art. 448 bis c.c.*, en *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 35; V. VERDICCHIO, *La diseredazione 'per giusta causa' (chiose a margine dell'art. 448 bis c.c., introdotto dalla l. n. 219/2012)*,

así porque el art. 463, n° 3 bis del Código Civil establece que el progenitor que ha sido declarado inhabilitado para la responsabilidad parental es en todo caso indigno de la herencia. Según algunos autores, estos «hechos» existirían siempre que el progenitor tenga un comportamiento que, sin constituir «casos de indignidad» y «sin haber dado lugar a la declaración de inhabilitación... constituya una violación de los deberes familiares»²². Según otros, en cambio, esos «hechos» existirían cuando el progenitor es autor de una conducta que —aunque no es apta para integrar los supuestos de indignidad a los que se refiere el art. 463 del Código Civil— pueden dar lugar o dan lugar a la pérdida de la responsabilidad parental, a saber, cuando: el progenitor, después de haberla perdido, ha recuperado la responsabilidad parental; el progenitor ha sido condenado por un delito penal por el que ha perdido la responsabilidad parental por razones distintas de las previstas en el art. 330 CC. la inhabilitación ha sido impuesta como sanción penal accesorio, pero ha quedado sin efecto por la mayoría de edad del hijo o por rehabilitación, indulto, perdón, amnistía; el hijo ha alcanzado la mayoría de edad durante la pendencia del procedimiento para la declaración de la inhabilitación de la res-

en *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 281; D. RUSSO, *Indignus semper potest capere?*, en *Rass. dir. civ.*, 2016, 1003; M. GALLETI, *Esclusione dalla successione, regole devolutive e rimedi nel sistema dell'art. 448 bis c.c.*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1081; S. TUZIO, *Capacità a succedere, indegnità e diseredazione*, en *Riv. not.*, 2018, 51; A. OWUSU, *La particolare ipotesi di diseredazione di cui all'art. 448 bis c.c.*, en S. Scola, M. Tescaro, *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, Nápoles, 2019, 109; G. SICCHIERO, *La diseredazione ex art. 448 bis c.c.: cinque diverse tesi a confronto*, *ivi*, 2019, 1265.

²² M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, en *Fam. e dir.*, 2013, 241.

ponsabilidad parental ex art. 330 Código Civil²³.

Esta segunda tesis parece preferible tanto porque se ajusta más a la letra del artículo en cuestión, como porque despeja el campo de las incertidumbres de aplicación que la primera de las opiniones ilustradas²⁴ suscitaría inevitablemente. Es cierto que la tesis elegida reduce considerablemente el ámbito de aplicación del artículo 448 bis²⁵ del Código Civil. Sin embargo, no es suficiente para reducir su importancia sistemática²⁶. De hecho, el art. 448 bis del Código Civil italiano sigue siendo el primer precepto del ordenamiento jurídico italiano que contempla un supuesto de desheredación, y quizás sea precisamente por ello por lo que el legislador de 2012 ha preferido referirse a un ámbito de aplicación no demasiado amplio.

En realidad, el artículo 448 bis del Código Civil italiano no hace ninguna referencia textual a la desheredación, lo que podría hacer pensar, dadas las dudas expresadas sobre la validez de la desheredación, que el supuesto de exclusión previsto en el mismo no incluye la deshere-

dación (que está afectada por la nulidad), sino sólo la preterición, que se admite y tiene lugar cuando el testador, sin excluir expresamente a nadie, dispone de todos sus bienes de forma que deja fuera al sucesor indeseable.

No obstante, la expresión «excluirlo de la sucesión» utilizada en la disposición de 2012 es tan amplia que incluye tanto la desheredación como la preterición. Además, si esta expresión genérica incluye la preterición, que logra el efecto excluyente sólo de forma indirecta a través de un conjunto de cláusulas de atribución, con mayor razón se incluye la desheredación, que pretende producir el efecto de «exclusión de la sucesión» de forma directa, mediante una manifestación explícita de la voluntad de desheredar.

2. DERECHO A DESHEREDAR

El artículo 448 bis especifica que el derecho a excluir al progenitor maltratador de la sucesión corresponde al «hijo, incluido el adoptado, y, en su defecto, a los siguientes descendientes». Evidentemente, esta disposición no puede aplicarse en el caso de la adopción de personas mayores de edad, tanto porque, a este respecto, no puede plantearse un problema de pérdida de la responsabilidad parental, como porque el adoptante de una persona mayor de edad no tiene derechos de sucesión respecto de la persona adoptada en virtud del artículo 304 del Código Civil. No puede aplicarse ni siquiera en el caso de la adopción en casos especiales, ya que para este tipo de adopción el art. 55 de la Ley 184/83 hace referencia expresa al art. 304 del Código Civil. No obstante, puede aplicarse en el caso de la adopción ordinaria de menores, ya que en este caso los efectos de la

²³ G. SICCHIERO, *La diseredazione ex art. 448 bis c.c.: cinque diverse tesi a confronto*, cit., 1278.

²⁴ V. VERDICCHIO, *La diseredazione*, cit., 281.

²⁵ A la vista de las observaciones realizadas hasta ahora, los «hechos» que pueden dar lugar a la desheredación del artículo 448 bis son, por tanto, los delitos que conllevan la pérdida de la potestad como pena accesoria a la sentencia condenatoria pero no también la pérdida automática de los derechos sucesorios, como la pena de cadena perpetua, por mutilación de los genitales femeninos y «quizá... un caso residual de delito contra el estado de familia» (las palabras entrecomilladas son las de M. PARADISO, *Decadenza*, cit., 563 y 576, recogidos también por V. VERDICCHIO, *La diseredazione*, cit., 281).

²⁶ A. OWUSU, *La particolare ipotesi di diseredazione di cui all'art. 448 bis c.c.*, en S. Scola, M. Tesaro, *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, cit., 109.

relación entre el padre adoptivo y el hijo adoptado son los mismos que los que se derivan de la filiación ordinaria (art. 74 del Código Civil).

3. ART. 448 BIS DEL CÓDIGO CIVIL Y PROTECCIÓN DE LOS LEGITIMARIOS

Dado que el padre es un legitimario potencial (según el art. 538 del Código Civil italiano los ascendientes son legitimarios sólo cuando la persona que fallece no deja hijos), se plantea la cuestión, en la doctrina, de si la disposición del art. 448 bis del Código Civil italiano deroga el apartado 3 del artículo 457 del Código Civil italiano (según el cual «las disposiciones testamentarias no pueden perjudicar los derechos que la ley reserva a los legitimarios») y, por tanto, permite la desheredación del progenitor incluso cuando éste tiene la condición de legitimario²⁷.

Las dudas sobre este punto surgen del hecho de que ni la ley n° 219/2012, ni el artículo 448 bis aclaran cómo se coordina esta última disposición con el artículo 457, apartado 3, del Código Civil italiano. Este vacío legal lleva a preguntarse si el art. 448 bis del Código Civil constituye realmente una derogación del art. 457, párrafo 3, del Código Civil y de las protecciones previstas para la protección de

los legitimarios o si, más bien, permite la exclusión de la sucesión del progenitor sólo cuando no reúne los requisitos para ser legitimario, o dentro de los límites de su derecho a la legítima²⁸.

No hay precedentes al respecto; sin embargo, a favor de la primera de estas opciones interpretativas está la consideración de que, remitiéndose expresamente al art. 463 del Código Civil, el art. 448 bis del Código Civil no sólo equipara la gravedad de los «hechos» sancionados con la de las conductas afectadas por la indignidad, sino que parece querer igualar los efectos de los dos supuestos para que, al igual que ocurre para la indignidad, la exclusión del progenitor maltratador allí prevista opere como excepción a las disposiciones sobre sucesión necesaria.

En apoyo de esta postura está el argumento de que afirmar lo contrario llevaría a conclusiones incongruentes. En efecto, si se considerara que la exclusión de la sucesión prevista en el artículo 448 bis del Código Civil sólo es eficaz cuando el progenitor no tiene la condición de legitimario, o sólo dentro de los límites de la cuota disponible, la suerte de la disposición excluyente sería incierta. Esto se debe a que entre la redacción del testamento y la apertura de la sucesión puede haber un intervalo de tiempo muy largo, durante el cual pueden cambiar las circunstancias de las que depende la atribución de la condición de legitimario al progenitor. Por lo tanto, en el momento de redactar el testamento no se sabrá si la voluntad que excluye al progenitor podrá entonces producir efectos en el momento de la apertura de la sucesión; con todo lo que ello implica en cuanto a

²⁷ Sobre el art. 448 bis c.c. véase A. MENDOLA, *Il superamento della incompatibilità tra successione necessaria e diseredazione alla luce dell'art. 448 bis c.c.*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1533; M. PARADISO, *Decadenza dalla potestà*, cit., 557; F. PIRONE, *La violazione dei doveri familiari come legittima causa di diseredazione del legittimario*, en *Notariato*, 2015, 516; F. OLIVIERO, *Decadenza*, cit., 35; F. RUSCELLO, *L'imbrunire della patria potestà? Note a margine dell'esclusione dalla successione per decadenza dalla responsabilità genitoriale*, en *Vita not.*, 2015, 1065; D. RUSSO, *Indignus*, cit., 21; V. VERDICCHIO, *La diseredazione*, cit., 275.

²⁸ M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, en *Fam. dir.*, 2013, 241.

la afectación de la libertad y autonomía testamentarias del hijo perjudicado por el progenitor.

El Tribunal Supremo ha afirmado reiteradamente el principio según el cual, entre las diversas interpretaciones posibles, compatibles con el texto de una norma, debe darse preferencia a la que elimine o reduzca en mayor medida el grado de incertidumbre en cuanto a los efectos jurídicos de la sucesión. Esto es para permitir que todas las partes implicadas en la sucesión puedan valorar plenamente los efectos de su conducta o de las manifestaciones de su voluntad para ser libres y conscientes de sus elecciones²⁹.

Por tanto, si bien es cierto que el lacónico tenor del artículo 448 bis del Código Civil es compatible con varias soluciones interpretativas, también lo es que, de todas las interpretaciones, sólo la que establece que los efectos de la exclusión de la sucesión prevista en el artículo 448 bis del Código Civil pueden afectar también a los legitimarios es adecuada para eliminar cualquier incertidumbre. Según esta interpretación, en efecto, el testamento de exclusión, si está contenido en un testamento válido, produce siempre y en todo caso el efecto de remover al padre, aunque sea un heredero legítimo, con independencia de cualquier acontecimiento

que, producido durante el retraso en la apertura de la sucesión, pueda dar lugar a la adquisición o pérdida de la condición de heredero necesario.

V. CONSIDERACIONES FINALES

A la luz de las consideraciones realizadas hasta ahora, se observa que la desheredación tiene raíces antiguas y siempre ha sido objeto de reflexión por parte de legisladores e intérpretes, ya que actúa como un factor decisivo para conciliar el valor de la libertad testamentaria y el de la solidaridad familiar. De hecho, la mayor o menor amplitud de su ámbito de aplicación constituye un índice muy fiable para medir el margen de actuación que cada ordenamiento jurídico está dispuesto a conceder a la libertad testamentaria en detrimento de la necesidad de solidaridad que subyace en los vínculos familiares.

En Europa, los límites tradicionalmente impuestos a la desheredación se basan en la necesidad de proteger los intereses de los legitimarios, mientras que las normas sobre indignidad se inspiran principalmente en el interés público de garantizar la libertad e integridad de la voluntad testamentaria. Por otra parte, muchos sistemas de derecho civil europeo, repitiendo el ejemplo de la *Novella* de Justiniano, supeditan los efectos jurídicos de la indignidad y de la desheredación a la concurrencia de supuestos típicos, expresamente previstos por las normas legales para circunscribir el alcance de ambos supuestos y, de este modo, establecer un cierto equilibrio entre la libertad testamentaria y la necesidad de solidaridad familiar, de acuerdo con los principios y valores del sistema vigente en ese momento.

²⁹ Véase la sentencia del Tribunal Supremo, 12 de junio de 2006, n° 13524, en *Guida al diritto*, 2006, núm. 28, 65, según la cual, a efectos de identificar la cuota reservada debida a las distintas categorías de legitimarios y a los legitimarios individuales pertenecientes a la misma categoría, debe hacerse referencia a la situación existente en el momento de la apertura de la sucesión y no a la situación que se produce tras la interposición de la acción de reducción o la renuncia o la prescripción de la propia acción. Véase también la sentencia del Tribunal Supremo, 25 de octubre de 2004, n° 20644, en *Giust. civ.*, 2005, I, 351.

El primer Código civil de la Italia unida se apartó de este contexto europeo amplio y coherente, que se había consolidado como resultado de una experiencia jurídica autorizada y muy antigua, cuando, siguiendo el ejemplo del Código Napoleón, omitió la regulación de la desheredación. El posterior Código Civil italiano de 1942 hizo lo mismo, a pesar de que otros códigos europeos lo regularon de forma diferente. En vista de ello, en Italia se consideró durante mucho tiempo que las cláusulas de desheredación debían considerarse nulas.

El resultado fue una protección hipertrofiada de las razones de la legítima familiar, ya protegidas por las disposiciones sobre legitimarios y la firme convicción de los intérpretes italianos de que las disposiciones testamentarias deben ser típicas y necesariamente atributivas. En la escena europea, Italia adoptó una posición excéntrica porque penalizó la autonomía testamentaria.

Sólo en la segunda mitad del siglo XX, con la evolución y articulación de las relaciones familiares, la doctrina comenzó a cuestionar la afirmación de que la cláusula de desheredación es nula. Los argumentos desarrollados por los autores en este sentido fueron finalmente aceptados por el Tribunal Supremo y, probablemente, también influyeron en el legislador que, con el artículo 448 bis del Código Civil, dictó la primera y —por el momento— única norma en el ordenamiento jurídico italiano que prevé un supuesto de desheredación que, además, puede producir efectos en perjuicio del progenitor aunque éste, al abrirse la sucesión, tenga la condición de legitimario.

La existencia de esta norma demuestra claramente que la desheredación no es incompatible con el entramado de nor-

mas y valores del ordenamiento jurídico italiano y, por lo tanto, apoya la orientación más reciente expresada por los jueces de legitimidad en las sentencias n° 8352 de 2012 y n° 26062 de 2018. De este modo, el legislador italiano se ha alineado con los principios que subyacen en el Reglamento UE 260/2012 que, como se ha señalado anteriormente, pretende homogeneizar el derecho de sucesiones en los distintos países europeos, potenciando el papel de la autonomía testamentaria en la realización de los desiguales intereses que conlleva toda sucesión.

Desde esta perspectiva, resulta que, en el derecho italiano, la desheredación pierde su connotación sancionadora original (que le había valido la eliminación de las disposiciones del código por la afirmación de la falta de interés del testador en castigar a los miembros de la familia) y, en cambio, adquiere el papel de un instrumento más que el testador puede utilizar para regular y configurar su propia sucesión. Ello es aún más evidente si se tiene en cuenta que hoy en día, en Italia, a diferencia de otros países europeos, la desheredación es atípica y, salvo la prohibición general de disponer contra uno o varios legitimarios, sólo necesita una justa causa (ex art. 448 bis del Código Civil) cuando se dirige al progenitor legítimo. Por eso, paradójicamente, el mismo país que hasta ahora había mostrado mayor desconfianza hacia la desheredación, ahora parece querer reconocer nuevos espacios de expresión. De hecho, el actual sistema italiano parece ser una solución moderna para lograr un compromiso adecuado entre los impulsos solidarios que subyacen a la protección de los legitimarios y la tendencia de origen anglosajón de dar al testador amplias posibilidades de definir de forma autónoma las reglas de su propia sucesión.

VI. PRINCIPALES REFERENCIAS

BIBLIOGRÁFICAS

- L. FERRI, *L'esclusione testamentaria di eredi*, en *Riv. dir. civ.*, 1941, 232; A. TRABUCCHI, *Esclusione testamentaria degli eredi e diritto di rappresentazione*, en *Giur. it.*, 1955, I, 2, 749; A. CICU, *Diseredazione e rappresentazione*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, I, 385; A. TORRENTE, *Diseredazione: c) diritto vigente*, en *Enc. dir.*, 13, Milán, 1964, 102; C.A. JEMOLO, *La diseredazione*, en *Riv. dir. civ.*, 1965, II, 505; M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del testamento*, Turín, 1966; ID., *Diseredazione ed esclusione di eredi*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 1182; P. RESCIGNO, *Recensione a Bin, La diseredazione*, en *Riv. dir. civ.*, 1969, 95; A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, en *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 39; F. MIRIELLO, *In margine alla clausola di diseredazione: la tematica della cd. volontà meramente negativa*, en *Riv. not.*, 1981, 744; C. SAGGIO, *Diseredazione e rappresentazione*, en *Vita not.*, 1983, II, 1788; S. CORONA, *La c.d. diseredazione: riflessioni sulla disposizione testamentaria di esclusione*, en *Riv. not.*, 1992, III, 505; L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito di diseredazione*, en *Corr. giur.*, 1994, 1498; F. CORSINI, *Appunti sulla diseredazione*, en *Riv. not.*, 1996, 1093; F. BARTOLOZZI, *Diseredazione e istituzione implicita*, en *Notariato*, 1995, I, 11; D. RUSSO, *La diseredazione*, Turín, 1998, 3; S. STEFANELLI, *Osservazioni in tema di diseredazione*, en *Vita not.*, 1998, suppl. al n. 1; G. PORCELLI, *Autonomia testamentaria ed esclusione di eredi*, en *Notariato*, 2002, I, 49; C. UNGARI TRASATTI, *Rassegna di dottrina e giurisprudenza in tema di diseredazione*, en *Riv. not.*, 2003, 1311; F. TOSCHI VESPASIANI Y F. GARIA, *La diseredazione ed il problema della validità di un testamento meramente negativo: tra tipicità dei contenuti e tipicità della funzione*, en *Studium iuris*, 2005, 1216; A. MARINI, *Note in tema di diseredazione*, en *Tradizione e modernità nel diritto successorio, dagli istituti classici al diritto di famiglia*, dirigido por S. Delle Monache, Padova, 2007, 190; V. PORRELLO, *La clausola di diseredazione*, en *Dir. fam. pers.*, 2008, 980; D. PASTORE, *Riflessioni sulla diseredazione*, en *Vita not.*, 2011, 1181; V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*, en *Fam. pers. succ.*, 2012, 763; C. BRUNO, *Liceità della diseredazione esplicita*, en *Giust. civ.*, 2013, 1473; P. LAGHI, *La clausola di diseredazione: da disposizione «affittiva» a strumento regolativo della devoluzione ereditaria*, Nápoles, 2013; M. CINQUE, *Profili successori nella riforma della filiazione*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 665; P. LAGHI, *La clausola di diseredazione: da disposizione 'affittiva' a strumento regolativo della devoluzione ereditaria*, Nápoles, 2013; M. PARADISO, *Decadenza dalla potestà, alimenti e diseredazione nella riforma della filiazione*, en *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 557; F. GIGLIOTTI, *L'esclusione dalla successione nell'art. 448 bis c.c. Luci (poche) ed ombre (molte) di una disposizione scarsamente meditata*, en *Rass. dir. civ.*, 2014, 1096; F. OLIVIERO, *Decadenza dalla responsabilità genitoriale e diritti successori: il nuovo art. 448 bis c.c.*, en *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 35; V. VERDICCHIO, *La diseredazione 'per giusta causa' (chiose a margine dell'art. 448 bis c.c., introdotto dalla l. n. 219/2012)*, en *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 281; V. BONGIOVANNI, *Diseredazione e violazione dei doveri familiari*, en *Jus civile*, 2015, 2, 57; A. MENDOLA, *Il superamento della incompatibilità tra successione necessaria e diseredazione alla luce dell'art. 448 bis c.c.*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1533; M. GALLETI, *Esclusione dalla successione, regole devolutive e rimedi nel sistema dell'art. 448 bis c.c.*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1081; G. PERLIN-

GIERI, *La diseredazione nel pensiero di Alberto Trabucchi*, en *Dir. succ. e fam.*, 2017, 21; S. TUZIO, *Capacità a succedere, indegnità e diseredazione*, en *Riv. not.*, 2018, 51; A. OWUSU, *La particolare ipotesi di diseredazione di cui all'art. 448 bis c.c.*,

in S. Scola, M. Tescaro, *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, Nápoles, 2019, 109; G. SICCHIERO, *La diseredazione ex art. 448 bis c.c.: cinque diverse tesi a confronto*, en *Rass. dir. civ.*, 2019, 1265.

